

A detailed oil painting of a man with a dark, bushy beard and mustache, wearing a dark fur-trimmed robe and a large white ruffled collar. He is holding a small piece of paper in his left hand and resting his right hand on a red velvet surface.

Lucia Picardi

Elementi di diritto dell'impresa

SECONDA EDIZIONE



eBook

Espandi questo libro
su Giappichelli.it!



Giappichelli

Elementi di diritto dell'impresa

In copertina:

Rembrandt Harmenszoon Van Rijn, *Ritratto di Nicolaes Ruts*,
olio su tavola, 1631, Frick Collection, New York.



Lucia Picardi

Elementi di diritto dell'impresa

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

© Copyright 2025 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1070-8

ISBN/EAN 979-12-211-8060-2 (ebook)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*Ai miei genitori
per i Loro ottanta anni*

INDICE-SOMMARIO

	<i>pag.</i>
Presentazione alla seconda edizione	XIII
Presentazione	XIV

CAPITOLO I

L'impresa

1. Dall'atto di commercio all'impresa	1
2. Soggetto, atto e attività	3
3. L'impresa come attività produttiva	6
4. I requisiti codicistici dell'impresa: organizzazione, professionalità, economicità	11
5. L'impresa illecita	16
6. Impresa e professione intellettuale	18
7. Inizio e cessazione dell'impresa	21
8. L'imputazione dell'attività dell'impresa	26

CAPITOLO II

Le articolazioni dell'impresa

1. Le articolazioni della fattispecie e dello statuto dell'imprenditore	31
2. Impresa e imprenditore commerciale	33
3. L'imprenditore agricolo	35
4. Il piccolo imprenditore e l'artigiano	40
5. L'impresa pubblica	45
6. L'impresa privata	48

CAPITOLO III

Lo statuto dell'imprenditore commerciale

1. La disciplina generale dell'impresa	51
2. La capacità per l'esercizio dell'impresa commerciale	52
3. Il registro delle imprese	54
4. La contabilità d'impresa	57
5. <i>Segue.</i> Il bilancio di esercizio	59
6. La rappresentanza commerciale	62

CAPITOLO IV

L'azienda

1. La nozione di azienda	67
2. Il trasferimento dell'azienda: oggetto, forma e pubblicità del negozio	69
3. Effetti del trasferimento d'azienda	71
4. Usufrutto e affitto d'azienda	76

CAPITOLO V

L'impresa nel mercato

1. La tutela della concorrenza e la disciplina <i>antitrust</i>	77
2. La disciplina della concorrenza sleale	88
3. Correttezza imprenditoriale e rapporti con i consumatori	93
4. La nozione di proprietà industriale	98
5. I segni distintivi	100
6. Le invenzioni industriali	109

CAPITOLO VI

La cooperazione fra imprese

1. I consorzi	117
2. Il contratto di rete	122

pag.

3. Il gruppo europeo di interesse economico	123
4. Le associazioni temporanee e i raggruppamenti di imprese	125

CAPITOLO VII

Le società

1. La nozione giuridica di società	129
2. Elementi costitutivi del contratto di società: i conferimenti	134
3. <i>Segue</i> . L'esercizio in comune di attività economica	140
4. <i>Segue</i> . La divisione degli utili	146
5. Società di fatto, occulta, apparente	149
6. I tipi di società	154
7. Personalità giuridica e autonomia patrimoniale	157
8. Società di persone: caratteri generali	160
9. <i>Segue</i> . Società di persone: profili organizzativi	169
10. Società di capitali: caratteri generali e costituzione	177
11. <i>Segue</i> . Società di capitali: la struttura finanziaria	183
12. <i>Segue</i> . Società di capitali: la struttura organizzativa	194
13. L'attività di direzione e coordinamento di società	210

Bibliografia essenziale	219
--------------------------------	-----

PRESENTAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Nella seconda edizione degli *Elementi di diritto dell'impresa* si è tenuto conto delle novità normative sopravvenute in materia, fra le quali l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modificazioni, del d.lgs. 10 marzo 2023, n. 30, attuativo del Regolamento (UE) 2020/1503, relativo ai fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese, nonché della l. 5 marzo 2024, n. 21, "Interventi a sostegno della competitività dei capitali". Sono stati tenuti in considerazione altresì i più recenti e significativi contributi della dottrina sulle tematiche e sulle discipline esaminate.

Anche questa edizione degli *Elementi* intende rappresentare per gli studenti dei corsi di studio universitari una lettura introduttiva sugli istituti e sulle problematiche del diritto dell'impresa, evidenziandone le peculiarità rispetto al diritto privato tradizionale. Il volume potrà inoltre essere utile a chi voglia acquisire una conoscenza di base e, allo stesso tempo, critica della disciplina dell'organizzazione e dell'esercizio dell'attività imprenditoriale, in specie in forma societaria.

Nel licenziare la seconda edizione vorrei rinnovare la mia gratitudine principalmente agli studenti, i quali, dopo avere attraversato la complessa e sofferta fase dell'emergenza sanitaria da Covid-19, sono tornati a popolare numerosi le aule del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Ateneo federiciano, partecipando fattivamente alla vita della nostra "comunità" universitaria.

Napoli, 30 gennaio 2025

PRESENTAZIONE

Gli *Elementi di diritto dell'impresa* nascono dalla rielaborazione e dall'aggiornamento delle lezioni svolte per circa tre lustri nell'ambito dei corsi di Diritto dell'impresa e di Diritto commerciale presso la Facoltà (oggi Dipartimento) di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

Essi non hanno alcuna pretesa di completezza, ma mirano a delineare i profili della rilevanza giuridica ed alcuni dei principali nuclei di disciplina dell'impresa quale *attività oggettivamente considerata*, sullo sfondo della "rivoluzione copernicana" che – secondo l'insegnamento di un compianto Maestro – il sistema di regole del diritto commerciale, oggi modernamente inteso come diritto dell'impresa, impone rispetto agli interessi e ai valori del diritto privato tradizionale.

Una versione più breve degli *Elementi* è stata pubblicata nel Manuale di *Diritto Privato* a cura di Enrico Gabrielli, Giappichelli, Torino 2020. Desidero esprimere al curatore del Manuale e all'editore il mio più vivo ringraziamento per il consenso alla pubblicazione del contributo in forma autonoma e per la fiducia accordatami.

Nel licenziare gli *Elementi* – suscettibili in futuro di arricchimenti e integrazioni – non posso fare a meno di rivolgere un pensiero a chi mi ha costantemente incoraggiata nella stesura dei medesimi: fra gli altri, i dottori Paolo Mammola, Lorenzo Mariconda e Daniele Masi che hanno con pazienza e diligenza atteso alla lettura e alla revisione di queste pagine.

La mia sincera gratitudine va infine ai tanti studenti incontrati nei vent'anni di attività didattica finora svolta per avere contribuito a mantenere sempre viva la passione per la ricerca e l'insegnamento.

Napoli, nella prima domenica di febbraio 2021.

CAPITOLO I

L'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Dall'atto di commercio all'impresa. – 2. Soggetto, atto e attività. – 3. L'impresa come attività produttiva. – 4. I requisiti codicistici dell'impresa: organizzazione, professionalità, economicità. – 5. L'impresa illecita. – 6. Impresa e professione intellettuale. – 7. Inizio e cessazione dell'impresa. – 8. L'imputazione dell'attività dell'impresa.

1. Dall'atto di commercio all'impresa.

Il codice civile del 1942 – in particolare, nel Libro V dedicato alla materia del Lavoro – segna il passaggio dall'*atto di commercio*, sul quale si incentrava la prospettiva propria del codice di commercio del 1882 (ed il cui esercizio per professione abituale determinava l'acquisto della qualifica di commerciante), all'*impresa*.

Invero, l'art. 2082 non definisce propriamente l'impresa, ma si limita a precisare i presupposti per l'acquisto della qualità di imprenditore.

Alla stregua della disposizione sopra citata, è imprenditore chi esercita *professionalmente* un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

All'interno dello stesso codice civile non mancano poi disposizioni nelle quali si fa riferimento all'impresa – anziché come attività – come *organizzazione* che esercita, essa e non più il soggetto imprenditore, l'attività (art. 2195).

Deve tuttavia rilevarsi che, nonostante il termine impresa sia utilizzato talora nel linguaggio del codice come sinonimo di imprenditore, i due vocaboli non sono, nella prospettiva della disciplina, fra loro fungibili.

Muovendo dalla premessa che la disposizione dell'art. 2082

non si discosta dalla struttura del periodo ipotetico che è propria della norma giuridica, occorre riconoscere che l'imprenditore, quale soggetto dell'enunciato ivi contenuto, non è pensabile come *fattispecie*, cioè come l'insieme di fatti che costituiscono l'antecedente per l'applicazione di discipline date. Infatti, *fattispecie* è – e non può non essere – il comportamento dell'imprenditore, ovvero l'attività economica professionale “organizzata per la produzione o lo scambio di beni o di servizi” designata dall'art. 2082 come impresa.

Può anche dirsi che l'imprenditore costituisce il centro di imputazione degli effetti (compendiati nel termine “*statuto*”) prodotti dall'esistenza di una *fattispecie* tipica: per l'appunto, l'impresa.

Consegue da quanto affermato che qualora ne ricorrano i presupposti, ossia l'attuazione di un comportamento conforme alla norma definitoria dell'art. 2082, è possibile attribuire al soggetto agente la qualifica di imprenditore.

L'impresa come “*fattispecie* di effetti giuridici” costituisce, secondo un'autorevole dottrina (Oppo), nozione “originaria” e “primaria” rispetto a quella di imprenditore che, in quanto “qualificazione giuridica”, appartiene alla sfera dell'effetto.

La teoria dell'impresa come *fattispecie* non esaurisce, peraltro, il problema dell'individuazione della “rilevanza giuridica” dell'impresa stessa. Permane l'esigenza di identificare il fenomeno economico della realtà materiale che sia rilevante per il diritto, ossia il modello della struttura ipotetica assunto dalla norma.

Si assiste così all'emersione, prima sul piano economico e poi su quello giuridico, della prospettiva dell'*attività*, la quale si discosta da quella dell'*atto* utilizzata per la definizione dei rapporti interpretati.

Il ruolo proprio dell'attività non risiede, infatti, nell'attitudine a provocare l'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive, ma nell'essere “*centro di riferimento di una disciplina*”: nel senso che si è al cospetto di una previsione normativa, e della conseguente disciplina, di un'*attività oggettivamente* considerata; ed è in funzione della riconoscibilità di quest'ultima che la disciplina medesima, pur concretamente applicata agli atti e ai soggetti che vi partecipano, si specifica e si caratterizza.

Con una sorta di “rivoluzione copernicana” rispetto al modello “privatistico” dell'agire, al centro del sistema non si pone più il

soggetto, ma l'attività; ed è in ragione dei suoi caratteri e delle sue esigenze che l'ordinamento disciplina in modo particolare: la capacità all'esercizio dell'attività, i poteri di gestione e di rappresentanza verso terzi nello svolgimento della medesima, la sua pubblicità e la sua documentazione, le modalità corrette di svolgimento dell'attività e i beni organizzati per l'esercizio della stessa, l'identificazione dell'attività e dei suoi prodotti, le figure soggettive di esercizio dell'attività e la sua crisi (Ferro-Luzzi).

Il vantaggio del distacco fra il modello di disciplina "ad attività" e il modello di disciplina "a soggetto" si coglie nella possibilità, consentita dal primo, di riconoscere la complessa pluralità di interessi coinvolti dalla produzione per lo scambio (e dallo scambio) e di trovare soluzioni più flessibili nella disciplina dei relativi conflitti. Ed infatti, l'attività si presenta come un "concetto anodino" che coinvolge una variegata serie di soggetti portatori d'interessi fra loro diversi e tutti astrattamente meritevoli di tutela (investitori, *managers*, creditori, lavoratori, consumatori: i c.d. *stakeholders*), le cui reciproche posizioni non possono essere adeguatamente regolate attraverso il ricorso agli schemi tipici del modello di disciplina "a soggetto", quali il diritto soggettivo e l'obbligo.

Ma v'è di più. Come un'accreditata dottrina (Terranova) non ha ommesso di evidenziare, l'aver posto al centro della scena l'impresa, anziché l'imprenditore, ha consentito nel tempo di predisporre, con una maggiore apertura all'innovazione, le "architetture normative" intese a regolare i fenomeni economici (si pensi, fra l'altro, ai patrimoni destinati, agli istituti della fusione e della scissione, all'articolazione dei complessi produttivi con la connessa rilevanza dei singoli rami d'azienda).

2. Soggetto, atto e attività.

Le prospettive dell'atto e dell'attività, pur collocandosi su piani diversi, sono fra loro connesse: in particolare, l'attività si riflette sul significato dell'atto che vi partecipa e che svolge nei suoi confronti un ruolo essenzialmente strumentale.

Vi sono atti la cui funzione giuridico-economica può essere riconosciuta solo in quanto siano inseriti in un'attività. È ciò che accade

con il contratto di assicurazione, là dove la funzione di “sicurezza” può essere perseguita attraverso una ripartizione dei rischi omogenei fra la “comunità” di soggetti che ad essi sono esposti, realizzandosi – mediante il collegamento di una pluralità di rapporti in un’attività – la comunione e neutralizzazione dell’alea. Ed è quanto avviene, se non altro dal punto di vista economico, per i contratti bancari, la cui funzione di fornire agli utenti una “disponibilità monetaria” è resa possibile dall’inserimento delle singole operazioni in una serie dinamica di rapporti, in una considerazione di massa della vicenda tale da consentire alla banca il conseguimento di economie di scala e la conseguente trasformazione dei rischi e delle scadenze.

Stabilire se l’atto rileva come comportamento “semplice” o come elemento di una pluralità di comportamenti fra loro teleologicamente collegati dipende dalla “unità di misura” che si adotta. Giuridicamente, questo ruolo è svolto dalla fattispecie: confrontando la fattispecie “impresa” con altre fattispecie (quali, ad esempio, il contratto di compravendita, di locazione, di mutuo, ecc.), ci si avvede che il comportamento contemplato dalla prima rappresenta la “sommatoria” dei comportamenti contemplati dalle seconde (Spada).

Occorre altresì notare come il regime giuridico del singolo atto può essere diverso a seconda che esso si ponga, per una o per entrambe le parti, quale momento di un’attività *giuridicamente rilevante*.

Possono richiamarsi, al riguardo, le soluzioni normative dettate in tema di tutela dei consumatori. A fronte della definizione di *consumatore* come “qualsiasi persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale” [art. 3, lett. a), del Codice del consumo], diviene rilevante individuare quelle operazioni in cui la riferibilità a tale attività sia riconoscibile *per una sola* delle parti, sollevando specifiche esigenze di tutela dell’altra [cfr. la nozione di “professionista” di cui all’art. 3, lett. c), dello stesso Codice del consumo]. La selezione dovrà essere operata secondo parametri oggettivi, considerando cioè la *funzione* svolta dalla singola operazione; in definitiva, il suo porsi all’interno o meno di un’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale.

Come ha efficacemente notato autorevole dottrina (Angelici), le vicende economiche possono essere inquadrate giuridicamente dall’ordinamento secondo le diverse prospettive dell’attività svolta, del *soggetto* che la esercita, degli *atti* in cui essa si articola.

La scelta di assegnare centralità all'una o all'altra di tali prospettive ha un'indubbia valenza politica ed è tutt'altro che scevra da caratterizzazioni di stampo ideologico.

Può richiamarsi in proposito la contrapposizione fra l'orientamento c.d. *oggettivo* del *code de commerce* francese del 1807, incentrato sullo schema degli *actes de commerce* (v. l'art. 632, ripreso nell'art. L. 110-1 del *code de commerce* del 2001), da una parte, e l'orientamento c.d. *soggettivo* dell'*Handelsgesetzbuch* tedesco del 1897, imperniato sulla nozione di *Kaufman* (v. i §§ 1-7), dall'altra.

Il primo – adottato in seguito dai codici di commercio italiani del 1865 e del 1882 – è permeato dal clima politico risultante dalla rivoluzione francese e dal regime napoleonico, intesi a esaltare il principio di uguaglianza, portando alla soppressione dei privilegi soggettivi e, di conseguenza, allo scioglimento delle corporazioni. L'altro si riallaccia all'origine storica del diritto commerciale quale *lex mercatoria*, nonché diritto proprio della “classe” dei commercianti, sia pure capace di elaborare principi e istituti suscettibili di avere generale applicazione.

La segnalata diversità di prospettive non elide, tuttavia, la sostanziale omogeneità dei problemi applicativi e delle soluzioni normative sottese alla scelta dell'una o dell'altra di esse.

È stato notato come la nozione di “atto di commercio”, per un verso, vale a definire il commerciante e la sfera di applicazione del suo “statuto” [cfr. l'art. 1 del *code de commerce* (ora art. L. 121-1 del *code de commerce* del 2001), nonché l'art. 8 del codice di commercio italiano del 1882]; per l'altro, è in buona parte definita mediante un riferimento a tipi d'*impresa* (cfr. l'art. 632 del *code de commerce* e analogamente l'art. 3 del codice di commercio del 1882).

Quanto alla nozione di *Kaufmann*, essa si è progressivamente evoluta sino ad arrivare a contenere nella propria definizione (cfr. il § 1 del *Handelsgesetzbuch* tedesco) il riferimento all'atto di commercio (*Handelsgewerbe*).

Ciò non toglie che l'adozione di uno dei due sistemi assume un valore tecnico, come si evince dal collegamento fra l'atto di commercio e la previsione di un'apposita competenza giudiziaria, come quella dei tribunali di commercio tuttora presenti in Francia e nel sistema italiano fino al 1888. Non può dubitarsi che, in assenza di una simile disciplina della giurisdizione, l'atto di commercio ha un ruolo più ridotto e si espone maggiormente ad un possibile superamento, come è infatti accaduto con il nostro codice civile del 1942.

Si è già detto che, alla stregua della definizione normativa contenuta nell'art. 2082, l'impresa si presenta come attività. Essa non può essere considerata come qualcosa di "esterno" al soggetto che la pone in essere e agli atti di cui si compone. L'uno e gli altri vanno piuttosto inquadrati per il significato e la posizione rivestita "*all'interno*" di un'attività giuridicamente rilevante.

Si comprende in quest'ottica l'esigenza, sussistente sul piano empirico prima ancora che su quello normativo, di individuare i "poteri" del soggetto, anche nei confronti dei terzi e del mercato, sulla base del ruolo svolto dal singolo atto nell'attività imprenditoriale. È indicativo che l'attribuzione di specifiche *mansioni* quale portato della divisione del lavoro nell'impresa comporta, in via di principio, l'attribuzione di corrispondenti poteri rappresentativi; e ciò anche nei confronti dei terzi e ai fini dell'instaurazione dei rapporti negoziali con costoro. Tanto appare confermato dalla disciplina – che si avrà modo di esaminare più avanti (Capitolo III, § 6, *infra*) – in tema di *istitutore* (art. 2204), nonché di *commessi* (art. 2210).

Analogamente, con riguardo alla disciplina dei beni strumentali utilizzati dall'imprenditore nell'attività imprenditoriale, ovvero dell'azienda (art. 2555), è rilevante non tanto la situazione giuridica soggettiva in base alla quale il soggetto li utilizza, quanto la loro *destinazione* all'esercizio dell'impresa (Capitolo IV, § 1, *infra*).

Infine, là dove si guarda ad una forma di particolare importanza per l'impresa che è quella *societaria*, occorre riconoscere come la società rappresenti una particolare tecnica per l'*organizzazione* (e il finanziamento) dell'attività: in particolare, se si consideri la società azionaria (Ferro-Luzzi, Ferri *jr.*; sul tema cfr. Capitolo VII, § 1, *infra*).

3. L'impresa come attività produttiva.

Nella cultura giuridica contemporanea si discorre di attività ogni qualvolta il comportamento considerato si presta ad essere scomposto in una pluralità di atti (ovvero di "segmenti comportamentali") unificati in funzione di un *risultato* o di uno *scopo* (vale a dire, di un risultato programmato).

Ne consegue che la singola operazione assume una portata più ampia di quella ad essa attribuibile là dove isolatamente considerata; detta portata deriva dal contributo che l'operazione medesima è in grado di apportare al conseguimento di uno specifico risultato.

La distinzione fra atto ed attività non è meramente quantitativa, ma riflette la contrapposizione fra l'impostazione che vede nella volontà del soggetto l'elemento centrale degli atti a contenuto patrimoniale e dei contratti e la constatazione, invece, che l'attività rileva essenzialmente per la sua idoneità a determinare l'applicazione di una disciplina data.

Mentre la figura dell'atto è stata elaborata in funzione dell'attitudine a produrre, mediante una dichiarazione di volontà del soggetto, un *effetto giuridico* consistente nel trasferimento della proprietà o nell'assunzione di un obbligo, l'attività – la quale si configura normativamente come impresa quando è caratterizzata dal risultato (o dallo scopo) della “produzione o scambio di beni o servizi”, oltreché dai predicati enunciati nell'art. 2082 – si pone non come strumento di mera distribuzione, ma di *produzione* di nuova ricchezza; il che non esclude la successiva distribuzione della medesima.

La distinzione può essere illustrata richiamandosi all'attività di intermediazione nello scambio di beni, storicamente e concretamente identificabile nel commercio. Essa può essere scomposta in almeno due atti di compravendita: il primo è la compera del bene (merce, manufatto, ecc.), il secondo è la vendita del bene comprato. I due atti sono avvinti in un disegno funzionale essendo rivolti al conseguimento di un risultato che – se risiede, dal punto di vista del commerciante, nella possibilità di appropriarsi del profitto differenziale fra il prezzo pagato per l'acquisto e quello riscosso nella successiva vendita – realizza, sul piano obiettivo, creazione di ricchezza in quanto consente di indirizzare i beni là dove il mercato li richieda (Marasà).

Ogni qualvolta, dunque, i comportamenti plurimi siano teleologicamente rivolti alla “produzione o allo scambio di beni o servizi”, gli stessi saranno suscettibili di una valutazione unitaria e di un confronto con il modello di impresa desumibile dall'art. 2082 e – là dove ricorrano i predicati dell'organizzazione, della professionalità e della economicità – saranno soggetti all'applicazione della relativa disciplina.

Nell'intento di attribuire una più precisa identificazione al risultato legislativamente descritto, si è ritenuto di identificare la *produzione* di *beni* nell'approntamento di cose per un determinato uso mediante operazioni di separazione, estrazione, trasformazione; mentre quella di *servizi* consiste in un comportamento – non necessariamente commissivo, potendo consistere anche in un *pati* (come accade quando ci si astiene, ad esempio, dall'utilizzare il proprio veicolo per concederne ad altri l'uso) – orientato alla soddisfazione di un bisogno.

Tanto la natura dei beni o servizi prodotti o scambiati, quanto il tipo di bisogno che essi sono destinati a soddisfare, sono irrilevanti ai fini della qualificazione dell'attività come produttiva. Anche la produzione di servizi di natura assistenziale, culturale o ricreativa può, ricorrendo gli altri requisiti richiesti, essere qualificata come attività d'impresa (salve talune precisazioni che si faranno in seguito a proposito delle professioni intellettuali).

In questa prospettiva si è proposto (Spada) di qualificare la sopra menzionata attività di intermediazione nello scambio come *servizio*, sulla base di un duplice ordine di argomentazioni: da un lato, si pone in luce che lo scambio è destinato a concludere l'attività di produzione, sicché è configurabile come risultato isolabile da quest'ultima solo qualora si inserisca in un'attività intermediaia nella circolazione dei beni (cfr. art. 2195, comma 1, n. 2); dall'altro, si osserva che l'unificazione dei codici ha inteso privilegiare la prospettiva della produzione professionale di nuova ricchezza rispetto a quella della speculazione, sicché separare l'intermediazione nello scambio dalla produzione di servizi significherebbe evocare il vecchio "primato" del commercio rispetto alla produzione facendo degradare l'opzione predetta ad un mero "manifesto" politico.

Soffermando ancora l'attenzione sull'*attività* e prescindendo per adesso dai predicati di organizzazione, professionalità ed economicità, è il caso di domandarsi se vi sia attività d'impresa anche nell'ipotesi di un'attività speculativa, che potrà riguardare il mercato dei prodotti finanziari, delle merci o degli immobili.

Si è orientati a riconoscere un'attività, qualificabile poi come impresa, quando l'operazione di acquisto per la successiva rivendita non sia realizzata con tecniche meramente differenziali, ma sia in grado di creare nuova ricchezza nel senso di una maggiore valorizzazione dei beni esistenti per il tramite dello scambio.

In quest'ordine di idee non può in principio qualificarsi come impresa l'attività dell'investitore che, anche avvalendosi di intermediari specializzati, compia operazioni di investimento e disinvestimento al solo scopo di conseguire un guadagno personale e senza produrre perciò alcun servizio.

La dottrina si è confrontata con un'ampia casistica di comportamenti al fine di tracciare una linea di demarcazione fra attività di produzione di beni e servizi e attività di *godimento*, pur contestando che possa porsi una netta alternativa fra quest'ultima e l'impresa.

In principio, gode di un bene chi si appropria delle utilità d'uso

(ad esempio, usa un immobile per abitarvi) o delle utilità di scambio (concede ad altri in locazione il medesimo immobile e percepisce il relativo canone); lo produce chi lo realizza per l'uso (nell'esempio in discorso: costruisce l'immobile).

Nella prima prospettiva il godimento può essere visto giuridicamente come *esercizio del diritto soggettivo* che chi gode ha sul bene; nella seconda, invece, viene in considerazione la disciplina della *produzione* la quale – là dove ricorrano i requisiti della organizzazione, professionalità ed economicità – è qualificabile come *impresa*.

Le prospettive suddette, tuttavia, non si escludono a vicenda, ma possono interferire fra loro, come accade nell'ipotesi del godimento *diretto* delle cose produttive, quali il fondo rustico, il bestiame, la miniera, l'azienda. La percezione delle utilità d'uso tipiche di tali cose, ossia delle utilità strumentali alla separazione, estrazione, trasformazione di beni o produzione di servizi, è qualificabile, *in punto di attività*, come impresa.

A conclusioni diverse si deve giungere quando il godimento sia soltanto *indiretto*, ossia il proprietario si limita a percepire le utilità di scambio. Nel caso del fondo rustico o dell'azienda affittati, il godimento diretto è in capo all'affittuario che produce beni e servizi avvalendosi ed è egli – e non l'affittante – imprenditore.

Da ciò può generalizzarsi l'affermazione secondo cui là dove sono le utilità di scambio ad essere percepite, il comportamento si colloca al di fuori della sfera dell'impresa.

Ritornando all'esempio fatto in precedenza del godimento indiretto di un immobile, va esclusa in radice la sussistenza dell'attività d'impresa nell'ipotesi in cui il proprietario di una casa, dopo averla data in locazione a terzi, si limita a riscuotere i canoni. Tale comportamento si esaurisce nella conclusione del contratto di locazione, mentre manca persino la pluralità di comportamenti astrattamente riconducibili a fattispecie diverse dall'impresa. Diversamente è a dirsi quando il proprietario di un immobile offra a terzi un godimento diretto integrato con la prestazione di servizi collaterali (pulizia dei locali, cambio biancheria, ristoro, ecc.), come avviene nel caso delle attività di *residence* o di affittacamere.

Non si può dubitare, infine, della imprenditorialità dell'attività quando il bene è adibito ad albergo, finendo col rappresentare uno dei mezzi organizzati per la produzione di un servizio più ampio risultante dal-

l'integrazione fra il godimento del bene stesso e i predetti servizi collaterali.

Può accadere, però, che in considerazione dell'entità e del numero dei beni propri indirettamente goduti, l'amministrazione del patrimonio (intesa come comportamento finalizzato alla conservazione e disposizione di un dato compendio) si converta da “*mezzo*” a “*fine*”, ovvero assuma essa stessa le caratteristiche di un servizio. Si pensi al proprietario di una molteplicità di immobili che voglia metterli a reddito locandoli e che, per riscuotere i canoni, partecipare alle riunioni di condominio, mantenere gli immobili medesimi e mantenerli in stato locativo, si avvalga di una struttura di mezzi e di persone, debordando dai limiti dell'esercizio dei propri diritti di proprietà.

È bene chiarire, peraltro, che la distinzione fra il godimento indiretto del patrimonio e l'attività di produzione di un servizio non può essere affidata al dato meramente quantitativo e intrinsecamente arbitrario della pluralità di contratti di locazione (aventi ad oggetto più beni) in un dato arco temporale.

Occorre valorizzare, invece, la produzione di un “*servizio*” amministrativo, rispetto al quale il godimento di un dato compendio patrimoniale è strumentale. In quest'ottica, può condividersi la classificazione dell'esercizio del credito in senso lato come produzione di servizi, ove tale attività ricomprende anche quella delle *società finanziarie*, che attingono a mezzi propri e comunque non raccolti fra il pubblico. Costituiscono, inoltre, produzione di servizi l'attività delle *società di investimento*, che raccolgono l'altrui risparmio e, attraverso la prestazione dei servizi di investimento, concorrono ad indirizzarlo verso impieghi produttivi, nonché l'attività della c.d. *holding*, di solito una società che investe nell'acquisto di partecipazioni di controllo in altre società, con finalità di direzione, di coordinamento e di finanziamento della loro attività.

Sembra plausibile giungere ad analoghe conclusioni quando le attività di speculazione, di finanziamento o di investimento sono svolte da una *persona fisica*, anziché da una società, sebbene non si sia mancato di evidenziare che – essendovi identità fra prestatore e fruitore del servizio – viene meno la distinzione fra produzione e prestazione a terzi del servizio medesimo. Se ne deduce che il problema non è allora quello della qualifica imprenditoriale dell'attività, quanto quello dell'ammissibilità dell'*impresa per conto proprio*, cui si accennerà in seguito.

D'altro canto, occorre tenere presente che qualora le predette attività di finanziamento o di investimento siano svolte *nei confronti del pubblico* e con stabile organizzazione, le stesse si presentano – in base alle relative discipline di settore (artt. 106 ss. TUB; artt. 18 ss. TUF) – come attività riservate e l'autorizzazione all'esercizio delle stesse può essere rilasciata solo a soggetti collettivi che assumano la forma societaria.

4. I requisiti codicistici dell'impresa: organizzazione, professionalità, economicità.

Affinché l'attività sia conforme al modello delineato nell'art. 2082 è necessario che essa sia *organizzata, professionale, economica*.

Muovendo dal primo dei requisiti sopra enunciati, preme segnalare come il termine *organizzazione* – nel linguaggio non soltanto giuridico – sia polisemico, benché evochi fondamentalmente l'idea di un *ordine funzionale* fra cose, nonché fra persone, in vista del conseguimento di un certo risultato.

Sotto il primo profilo (organizzazione di mezzi reali), l'imprenditore crea un apparato produttivo stabile, apprestando i locali di lavoro e di deposito e curandone l'adeguatezza sul piano tecnico ed operativo, pianificando l'uso delle materie prime e delle merci, coordinando il corretto funzionamento di impianti, macchinari e strumenti.

Vista come ordine funzionale impresso a cose, l'organizzazione è dotata di un'autonoma realtà ed è oggetto di propri riferimenti normativi: viene in considerazione l'azienda, definita come il "complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa" (art. 2555), e destinata a rappresentare il presupposto di applicazione di regole intese a disciplinare la circolazione dei mezzi impiegati nell'iniziativa produttiva (Capitolo IV, *infra*).

Alla nozione di impresa non è estraneo nemmeno il secondo significato di organizzazione, ossia quello di ordine funzionale di persone. A suggerire questa constatazione è non soltanto l'osservazione della realtà empirica delle iniziative produttive, ma anche la lettura dell'art. 2086, comma 1, che – di là dal lessico carico di condizionamenti derivanti dal clima ideologico coevo all'emanazione del codice civile – rivela il ruolo centrale assunto per l'impresa dal profilo della *gerarchia*. Ed è proprio tale aspetto che distingue i rapporti imprenditoriali da quelli di scambio attuati nel mercato da soggetti formalmente uguali fra loro.

D'altro canto, se l'impresa è una struttura gerarchica preordinata allo svolgimento di un'attività, essa si avvale dell'opera di persone che si impegnano ad osservare regole da altri impartite nel rispetto di procedure stabilite da "norme di organizzazione" funzionali al conseguimento del risultato produttivo.

Quanto appena osservato consente di attribuire importanza sistematica all'art. 2086, comma 1, senza doverne necessariamente restringere la portata applicativa alla sfera del rapporto di lavoro subordinato ed affermarne la "inutilità" (Spolidoro) dopo la caduta dell'ordinamento corporativo e l'implicita abrogazione dell'art. 2088, inteso ad affermare la responsabilità dell'imprenditore nei confronti dello Stato. Giova aggiungere che l'art. 375 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti c.c.i.i.) ha modificato la rubrica dell'art. 2086 (da "Direzione e gerarchia nella impresa" a "Gestione dell'impresa") e ha inserito un secondo comma che pone a carico dell'imprenditore, "che operi in forma societaria o collettiva", "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".

Il dovere di cui all'art. 2086, comma 2, è poi richiamato nella disciplina dei singoli tipi societari (Capitolo VII, § 1, *infra*) ed è oggetto della competenza esclusiva degli amministratori, i quali sono responsabili del corretto adempimento del medesimo. La novella pone in stretta correlazione l'organizzazione degli uffici dell'impresa e la gestione della stessa: in altri termini, se l'impresa è attività organizzata, la predisposizione di un'appropriata struttura organizzativa costituisce un momento necessario dell'attività gestoria in senso lato o, quanto meno, è espressione di regole funzionali ad obiettivi di corretta gestione (Ibba, Di Cataldo e S. Rossi). Si apre così la strada ad interpretazioni protese ad introdurre il concetto di "colpa organizzativa" qualora l'organizzazione non sia adeguata e funzionale al perseguimento di una determinata attività d'impresa tenuto conto delle dimensioni e dell'oggetto sociale (Santoro). Il contenuto del dovere di dotare la società di assetti adeguati dal punto di vista organizzativo, amministrativo e contabile è assai ampio e comporta che siano assicurate: a) la *congruità* dei fattori della produzione rispetto all'iniziativa imprenditoriale da attuare; b) la *coerenza* dell'*articolazione del procedimento decisionale* rispetto alla complessità dell'iniziativa medesima; c) la presenza di un *sistema informativo* in grado di consentire di assumere decisioni ponderate e di intercettare i segnali di crisi o di perdita della continuità aziendale (M. Cian/Cetra). Tutto ciò al fine di porre gli amministratori nella condizione di attivare tempestivamente gli strumenti predisposti dall'ordinamento per superare tali situazioni, i quali non paiono esaurirsi in quelli formali di risoluzione della crisi previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ma sembrano ricom-

prendere anche le strategie di risanamento attivabili nello stadio di “pre-crisi” e di crisi “pre-concorsuale” (Di Cataldo e S. Rossi).

Un punto controverso riguarda la determinazione delle dimensioni minime che l'organizzazione deve presentare. Va preso atto che, in conseguenza dei progressi della tecnica registratisi dal secondo dopoguerra del secolo scorso, l'*intermediazione nel lavoro* non è più essenziale all'impresa, potendo il lavoro meccanico sostituire quello umano (come avviene nella distribuzione di generi di consumo attraverso dispositivi meccanici).

Meno agevole è rispondere all'interrogativo se sia configurabile come impresa l'attività produttiva esercitata senza un apparato strumentale fisicamente percepibile, vale a dire – alla stregua della surriferita nomenclatura legislativa di cui all'art. 2555 – “senza azienda”.

Restringendo il campo di osservazione alla produzione di servizi, per il cui esercizio è necessario (e per lo più sufficiente) il lavoro di chi assume l'iniziativa, la dottrina prevalente – seguita da una non insignificante giurisprudenza – qualifica come imprenditoriali le attività d'intermediazione nella circolazione di beni, d'investimento, di finanziamento, svolte pure in assenza di dipendenti e con un'organizzazione di mezzi ridotta.

Ciò non può condurre, peraltro, a configurare l'organizzazione come uno “pseudorequisito”, negando ogni soluzione di continuità fra l'impresa e il lavoro autonomo non organizzato. Questa conclusione non soltanto si porrebbe in contrasto con il dato formale che prevede il requisito dell'organizzazione sia per l'imprenditore, ai sensi dell'art. 2082, sia per il piccolo imprenditore, ai sensi dell'art. 2083, e non anche per il lavoratore autonomo in base all'art. 2222; ma finirebbe pure per annullare ogni sostanziale differenza fra la generica attività di organizzazione del proprio lavoro e quella specifica di organizzazione della propria impresa.

Appare quindi ragionevole ritenere necessaria la sussistenza di un minimo di organizzazione affinché l'attività possa essere giuridicamente qualificata come impresa, nella consapevolezza che la misura e la proporzione dei fattori produttivi impiegati, dipendendo dalla natura e dalle dimensioni dell'attività, possano in concreto variare.

Il requisito della *professionalità* richiede un impegno stabile nell'esercizio dell'attività. Esso, letto storicamente, consente di espun-

gere dall'area dell'impresa le iniziative *occasional*i e saltuarie, che scaturiscono da una mera sopravvenienza favorevole e si esauriscono nello sfruttamento dei vantaggi da essa ricavabili.

In assenza di norme legislative puntuali, la valutazione del carattere stabile o occasionale dell'iniziativa deve essere condotta caso per caso, applicando alcune regole di giudizio acquisite nell'analisi della fenomenologia osservata.

La professionalità non implica che l'iniziativa produttiva debba essere esclusiva o prevalente rispetto ad altre attività dello stesso soggetto.

La stabilità dell'iniziativa non è, inoltre, incompatibile con pause nella produzione di beni e servizi, come accade là dove si tratti di un'attività stagionale o comunque ciclica (si pensi, ad esempio, alla gestione di uno stabilimento balneare o degli impianti di risalita presso una stazione sciistica).

L'unicità del risultato produttivo non esclude, infine, la professionalità, là dove – per il numero e la consistenza degli atti d'impresa, come pure per il tempo e i mezzi richiesti dal suo svolgimento – il singolo affare presenta un'indubbia rilevanza economica: si pensi alla costruzione di un ponte o di una tratta ferroviaria, che richiede un'organizzazione di mezzi e di persone e mobilita una serie di interessi meritevoli di protezione in misura non inferiore a quanto si riscontra in una modesta attività manifatturiera.

L'attività esercitata, per essere qualificata come imprenditoriale, deve essere altresì connotata dal requisito dell'*economicità*.

Secondo una regola oggi vigente e che si colloca in posizione intermedia fra le due soluzioni estreme emerse nel dibattito giurisprudenziale e inclini, da un lato, a ritenere il predicato in parola superfluo in quanto di per sé insito nella produzione di beni e servizi, dall'altro, a identificarlo con lo scopo di lucro, l'*economicità* deve intendersi come "stimata" remunerazione dei fattori della produzione e quindi *autosufficienza* dell'iniziativa, emarginando dall'ambito giuridico dell'impresa tutte le attività svolte istituzionalmente in perdita. Non rientrano, dunque, nel perimetro dell'impresa, oltre alla beneficenza, l'erogazione di pubblici servizi a tariffe politiche che, per definizione, non sono parametrize ai costi (spese generali, ammortamenti e interessi passivi) dell'attività da svolgere.

Lo scopo di realizzare un avanzo di gestione (c.d. lucro oggettivo) e di ripartirlo in favore dei titolari dell'iniziativa (c.d. lucro soggettivo), benché sia normalmente presente nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, non è dunque necessario ai fini della nozione giuridica di impresa (diversamente orientati, però, Bonfante e Cottino). La compatibilità fra impresa e assenza di finalità lucrativa giustifica il riconoscimento della qualifica di imprenditori a figure di esercizio dell'attività quali le cooperative c.d. pure, che praticano ai soci cooperatori tariffe tali da non generare un utile di gestione per l'ente (art. 2511), o le imprese pubbliche, come quelle che erogano pubblici servizi (acqua, gas, ecc.), dove i corrispettivi posti a carico dei clienti sono calcolati in modo da non eccedere i costi sopportati.

A conclusione di questa disamina dei fenomeni produttivi classificabili come impresa alla stregua del dato normativo, si può affrontare il tema della qualifica imprenditoriale della produzione di beni e servizi destinata a non essere collocata sul mercato (c.d. *impresa per conto proprio*).

Qualora si riconoscesse nella destinazione al mercato un momento essenziale della nozione giuridica di impresa, si finirebbe per arricchire l'enunciato definitorio dell'art. 2082 di un elemento extratestuale. Di conseguenza, si potrebbe fondatamente dubitare della riconducibilità alla nozione in parola di quelle produzioni organizzate di beni e servizi che siano fruiti dallo stesso produttore (c.d. autoconsumo): come accade nell'ipotesi dell'agricoltore che coltiva il fondo ottenendo una produzione che utilizza per le esigenze proprie e della propria famiglia, o del proprietario di un terreno che costruisce una casa "in economia".

Questa operazione di arricchimento del modello di comportamento descritto dalla norma con componenti ulteriori in essa testualmente non previste ha suscitato perplessità nella prevalente dottrina, la quale si è mostrata favorevole rispetto alla possibilità di attribuire alle iniziative produttive in esame la qualifica di impresa purché siano soddisfatti i requisiti della organizzazione, della professionalità e della economicità.

Taluni studiosi dubitano, però, della ricorrenza nell'impresa per conto proprio del requisito della economicità (Bonfante e Cottino), considerato che in assenza di un'operazione di scambio non avrebbe senso accertare se vi sia una differenza positiva fra ricavi e costi; altri, invece, sostengono che l'elemento della professionalità qualifica

l'organizzazione produttiva nel senso che i beni e i servizi prodotti devono essere destinati ad essere ceduti o prestati a terzi (Buonocore, Ferri *sr.*, Libonati, Galgano).

Sotto il primo profilo, si è replicato che anche l'autoconsumo non è incompatibile con l'imprenditorialità della produzione purché non escluda la potenziale remunerazione dei fattori della produzione, quale potrà accertarsi sostituendo il ricavo con il risparmio di spesa. Quanto al secondo aspetto, deve rilevarsi che operazioni ermeneutiche intese ad arricchire o modificare il lessico dell'art. 2082 (segnatamente, a sminuire l'uso della disgiuntiva nell'inciso finale della norma), oltre ad ampliare in astratto l'area di esonero dallo statuto dell'imprenditore di alcune iniziative produttive, risultano significativamente ridimensionate negli esiti applicativi nel momento in cui riconoscono l'irrilevanza del mercato di sbocco; ne discende allora che anche la produzione di beni e servizi destinata ad una platea identificabile di soggetti – e, al limite, ad uno soltanto – può qualificarsi come imprenditoriale (Spada).

5. L'impresa illecita.

Dalla definizione normativa contenuta nell'art. 2082 si ricava che la produzione organizzata, professionale ed economica di beni e servizi è impresa in senso giuridico e comporta l'applicazione della relativa disciplina.

Si è soliti domandarsi se – anche in assenza di una specifica previsione normativa, ma sulla scorta di un'interpretazione sistematica – l'attività, per essere qualificabile come impresa, debba soddisfare anche il predicato della *liceità*.

Preme precisare che anche con riferimento a questo interrogativo occorre porsi da una prospettiva diversa da quella con cui si affronta il tema della liceità del negozio giuridico. Quest'ultimo rappresenta una categoria logica e concettuale intesa ad esprimere il riconoscimento da parte dell'ordinamento di un assetto d'interessi voluto dai privati: in tanto questo autoregolamento è oggetto di approvazione, in quanto gli effetti che è preordinato a produrre sono valutati positivamente alla luce dei valori e principi fondamentali dell'ordinamento.

L'attività d'impresa non è invece una manifestazione di volontà, di cui si tratta di valutare l'idoneità a produrre effetti corrispondenti a quelli voluti dalla parte o dalle parti, qualora siano riconosciuti

meritevoli di realizzazione secondo i principi e valori predetti. Si è messo in luce, del resto, che il comportamento imprenditoriale, là dove effettivamente realizzato, determina l'applicazione del relativo statuto “*senza e contro*” la volontà di chi ne sia l'autore e di chi entra in contatto con questo.

D'altro canto, non si esclude che anche un'attività d'impresa illecita si possa articolare in una serie di atti leciti e validi e che l'applicazione delle correlate discipline debba avvenire sulla base delle fattispecie da essi presupposte: così, ad esempio, l'attività del contrabbandiere potrebbe richiedere la stipulazione di contratti di credito o di locazione di un immobile.

Sullo sfondo di queste premesse, merita ricordare l'orientamento affermatosi nella giurisprudenza favorevole a distinguere due gradi d'illiceità dell'impresa: un'illiceità *in senso forte* – pure designata mediante il sintagma della c.d. *impresa immorale* – sussistente quando l'attività sia assolutamente e incondizionatamente vietata (ad esempio, produzione e smercio di sostanze stupefacenti, contrabbando, sfruttamento della prostituzione); un'illiceità *in senso debole* – quale si ravvisa nella c.d. *impresa illegale* – che ricorre quando la produzione professionale di beni e servizi è in sé lecita, ma è esercitata senza le necessarie concessioni o autorizzazioni amministrative (come nel caso dell'attività bancaria svolta in assenza dell'autorizzazione della Banca d'Italia), oppure da figure soggettive non abilitate o non rientranti fra quelle cui l'esercizio dell'attività stessa è riservato (si pensi alla gestione di portafogli e, più in generale, ai servizi di investimento diversi dalla consulenza prestati da una persona fisica).

Con riferimento a questa seconda ipotesi si è consolidata nella giurisprudenza la tendenza a ritenere applicabile la disciplina dell'impresa – con effetti sia sfavorevoli sia favorevoli all'imprenditore – ferma restando la comminatoria delle sanzioni amministrative e penali conseguenti alle trasgressioni commesse.

Seguendo tale linea direttiva, si è giunti poi ad applicare lo statuto speciale dettato per l'attività (illegalmente) esercitata come se essa fosse invece svolta in conformità delle regole di settore che la disciplinano: così le c.dd. banche di fatto sono state assoggettate a liquidazione coatta amministrativa, anziché al fallimento che rappresentava il regime generale della crisi dell'impresa commerciale “non minore”.

Opinioni discordanti si registrano con riguardo al regime giuridico cui sottoporre l'impresa illecita in senso forte.

La giurisprudenza meno recente, per un verso, si è mostrata riluttante ad applicare in questo caso lo statuto dell'imprenditore, forse animata dal pregiudizio secondo cui il titolare di un'attività immorale non può rivestire la qualifica di imprenditore, dato il valore socialmente positivo che si è portati ad attribuire alla produzione di beni e servizi; per l'altro, ha cercato comunque di porre rimedio agli esiti di tale atteggiamento, che non sarebbe privo di vantaggi per il titolare dell'iniziativa (potendo determinare, ad esempio, il suo esonero dal fallimento); e ciò in contrasto con il principio generale dell'ordinamento per cui nessuno può trarre beneficio dal proprio illecito (Oppo).

Nel tempo si è affermato, fra i giudici e gli studiosi (Spada; Jaeger, Denozza e Toffoletto), un orientamento favorevole a "disaggregare" la disciplina, applicando all'impresa illecita in senso forte soltanto quelle norme intese a tutelare gli interessi dei terzi (a condizione che questi ultimi non siano coinvolti nell'illiceità) e non anche quelle rivolte a proteggere l'imprenditore (disciplina della concorrenza sleale, dei segni distintivi).

6. Impresa e professione intellettuale.

Il legislatore esclude in principio che date attività produttive possano essere qualificate imprenditoriali, come accade per le professioni intellettuali (quelle del notaio, del medico, dell'avvocato, ecc.).

L'art. 2238, comma 1, stabilisce, infatti, che le disposizioni in tema di impresa si applicano ai professionisti intellettuali solo se "l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa".

Adottando nella lettura dell'art. 2238, comma 1, il criterio esegetico della non ridondanza del linguaggio legislativo, si osserva che l'immunità concessa al professionista sia destinata a venire meno quando costui integra l'opera professionale in una propria iniziativa imprenditoriale (si pensi al medico che esercita nella casa di cura da lui stesso gestita, al *designer* che fabbrica prodotti con le forme da lui create). Una raffinata dottrina sostiene che la disposizione in esame sarebbe precettivamente inutile se fra professione intellettuale ed impresa vi

fosse reciproca estraneità sul piano della fattispecie (Spada). Ciò non toglie che, secondo altra parte della dottrina (G.F. Campobasso), in casi siffatti ricorrono due distinte attività – quella intellettuale e quella imprenditoriale – con conseguente applicazione tanto della specifica disciplina dettata per la professione intellettuale quanto della disciplina dell'impresa. Per contro, il professionista intellettuale o l'artista che si limiti a svolgere la propria attività non diventa mai imprenditore nemmeno nell'ipotesi in cui si avvalga di un'organizzazione di mezzi (si pensi agli ingenti investimenti richiesti da un moderno studio dentistico o di radiologia) e di persone (è il caso di certi studi di avvocato o di notaio). Indizi in tal senso si desumerebbero dall'art. 2238, comma 2, secondo cui al professionista intellettuale che impieghi sostituti o ausiliari “si applicano le disposizioni delle sezioni II, III e IV del capo I del titolo II” del Libro V del codice civile, ovvero solo le norme che disciplinano il lavoro nell'impresa, ma non anche la restante disciplina dell'impresa.

Si tratta peraltro di decidere se l'immunità del professionista dallo statuto dell'imprenditore discenda dall'estraneità delle opere intellettuali alla fattispecie dell'impresa, in considerazione delle modalità necessarie che ne caratterizzano l'esercizio, oppure derivi da una scelta di disciplina sorretta da motivazioni storiche, rintracciabili nella particolare considerazione sociale che circonda le professioni intellettuali.

Invero, tale considerazione sociale riguarda non solo le opere intellettuali, ma soprattutto il ceto dei professionisti ed affonda le sue radici in una concezione “organicistica” della società civile di stampo medievale. Essa emerge dalla peculiare disciplina che subordina l'accesso e l'esercizio delle c.d. professioni liberali (avvocato, medico, ingegnere, notaio) all'iscrizione negli albi professionali (art. 2229, comma 1); riconosce potere disciplinare agli ordini professionali anche per quanto riguarda le tariffe e gli onorari (art. 2229, commi 2 e 3); pone addirittura un divieto di esercizio per i non iscritti agli albi professionali (art. 2231); tanto che si parla al riguardo di professioni *protette* o *riservate*.

Tracce evidenti di quest'atteggiamento si rintracciano, poi, con riferimento a tutte le professioni (protette e non), nella particolare disciplina del contratto d'opera intellettuale: dal principio dell'esecuzione personale della prestazione (art. 2332) alla regola residuale di determinazione del corrispettivo che fa leva sul “decoro della professione” (art. 2233, comma 2), a quella sulla limitazione della responsabilità “se

la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà” (art. 2236 c.c.), all’esonero da ogni rischio contrattuale per il mancato conseguimento del risultato utile (come si evince dall’art. 2237, in contrapposizione con l’art. 2228).

Avendo presente l’analisi prima condotta dei requisiti che consentono di qualificare come imprenditoriale l’attività di produzione di beni e servizi, si può fondatamente affermare che non vi è necessaria incompatibilità fra organizzazione, professionalità, economicità e prestazione di opere intellettuali. Quest’ultima, infatti, è attività di produzione di servizi suscettibili di valutazione economica; inoltre, è attività tendente programmaticamente ad assicurare la copertura dei costi con i ricavi e condotta con scopo di lucro (sebbene tale ultimo requisito non sia necessario); infine, è attività nella quale l’organizzazione di mezzi reali e personali può assumere – dal punto di vista non solo quantitativo ma funzionale – un rilievo preminente rispetto alla prestazione del singolo professionista (si pensi, nuovamente, allo studio del radiologo o del dentista o al laboratorio di analisi cliniche).

Ne consegue che la predetta immunità (essendo legata alla *persona* del professionista) è destinata a venir meno quando si configura una dissociazione soggettiva fra chi adotta l’iniziativa di produrre le opere intellettuali e chi le esegue. Ciò accade: a) quando un soggetto si procura l’opera intellettuale altrui per prestarla a terzi (si pensi al produttore cinematografico, all’imprenditore teatrale, discografico, radiotelevisivo, pubblicitario); b) quando vi sia *esercizio in comune* della professione intellettuale, come avviene in via di principio nell’ipotesi della produzione di opere intellettuali da parte di *società di professionisti* (non invece nel caso di condivisione del medesimo “studio” o d’instaurazione di rapporti di cointeressenza e/o di c.d. società di mezzi; sul tema, Capitolo VII, § 3, *infra*).

Va tuttavia preso atto dell’applicabilità al professionista intellettuale di frammenti anche importanti della disciplina pensata per l’impresa. Merita ricordare l’applicazione della disciplina di tutela del consumatore nei confronti dell’ampia figura del professionista, il quale, come già ricordato, è identificato in chi agisce nell’ambito della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale: art. 3, lett. c), del Codice del consumo.

Sotto altro aspetto, non si è mancato di porre in luce l'esigenza di ricercare un punto di equilibrio fra l'affermazione anche per i professionisti intellettuali di un principio di tutela della concorrenza e del mercato e la rilevanza per costoro di valori dotati di rilievo costituzionale, come quello della salute e della difesa in giudizio (Ferri *sr.*).

7. Inizio e cessazione dell'impresa.

L'acquisto della "qualità" di imprenditore è presupposto di applicazione del relativo "statuto". Tale applicazione non si giustifica, però, sulla sola base di un intento del soggetto, ma richiede, per un verso, un'*effettività* dell'attività imprenditoriale, per l'altro, criteri adeguati a riferire ad un dato soggetto la relativa disciplina.

Si pone, in primo luogo, l'esigenza di precisare il momento di "inizio" dell'impresa e di individuare, conseguentemente, quando la relativa disciplina diviene applicabile (cfr., ad esempio, l'art. 2196, comma 1).

Per risolvere il problema se prima sul piano dell'*an* e poi su quello del *quando* la disciplina dell'impresa possa trovare applicazione, occorre valutare l'adeguatezza del comportamento preso in esame rispetto al modello indicato nell'art. 2082. Se ne deduce che l'inizio dell'impresa corrisponde logicamente al momento in cui sia concretamente attuata un'attività dotata delle caratteristiche previste dalla norma in esame.

Sussistono tuttavia rilevanti incertezze in sede applicativa dovute alla stessa articolazione della vicenda osservata. Invero, la proiezione nel tempo dell'attività, insita nel requisito della professionalità, rende difficile identificare un preciso momento temporale in cui l'impresa diviene riconoscibile.

Ciononostante, si registra un generale consenso intorno al summenzionato principio dell'*effettività*, nel senso che l'attività diviene rilevante quando non sia semplicemente programmata, bensì sia concretamente attuata; e ciò anche se l'intento del soggetto sia desumibile da iniziative rivolte ad ottenere abilitazioni personali o autorizzazioni o concessioni amministrative cui la legge subordina l'esercizio dell'attività (art. 2084). Ugualmente irrilevante a tal fine è l'iscrizione nel registro delle imprese.

La giurisprudenza tende a risolvere il problema dell'inizio e del-

la fine dell'impresa, là dove quest'ultima sia *individuale*, utilizzando la nozione di *ciclo produttivo*; ne discende che ricorre un'attività imprenditoriale, e si applica la correlata disciplina, a partire dalla fase dell'acquisto di merci destinate alla rivendita o delle materie prime destinate alla manifattura fino alla vendita delle merci o dei manufatti immagazzinati. In quest'ottica non avrebbe carattere imprenditoriale tutta l'attività diretta a procurarsi e organizzare i mezzi reali e personali strumentali all'attuazione del ciclo produttivo: non rientrerebbe dunque nell'attività d'impresa la formazione dell'azienda, mentre sarebbe imprenditoriale la liquidazione della stessa (esclusi la riscossione dei crediti e il pagamento dei debiti).

L'alternativa fra imprenditorialità o meno dell'attività si polarizza, quindi, sulle due prospettive degli *atti dell'organizzazione* e degli *atti di organizzazione*, nel senso che solo i primi rivestono natura imprenditoriale (Franceschelli).

Non mancano tuttavia proposte intese ad anticipare l'inizio dell'impresa già alla fase preliminare di organizzazione, argomentando che: a) è difficile riscontrare in concreto una netta dicotomia fra atti di organizzazione e atti dell'organizzazione; b) anche l'organizzazione della produzione è attività tipicamente imprenditoriale e pone esigenze di tutela del credito non diverse da quelle sorgono durante l'esercizio; c) la presenza di uno stabile apparato aziendale non è necessaria (si pensi all'agente di commercio o al mediatore); d) anche l'attività di organizzazione di una data impresa è attività rivolta ad un fine produttivo (G.F. Campobasso).

Certo, non si esclude che il risultato produttivo possa consistere nella stessa creazione di una stabile organizzazione aziendale, potendo tale attività essere svolta professionalmente e dare luogo a un'impresa. Non si può tuttavia arrivare a considerare imprenditoriale la creazione della propria organizzazione aziendale e neppure il compimento di atti preparatori di un'attività produttiva futura; diversamente, si finirebbe per attribuire rilevanza all'intenzione, in contrasto con la tesi preferibile secondo cui l'acquisto della qualità di imprenditore può avvenire senza (e anche contro) la volontà del soggetto. Basterebbe allora la stipulazione di uno o più contratti (di affitto, di mutuo, di lavoro) ad integrare un'impresa e ad applicare la relativa disciplina pure in assenza di un'attività produttiva (Spada).

A fronte del rischio di innescare una sorta di “regressione all'infinito” insito nell'indiscriminata assimilazione dell'attività organizzativa all'attività di produzione organizzata, si è suggerito di articolare la soluzione della questione in base allo *specifico* problema applicativo e agli interessi che vengono in rilievo.

In tale prospettiva, ad esempio, ai fini dell'applicazione della disciplina delle clausole vessatorie, sarebbero sufficienti un'attività organizzativa dell'impresa e la pertinenza ad essa dell'atto in discussione. Occorrerebbe, invece, un'effettiva operatività dell'impresa nei confronti del mercato e dei terzi quando si tratta dell'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, dato che è verso costoro che la pubblicità si dirige (Angelici).

L'indicata linea argomentativa non è in contrasto, del resto, con la tesi giurisprudenziale incline ad analizzare ed applicare le regole in funzione degli interessi coinvolti. Risponde a questa prospettiva la tendenza ad anticipare rispetto all'avvio del ciclo produttivo l'applicazione della disciplina della concorrenza sleale (data la rilevanza di interessi che anche in tale fase richiedono attenzione: si pensi, ad esempio, allo storno di dipendenti), la legittimazione a partecipare a un consorzio, l'operatività della disciplina della circolazione dell'azienda (almeno per quelle disposizioni che paiono prescindere dall'esercizio attuale dell'impresa: artt. 2556, 2558, 2560 e 2561), la tutela del preuso dell'invenzione. Per contro, la disciplina delle procedure concorsuali, in quanto considera la produzione dell'impresa sul mercato e si traduce in una specifica regolazione dei rapporti patrimoniali ad essa conseguenti, troverà applicazione solo quando l'impresa medesima abbia concretamente operato.

Si è avanzata l'idea di ricercare su questo piano “analitico” la soluzione al tradizionale problema se la costituzione di una *società* (che di per sé concreterebbe un “atto di organizzazione”) consenta di individuare un'impresa.

Secondo la giurisprudenza, l'esercizio effettivo dell'impresa non sarebbe necessario per le persone giuridiche e per le organizzazioni sociali che si costituiscono sin dall'inizio per uno scopo predeterminato; con conseguente applicazione dello statuto dell'impresa già a partire dalla costituzione della società.

Autorevole dottrina (Ferri *sr.*) sostiene che la società costituita per l'esercizio di un'attività economica e l'ente pubblico economico (art.

2201) sono imprenditori per il fatto stesso della loro costituzione. In particolare, si osserva che nel sistema del codice civile l'organizzazione sociale è sempre imprenditore e la società è una forma di esercizio collettivo dell'impresa. Il collegamento necessario fra impresa e società si evince dalla nozione che il codice dà di quest'ultima all'art. 2247 (Capitolo VII, § 1, *infra*).

Non sono mancate critiche alla tendenza ad affermare che l'attività di una società è sempre professionale perché l'attività programmata in sede di costituzione dell'ente ne esaurisce la "vita". Si è ravvisato (Spada) in tale orientamento un retaggio dell'esegesi, affetta da "antropomorfismo", dell'art. 8 del codice di commercio del 1882, che dichiarava commercianti le società commerciali, a prescindere dal compimento di atti di commercio per professione abituale. Ne deriva che, non rintracciandosi oggi nel diritto scritto un enunciato normativo coincidente o equivalente al succitato art. 8, affermare che la vita della società si esaurisca nell'attuazione dell'oggetto sociale condurrebbe a legittimare l'applicazione dello statuto dell'imprenditore alle iniziative anche solo occasionali, purché rivestano la forma societaria. Si è lamentata, inoltre, la "grave contraddizione" in cui si cade quando, da una parte, si afferma che l'attività funge da fattispecie in quanto sia effettivamente svolta e, dall'altra, si equipara un'attività (comune) programmata ad un'attività esercitata. Da tali rilievi si fa discendere la necessaria operatività del principio di effettività anche per le società, sebbene non si escluda che là dove sia quest'ultima a compiere un singolo atto di organizzazione imprenditoriale, in specie se particolarmente qualificato, l'attività d'impresa possa dirsi iniziata (G.F. Campobasso).

L'impostazione secondo cui la società acquisterebbe la qualità di imprenditore fin dal momento della sua costituzione non coinvolge, peraltro, gli obblighi di iscrizione nel registro delle imprese o di tenuta della contabilità (riferiti comunque alla società senza richiedere l'esercizio effettivo dell'impresa), ma riguarda tutta la restante disciplina dell'impresa: in particolare, quella delle procedure concorsuali.

I sostenitori dell'idea di operare una dissociazione delle norme che compongono lo statuto dell'imprenditore in funzione degli interessi tutelati muovono dalla considerazione che la costituzione della società determina (come si chiarirà meglio più avanti) una separazione patrimoniale ed un corrispondente riparto dei creditori in ragione della diversità delle componenti patrimoniali vincolate a garanzia delle rispettive pretese e dell'intensità del vincolo. Si determina una "subalterni-

tà” dell’interesse dei creditori personali dei soci rispetto a quello dei creditori sociali, sebbene l’intensità della separazione vari a seconda del tipo di società in concreto adottato e di altri fattori (come l’adempimento di formalità pubblicitarie o la “liberazione” del capitale nominale).

La piena realizzazione del primato dei creditori sociali potrebbe, dunque, compiutamente realizzarsi quando costoro siano in grado di accedere ad un riparto concorsuale di tutte le attività sociali sin dal momento in cui – per effetto della costituzione della società – il regime di separazione patrimoniale si sia attuato (Spada, Libonati).

La sopra esposta disparità di trattamento fra impresa individuale e società si riproponeva anche con riferimento alla *cessazione* dell’attività.

Infatti, mentre per l’imprenditore individuale era pacifico che la cessazione dell’impresa coincidesse con la *disgregazione del complesso aziendale*, in applicazione del *principio di effettività*, nel regime normativo antecedente al d.lgs. n. 5/2006, la giurisprudenza riteneva la società esistente finché tutti i creditori fossero stati pagati. Secondo l’impostazione appena riferita, la disciplina del riparto concorsuale si sarebbe dovuta applicare *fino a quando* vi fossero state delle attività sociali (si pensi alle c.d. sopravvenienze attive, cioè accertate dopo la chiusura della liquidazione, la cui definitiva devoluzione ai soci finirebbe per frustrare il primato concesso ai creditori sociali).

Ad alimentare il dibattito era la casistica scaturita dall’applicazione dell’art. 10 l. fall., che disciplinava la dichiarazione di fallimento dell’imprenditore che avesse cessato l’attività. In seguito agli interventi riformatori del 2006 e del 2007, la norma summenzionata faceva decorrere il termine annuale entro il quale la società poteva essere dichiarata fallita dalla cancellazione della stessa dal registro delle imprese, nell’intento di agevolare – attraverso il ricorso a un dato formale – l’accertamento della cessazione dell’impresa. Il secondo comma del medesimo articolo, recuperando il principio di effettività, prevedeva – con riferimento all’*imprenditore individuale* – la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare che l’attività d’impresa fosse proseguita anche *dopo* la cancellazione. Una prova analoga era prevista, se pure limitatamente alla *cancellazione d’ufficio*, per le società.

Quest’ultima previsione normativa è rimasta invariata nell’art.

33, comma 3, c.c.i.i. Resta fermo altresì il principio secondo cui la cessazione dell'attività coincide con la cancellazione dal registro delle imprese, mentre si precisa che per l'imprenditore non iscritto l'anno entro il quale la procedura di liquidazione giudiziale può essere aperta decorre dal momento in cui i terzi hanno avuto conoscenza della cessazione medesima (art. 33, comma 2). Sarà onere dello stesso imprenditore che non abbia dato luogo alla pubblicità fornire idonea dimostrazione del fatto costitutivo *ex art.* 2193, comma 1.

8. L'imputazione dell'attività dell'impresa.

Da quanto sinora osservato è emerso che la disciplina dell'impresa si puntualizza sull'attività *in quanto tale* e prevede per essa un regime distinto da quello dei singoli atti. A tale constatazione si connette l'interrogativo se e in che senso i criteri di imputazione dell'attività possono distinguersi rispetto a quelli consueti per i singoli atti, identificabili in principio nella *spendita del nome*. Il quesito appare plausibile alla luce di molteplici aspetti, a prescindere dalla soluzione che si ritiene preferibile.

Non è inutile evidenziare che la necessità di fare ricorso alla *spendita del nome* sussiste solo qualora non sia utilizzabile (o non sia affidabile) il criterio della paternità del comportamento, per la presenza di un'organizzazione di mezzi personali che comporti sostituzione nell'attività giuridica. Benché siano piuttosto marginali, vi sono casi in cui non può dubitarsi che il comportamento imprenditoriale sia quello del soggetto il quale pone in essere un comportamento conforme alla norma dell'art. 2082: si pensi al piccolo commerciante o all'artigiano privo di dipendenti e che, perciò, finisce per fare "tutto da solo" (o quasi).

La *spendita del nome* può anche risultare dalla integrazione, oggettivamente riconoscibile, dell'autore del comportamento in una organizzazione imprenditoriale altrui: indicativi sono la disciplina dell'art. 2208 in tema di institore che ometta di far conoscere al terzo che egli tratta per il preponente, o il regime di rappresentanza dei commessi (artt. 2210-2213).

Lo statuto dell'imprenditore è certamente imputato alla figura

soggettiva nel nome e nell'interesse della quale il comportamento imprenditoriale è stato realizzato. È quanto accade, ad esempio, nel caso del genitore che gestisce l'impresa quale rappresentante legale del figlio minore, in seguito ad autorizzazione del tribunale: imprenditore è il minore, anche se gli atti di impresa sono decisi e compiuti dal genitore.

I problemi si pongono quando vi sia una dissociazione fra il soggetto nel cui nome è svolta l'attività (c.d. *imprenditore palese* o *prestanome*) e colui il quale è il destinatario dei risultati positivi e negativi della stessa (c.d. *imprenditore indiretto* o *occulto*). Si tratta del fenomeno dell'esercizio dell'impresa per il tramite di interposta persona, alla base del quale possono esservi varie motivazioni (intento di occultare ai propri creditori l'esistenza di un'attività, probabilità di ottenere più facilmente accesso al credito bancario, possibilità di svolgere un'attività che altrimenti sarebbe vietata al soggetto per il suo *status* personale o per un obbligo di non concorrenza).

Del resto, l'area tematica in questione si manifesta concretamente soprattutto nell'ipotesi di crisi dell'impresa e ai fini delle procedure concorsuali, dove per un verso si assiste ad una traslazione del rischio imprenditoriale sui creditori, quanto meno su quelli deboli o che comunque non hanno avuto la forza contrattuale per ottenere dal *dominus* dell'iniziativa garanzie reali o personali; per l'altro, si pone l'esigenza di operare una "redistribuzione" fra i partecipanti al mercato dei risultati economici globali dell'impresa. Dinanzi a queste situazioni, non sembra logicamente necessario – ad avviso di una parte della dottrina – adottare le tecniche tradizionalmente impiegate per imputare gli effetti di singoli atti.

Secondo una prima impostazione (Ferri *sr.*), deve riconoscersi la validità anche in campo giuridico del principio posto a fondamento della nozione economica di imprenditore, che conduce ad identificare quest'ultimo in colui che assume l'*iniziativa* e il *rischio* dell'impresa.

In termini giuridici, l'iniziativa s'identifica nel *potere di gestione*, mentre il rischio è *responsabilità*. Sarebbe, dunque, plausibile la soluzione in base alla quale l'esercizio del potere sia di per sé idoneo, senza la necessità del concorso di indici ulteriori, a condurre a quella responsabilità patrimoniale del *dominus* nei confronti dei creditori che costituisce il principale profilo tecnico-giuridico del "rischio" economico dell'imprenditore.

Si tratta, tuttavia, di una soluzione che, pur apparendo coerente con l'idea dell'impresa quale struttura gerarchica di "potere", è in contrasto con una serie di dati normativi: si pensi, ad esempio, all'art. 2291, che stabilisce, con norma inderogabile, la responsabilità solidale e illimitata dei soci della società in nome collettivo; o, ancora, agli artt. 2325 e 2462 in tema, rispettivamente, di società per azioni e di società a responsabilità limitata, che – dopo aver fissato la regola secondo cui il patrimonio sociale è in principio garanzia primaria ed esclusiva per le obbligazioni sociali – stabiliscono che non basta la qualità di unico socio per incorrere in responsabilità illimitata senza il concorso di condizioni oggettive e formali, quali la violazione delle specifiche norme in materia di conferimenti e di pubblicità legale.

Ad esiti più radicali (fallimento del *dominus* sempre e comunque in caso di fallimento del prestatore) conduce la *teoria dell'imprenditore occulto*, secondo il percorso tracciato da Walter Bigiavi sulla base del vecchio art. 147, comma 2, l. fall. (poi comma 4 del medesimo articolo, nel testo sostituito dal d.lgs. n. 5/2006; cfr. ora l'art. 256, comma 4, c.c.i.i., che dispone l'estensione della procedura di liquidazione giudiziale ai soci illimitatamente responsabili la cui esistenza risulta dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale della società o di alcuni soltanto dei suoi soci). Dall'assoggettamento a fallimento dei cc.dd. *soci occulti di società palese* si inferiva l'assoggettabilità a fallimento della *società occulta*, la quale ricorreva quando – dichiarato il fallimento di un imprenditore individuale – si scopriva che quest'ultimo non agiva da solo, ma aveva costituito con un altro soggetto, rimasto "occulto", una società divenuta insolvente. Proseguendo nel ragionamento si giungeva ad affermare che la *figura occulta* quale titolare dell'interesse e del potere di governo dell'iniziativa integrasse la qualità d'imprenditore e comportasse l'esposizione a fallimento.

Inoltre, in presenza di iniziative imprenditoriali solo formalmente collettive, ma in realtà riconducibili a un singolo, il quale si avvale dei processi decisionali e dichiarativi dell'ente come se fosse mera riproduzione o esternazione delle proprie decisioni e dichiarazioni, si è proposto di disapplicare la separazione patrimoniale concessa all'ente stesso, ravvisandosi un abuso della personalità giuridica (Galgano; Serick).

Non si è mancato di osservare, peraltro, come la “lotta all’interposizione”, intesa ad affermare un principio di auto-responsabilità, non è priva di ripercussioni sul piano della giusta composizione degli interessi mobilitati dall’esercizio di un’impresa per interposta persona. Essa finisce, infatti, per coinvolgere il patrimonio dell’interponente nella garanzia patrimoniale delle obbligazioni assunte dall’interposto. Ne consegue che la responsabilità di chi opera come imprenditore occulto si risolverebbe in un pregiudizio dei suoi creditori personali, i quali dovrebbero subire il concorso sul patrimonio di costui dei creditori dell’imprenditore palese; questi ultimi, a loro volta, vedrebbero incrementate le loro probabilità di capienza, senza però che la tutela dell’affidamento lo esiga (Spada).

Questo rilievo non è stato probabilmente privo di qualche influenza sul generale atteggiamento della giurisprudenza, che ha accolto solo il primo passaggio della teoria dell’imprenditore occulto (argomentando che l’esteriorizzazione non è elemento costitutivo della società), ma non il secondo.

Tale passaggio è stato poi recepito dal legislatore nell’art. 147, comma 5, l. fall., che (sulla scorta della disposizione dell’art. 24, comma 1, d.lgs. n. 270/1999) ammetteva la possibilità di estendere gli effetti della dichiarazione di insolvenza dell’imprenditore individuale ai soci della società (occulta) alla quale l’impresa fosse “riferibile”.

Accanto all’estensione della procedura di liquidazione giudiziale dell’imprenditore “in proprio” a tutti i soci occulti della società di fatto occulta, il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza prevede ora, all’art. 256, comma 5, che, qualora dopo l’apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società si accerti che l’impresa è in realtà riferibile ad una società di fatto, di cui la prima è socio illimitatamente responsabile, il tribunale dispone l’apertura della procedura nei confronti della società di fatto così accertata e degli altri soci illimitatamente responsabili.

La novella mostra di recepire un’interpretazione già formulata nel vigore della disciplina anteriore sulla scorta di alcuni interventi dei giudici di legittimità e della Corte costituzionale in merito alla possibilità di configurare una società di fatto anche tra società di capitali, pure in assenza della delibera dell’assemblea ordinaria prevista dall’art. 2361, comma 2 (c.d. *super-società di fatto*).

Nel tentativo di elaborare tecniche di repressione degli abusi, la stessa giurisprudenza ha altresì elaborato la teoria dell'*impresa fiancheggiatrice*, la cui attività consiste nel finanziamento e nella direzione della c.d. impresa "principale". Questa costruzione teorica si basa sulla qualificazione come imprenditore commerciale, soggetto al fallimento, del soggetto interponente (o degli interponenti, considerati come una *società di fatto*), che si avvalga di una o più società nello sviluppo di un'iniziativa imprenditoriale unitaria. Si arriva dunque a ravvisare nell'attività di direzione un'impresa autonoma (suscettibile di essere svolta anche in veste di c.d. *holding* individuale o personale), purché essa si manifesti in atti compiuti in proprio nome e non difettino i requisiti dell'economicità, professionalità e organizzazione. Si tratta, però, di una tecnica che finisce per avvantaggiare i creditori che hanno avuto la forza e l'accortezza di dotarsi di titoli o garanzie contro il socio o il terzo che sistematicamente eserciti l'attività di direzione (secondo una prassi frequente nel comportamento delle banche laddove si facciano rilasciare una fideiussione dal socio di controllo della società affidata), lasciando privi di tutela diretta gli altri creditori, i quali non hanno titolo per insinuarsi al passivo del fallimento (o, in futuro, della liquidazione giudiziale) del *dominus* e, quindi, non trarranno alcun beneficio dal suo assoggettamento alla procedura liquidatoria.

CAPITOLO II

LE ARTICOLAZIONI DELL'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Le articolazioni della fattispecie e dello statuto dell'imprenditore. – 2. Impresa e imprenditore commerciale. – 3. L'imprenditore agricolo. – 4. Il piccolo imprenditore e l'artigiano. – 5. L'impresa pubblica. – 6. L'impresa privata.

1. Le articolazioni della fattispecie e dello statuto dell'imprenditore.

Il codice civile del 1942 ha introdotto una nozione d'impresa omnicomprendensiva, capace di abbracciare ogni iniziativa professionale di produzione e di scambio, incluse quelle – come l'agricoltura e l'artigianato – in passato ritenute estranee alla materia del commercio.

Volendo conferire al fenomeno studiato una profondità diacronica, occorre evidenziare che la sistemazione della “materia commerciale” presente nel codice di commercio francese del 1807 ed ereditata – attraverso la mediazione dei codici preunitari – prima dal codice di commercio italiano del 1865, poi dal codice di commercio del 1882, comportava l'estraneità all'atto di commercio-impresa, per un verso, della produzione agricola (benché si considerasse atto di commercio la manifattura organizzata dei prodotti del suolo: cfr. art. 5, cod. comm. 1882); per l'altro, della produzione artigiana, in ragione della suvvalenza della organizzazione di mezzi reali e personali rispetto al lavoro esecutivo del titolare dell'iniziativa (Ascarelli).

Il legislatore storico non è rimasto, tuttavia, insensibile alla molteplicità del reale ed ha conseguentemente adottato una tecnica normativa in grado di conciliare l'unità del modello con la varietà dei fenomeni da regolare.

Si è dunque proceduto ad un'articolazione della fattispecie capace di differenziare la disciplina.

La configurazione delle categorie di imprenditori è avvenuta recuperando elementi quali la natura dei fattori della produzione e le caratteristiche dell'organizzazione imprenditoriale, che, nel passaggio dall'impresa-atto di commercio all'impresa-attività professionale, erano stati "accantonati": da un lato, valorizzando la natura dei fattori della produzione, si è storicamente isolata l'*impresa agricola*; dall'altro, valorizzando la prevalenza del lavoro esecutivo dell'imprenditore rispetto all'organizzazione degli altri fattori, si è individuata la *piccola impresa*.

Nel diritto vigente della produzione professionale di beni e servizi, si rintracciano le definizioni normative rispettivamente dell'impresa agricola (art. 2135) e dell'impresa commerciale (art. 2195), basate essenzialmente sulla "natura" – vale a dire sulle caratteristiche merceologiche (o socio-economiche) – del risultato produttivo. Vi è altresì un enunciato definitorio della piccola impresa (art. 2083), ma non di quella medio-grande, la quale si pone, perciò, come nozione residuale, idonea a comprendere ogni impresa che non si presti a essere qualificata come piccola.

La dottrina prevalente esclude la possibilità di prospettare un'iniziativa produttiva classificabile come impresa che non sia ascrivibile ad almeno una *coppia* delle sub-fattispecie in cui l'impresa stessa è scomposta: impresa piccola o medio-grande; impresa agricola o commerciale.

Come si è anticipato, esiste però nel nostro ordinamento una definizione di impresa commerciale, quale si desume (sia pure in modo "obliquo" e "trasversale") dall'art. 2195, che – dopo avere stabilito l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese per gli imprenditori che esercitano una (o più) delle attività ivi elencate – prevede altresì, nell'ultimo comma, che "le disposizioni di legge che fanno riferimento ... alle imprese commerciali si applicano ... a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano". Ne è scaturito l'interrogativo se sia possibile che un'attività – qualificata impresa perché conforme all'enunciato definitorio di cui all'art. 2082 – non sia riconducibile né alla figura dell'impresa agricola, né a quella dell'impresa commerciale (perché non corrispondente ai modelli desumibili dagli artt. 2135 e 2195). Se così fosse, vi sarebbe lo spazio per individuare nel sistema un *tertium genus* chiamato *impresa civile* (Oppo, Rivolta, Marasà).

Il tema è denso di implicazioni ideologiche, metodologiche ed applicative.

Sotto il primo profilo, ammettere l'esistenza dell'impresa civile significherebbe ritenere che la codificazione del 1942 abbia superato la "materia commerciale", assorbendola in una prospettiva più ampia.

Quanto al secondo aspetto, l'adesione alla posizione in esame impedirebbe all'interprete di utilizzare il summenzionato argomento *residuale*, nel senso che la figura dell'imprenditore commerciale non potrebbe essere individuata *per sottrazione*, ossia escludendo dalla nozione generale di cui all'art. 2082 le caratteristiche qualificanti dell'imprenditore agricolo e del piccolo imprenditore. Diverrebbe necessario ricercare, invece, un significato *positivo* di ciascuna di tali figure.

Infine, bisogna considerare che nel codice civile l'unica figura di impresa dotata di una complessa e articolata disciplina è quella commerciale, mentre le sub-fattispecie dell'impresa agricola e della piccola impresa, piuttosto che richiamare "statuti" alternativi, consentono di individuare aree di esonero dall'applicazione della prima. Ne deriva che il ricorso al succitato argomento residuale nell'identificazione dell'impresa commerciale permette di ampliare al massimo il perimetro dell'attività professionale organicamente disciplinata. Per contro, classificare un'impresa come civile significherebbe estendere lo spazio delle iniziative imprenditoriali sotto-disciplinate, a discapito degli interessi coinvolti nel finanziamento dell'impresa (Nigro, Spada, Angelici).

2. Impresa e imprenditore commerciale.

Centrale per la definizione della portata normativa dell'art. 2082 è il confronto fra quest'ultimo e l'art. 2195. Si tratta, infatti, di verificare se la figura dell'imprenditore commerciale individuata dalla seconda delle disposizioni in esame abbia caratteristiche sostanzialmente coincidenti con quelle indicate dall'art. 2082, oppure presenti altri requisiti rispetto a quanto già previsto nella nozione generale di impresa e ricavabile negativamente dagli artt. 2083 e 2135.

Al riguardo, parte della dottrina sostiene che se l'art. 2082 si riferisce a un'*attività di produzione o scambio di beni o di servizi*,

l'art. 2195 si limita a specificarne le possibili articolazioni, posto che menziona ai nn. 1 e 2 – rispettivamente – la “attività industriale di produzione di beni o di servizi” e la “attività intermedia nella circolazione dei beni”, mentre nei numeri successivi indica taluni esemplari, storicamente e socio-economicamente rilevanti, di produzione di servizi (attività di trasporto, bancaria e assicurativa, nonché attività ausiliarie, quali, ad esempio, agenzia, mediazione, deposito, commissione, spedizione), virtualmente già incluse nelle previsioni dei nn. 1 e 2.

Non si è fatto a meno, però, di evidenziare che l'art. 2195 contiene la sottolineatura del carattere *industriale* dell'attività produttiva e di quello *intermediario* dell'attività di scambio.

In un'ottica intesa a valorizzare il dato testuale, si fa discendere da tale constatazione l'idea che l'identificazione dell'impresa commerciale non potrebbe essere compiuta sulla base dell'argomentazione residuale, ritenendo cioè che essa abbracci ogni attività imprenditoriale non rientrante nella fenomenologia della produzione agricola prevista dall'art. 2135.

Mancano, peraltro, nel sistema elementi in grado di orientare univocamente la risposta al quesito se vi sia sostanziale coincidenza di contenuto fra gli artt. 2082 e 2195.

Si è già accennato alla preoccupazione che l'adesione alla teoria dell'impresa civile possa condurre ad ampliare l'ambito delle iniziative imprenditoriali sottratte alla più rigorosa disciplina dettata per le imprese commerciali (pure in assenza di ragioni in grado di giustificare un tale trattamento di favore).

Va ora osservato, con riferimento al requisito della “industrialità”, come esso – piuttosto che indurre a negare la qualifica di commerciali alle attività “primarie” (come quelle estrattive), e persino alle produzioni di servizi (si pensi alle imprese di pubblici spettacoli) – adempie alla funzione di espungere dalla sfera della commercialità, da un lato, l'attività di produzione agricola, dall'altro, quella artigianale.

Non si può trascurare di considerare come l'industria non vada intesa necessariamente come attività di trasformazione di materie prime, ma abbia rappresentato una modalità della produzione manifestatasi storicamente con la sostituzione del lavoro meccanico a quello umano, la proletarianizzazione delle maestranze, la fabbricazione in serie. In questa prospettiva, essa non si pone quale evoluzione dell'artigianato, ma come fenomeno economico distinto e “contrapposto”. Da qui potrebbe

trarsi la conseguenza che l'immunità dell'artigiano dallo statuto dell'imprenditore commerciale discende dalla qualificazione "non commerciale" dell'attività, anziché dal ruolo rivestito dall'organizzazione (Spada).

Sotto altro aspetto, ad identificare *in negativo* il requisito della "industrialità" contribuisce il confronto con la prestazione di opere intellettuali che, come si è visto, si colloca normativamente al di fuori dell'area dell'impresa.

In una prospettiva di segno analogo, si tende ad escludere che l'attività *intermediaria* nella circolazione dei beni debba essere distinta dallo "scambio" genericamente menzionato nell'art. 2082, dato che lo stesso è in grado di ricomprendere sia operazioni che presuppongono una precedente attività produttiva, sia un'attività di acquisto e di successiva rivendita, ossia l'attività propriamente *intermediaria*.

Infine, per quanto concerne la "ausiliarietà" di attività commerciali di cui al n. 5 dell'art. 2195, si preferisce ricondurre a quest'ipotesi tutti i casi di prestazione di servizi al mercato, e non solo ad imprese, facendola rientrare così nella previsione del n. 1 del medesimo articolo.

Seguendo questa impostazione appare, dunque, plausibile ritenere che debba qualificarsi commerciale ogni impresa che *non* sia agricola.

3. L'imprenditore agricolo.

Rispetto alla nozione giuridicamente rilevante di impresa, che si è identificata nella figura dell'imprenditore commerciale, l'imprenditore agricolo e il piccolo imprenditore si pongono quali limiti "esterni" della stessa, contribuendo a precisarne – se non altro in termini negativi – l'estensione.

Può dirsi, dunque, che il valore della nozione di imprenditore agricolo risiede nel delimitare l'ambito di applicazione della disciplina dell'imprenditore commerciale.

Infatti, l'imprenditore agricolo è esonerato dalla tenuta delle scritture contabili (art. 2214).

Occorre tuttavia richiamare la previsione dell'art. 2086, comma 2, che prevede il dovere a carico dell'imprenditore "che operi in forma so-

cietaria o collettiva ... di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa". Merita poi evidenziare che l'art. 3 c.c.i.i. non solo ribadisce tale dovere, ma vi affianca quello dell'imprenditore individuale di "adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi" (comma 1), richiedendo che tanto gli assetti quanto le misure siano prima ancora atti a prevederlo (comma 3) sulla base di determinati segnali rappresentati da dati e informazioni di carattere essenzialmente contabile (comma 4). Deve infine tenersi conto che la tenuta della contabilità è adempimento concretamente necessario (ancorché non sufficiente) al fine di prevedere e rilevare tempestivamente lo stato di crisi. Da qui la conclusione, se non si vuole ritenere l'art. 2214 implicitamente abrogato per effetto dell'entrata in vigore delle disposizioni sopra ricordate, che l'esonero ivi previsto non si applichi all'imprenditore agricolo, a meno che non si voglia negare a quest'ultimo la qualificazione stessa di imprenditore (Ferri *jr.*).

L'imprenditore agricolo non è assoggettabile alla liquidazione giudiziale, mentre può avvalersi della disciplina della composizione negoziata per la soluzione della crisi (artt. 12 ss. c.c.i.i.), nonché accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57), alla convenzione di moratoria (art. 62) ed alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (artt. 2, comma 1, lett. c), 65, comma 1, 74 ss., 268 ss. c.c.i.i.), risultando dunque assoggettato a quella parte del diritto concorsuale predisposta anche per l'imprenditore minore.

L'obbligo d'iscrizione nel registro delle imprese (su cui Capitolo III, § 3, *infra*), un tempo riservato agli imprenditori commerciali, è stato esteso agli imprenditori agricoli, i quali erano soggetti ad iscrizione in una sezione speciale del registro delle imprese (art. 2, comma 1, D.P.R. n. 558/1993), a fini di mera pubblicità notizia (art. 8, l. n. 580/1993). In un secondo tempo, si è riconosciuto alla pubblicità degli imprenditori agricoli, e delle società semplici esercenti attività agricola, efficacia dichiarativa (art. 2, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228), equiparandone così la disciplina – limitatamente a questo profilo – a quella degli imprenditori commerciali.

Questi brevi cenni appaiono sufficienti a far comprendere come l'imprenditore agricolo continui a godere di un trattamento di favore (si potrebbe dire di un vero e proprio *privilegio*) rispetto all'imprenditore commerciale.

Nella discussione su quali siano i motivi per cui un settore dell'economia di primaria importanza come quello ora in esame è esonerato dalla più rigorosa disciplina dell'imprenditore commerciale, si è evidenziato il *doppio rischio* (non solo di mercato, ma anche ambientale) al quale l'impresa agricola è esposta. A questo orientamento si è tuttavia replicato che se il risultato produttivo e, di conseguenza, economico di un'iniziativa imprenditoriale appare molto più incerto rispetto ai corrispondenti risultati di attività d'impresa aventi diversa natura, sarebbe ragionevole approntare meccanismi di tutela del credito più efficaci, non invece ridurne (o eliminarne del tutto) la presenza (M. Cian/Cetra).

Accedendo all'impostazione appena richiamata, si osserva che l'attribuzione all'impresa agricola di una rilevanza normativa più circoscritta rispetto a quella commerciale debba essere motivata alla luce del contesto economico che faceva da sfondo all'emanazione del codice civile del 1942 e delle caratteristiche che connotavano allora la produzione agricola. Quest'ultima si incentrava prevalentemente sullo sfruttamento del *fondo*, attraverso la messa a coltura dello stesso e/o la sua utilizzazione come luogo di allevamento del bestiame; a tali attività (cc.dd. attività essenziali secondo l'originario art. 2135) poteva aggiungersene una accessoria di trasformazione e/o commercializzazione dei prodotti provenienti dalle prime.

L'impresa agricola, in quanto consistente in un'attività il cui principale fattore produttivo era rappresentato dalla terra e la cui attuazione finiva per identificarsi con l'esercizio del diritto di proprietà sul fondo, era perciò considerata dal legislatore del 1942 suscettibile di un trattamento normativo diverso rispetto a quello cui erano assoggettate attività imprenditoriali capaci di attivare un livello più elevato di tutela del credito alla produzione.

D'altro canto, non si può trascurare di considerare che un eventuale finanziamento alla produzione era di regola acquisito mediante operazioni che consentivano al creditore di avvalersi di forme di tutela previste dal diritto privato tradizionale, rappresentate per lo più da *garanzie reali*: si pensi all'iscrizione di ipoteche sul fondo, come tipicamente avviene nel credito fondiario, o all'attribuzione di un privilegio su bestiame, merci, scorte, materie prime, macchinari, attrezzi e altri beni acquistati con il finanziamento concesso, come tipicamente accade nel credito agrario (M. Cian/Cetra).

La questione se la distinzione fra imprenditore agricolo e commerciale sia tuttora giustificata si pone anche a fronte del testo vi-

gente dell'art. 2135, che è stato profondamente modificato – rispetto a quello originario del codice – dal d.lgs. n. 228/2001.

L'art. 2135 individua le attività agricole di coltivazione del fondo, selvicoltura e allevamento di animali là dove siano dirette alla cura e allo sviluppo di un *ciclo biologico* o di una fase *necessaria* di esso, che “utilizzano o possono utilizzare il fondo”. È dunque evidente che la disposizione sopra citata considera irrilevante il modo di produzione tipico dell'agricoltura, ovvero lo sfruttamento del fondo e delle sue risorse, in linea con l'ampia legislazione speciale che aveva esteso la nozione di agricoltura, con finalità promozionali e/o protettive.

La nuova nozione consente di qualificare giuridicamente come attività agricola essenziale la produzione di specie vegetali ed animali, anche se prescindono del tutto dallo sfruttamento della terra e dei suoi prodotti. Ne consegue che si possono far rientrare nella nozione di coltivazione del fondo non soltanto l'*orticoltura*, le coltivazioni *in serra* o *in vivai* (oggi anche se le piante non sono messe a dimora nel terreno), la *floricoltura*, ad essa già considerate riconducibili vigente la vecchia definizione; ma anche le coltivazioni “fuori terra” di ortaggi e frutta, quali le coltivazioni aeroponiche ed idroponiche, con una generalizzazione della soluzione in passato adottata dal legislatore solo per la coltivazione dei funghi (l. n. 126/1985).

Analogamente, l'accoglimento del criterio del ciclo biologico consente di risolvere una serie di contrasti sorti in precedenza con riguardo all'allevamento di animali e conduce a considerare come attività agricola essenziale anche la zootecnia svolta fuori dal fondo o utilizzando quest'ultimo come semplice sedimento dell'azienda di allevamento (è il caso degli *allevamenti in batteria*) e senza che sia necessario che gli animali siano alimentati con mangimi naturali ottenuti dal fondo.

Ed ancora, si possono oggi ricondurre alla nozione di allevamento di animali l'allevamento di *cavalli da corsa* o di *animali da pelliccia*, l'attività *cinotecnica*, l'allevamento di *animali da cortile* (che non erano tradizionalmente allevati sul fondo all'epoca della codificazione), l'apicoltura.

Infine, non si dubita della natura agricola dell'attività di pesca professionale, dell'*acquacoltura* (pesci e mitili) e attività a queste connesse, in ragione degli interventi realizzati dallo stesso legislatore (art. 3, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 226, come sostituito dall'art. 7, d.lgs. 26 maggio 2004, n. 154; v. ora art. 2, comma 2, d.lgs. 9 gennaio 2012, n. 4).

L'attuale nozione di imprenditore agricolo contenuta nell'art. 2135 amplia significativamente anche la categoria delle attività agri-

cole *per connessione*. Si tratta di attività oggettivamente *diverse* da quella agricola, ma che vengono ad essa giuridicamente riferite là dove si riscontri tale rapporto di connessione.

Esse sono individuate nelle attività: a) dirette alla manipolazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione dei prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali; b) dirette alla fornitura di beni o servizi svolte mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, comprese quelle di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, nonché le attività agrituristiche (v. art. 2135, comma 3).

È dunque venuta meno l'indicazione, contenuta nel testo originario dell'art. 2135, comma 2, secondo cui le attività di trasformazione e alienazione dei prodotti agricoli potevano essere ritenute "connesse" quando rientravano nell'*esercizio normale* dell'agricoltura. Ne consegue che la linea di confine fra attività agricola e commerciale non si basa più sulle *modalità* con cui una determinata attività di trasformazione e alienazione sia esercitata, ma è affidata a criteri quantitativi di prevalenza: si richiede, cioè, che l'eventuale attività di *intermediazione di prodotti di soggetti terzi* o di *utilizzo di fattori produttivi diversi* da quelli normalmente impiegati dall'imprenditore nell'esercizio dell'attività agricola principale mantenga carattere secondario (Marasà).

Oltre alla connessione oggettiva, è necessario che le attività in questione siano "esercitate dal *medesimo* imprenditore agricolo" (art. 2135, comma 3), cioè dal soggetto che sia già qualificato imprenditore agricolo in virtù dello svolgimento in forma di impresa di una delle tre attività agricole tipiche e che si tratti di attività *coerente* con quella connessa (non potrebbe, ad esempio, considerarsi imprenditore agricolo il viticoltore che commercializza cavalli).

Bisogna segnalare che la qualifica di imprenditore agricolo è però estesa alle cooperative di imprenditori agricoli e ai loro consorzi (cantine sociali, oleifici sociali, ecc.) quando utilizzano prevalentemente prodotti dei soci, oppure forniscono prevalentemente ai soci beni o servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 228/2001). La stessa qualifica è poi riconosciuta anche alle società di persone ed alle società a responsabilità limitata, costituite da imprenditori agricoli, che esercitano esclusivamente le attività dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazio-

ne e valorizzazione di prodotti agricoli ceduti dai soci (art. 1, comma 1094, l. 27 dicembre 2006, n. 296).

Va dunque rilevato che, in presenza di una precisa scelta legislativa, può aversi, da un lato, riconduzione di una pluralità di attività ad un'unica impresa (con conseguente "neutralizzazione" della loro qualifica oggettiva), dall'altro, attrazione alla sfera dell'impresa agricola di attività prestate da soggetti *diversi* dai produttori agricoli quando utilizzino prevalentemente prodotti forniti da questi ultimi, oppure producano servizi diretti prevalentemente ad essi.

4. Il piccolo imprenditore e l'artigiano.

La nozione di piccola impresa (o, per attenerci alla consueta fraseologia soggettiva impiegata nel codice, di piccolo imprenditore) si desume dall'art. 2083, il quale fa riferimento a un'attività professionale organizzata *prevalentemente* con il lavoro del titolare e dei componenti della sua famiglia. L'espressione usata nella norma in esame appare coerente con un'ipotesi nella quale il comportamento del soggetto agente è un fattore essenziale – sia pure non necessariamente unico – del ciclo produttivo, sicché il prodotto è essenzialmente – anche se non esclusivamente – il risultato della sua attività.

La rilevanza della piccola impresa si coglie in termini decisamente negativi, dato che la relativa disciplina si risolve soprattutto in un *esonero* da quella dettata per l'imprenditore commerciale.

I piccoli imprenditori non sono soggetti, in particolare, all'obbligo di tenuta delle scritture contabili (art. 2214, comma 3) e devono iscriversi nella sezione speciale del registro delle imprese. Ed infatti, a seguito dell'introduzione della norma che richiede al piccolo imprenditore di iscriversi in un'apposita sezione speciale (art. 7, comma 1, D.P.R. n. 581/1995), dotata peraltro di valore di mera pubblicità notizia (art. 8, comma 3, l. n. 580/1993), l'esonero dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese di cui all'art. 2202 deve ritenersi riferito all'iscrizione nella sua sezione ordinaria (Capitolo III, § 3, *infra*).

Con riferimento, infine, alle disposizioni concorsuali, il piccolo imprenditore, al pari del debitore "civile", risulterà esonerato – come si chiarirà fra breve – dalla procedura di liquidazione giudiziale se non supera le soglie di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), c.c.i.i.

La ridotta rilevanza giuridica che deve ormai attribuirsi alla figura del piccolo imprenditore ha suggerito ad un'avvertita dottrina (Ferri

jr.) di considerare ormai superata la *funzione storica* che era stata alla base della sua introduzione (riconducibile all'esigenza di individuare, all'interno della più ampia figura dell'imprenditore, alcuni "esemplari" meritevoli, per l'esiguità delle dimensioni dei rispettivi affari, di essere esonerati dalla relativa disciplina), mentre appare confermata la portata sistematica di contribuire a delimitare dall'esterno la nozione di imprenditore.

In prospettiva generale si segnala la dimensione *qualitativa*, e non meramente quantitativa, della distinzione fra l'impresa e il piccolo imprenditore. Essa andrebbe puntualizzata ponendo cioè l'attenzione sulla diversa qualità, esecutiva o organizzativa, dell'attività del soggetto e sulla diversa natura del ciclo produttivo, sebbene non si possa negare che la diversità qualitativa si riflette anche in una differenza quantitativa: è chiaro, infatti, che il ciclo produttivo dominato dalla personale attività del soggetto non può giungere a superare una certa dimensione economica.

Il tema dell'individuazione della piccola impresa è reso peraltro più complicato dalla singolare formulazione dell'enunciato definitorio contenuto nell'art. 2083: in esso ricorrono sia l'identificazione di tre figure socialmente tipiche di piccoli imprenditori (i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani e i piccoli commercianti) sia la enunciazione di un criterio generale (l'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia). Da qui l'interrogativo se esistono "quattro figure" di piccoli imprenditori o una soltanto, correlativamente alla possibilità di prospettare due letture dell'art. 2083.

Secondo un primo orientamento interpretativo, le figure socialmente tipiche, essendo modelli "autonomi" di qualificazione, sarebbero *sempre* piccoli imprenditori, mentre la categoria rappresentata da coloro che esercitano un'attività prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia avrebbe una funzione *residuale*.

In base ad una seconda impostazione, connotato generale della piccola impresa è la *prevalenza del lavoro proprio* e dei membri della famiglia, mentre le figure tipiche avrebbero una funzione esemplificativa.

La tesi dell'esistenza di quattro categorie di piccoli imprenditori (ancorché maggiormente aderente al dato letterale) conduce a risultati insoddisfacenti sul piano sistematico, data la difficoltà di repe-

rire sia nel codice civile sia nella legislazione speciale adeguate definizioni delle tre categorie nominate e di fornire così soluzioni univoche ai problemi di integrazione dell'art. 2083 che ne derivano.

Ragioni desumibili sia dalla genesi storica della norma codicistica sia dalla Relazione del Guardasigilli inducono ad assumere la prevalenza del lavoro personale e familiare quale criterio generale e *comune* in grado di caratterizzare anche le specifiche figure di piccoli imprenditori nominativamente indicate, le quali saranno in concreto riconoscibili quando siano ad esso conformi.

Permane tuttavia qualche incertezza sul ruolo che le definizioni della legislazione speciale possono eventualmente rivestire nell'interpretazione dell'art. 2083.

La questione riguarda soprattutto l'*artigiano* definito dalla l. 8 agosto 1985, n. 443 in ragione: a) dell'*oggetto dell'impresa*, che può essere costituito da qualsiasi attività di *produzione di beni*, anche semilavorati, o di *prestazione di servizi*, sia pure con alcune limitazioni ed esclusioni (art. 3, comma 1); b) del *ruolo dell'artigiano* nell'impresa, richiedendosi che esso svolga in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo (art. 2, comma 1).

Sono poi fissati limiti al numero dei dipendenti eventualmente impiegati, variabili da settore a settore, ma comunque piuttosto elevati ed ulteriormente dilatabili grazie ad una serie di deroghe ed eccezioni previste negli artt. 4 e 5 della legge.

La qualifica di impresa artigiana può essere riconosciuta – qualora ricorrano le condizioni e i requisiti prescritti dalla legge – alle *società cooperative o in nome collettivo* (art. 3, comma 2), alla *società a responsabilità limitata unipersonale* ed alla *società in accomandita semplice* (art. 3, comma 3, introdotto dalla l. n. 133/1997) e, infine, anche alla *s.r.l. pluripersonale* (art. 5, comma 3, introdotto dalla l. n. 57/2001).

Dal confronto fra le disposizioni della legge speciale e la definizione codicistica di piccolo imprenditore emerge una (almeno parziale) difformità di prospettiva. Non sembra, invero, praticabile una lettura diretta a vedere nella definizione “speciale” di artigiano una semplice specificazione del criterio civilistico della prevalenza del lavoro proprio e familiare, data l'incompatibilità con quest'ultimo delle dimensioni che la l. n. 443/1985 consente all'impresa artigiana di assumere.

Prevale, perciò, l'orientamento secondo cui la nozione contenuta nella l. n. 443/1985 – diversamente da quella di cui alla precedente l. 25 luglio 1956, n. 860, la quale era dettata “a ogni fine di

legge” – esaurirebbe il proprio ruolo nell’indicare i criteri direttivi per la concessione di provvidenze regionali.

Nonostante l’iscrizione nell’albo delle imprese artigiane previsto dall’art. 5 della l. n. 443/1985 abbia valore “costitutivo”, ai fini dell’applicazione della disciplina civilistica dell’imprenditore commerciale deve quindi farsi riferimento all’art. 2083.

Ad analoghi esiti interpretativi si era giunti con riguardo alla previsione nella legge speciale delle “società artigiane” ed alla loro assoggettabilità a fallimento, superando un differente orientamento giurisprudenziale (anche costituzionale: v. Corte cost., 10 giugno 1994, n. 266). Vale la pena di ricordare, infatti, che l’originario art. 1, comma 2, l. fall., prevedeva, ai fini dell’esonero dalla soggezione alla disciplina concorsuale, una nozione di piccolo imprenditore diversa da quella di cui all’art. 2083, disponendo che, da un lato, erano considerati “piccoli imprenditori gli imprenditori, esercenti un’attività commerciale, i quali sono stati riconosciuti, in sede di accertamento dell’imposta di ricchezza mobile, titolari di un reddito inferiore al minimo imponibile”, ovvero, in mancanza di accertamento, coloro nella cui azienda risultasse investito un capitale inferiore a novecentomila lire (dopo la modifica arrecata dalla l. n. 1375/1952); dall’altro, e più in generale, escludeva che la qualificazione in esame fosse assunta dalle società commerciali. Giova altresì aggiungere che, essendo poi divenuto il criterio fiscale non più utilizzabile, la sola disposizione dell’art. 1, comma 2, l. fall. rimasta in vigore riguardasse l’esclusione della qualifica di piccolo imprenditore in capo alle società commerciali.

La cessazione dell’esonero delle società artigiane dal fallimento era stata poi ribadita dopo la riforma del diritto fallimentare del 2006, a sua volta modificata dal decreto correttivo del 2007, che in generale aveva sostituito alla nozione di piccolo imprenditore, identificata soltanto sulla base dell’art. 2083, quella degli imprenditori c.d. *sotto-soglia*. Più esattamente, l’art. 1, comma 2, l. fall. escludeva l’apertura delle procedure concorsuali di fallimento e di concordato preventivo nei confronti degli imprenditori (individuali e collettivi) che dimostrassero il possesso congiunto dei tre requisiti *quantitativi* in esso indicati, riferiti all’attivo patrimoniale, ai ricavi lordi e all’ammontare dei debiti anche non scaduti. Si riteneva che lo scopo della modifica andasse individuato nell’esigenza di evitare – rispetto all’operatività di un istituto affatto peculiare di cui si compone lo statuto dell’impresa, vale a dire le procedure concorsuali – le incertezze giurisprudenziali derivanti dall’applicazione di un criterio aleatorio e non sempre agevole da accertare in concreto quale è quello della prevalenza del lavo-

ro proprio e dei familiari rispetto agli altri fattori produttivi impiegati, contemplato dall'art. 2083 (Ibba, M.Cian/Cetra).

L'impresa che si attestasse al di sotto di tutti e tre i parametri era oggetto di una presunzione di piccolezza; se ne deduceva, altresì, la conclusione che il superamento anche di uno solo dei tre parametri sopra menzionati faceva presumere che si trattasse di impresa non piccola. Tuttavia, la circostanza che la predetta riforma non avesse toccato l'art. 2221, il quale esonerava i piccoli imprenditori (da individuarsi ai sensi dell'art. 2083) dal fallimento e dal concordato preventivo, conduceva una parte della dottrina (Ferri *jr.*) a sostenere che, se anche uno o più dei parametri quantitativi non fossero rispettati, la presunzione di grandezza potesse essere superata dimostrando, attraverso il criterio della prevalenza, che l'impresa in questione fosse una piccola impresa.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si pone in linea di tendenziale continuità con l'art. 1, comma 2, l. fall. e con i principi ispiratori del processo di riforma degli anni 2006-2007, là dove esclude dalla soggezione alla liquidazione giudiziale e al concordato preventivo l'*impresa minore*, ovvero l'impresa che, nei tre esercizi precedenti, non abbia superato la soglia di trecentomila euro di *attivo patrimoniale* e quella di duecentomila euro di *ricavi*, e che inoltre presenti alla data di apertura della procedura un *passivo* complessivo non superiore a cinquecentomila euro; alle imprese minori si applicano il concordato minore e la liquidazione controllata, applicabili a tutti i *debitori civili*. Inoltre, l'abrogazione dell'art. 2221 (v. art. 384 c.c.i.i.) segna il venir meno della rilevanza concorsuale del piccolo imprenditore, sicché la funzione di individuare gli imprenditori esonerati dal concordato preventivo e dalla liquidazione giudiziale è attualmente svolta, in via esclusiva, dalla nozione di *impresa minore*.

Ne consegue fra l'altro, con specifico riferimento alla società artigiana, che essa in caso di dissesto sarà sottoposta alla liquidazione giudiziale, al pari di ogni altra impresa commerciale, se supera i requisiti quantitativi di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), c.c.i.i.

La legislazione speciale, ispirata da finalità di carattere per lo più agevolativo, ha progressivamente affiancato alla nozione codicistica di piccola impresa una serie di fattispecie di impresa media e piccola (v. la l. n. 180/2011).

Va menzionata, in particolare, la *micro-impresa*, le cui caratteristiche sono tratte dalla raccomandazione 2003/361/CE, definita come l'impresa con un organico inferiore a dieci persone e il cui fatturato, o totale di bilancio annuale, non supera due milioni di euro.

Essa è rilevante ai fini dell'applicazione di alcune norme in tema di servizi di pagamento e di cambiali finanziarie ed è equiparata al consumatore nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Inoltre, la "piccolezza" del sistema produttivo italiano e il ridimensionamento del ruolo del finanziamento bancario nella prassi di finanziamento sono alla base di una crescente attenzione da parte del legislatore al fenomeno delle piccole e medie imprese (PMI). Viene in considerazione, ad esempio, la l. n. 317/1991, in materia di interventi per l'innovazione e lo sviluppo, secondo la quale è *piccola* l'impresa che impieghi fino a duecentocinquanta dipendenti e che fatturi annualmente sino a venti milioni di euro, oppure disponga di un patrimonio netto di bilancio sino a dieci milioni di euro.

5. L'impresa pubblica.

Il modello dell'impresa giuridicamente rilevante, che – come si è visto – è rappresentata dall'impresa commerciale (non piccola), può essere ulteriormente articolato in ragione della *forma giuridica* rivestita.

Particolare attenzione deve rivolgersi, in questa prospettiva, alla contrapposizione fra l'*impresa pubblica* e quella *privata*.

In effetti, una novità del codice civile del 1942 rispetto al sistema previgente risiede nell'applicabilità della disciplina della produzione professionale di beni e servizi tanto agli operatori privati, quanto a quelli pubblici, trattandosi di *diritto* ad essi *comune*.

Ciò non toglie che la diversità di figure soggettive destinatarie rende non sempre agevole individuare il *quantum* di disciplina applicabile e il *quomodo* dell'applicazione.

Muovendo dall'analisi delle forme giuridiche di esercizio dell'attività d'impresa da parte dello Stato e degli altri enti pubblici, è tradizionale la distinzione fra:

a) l'*impresa-organo*: in questo caso lo Stato o l'ente pubblico territoriale esercitano *direttamente* l'attività d'impresa – *in via secondaria e accessoria* rispetto ai fini istituzionali – attraverso proprie strutture prive di soggettività giuridica, ma dotate di una più o meno accentuata autonomia gestionale e contabile (è il caso, ad esempio, delle tradizionali "aziende municipalizzate" dirette alla for-

nitura di servizi pubblici essenziali, quali acqua, gas, trasporti urbani, ecc.);

b) *l'ente pubblico economico*: si tratta di un ente che si prefigge di perseguire il suo fine istituzionale principalmente o esclusivamente attraverso l'esercizio di un'attività commerciale (v. art. 2201). Tale era la veste di numerose banche pubbliche (ad esempio, Banco di Napoli, Banco di Sicilia, ecc.), dell'INA, dell'Ente Pubblico Ferrovie dello Stato, dell'ANAS, dell'IRI, dell'ENI, ecc., enti i quali sono stati interessati da un processo di privatizzazione, che ne ha comportato, in un primo momento, la "trasformazione" in società per azioni a partecipazione pubblica (c.d. *privatizzazione in senso formale*); successivamente, il capitale di tali società è stato ceduto, in tutto o in parte, sul mercato (c.d. *privatizzazione in senso sostanziale*);

c) *la società in mano pubblica*: ossia la società di diritto privato (di solito, società per azioni), in cui l'ente pubblico detiene una partecipazione totalitaria, di maggioranza o anche di minoranza.

Gli enti pubblici (non economici) che si avvalgono della forma dell'impresa-organo sono soggetti all'applicazione della disciplina dell'imprenditore "limitatamente alle imprese da essi esercitate" (art. 2093, comma 2). Diversamente, gli enti pubblici economici sono equiparati in tutto alle imprese (commerciali) private, con la sola differenza dell'esonero dalle procedure della liquidazione giudiziale e del concordato preventivo, sostituite dalla liquidazione coatta amministrativa e dalle altre procedure previste dalle leggi speciali (v. in precedenza l'art. 2221, abrogato per effetto dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il cui art. 1, comma 1, esclude dal relativo ambito di applicazione lo Stato e gli "enti pubblici").

A tale conclusione si perviene in virtù di una lettura coordinata degli artt. 2093, comma 1, e 2201: l'uno dispone che agli "enti pubblici inquadrati nelle associazioni professionali" si applicano le disposizioni del Libro V del codice; l'altro stabilisce che gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale devono adempiere all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese. Assumendo, dunque, che la classe degli enti di cui alla prima disposizione sia coestensiva di quella degli enti menzionati nella seconda, si afferma l'applicabilità della disciplina dell'impresa commerciale agli

enti pubblici solo qualora l'esercizio dell'attività commerciale ne esaurisca il programma istituzionale o sia, rispetto ad esso, prevalente (Galgano, Bigiavi).

L'argomentazione testé riferita è stata, tuttavia, sottoposta a critica sulla base dell'osservazione secondo cui dall'art. 2201 può desumersi soltanto l'esenzione dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese per gli enti pubblici che non hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale. D'altro canto, avendo la disposizione in discorso carattere *eccezionale*, non si potrebbe, in ragione della applicazione della regola che contempla l'obbligo di iscrizione, giungere a negare a tali enti la natura di impresa commerciale. Ne discende che, con riferimento agli enti pubblici titolari di imprese-organo, la disapplicazione deve riguardare solo quelle materie per le quali è espressamente disposta (esenzione dalle procedure concorsuali, oltre che dalla disciplina in materia di pubblicità).

Le società in mano pubblica hanno ricevuto un'organica disciplina ad opera del d.lgs. n. 175/2016 (nel testo integrato e corretto dal d.lgs. n. 100/2017), con cui è stato emanato il Testo unico delle società a partecipazione pubblica (t.u.s.p.).

Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società – anche consortili o cooperative – costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata (art. 3, comma 1, t.u.s.p.), che abbiano per oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4 t.u.s.p.).

Viene stabilito l'importante principio secondo cui alle società in mano pubblica trovano applicazione le norme del codice civile dettate per il tipo sociale prescelto – oltre a quelle generali del diritto privato (ad esempio, quelle in materia di procedure concorsuali: v. art. 14, comma 1, t.u.s.p.) – nei limiti in cui non siano derogate da disposizioni del d.lgs. n. 175/2016. Profili di più accentuata specialità si riscontrano nel caso delle cc.dd. *società in house*, (art. 2, comma 1, lett. o), t.u.s.p.) caratterizzate dalla circostanza che la pubblica amministrazione conserva su di esse un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri uffici. Sebbene siano in principio assoggettate allo statuto dell'imprenditore, le società *in house* operano come uffici interni della pubblica amministrazione, intrattenendo rapporti fondamentalmente solo con quest'ultima, la quale eser-

cita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società.

6. L'impresa privata.

Con l'espressione *impresa privata* si fa riferimento ad un'attività imprenditoriale che assume la forma giuridica di diritto privato: può dunque trattarsi di una persona fisica (*impresa individuale*), di una società (*impresa societaria*) o di un *ente privato non societario* (gruppo europeo di interesse economico, consorzio con attività esterna, reti di impresa, associazioni e fondazioni del Libro I).

Preme sottolineare come il codice civile del 1942 non contenga alcuna norma testualmente (o anche solo funzionalmente) assimilabile a quella dell'art. 8 del codice di commercio del 1882, a mente del quale lo statuto del commerciante si applicava solo a individui e società commerciali. Ciononostante, le regole che compongono il diritto dell'impresa continuano a essere dettate sul presupposto che l'impresa sia individuale o societaria.

Questa circostanza rende particolarmente controversa l'applicazione della disciplina dell'impresa alle associazioni e fondazioni del Libro I, là dove si trovino ad esercitare un'attività obiettivamente imprenditoriale: si pensi a un'associazione culturale che organizza mostre o spettacoli a pagamento per procurarsi i mezzi finanziari da destinare al perseguimento delle proprie finalità statutarie; a una fondazione di ricerca scientifica che produce e vende le specialità farmaceutiche derivanti dalla propria attività di ricerca; a un partito politico che svolge attività editoriale per promuovere il proprio programma.

Secondo una prima impostazione, l'applicazione del diritto dell'impresa alle associazioni e alle fondazioni dovrebbe avvenire in modo non dissimile da quanto è stabilito per l'ente pubblico, ossia facendo ricorso al criterio della esclusività o prevalenza dell'esercizio dell'attività commerciale rispetto al programma istituzionale dell'ente stesso.

Questa tecnica argomentativa conduce, tuttavia, a non applicare la disciplina dell'impresa commerciale alle associazioni e fondazioni che esercitano un'impresa secondaria, sebbene essa sia adeguata al modello risultante dalla combinazione degli artt. 2082 e 2195 e dunque capace di sollecitare interessi coincidenti con quelli considerati dal legislatore con riferimento al fenomeno imprenditoriale.

Il risultato applicativo al quale si giunge per tale via appare, peraltro, largamente inattendibile poiché finisce per estendere a un contesto completamente diverso gli adattamenti resi necessari dall'esercizio dell'attività imprenditoriale mediante una forma giuridica pubblica. Da qui la conclusione che il diritto dell'impresa debba applicarsi nella sua interezza nell'ipotesi di svolgimento di un'attività commerciale da parte di associazioni e fondazioni, a prescindere dal fatto che detta attività sia esclusiva o principale oppure secondaria.

Ne consegue la soggezione delle associazioni e delle fondazioni che esercitano un'impresa, anche secondaria, all'obbligo di pubblicità; come pure alla disciplina delle procedure concorsuali, posto che si finirebbe altrimenti per affidare l'eventuale insolvenza a meccanismi inadeguati quali quelli del diritto comune.

L'opzione appena prospettata appare, del resto, conforme all'impostazione adottata dal Codice della crisi e dell'insolvenza là dove sottopone alle procedure ivi previste tutte le imprese che esercitano la propria attività *anche senza fini di lucro* (art. 1, comma 1). Riceve così conferma, fra l'altro, l'orientamento giurisprudenziale favorevole ad assoggettare alle procedure concorsuali gli enti assistenziali o ecclesiastici che esercitano la propria attività applicando il criterio della tendenziale copertura dei costi con i ricavi conseguiti.

Connessa alla tematica in discorso è la disciplina dell'*impresa sociale*, che non si riferisce ad una nuova figura di esercizio dell'attività imprenditoriale destinata ad aggiungersi a quelle già regolate dal codice civile, bensì ad un complesso normativo, originariamente recato dal d.lgs. n. 155/2006 ed ora sostituito dal d.lgs. n. 112/2017, emanato nell'ambito della c.d. riforma del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017, che ha introdotto il Codice del terzo settore, in attuazione della l. delega n. 106/2016). Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti *privati*, inclusi quelli costituiti in forma societaria, che esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 112/2017).

La nuova disciplina ridefinisce, ampliandolo, l'ambito delle attività di *interesse generale* che devono essere esercitate affinché un

ente possa assumere la qualifica di impresa sociale, armonizzandolo al contempo con le tipologie di attività che possono essere svolte dalle cooperative sociali (art. 2, d.lgs. n. 112/2017).

Si considera comunque d'*interesse generale*, indipendentemente dal suo oggetto, l'attività dell'impresa sociale nella quale, per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, sono occupati, secondo specifiche percentuali in relazione al personale, lavoratori molto svantaggiati, persone disagiate o con disabilità e persone senza fissa dimora che versino in una condizione di povertà tale da non poter reperire e mantenere un'abitazione in autonomia.

L'attività di impresa di interesse generale deve essere svolta *in via principale*, ossia deve generare almeno il settanta per cento dei ricavi complessivi (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 112/2017).

L'impresa sociale non può avere come scopo principale quello di distribuire ai propri soci, amministratori, dipendenti, ecc., gli utili ed avanzi di gestione, i quali devono essere destinati allo svolgimento dell'attività statutaria o all'incremento del patrimonio. Tuttavia, al fine di favorire il finanziamento mediante capitale di rischio, è prevista la possibilità per le imprese sociali costituite in forma di società ordinaria o di cooperativa di remunerare parzialmente i soci in proporzione al capitale da loro investito e in ogni fase della vita sociale (art. 3, d.lgs. n. 112/2017).

L'impresa sociale deve osservare gli obblighi di pubblicità, nonché quelli di tenuta delle scritture contabili previsti per l'impresa commerciale (v., rispettivamente, art. 5, comma 2, e art. 9, d.lgs. n. 112/2017).

Per finalità di *trasparenza*, deve altresì pubblicizzare, anche sul proprio sito internet, il bilancio sociale, da redigersi in ossequio a specifiche linee guida da adottarsi con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

CAPITOLO III

LO STATUTO DELL'IMPRENDITORE COMMERCIALE

SOMMARIO: 1. La disciplina generale dell'impresa. – 2. La capacità per l'esercizio dell'impresa commerciale. – 3. Il registro delle imprese. – 4. La contabilità d'impresa. – 5. *Segue*. Il bilancio di esercizio. – 6. La rappresentanza commerciale.

1. La disciplina generale dell'impresa.

L'impresa giuridicamente rilevante può essere identificata anche tramite uno studio della relativa disciplina, condotto avendo riguardo alle peculiarità che essa presenta rispetto alla regolazione dei rapporti interprivati.

Occorre anzitutto chiarire la valenza e l'utilità conoscitiva della locuzione “statuto generale dell'imprenditore”, la quale richiama le regole la cui applicazione è condizionata dal verificarsi di un comportamento conforme al modello descritto nell'art. 2082 e soltanto a questo, senza ulteriori specificazioni.

Tale disciplina “generale” si compone innanzitutto degli artt. 2084 ss. e si manifesta come “una sorta di costituzione dell'iniziativa economica” o di “manifesto” capace di legittimare, nella prospettiva dell'ordinamento corporativo, l'intermediazione tra lavoro salariato e mercato dei beni e servizi. Oggi, soppresso l'ordinamento corporativo, la valenza precettiva di tale disciplina è venuta meno, fatta eccezione per l'art. 2086 che, al primo comma, dichiara l'imprenditore capo dell'impresa riconoscendogli una posizione di supremazia gerarchica nei confronti dei dipendenti.

Comune è poi la disciplina del rapporto di lavoro (artt. 2087 e 2094 ss.), nonché quella dell'azienda, la cui definizione è enunciata dall'art. 2555 in termini generali.

L'impresa, nuovamente senza riferimenti che alludano a questa o quella categoria, funge talora da antecedente di un regime differenziato dei contratti. Sono necessariamente ancorate all'esercizio di un'impresa le norme che: a) alterano la disciplina del ciclo formativo del contratto rendendo proposta e accettazione insensibili ad eventi che incidono sulla persona dell'accettante e del preponente (art. 1330), salvo che si tratti di piccolo imprenditore, posto che difetta in tal caso l'oggettivazione dell'iniziativa presupposta dalla regola; b) selezionano pratiche interpretative utilizzando, come criterio spaziale, la sede dell'impresa; c) predispongono un contenuto integrativo di contratti tipici destinato ad operare solo in presenza di un'impresa (artt. 1510, 1824); d) fissano, sempre in via eventuale, un regime differenziato dell'estinzione del rapporto (art. 1722, n. 4, c.c.).

È in principio indifferente alle articolazioni della fattispecie impresa il diritto della concorrenza inteso come comprensivo: a) dei divieti di concorrenza previsti come effetti naturali di dati contratti (artt. 2105, 2301, 2390); b) del generale divieto di tenere comportamenti di concorrenza sleale (artt. 2598 ss.); c) del regime dei patti limitativi della concorrenza.

Occorre tuttavia considerare, da un lato, che l'applicazione di talune regole della concorrenza non presuppone, neppure testualmente, l'impresa; dall'altro, che si riscontra una tendenza della giurisprudenza a disancorare istituti del diritto della concorrenza dall'esercizio, anche effettivo, dell'impresa. Va segnalata, infine, la difficoltà di ricondurre allo statuto generale dell'imprenditore il diritto *antitrust* europeo (e probabilmente anche quello nazionale), data l'eterogeneità della nozione comunitaria d'impresa rispetto a quella fissata dal codice civile italiano.

2. La capacità per l'esercizio dell'impresa commerciale.

Come si è anticipato, l'imprenditore commerciale è soggetto – oltre che alle norme dettate per l'imprenditore in generale – ad una più specifica ed articolata disciplina, evocata con la locuzione “statuto dell'imprenditore commerciale”, la cui giustificazione è tradizionalmente individuata nella maggiore importanza assunta – nell'esercizio di tale impresa – dal ricorso al credito e nella connessa

esigenza di predisporre una particolare tutela per i terzi che lo concedono.

Si comprende in quest'ottica la soluzione adottata dal codice civile in tema di esercizio dell'impresa commerciale da parte dell'incapace. Si esclude, anzitutto, che i minori non emancipati, gli interdetti (art. 320, comma 5) e gli inabilitati (art. 425) possano iniziare un'impresa commerciale. È consentito loro solo di continuare l'esercizio di un'impresa commerciale già esistente (ad esempio, pervenuta a titolo di successione per causa di morte), purché il tribunale, ravvisandone l'utilità e previo parere del giudice tutelare, autorizzi tale continuazione (cfr. artt. 320, comma 5, e 371, comma 1, n. 3, dettati con riferimento ai minori, ma applicabili agli interdetti in virtù dell'art. 424; per quanto riguarda gli inabilitati, art. 425).

Il minore emancipato può essere autorizzato dal tribunale, previo parere del giudice tutelare e sentito il curatore, sia a continuare l'esercizio di un'impresa commerciale sia a iniziarlo *ex novo*, senza l'assistenza del curatore.

In base al diritto positivo, tali autorizzazioni comportano un ampliamento sia dei poteri del rappresentante legale del minore e dell'interdetto, il quale potrà compiere – senza bisogno di ulteriori autorizzazioni – tutti gli atti funzionali all'esercizio dell'impresa, sia della capacità dell'inabilitato e del minore emancipato. In particolare, l'inabilitato potrà esercitare personalmente l'impresa, pur avendo bisogno dell'assistenza del curatore per gli atti che esulano da tale esercizio; mentre il minore emancipato acquista la piena capacità di agire anche per gli atti estranei all'esercizio dell'impresa (art. 397, comma 3).

Si assiste, dunque, al sostanziale superamento della consueta distinzione fra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione. Invero, siffatta distinzione, ispirata a esigenze di conservazione del patrimonio dell'incapace, non può ritenersi compatibile con un'attività per sua natura dinamica, come è quella imprenditoriale.

Infine, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può liberamente sia continuare, sia dare inizio a un'attività d'impresa, salvo che non sia diversamente disposto dal giudice tutelare nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno (art. 409, comma 1).

3. Il registro delle imprese.

Le regole di cui si compone lo statuto del fenomeno produttivo contemplano un *obbligo di pubblicità* della relativa organizzazione, inteso a presentare quest'ultima al mercato al fine di assecondare due distinti ordini di esigenze: da un lato, quella dell'imprenditore di poter contare sulla *certezza legale* che talune informazioni possano considerarsi conosciute dai terzi, senza che sia necessario effettuare costose e non sempre agevoli verifiche caso per caso della conoscenza o dell'ignoranza delle informazioni medesime da parte di questi ultimi; dall'altro, l'esigenza degli stessi terzi di poter concretamente fruire di talune informazioni relative all'impresa.

Strumentale all'assolvimento di un siffatto obbligo è il *registro delle imprese*, che è dunque non solo mezzo di pubblicità legale delle imprese commerciali, ma anche strumento informativo sui dati organizzativi di tutte le imprese.

Istituito con l'art. 8, l. n. 580/1993 ed attuato con il D.P.R. n. 581/1995, è un pubblico registro, tenuto dall'ufficio del registro delle imprese presso le camere di commercio e posto sotto la vigilanza di un giudice delegato dal presidente del tribunale competente per territorio, presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di imprese (art. 2188, comma 2; art. 8, comma 3, l. n. 580/1993; art. 4, D.P.R. n. 581/1995).

È tenuto secondo tecniche informatiche (art. 8, comma 6, l. n. 580/1993), consultabile mediante terminale e disponibile in tempo reale su internet sul portale della camera di commercio.

Il registro delle imprese è articolato in una sezione ordinaria e in più sezioni speciali:

a) nella sezione ordinaria sono iscritti gli imprenditori commerciali individuali non piccoli, le società di persone o di capitali (escluse le società semplici) e le società cooperative anche se non esercitano attività commerciale, i consorzi con attività esterna e le società consortili, i gruppi europei di interesse economico, gli enti pubblici economici, le società estere che hanno in Italia la sede dell'amministrazione (ovvero l'oggetto principale della loro attività), le reti di imprese;

b) nelle sezioni speciali si iscrivono particolari categorie di imprenditori che trovavano collocazione nelle diverse forme di pub-

blicità gestite dalla camera di commercio prima dell'istituzione del registro delle imprese (e non potevano perciò confluire nella sezione ordinaria), o per le quali non è previsto un obbligo di pubblicità nel codice civile. Diverse norme prevedono, ad esempio, l'iscrizione in una sezione speciale del registro delle imprese per gli imprenditori agricoli e ittici, per i piccoli imprenditori e le società semplici, per gli artigiani, per le società fra professionisti e le società fra avvocati, per le imprese sociali, per le *start-up* innovative e per le piccole e medie imprese innovative, per le società che esercitano attività di direzione e coordinamento, per le imprese che attivano percorsi di alternanza scuola-lavoro.

L'iscrizione è subordinata ad un controllo finalizzato ad accertare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'iscrizione (art. 2189, comma 2). In particolare, occorre verificare:

a) in primo luogo, il rispetto del principio di tipicità, cui l'obbligo pubblicitario è informato, atteso che le informazioni da sottoporre a pubblicità sono tutte quelle – ma soltanto quelle – per le quali tale obbligo è imposto dalla legge;

b) in secondo luogo, la regolarità formale della domanda con cui si richiede l'iscrizione; tale controllo è esercitato normalmente dall'ufficio del registro;

c) si ritiene, inoltre, che il controllo dell'ufficio del registro dovrebbe attenere altresì alla esistenza e veridicità del fatto o dell'atto per cui si richiede l'iscrizione (legalità formale), come si ricava dal sistema accolto dal codice e, soprattutto, dal potere di cancellazione attribuito all'ufficio;

d) si tende ad escludere, invece, che il controllo debba spingersi sino alla legalità sostanziale (ovvero alla validità intrinseca) dell'atto, essendo tale controllo già assicurato dalle verifiche di legittimità compiute da altri soggetti (ad esempio, dal notaio).

La limitazione dei poteri dell'ufficio al solo controllo di regolarità formale della documentazione presentata è espressamente prevista dalla disciplina in materia di società di capitali, quando si tratti di atti soggetti al controllo notarile (artt. 2330 e 2436).

Avverso il provvedimento motivato con il quale l'iscrizione sia stata rifiutata, è ammesso reclamo entro otto giorni davanti al giudice del registro, il quale provvede con decreto impugnabile dinanzi al tribunale (art. 2189).

Nell'intento di accelerare l'avvio delle attività economiche e l'iscrizione nel registro delle imprese, è stato previsto che quando l'iscrizione è richiesta da imprese *diverse dalle società per azioni* sulla base di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata, il conservatore procede all'iscrizione immediata e l'accertamento delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione è devoluto al pubblico ufficiale (ad esempio, notaio) che ha ricevuto o autenticato l'atto (art. 20, comma 7-bis, d.l. n. 91/2014).

L'iscrizione nel registro delle imprese ha – *di regola* – efficacia *dichiarativa*: ciò significa che i fatti e gli atti soggetti ad iscrizione sono, dal momento della loro registrazione, *opponibili* ai terzi a prescindere dalla loro conoscenza e dalla loro stessa conoscibilità in concreto (art. 2193, comma 2). Prima dell'iscrizione i medesimi fatti o atti possono essere opposti ai terzi solo se si dimostra che costoro ne abbiano avuto conoscenza (art. 2193, comma 1).

Occorre ribadire come il risultato dell'*opponibilità* rispetto ai terzi è qui ottenuto avvalendosi di un "servizio" predisposto in via generale dall'ordinamento, il registro delle imprese appunto, senza necessità di una specifica attività informativa da parte dell'imprenditore e, soprattutto, senza verificarne l'adequatezza in concreto.

Si tratta dunque di una sorta di "privilegio" concesso all'impresa commerciale, in forza del quale è possibile ottenere risultati che, se si ricorresse alle consuete tecniche civilistiche, sarebbero senz'altro più costosi e incerti. Esso si spiega per le peculiarità dell'attività imprenditoriale in quanto vicenda che si caratterizza per il significato oggettivo dell'organizzazione e che richiede tecniche ugualmente *oggettive* per l'opponibilità dei relativi atti e fatti rispetto ai terzi (Angelici).

Assumendo questa chiave di lettura, si ritiene che l'estensione dell'efficacia dichiarativa alla pubblicità delle attività agricole – cui si è accennato e della quale si dirà altresì più avanti – presuppone che queste ultime rientrino nell'ipotesi dell'agricoltura "industrializzata", ovvero di un'impresa industriale operante nel campo dell'agricoltura (Ferri sr.).

Il principio dell'efficacia dichiarativa subisce una serie di deroghe in considerazione delle caratteristiche del soggetto, oppure degli atti o dei fatti iscritti.

Con riferimento ai *soggetti*, la l. n. 580/1993 dispone che per gli imprenditori tenuti ad iscriversi nelle sezioni speciali la pubblicità

abbia efficacia di *pubblicità-notizia* (non rende cioè l'atto o il fatto opponibile ai terzi in virtù della semplice iscrizione). Tuttavia, il già citato d.lgs. n. 228/2001 ha stabilito che per l'imprenditore agricolo (sia esso individuale o società semplice) l'iscrizione, pur avvenendo nella sezione speciale, ha l'ordinaria *efficacia dichiarativa*.

Per quel riguarda le “*start-up* innovative”, la pubblicità è condizione per l'accesso ai benefici per esse previsti dalla legge (art. 25, comma 8, d.l. n. 179/2012); mentre per le “PMI innovative” e le imprese per l'alternanza scuola-lavoro, essa è altresì strumento di condivisione delle informazioni indicate rispettivamente dall'art. 4, comma 2, d.l. n. 3/2015 e dall'art. 1, comma 41, lett. b), l. n. 107/2015.

Con riferimento agli *atti*, vi sono ipotesi in cui la legge assegna alla pubblicità:

a) *efficacia costitutiva*, per quanto concerne l'atto costitutivo di società per azioni (artt. 2331, comma 1), di società a responsabilità limitata (art. 2465, ultimo comma), e di società cooperative (art. 2519), la cui iscrizione è condizione necessaria per la stessa esistenza della società;

b) *efficacia normativa*, per quel che riguarda l'atto costitutivo di società in nome collettivo e di società in accomandita semplice (artt. 2296 e 2317), la cui iscrizione è condizione per l'applicazione a queste società della disciplina prevista per tali tipi societari; diversamente, la società esiste, ma opererà come *società irregolare* (Capitolo VII, § 8, *infra*).

4. La contabilità d'impresa.

Fra gli obblighi posti in capo all'imprenditore commerciale rientra quello di tenuta delle c.d. *scritture contabili*, nelle quali registrare le proprie operazioni.

Detto obbligo soddisfa peculiari esigenze connesse all'organizzazione dell'attività d'impresa: a) la documentazione dell'attività è richiesta dall'organizzazione stessa dell'impresa in *uffici*; b) un adeguato processo informativo è altresì necessario ai fini dei processi decisionali dell'imprenditore; c) nell'impresa quale organizzazione gerarchica vi è, infine, l'esigenza di appropriati strumenti per monitorare l'at-

tività di coloro che vi partecipano, in modo da ridurre il rischio di comportamenti “opportunistici” e, più in generale, di poterne verificare i risultati economici (Angelici).

L'imprenditore deve tenere “le scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa”, ovvero che siano coerenti con le caratteristiche che l'organizzazione dell'impresa presenta *in concreto* (art. 2214, comma 2).

Il legislatore indica, tuttavia, un *minimo* di documentazione, che è in ogni caso richiesto al fine di soddisfare le summenzionate esigenze. Le scritture contabili assolutamente obbligatorie sono:

a) il *libro giornale*, nel quale devono essere documentate le operazioni giornalmente compiute: esso deve avere carattere analitico, anche se è possibile annotare in un'unica voce le operazioni omogenee compiute in una stessa giornata (art. 2216);

b) il *libro degli inventari*, da redigersi all'inizio dell'esercizio dell'impresa e successivamente alla chiusura di ogni esercizio annuale, il quale deve contenere l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività relative all'impresa e anche di quelle dell'imprenditore ad essa estranee (art. 2217). L'inventario si chiude con il *bilancio* e con il *conto dei profitti e delle perdite*, da cui devono risultare con evidenza e verità gli utili conseguiti e le perdite subite (art. 2217, comma 2).

Il libro giornale ed il libro degli inventari devono essere numerati progressivamente, ma non sono più soggetti – diversamente da quanto accadeva in precedenza – a bollatura e vidimazione (art. 2215, comma 2, come modificato dalla l. n. 383/2001).

In aggiunta a quelli testé menzionati, è poi prevista la tenuta di altri libri sia ad opera di leggi speciali per determinate categorie di imprese (ad esempio, per le banche il libro dei fidi), sia da parte dello stesso codice civile per le società di capitali (artt. 2421 e 2478).

Come si è accennato, l'imprenditore deve altresì conservare ordinatamente per ciascun affare gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché le copie delle lettere, dei telegrammi e delle fatture spedite (art. 2214, comma 2).

L'art. 2215-bis consente ora che i libri, le scritture e la documentazione la cui tenuta è obbligatoria siano formati e tenuti con strumenti informatici.

L'imprenditore commerciale deve *conservare per dieci anni* le scritture contabili, le fatture e la corrispondenza, anche sotto forma di registrazioni su supporti di immagini (art. 2220).

I libri e le altre scritture contabili delle imprese soggette a registrazione fanno prova *contro* l'imprenditore, anche se irregolarmente tenute (art. 2709); le loro risultanze, tuttavia, sono liberamente valutabili dal giudice ed è sempre ammessa la prova contraria.

Chi vuole utilizzare le scritture contabili a proprio favore non può scinderne il contenuto (ad esempio, utilizzando solo la pagina del libro giornale da cui risulta un debito dell'imprenditore, ma non quella in cui è annotato il pagamento).

Le scritture contabili possono fare prova *a favore* dell'imprenditore solo se ricorrono i seguenti presupposti: a) siano regolarmente tenute; b) la lite sia con un altro imprenditore; c) la controversia riguardi rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa. L'eccezione al principio generale delle prove, secondo cui non è possibile servirsi come prova di un documento autoprodotta, si giustifica sulla base della considerazione che l'annotazione contenuta sul libro di un imprenditore deve trovare riscontro sul libro dell'altro, con il quale il rapporto si è svolto. Ne consegue che la controparte deve essere un imprenditore anch'egli tenuto all'obbligo di registrazione contabile.

Poiché la documentazione contabile contiene dati e notizie sull'attività dell'impresa che l'imprenditore può avere interesse a mantenere riservati, l'art. 2711 prevede che il magistrato – d'ufficio o su richiesta di parte – possa disporre l'*esibizione* di singole scritture, oppure di tutti i libri ma solo per estrarne specifiche registrazioni che interessano la controversia. La comunicazione integrale dei libri e della corrispondenza è limitata ad ipotesi tassativamente indicate nella norma citata: nelle controversie relative allo scioglimento della società, alla comunione di beni ed alla successione per causa di morte.

5. Segue. Il bilancio di esercizio.

Non solo l'art. 2214 pone in capo all'imprenditore commerciale l'obbligo di tenere – oltre al libro giornale ed a quello degli inventari – “le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa”, ma il successivo art. 2217 gli ri-

chiede che, nella redazione dell'inventario, le valutazioni di bilancio debbano "attenersi ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni, in quanto applicabili".

Unitamente a ciò, sulla scorta della legislazione eurounitaria (segnatamente, da ultimo, l'art. 1, Direttiva UE/2013/34), per la fattispecie (art. 2361, comma 2, c.c.) di "assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata", l'art. 111-duodecies, disp. att. prescrive, nel caso in cui tutti i soci illimitatamente responsabili di società di persone siano costituiti da società di capitali, che il bilancio della società in nome collettivo oppure della società in accomandita semplice vada redatto "secondo le norme previste per le società per azioni", all'evidente fine di arrestare una elusione della disciplina cui sarebbe ordinariamente soggetto l'ente partecipante.

Quanto precede, insieme alla considerazione della società per azioni quale più affinato modello organizzativo di attività d'impresa, conduce alla constatazione del primario rilievo degli artt. 2423 ss., dedicati alla disciplina nella società azionaria del bilancio di esercizio: attestazione contabile della situazione patrimoniale e reddituale della società, avente natura di dichiarazione (non negoziale) di scienza (Libonati, Guizzi).

Va fatta menzione del ricorrere di divergenze dottrinali circa l'imputazione del bilancio di società per azioni, secondo che questo sia qualificato "atto degli amministratori", parallelamente alla loro esclusiva (2380-bis) competenza nella materia gestoria (Libonati, Ferri *sr.*, Galgano, De Angelis), ovvero il progetto sottoposto all'approvazione possa essere modificato dall'assemblea dei soci (Colombo, Portale, G.F. Campobasso, Jaeger, Di Sabato, M. Cian): siffatto potere modificativo renderebbe il bilancio atto della società. Eccezion fatta per la previsione di cui all'art. 2409-terdecies, lett. b), c.c., stante la sua mera funzione informativa, non è prevista approvazione alcuna (da parte dell'assemblea) del bilancio consolidato.

Dalla natura di dichiarazione di scienza del bilancio discenderebbe che esso non possa *stricto sensu* dirsi – in presenza di profili di irregolarità – viziato, potendo semmai discutersi della sua esattezza e veridicità; al contempo, al bilancio si attribuisce autonomo valore giuridico (indipendentemente, cioè, dalla delibera di approvazione), al fine di consentire al giudice di esercitare il sindacato –

attraverso un'azione di mero accertamento – anche al di fuori di un giudizio concernente la validità della deliberazione (Guizzi). D'altro canto, si sostiene che, essendo il bilancio oggetto della delibera assembleare, quest'ultima possa, alla stregua di ogni altra delibera, essere invalida ed impugnabile *ex artt.* 2377 e 2379, a seconda della diversa incidenza dei vizi procedimentali. In particolare, la delibera medesima è affetta da nullità per contrarietà a norme imperative (stante l'illiceità del suo oggetto), allorché il bilancio sia difforme dalla disciplina posta a presidio della sua redazione. È quindi nulla la delibera di approvazione di quel bilancio che non sia conforme a verità e correttezza; nonché quando, pur essendo vero, confligga col principio di chiarezza (M. Cian).

Il bilancio consta (art. 2423) dello *stato patrimoniale* (che funge da rappresentazione di una situazione statica), del *conto economico* (che esprime, invece, un processo dinamico), del *rendiconto finanziario* (che evidenzia la composizione delle disponibilità liquide e la relativa variazione intervenuta nell'esercizio), e della *nota integrativa*, documento descrittivo, quest'ultimo, inteso a rendere intelligibili i predetti documenti quantitativi: oggetto di disciplina codicistica sono la struttura del bilancio, nonché i principi di redazione e valutazione delle poste contabili, dato che il bilancio unisce alla funzione informativa quella organizzativa: di qui il carattere inderogabile della relativa disciplina (M. Cian).

Fungono da principi fondamentali (o clausole generali) – nonché da sovraordinato strumento di interpretazione della intera disciplina – le clausole di verità, chiarezza e correttezza (art. 2423, comma 2), che rispettivamente assolvono alla funzione informativa propria del bilancio, all'ordinata fruibilità dei dati forniti, all'adeguatezza tecnica e alla buona fede oggettiva (M. Cian).

Tra i principi tecnici di redazione del bilancio (art. 2423-bis), si rinvencono quello della prudenza (*Imparität Prinzip*) afferente alla iscrivibilità (e valutazione) delle voci di bilancio; il *Going Concern Principle* – non soltanto formale (principio di *Constistency*) – che orienta la valutazione degli elementi patrimoniali “nella prospettiva della continuazione dell'attività”; il principio di competenza attinente all'elemento temporale di selezione degli elementi da iscrivere (a tal riguardo, il bilancio di esercizio è per competenza, non già per cassa), senza che si abbia riguardo alla data dell'effettivo incasso, ma all'esercizio cui le poste sono imputabili. Salve deroghe

“consentite in casi eccezionali” (art. 2423-bis, comma 2), “i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all’altro”, onde poter consentire la comparabilità tra i bilanci, in ossequio al principio di immodificabilità dei criteri di valutazione; la corretta emersione di ogni diminuzione patrimoniale è garantita dal principio secondo cui “gli elementi eterogenei ricompresi nelle singole voci devono essere valutati separatamente”. Il *Substance over Form Principle* richiede che si tenga “conto della sostanza dell’operazione o del contratto”, ossia che le voci vadano rilevate e presentate a prescindere dalla loro formale veste giuridica (Bocchini, De Angelis, M. Cian).

6. La rappresentanza commerciale.

Si è più volte accennato al fatto che l’imprenditore, sia esso un individuo o un ente, si avvale di un’organizzazione della quale fanno parte collaboratori (c.d. *ausiliari* dell’imprenditore) spesso investiti del potere di instaurare rapporti negoziali con i terzi. Esiste dunque un gruppo di norme riferite alle imprese commerciali ed intese a regolare la c.d. *rappresentanza commerciale*.

Principio cardine di tale insieme di regole è quello secondo cui le figure legali di ausiliari dell’imprenditore – che sono, secondo il codice civile, l’istitutore, il procuratore e il commesso e corrispondono a diversi livelli gerarchici nell’organizzazione aziendale – hanno *ex lege* i poteri (anche di rappresentanza) connessi alla funzione che sono chiamati a svolgere, senza necessità di un’ulteriore autonoma manifestazione di volontà da parte dell’imprenditore medesimo. Ne discende che il terzo non dovrà verificare – secondo il modello di comportamento individuato, invece, in via generale dall’art. 1393 – se all’istitutore, al procuratore o al commesso sia stato conferito il potere di rappresentanza commisurato alle mansioni già a ciascuno di essi spettanti.

L’imprenditore può *limitare* i poteri rappresentativi *naturalmente* spettanti agli ausiliari con uno specifico atto in tal senso, il quale sarà opponibile ai terzi solo se iscritto nel registro delle imprese, qualora sia rilasciato all’indirizzo degli istitutori o dei procuratori, o se reso conoscibile con mezzi idonei, nel caso in cui sia rilasciato all’indirizzo dei commessi. L’atto in questione prende il nome di

procura, ma assume un valore opposto a quello rivestito in base al diritto comune: esso non serve per dotare il collaboratore del potere di agire in nome e per conto dell'imprenditore, ma per limitare i poteri rappresentativi che automaticamente discendono dall'inserimento nell'organizzazione aziendale.

Questo intervento sui meccanismi di allocazione del rischio relativo all'esistenza e all'estensione dei poteri rappresentativi previsti dal diritto comune risponde alla volontà di tutelare maggiormente chi compie affari con gli ausiliari di un imprenditore; in tal modo si persegue indirettamente anche l'obiettivo di agevolare lo sviluppo degli affari con le imprese.

Qualora la predetta pubblicità sia omessa, la procura, e quindi i limiti in essa contenuti, non sarà opponibile ai terzi, a meno che non si provi che questi ne erano comunque a conoscenza. Tale inopponibilità comporta che la violazione di siffatti limiti – siano essi di natura qualitativa (ad esempio, la preclusione a trattare in determinati mercati o con alcuni fornitori) o quantitativa (ad esempio, la preclusione a concludere affari eccedenti un determinato ammontare) – da parte dei collaboratori non pregiudichi l'efficacia degli atti posti in essere in capo all'imprenditore. In altri termini, le conseguenze della violazione si produrranno solo all'interno dell'impresa, esponendo il collaboratore ad un'eventuale azione di responsabilità per i danni arrecati all'imprenditore (Cetra).

L'*istitutore* è il collaboratore preposto all'esercizio dell'impresa, di una sede secondaria o di un ramo particolare di essa (art. 2203). Egli rappresenta un vero e proprio *alter ego* dell'imprenditore o, quanto meno, un soggetto con qualifica dirigenziale, qual è, ad esempio, per usare un lessico di segno aziendalistico, il direttore generale, il direttore di una filiale o il responsabile di uno specifico settore produttivo.

Può esservi un *unico* istitutore, preposto all'impresa o ad una relativa articolazione organizzativa o funzionale, oppure possono esservi *plurimi* istitutori, i quali agiscono *disgiuntamente* (art. 2203, comma 3): ciò significa che ognuno può agire indipendentemente dall'altro o dagli altri rispetto all'ambito operativo che gli è stato assegnato. Un eventuale obbligo di azione congiunta, vale a dire concordata e coordinata tra gli stessi, dovrà risultare da apposita procura, costituendo una limitazione dei poteri dell'istitutore.

L'institore può compiere tutti gli atti pertinenti all'impresa (art. 2204), purché non vadano al di là della gestione dell'iniziativa imprenditoriale: non può, ad esempio, *alienare l'azienda*, oppure *cambiare l'oggetto dell'impresa gestita*; non può, inoltre, *alienare o ipotecare gli eventuali beni immobili* di cui si compone l'azienda (art. 2204, comma 1).

Vale per l'institore quanto si è detto prima, per cui l'imprenditore può limitare i poteri rappresentativi che normalmente competono all'institore attraverso il rilascio di un'apposita procura (art. 2204, comma 1). Tuttavia, a tutela della buona fede di chi contrae con l'imprenditore, è stabilito che, se la procura non è resa pubblica mediante deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese, i limiti in essa contenuti non sono opponibili ai terzi (sussistendo una presunzione relativa d'ignoranza), salvo che non si provi che costoro ne erano comunque a conoscenza (art. 2206, comma 2). Analogo regime vale per le modificazioni e la revoca della procura (art. 2207).

L'institore ha anche *legittimazione processuale*, potendo stare in giudizio per l'imprenditore sia come attore sia come convenuto (art. 2204, comma 2).

Egli è inoltre tenuto, insieme all'imprenditore, all'*osservanza delle norme riguardanti le scritture contabili e la pubblicità commerciale* (art. 2205); dunque all'osservanza degli obblighi d'impresa, relativamente all'intera iniziativa o limitatamente ad una sua articolazione organizzativa o funzionale (sede o ramo che siano).

L'institore è tenuto a *spendere il nome dell'imprenditore*. In caso di omissione, egli è *personalmente* obbligato nei confronti del terzo. Quest'ultimo, tuttavia, se si tratta di atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, può agire *anche* contro il preponente (art. 2208).

Il *procuratore* è il collaboratore che compie gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, pur senza esservi preposto (art. 2209): si pensi al funzionario di banca cui è conferito il potere di firmare per la banca stessa o al direttore acquisti di un'azienda. È dunque dotato di un potere di gestione più limitato rispetto a quello – di regola, generale – spettante all'institore. Non è oggetto di una vera e propria disciplina specifica, dato che la sola norma dedicata a tale figura – ossia l'art. 2209 – si limita a rinviare agli artt. 2206 e 2207 dettati per l'institore, con riguardo alla pubblicità, alla modifica e alla revoca della procura.

Secondo l'opinione prevalente, il procuratore è dotato, oltre che di poteri di rappresentanza, anche di poteri decisionali, sia pure circoscritti al proprio ambito operativo. Tuttavia, tanto i primi quanto i secondi possono essere limitati dall'imprenditore attraverso il rilascio di un'apposita procura.

Non essendo preposto all'esercizio dell'impresa o di una parte di essa, il procuratore è privo della rappresentanza processuale.

Per le stesse ragioni, non deve osservare i doveri di tenuta delle scritture contabili o di pubblicità; nemmeno può prospettarsi la responsabilità del preponente in caso di omessa spendita del nome nel compimento di atti d'impresa, come si evince dal mancato richiamo dell'art. 2208.

I commessi "possono compiere gli atti che ordinariamente comporta la specie di operazioni di cui sono incaricati" (art. 2210, comma 1). Essi hanno per lo più poteri dichiarativi, inerenti essenzialmente a operazioni o gruppi di operazioni di carattere esecutivo, rivolte a mettere l'impresa in contatto con i terzi. Sono altresì legittimati a ricevere le dichiarazioni riguardanti l'esecuzione dei contratti da essi conclusi, compresi i reclami e a chiedere eventuali provvedimenti cautelari (art. 2212).

In considerazione di ciò, ai commessi sono dedicate specifiche disposizioni riguardanti il momento della conclusione dei contratti (artt. 2211) e, in particolare, della vendita (artt. 2210, comma 2, e 2213).

Sotto il primo aspetto, i commessi devono attenersi agli eventuali contratti standard utilizzati dall'impresa e devono altresì non derogare alle relative condizioni generali (art. 2211).

A mente dell'art. 2210, comma 2, i commessi possono concedere i soli sconti e/o le sole dilazioni di pagamento che rientrano negli usi commerciali. Possono altresì riscuotere il prezzo delle merci vendute, salvo che alla riscossione non sia destinata una cassa speciale (art. 2213, comma 1). Fuori dei locali dell'impresa, possono esigere il prezzo solo se autorizzati o se consegnano quietanza firmata dall'imprenditore (art. 2213, comma 2).

CAPITOLO IV

L'AZIENDA

SOMMARIO: 1. La nozione di azienda. – 2. Il trasferimento dell'azienda: oggetto, forma e pubblicità del negozio. – 3. Effetti del trasferimento d'azienda. – 4. Usufrutto e affitto d'azienda.

1. La nozione di azienda.

L'esercizio dell'impresa richiede la predisposizione di un apparato produttivo di dimensioni più o meno cospicue, costituito da una *pluralità* di fattori fra loro eterogenei (beni immobili, materie prime, macchinari, beni immateriali, ecc.), che sono oggetto di considerazione in termini *unitari*, da parte dell'ordinamento, in virtù dell'attività organizzativa dell'imprenditore. Questo apparato è l'*azienda*, definita dal codice come “il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa” (art. 2555).

Nella ricerca di schemi idonei a qualificare giuridicamente l'azienda, si è proposto ora di considerarla come un bene ulteriore (quindi immateriale) rispetto alla somma di quelli di cui si compone, giungendo ad equipararla all'universalità di beni, ancorché non limitata ai soli mobili, ai sensi dell'art. 816 (c.d. teoria *unitaria*); ora di risolverla nei singoli beni che la compongono (c.d. teoria *atomistica*).

Si è convincentemente osservato, però, come la discussione su quale sia la natura giuridica dell'azienda e se essa vada concepita in termini unitari o atomistici è chiaramente debitrice di un'impostazione di segno civilistico, poco attenta alle peculiarità giuscommercialistiche dell'istituto (M. Cian). Questa prospettiva presuppone una tradizione che pone al centro del sistema il soggetto e i suoi diritti, dovendosi poi qualificare il rapporto intercorrente fra l'uno e i beni che sono oggetto dei diritti medesimi. Qualora si attribuisca, invece, rilievo centrale al-

l'attività e all'organizzazione, tanto la posizione del soggetto quanto quella dei beni utilizzati devono essere considerati per il loro ruolo *funzionale* all'esercizio dell'impresa (Angelici). Sebbene non si possa negare che la dimensione dell'impresa sia comunque presente nell'impostazione "classica", essendo posta a fondamento di buona parte delle norme speciali, occorre rilevare che l'acquisto dell'azienda quale unità operativa è strumentale alla continuazione dell'attività: l'acquirente subentra, infatti, nell'esercizio dell'attività che dell'azienda trasferita si avvale. Il trasferimento d'azienda inerisce pur sempre alla dimensione funzionale dell'impresa, nel cui ambito si può avere consecuzione di comportamenti posti in essere da soggetti distinti in vista del conseguimento di uno scopo produttivo che permane immutato.

Da qui la preferenza per un metodo induttivo che – anziché muovere dalla descrizione e qualificazione dell'azienda, per poi passare alla presentazione della relativa disciplina, secondo il ragionamento per fattispecie – tende a ricavare dalle disposizioni in tema di azienda principi ed elementi per la risoluzione dei concreti problemi di disciplina e per colmare le eventuali lacune (Presti e M. Rescigno).

Elemento qualificante dell'azienda – come emerge dal tenore dell'art. 2555 – è la *destinazione* dei beni, impressa dall'imprenditore, all'esercizio di un'attività, mentre assume rilievo secondario lo specifico titolo in base al quale ciò avviene. Ai fini dell'appartenenza del bene all'azienda non è necessario che l'imprenditore ne sia proprietario, potendo egli goderne in forza di *altro diritto reale* o di un *diritto personale*: ad esempio, l'immobile presso il quale l'attività è esercitata può essere detenuto a titolo di locazione e i macchinari possono essere utilizzati in forza di un contratto di *leasing*.

Ciò che consente di qualificare una pluralità di beni come componenti l'azienda è l'*organizzazione*, vale a dire la loro utilizzazione unitaria e coordinata al fine dell'esercizio dell'attività imprenditoriale. Si comprende, dunque, la posizione della giurisprudenza teorica e pratica secondo cui i beni che costituiscono l'azienda, pur rimanendo giuridicamente autonomi e distinti, sono legati da un vincolo di strumentalità e complementarietà per il conseguimento di un fine produttivo.

Il riferimento all'attività e all'organizzazione, vale a dire al coordinamento dei diversi elementi da parte dell'imprenditore, aiuta a comprendere la possibilità di riconoscere nell'azienda "valori" che – pur rivestendo talora un'importanza economica considerevole – sfuggono ad una qualificazione come oggetto autonomo di diritti.

Occorre menzionare, in primo luogo, l'*avviamento*, concetto accolto dallo stesso legislatore che espressamente ne riconosce il rilievo economico là dove consente, a certe condizioni, di iscriverne il valore nell'attivo del bilancio della società per azioni (art. 2426, n. 6). L'avviamento consiste nel maggior valore del complesso aziendale rispetto alla somma dei valori dei singoli beni che in un dato momento lo costituiscono. Esso rappresenta una *qualità* dell'azienda ed è perciò insuscettibile di essere ceduto separatamente dal complesso, pur essendo normalmente considerato nella determinazione del prezzo di quest'ultimo: tale, almeno, è il concetto di *avviamento oggettivo*, inteso come attitudine dell'azienda a generare reddito quale conseguenza dell'efficienza e della posizione concorrenziale dell'impresa sul mercato, mentre vi resta estraneo l'*avviamento soggettivo*, ossia la componente legata all'abilità operativa e alla reputazione personale dell'imprenditore sul mercato.

Come si è anticipato, la disciplina riguardante l'azienda è destinata a regolare soprattutto il suo *trasferimento* ed intende soddisfare esigenze diverse da quelle presenti in una vicenda di semplice disposizione di singoli beni: la cessione (o la concessione in godimento) dell'azienda ha la funzione di consentire all'acquirente di subentrare nell'esercizio dell'impresa da essa servita. Può dunque dirsi che la rilevanza giuridica dell'azienda si risolve nell'applicazione di un *regime circolatorio speciale* rivolto a realizzare l'obiettivo dell'avvicendamento di un soggetto ad un altro nell'esercizio di un'attività in corso.

2. Il trasferimento dell'azienda: oggetto, forma e pubblicità del negozio.

La fattispecie principale di circolazione dell'azienda è quella del "trasferimento della proprietà" sul complesso aziendale (cui fa riferimento l'art. 2556), ossia della cessione dell'insieme di diverse posizioni giuridiche facenti capo all'alienante sui singoli beni aziendali: potrà trattarsi, dunque, della proprietà dei beni che sono nella titolarità dell'alienante, oppure dei diritti reali o personali di godimento sui beni rispetto ai quali abbia – ad esempio – un diritto di usufrutto o di cui goda in forza di un contratto di locazione.

Il "trasferimento d'azienda" non costituisce un tipo negoziale autonomo, ma un sottotipo dello schema contrattuale di volta in

volta prescelto dalle parti (vendita, donazione, conferimento in società dell'azienda, ecc.), caratterizzato dalla funzione di consentire all'acquirente di "subentrare" nell'esercizio dell'impresa nel contesto di mercato definito per mezzo dell'azienda stessa e del suo radicamento in un determinato ambito geografico e d'affari.

Si pone, perciò, ai fini dell'applicazione della disciplina, l'esigenza di distinguere – sulla base della riconoscibilità o meno della funzione testé indicata – fra il trasferimento d'azienda in quanto tale e quello di una pluralità di beni atomisticamente considerati. D'altro canto, le parti che intendono trasferire l'azienda possono escludere dal trasferimento alcuni contratti o rapporti ad essa facenti capo oppure uno o più beni che la compongono, purché non si tratti di elementi essenziali del complesso. Diversamente, ci si troverebbe dinanzi ad un atto di cessione di una pluralità di beni che, pur essendo valido ed efficace, non sarebbe soggetto all'applicazione delle norme contenute negli artt. 2556 ss.

Affinché si produca l'effetto negoziale traslativo, non è necessaria una specifica elencazione dei singoli beni che in un dato momento compongono l'azienda, ma è sufficiente che le parti conven-gano di trasferire il complesso aziendale identificandolo in base ad elementi estrinseci, quali la localizzazione, il settore di attività, la ditta, e via dicendo.

Le regole sulla cessione d'azienda (per la parte implicata) trovano applicazione anche nel caso in cui oggetto di trasferimento è un sottoinsieme del complesso aziendale dotato di autonomia funzionalità sul piano produttivo, ovvero un *ramo d'azienda*. Quest'ultimo è definito nell'art. 2112, comma 5, come una "parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento". La possibilità di isolare singoli rami all'interno di un'azienda ricorre là dove la stessa sia costituita per operare in settori diversi, oppure sia posta al servizio di linee produttive distinte. Non è tuttavia necessario che sussista una completa separatezza organizzativa rispetto agli altri elementi del complesso, né che sia tenuta una contabilità separata: accade anzi di solito che, per esigenze di economicità dei costi di gestione, taluni elementi siano posti al servizio dell'intera attività imprenditoriale, senza che tale circostanza impedisca di identificare il ramo qualora gli elementi che vengono a mancare in occasione del relativo trasferimento siano qualificabili come non essenziali e possano essere reintegrati dall'acquirente (M. Cian).

Il contratto traslativo dell'azienda è, in via di principio, a forma libera, salvo che una determinata forma non sia richiesta dalla natura del contratto stesso (ad esempio, per la donazione è necessaria la stipulazione per atto pubblico ai sensi dell'art. 782), oppure per il trasferimento dei singoli beni aziendali (art. 2556, comma 1: così, nel caso in cui il trasferimento comprenda la cessione della proprietà di un bene immobile, occorre la forma scritta *ex art.* 1350). Ciò significa che manca un'autonoma ed unitaria legge di circolazione dell'azienda e il trasferimento di ciascun bene aziendale deve avvenire secondo il regime dettato in via generale.

La forma scritta è richiesta, tuttavia, *a fini probatori*, quando il contratto abbia ad oggetto aziende relative a imprese soggette a registrazione (art. 2556, comma 1); ne consegue che le parti non potranno provarne l'esistenza e il contenuto né per testi (art. 2725, comma 1), né per presunzioni (art. 2729, comma 2).

Il contratto, redatto in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, deve essere depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese, a cura del notaio rogante o autenticante (art. 2556, comma 2). L'osservanza del summenzionato requisito di forma condiziona, peraltro, solo la *pubblicità*, non la validità dell'atto: così, un contratto di affitto di azienda non comprendente beni immobili sarà valido, ma non potrà ottenere l'iscrizione nel registro delle imprese, con ciò che ne consegue in termini di opponibilità ai terzi.

3. Effetti del trasferimento d'azienda.

La legge ricollega alcuni *effetti* particolari al trasferimento d'azienda, a dimostrazione del fatto che la disciplina di questa vicenda è intesa – come si è detto – a consentire all'acquirente di esercitare l'attività d'impresa servita dal complesso acquistato.

L'alienante di un'azienda *commerciale* deve *astenersi*, per il periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'*iniziare* qualsiasi *attività imprenditoriale* che per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta (art. 2557, comma 1). Se l'azienda è *agricola*, il divieto vale solo per le attività connesse, sempre che vi sia in concreto un rischio di sviamento di clientela (art. 2557, comma 5). La regola – essendo diretta a tutelare l'acquirente contro il rischio che l'alienante, conoscendo le

abitudini e le preferenze dei propri clienti, possa agevolmente dirottarli verso la propria nuova attività – è *derogabile*: le parti, infatti, possono escludere il divieto di concorrenza o limitarne la portata; così come possono ampliarne l'ambito di operatività, purché non sia precluso all'alienante lo svolgimento di qualsiasi attività professionale (art. 2557, comma 2) e la durata del patto non sia superiore a cinque anni (art. 2557, commi 2 e 3).

Nei limiti sopra indicati, il divieto di concorrenza posto dall'art. 2557, comma 1, in quanto concerne l'esercizio di una “*nuova impresa*”, non si applica nel caso in cui l'alienante continui l'esercizio di un'impresa già attuato prima dell'alienazione. Si vuole rivolgere l'attenzione al caso in cui l'alienante sia titolare di più aziende e l'acquirente sia al corrente della continuazione dell'esercizio dell'azienda, diversa da quella trasferita; oppure si tratti di alienazione di un ramo dell'azienda e la continuazione dell'esercizio dell'impresa non costituisca violazione del divieto legale di concorrenza (Auletta; Colombo).

Non si dubita dell'applicabilità del divieto di concorrenza in discorso alle varie ipotesi di trasferimento dell'azienda a titolo oneroso, nonché ai casi di permuta, di *datio in solutum*, di conferimento in società, oltre che nelle ipotesi di usufrutto e di affitto oggetto di apposita previsione nell'art. 2557, comma 4.

Si tende poi a ritenere che il divieto legale di concorrenza sia altresì applicabile nel trasferimento a titolo gratuito, se le parti non abbiano stabilito diversamente; ed invero, la natura gratuita dell'atto traslativo non intacca la strumentalità del divieto a consentire il conseguimento del risultato economico del trasferimento di azienda (G.U. Tedeschi).

Analogamente è a dirsi, sebbene il punto non sia pacifico, con riguardo all'applicazione del divieto in parola in capo all'imprenditore sottoposto a liquidazione giudiziale nel caso di alienazione in blocco dell'azienda da parte degli organi della procedura concorsuale, dal momento che si tratta di un'obbligazione derivante dalla legge *ex art.* 1374 e non possono che ricadere sul debitore tutti gli effetti ricollegati dalla legge medesima alla vendita, forzata e non (Colombo, Cottino-Bonfante).

Infine, deve darsi atto dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale incline ad affermare l'applicabilità analogica dell'art. 2557 alla cessione di partecipazioni sociali quando tale cessione determini, per l'entità della quota ceduta (in specie nel caso in cui si tratti della quota di controllo), l'avvicendamento dell'acquirente nella conduzione dell'impresa esercitata in forma societaria. La circostanza che le vicende circolatorie delle aziende siano sempre più spesso assorbite dai trasferimenti di partecipazioni sociali (di controllo), oltre

ad esprimere la tendenza dei modelli societari ad affermarsi (e lo si chiarirà meglio più avanti: v. Capitolo VII, *infra*) quali principali forme di esercizio e di imputazione di attività economiche anche di medie-piccole dimensioni, conferma che le regole di circolazione non possono essere funzionalizzate soltanto alla conservazione dell'avviamento come qualità di un bene, ma meritano di essere ricostruite valorizzandone l'idoneità a consentire la continuazione dell'attività "servita" dall'azienda (M. Cian).

L'attenzione del legislatore alla sorte del fascio di *relazioni contrattuali* che ruotano attorno all'apparato produttivo, frutto dell'opera di organizzazione da parte del suo titolare, si manifesta nella disciplina della *successione nei contratti* stipulati per l'esercizio dell'azienda, che non abbiano carattere personale.

Può trattarsi di contratti *attinenti all'organizzazione* dell'impresa (ad esempio, il contratto di locazione del fabbricato dove si svolge l'attività o il contratto di *leasing* avente ad oggetto i macchinari; i contratti con i fornitori, i finanziatori, i collaboratori), ma anche di contratti *nascenti nell'esercizio dell'attività* imprenditoriale, in particolare dei contratti con la clientela.

Discussa è l'individuazione della fattispecie dei *contratti a carattere personale*, per i quali la regola della successione non opera. Assumendo che l'eccezione sia volta a tutelare l'interesse del terzo contraente, l'opinione prevalente ritiene che abbiano carattere personale i contratti per i quali la persona dell'alienante aveva avuto, per la natura del contratto o per scelta delle parti, un rilievo fondamentale nella formazione della volontà (ad esempio, mandato, appalto, associazione in partecipazione, pur dovendosi necessariamente procedere ad una valutazione alla luce della fattispecie concreta).

Si è sostenuto, però, che la norma sarebbe posta a *tutela dell'acquirente dell'azienda*, escludendo dalla successione i contratti che, pur essendo inerenti all'esercizio dell'impresa, siano il risultato di scelte personali dell'alienante (ad esempio, contratti con il consulente tributario o con psicologo di fabbrica). Non si può però negare che fra i contratti a carattere personale vadano annoverati, a tutela dell'acquirente, quelli riconducibili a scelte imprenditoriali dell'alienante obiettivamente irragionevoli rispetto alle dimensioni dell'impresa e alle sue prospettive di sviluppo (M. Cian).

La successione nei contratti inerenti all'esercizio dell'impresa è

un *effetto naturale* e automatico del trasferimento d'azienda. In particolare, il *subentro dell'acquirente non richiede una manifestazione di volontà da parte sua e dell'acquirente*: decisiva è la condizione che il contratto sia inerente all'azienda e non abbia carattere personale. *Non è necessario il consenso del terzo contraente*, normalmente richiesto per la cessione del contratto dall'art. 1406: a prescindere dalla volontà di costui, il rapporto prosegue con il solo acquirente, che *acquista la titolarità dei crediti* derivanti dal rapporto stesso *e ne assume i debiti*. La tutela del contraente ceduto si realizza mediante il diritto, riconosciuto in capo a quest'ultimo, di esercitare il diritto di *recesso* nei confronti dell'acquirente entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, purché vi sia una *giusta causa*: deve esservi la possibilità per il terzo contraente di invocare ragioni oggettive che impediscono di proseguire il rapporto con l'acquirente e che devono riguardare la sua persona o precedenti rapporti con il terzo (precaria situazione patrimoniale dell'acquirente; controversie estinte o ancora in atto relative ad altri rapporti già intercorrenti con l'acquirente). L'eventuale recesso determina l'*estinzione del rapporto con efficacia ex nunc*. L'art. 2558, comma 2, fa salva la *responsabilità dell'alienante*: si tratta di una responsabilità nei confronti del terzo per i danni che questi abbia subito per la cessazione anticipata del contratto. La responsabilità sorge qualora sia imputabile all'alienante una *culpa in eligendo*, ossia una negligenza nell'individuazione del cessionario.

Regole particolari, talora difforni rispetto alla disciplina generale testé enunciata e ispirate in principio alla tutela della continuità del rapporto, sono previste, fra l'altro, con riferimento al contratto di lavoro subordinato (art. 2112), al contratto di locazione d'immobile destinato all'esercizio di attività industriale, commerciale, artigianale (art. 36, l. n. 392/1978), al contratto di consorzio (art. 2610), al contratto di edizione (art. 132 l. aut.).

La successione riguarda i contratti *a prestazioni corrispettive non ancora eseguite* da nessuno dei due contraenti al momento del trasferimento. Se invece le prestazioni contrattuali sono state eseguite e residuano esclusivamente prestazioni isolate a favore o a carico del cedente (ad esempio, un credito vantato dall'alienante nei confronti di un fideiussore o un debito del primo per il pagamento

del prezzo di una fornitura di materie prime o di merci che sia stata già eseguita), trova applicazione la disciplina relativa ai crediti e ai debiti inerenti all'azienda.

L'art. 2559 stabilisce che la *cessione dei crediti* "relativi all'azienda ceduta" diviene efficace nei confronti dei terzi, anche in assenza della notifica o dell'accettazione del debitore ceduto (altrimenti richieste dagli artt. 1264 e 1265), con l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto traslativo dell'azienda. La pubblicità nel registro (purché avvenga in una sezione con efficacia dichiarativa) vale come notifica collettiva e funge da criterio di soluzione di eventuali conflitti tra più acquirenti del medesimo credito: si tratta di una regola che semplifica e velocizza il passaggio del credito (quando sia patuito), con conseguenti vantaggi in termini di certezza giuridica.

Eccezionalmente il debitore è liberato se paga *in buona fede* all'alienante (vale a dire, ignorando incolpevolmente la cessione), ancorché sia avvenuta l'iscrizione. La norma, posta a tutela del debitore, deroga all'art. 2193 e vale rispetto ad ogni fattispecie modificativa o estintiva del credito (ad esempio, sono efficaci nei confronti dell'acquirente l'accordo dilatorio o il patto novativo stipulati in buona fede con l'alienante, sia pure dopo la registrazione del negozio di cessione).

L'acquirente risponde, *in solido con l'alienante*, dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta (art. 2560, comma 2). L'*accollo cumulativo ex lege* a carico del cessionario è condizionato alla circostanza che il singolo debito risulti dalle scritture contabili obbligatorie; si vuole così evitare che l'acquirente sia gravato da obbligazioni di cui non abbia potuto avere previa conoscenza. La responsabilità dell'acquirente presuppone, perciò, che il cedente sia un imprenditore commerciale medio-grande (come tale obbligato alla tenuta delle scritture contabili, le quali non devono, peraltro, essere regolarmente tenute). Per scongiurare il pericolo che la vicenda circolatoria dia luogo a fenomeni elusivi, la liberazione dell'alienante dai debiti aziendali richiede un'espressa dichiarazione in tal senso da parte di ogni singolo creditore (art. 2560, comma 1). La norma rappresenta applicazione del principio generale in base al quale il creditore non può vedere sostituita la persona del proprio debitore senza il suo consenso.

La delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 2560, comma 2, non vale per i *debiti* che abbiano titolo in un contratto di *lavoro subordinato*, dei quali il cessionario risponde, in solido con il ce-

dente, anche quando non risultino dalle scritture contabili obbligatorie (art. 2112, comma 2).

4. Usufrutto e affitto d'azienda.

L'azienda può essere anche oggetto di negozi costitutivi di un *diritto di godimento* sui beni che la compongono: può trattarsi di un diritto *reale*, e in tal caso si avrà concessione in *usufrutto* dell'azienda, o di un *diritto personale* di godimento, ed in quest'ipotesi si avrà *affitto* della stessa.

A tali fattispecie si applica la disciplina contenuta negli artt. 2561 e 2562, intesa a regolare i diritti e i doveri facenti capo all'usufruttuario o all'affittuario. Questi ultimi *devono* esercitare l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue (art. 2561, comma 1), conservando "l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte" (comma 2). La gestione deve essere in ogni caso prevista, costituendo oggetto di un vero e proprio *obbligo*, non limitato alla semplice manutenzione ordinaria dei beni, ma esteso ad ogni atto necessario a conservare integro il valore di avviamento. Ne consegue che l'usufruttuario/affittuario può anche *disporre* dei beni aziendali appartenenti al concedente, sebbene non acquisti la proprietà di nessuno di essi. D'altro canto, tutti i beni immessi dall'usufruttuario/affittuario nell'azienda sono *acquistati* automaticamente in proprietà (nuda, in caso di usufrutto) dal concedente. Tutto ciò comporta che la composizione del complesso aziendale può risultare, al termine del rapporto, diversa da quella originaria: la differenza fra le consistenze di inventario iniziali e finali andrà regolata in denaro (art. 2561, comma 4).

L'usufruttuario/affittuario subentra nei *contratti in corso di esecuzione* negli stessi limiti e secondo le medesime regole dettate per il trasferimento d'azienda (artt. 2558, comma 3, e 2112). Tutti i contratti pendenti al termine del rapporto, compresi quelli stipulati dall'usufruttuario/affittuario, tornano in capo al nudo proprietario o al locatore, salvo che siano sproporzionati rispetto alle dimensioni dell'impresa. La cessione dei crediti richiede, invece, un espresso accordo fra le parti (art. 2559, comma 2), mentre per i debiti, fatta eccezione per quel che concerne i debiti da lavoro dipendente, vi è solo la responsabilità del nudo proprietario e del locatore, non applicandosi l'art. 2560.

CAPITOLO V

L'IMPRESA NEL MERCATO

SOMMARIO: 1. La tutela della concorrenza e la disciplina *antitrust*. – 2. La disciplina della concorrenza sleale. – 3. Correttezza imprenditoriale e rapporti con i consumatori. – 4. La nozione di proprietà industriale. – 5. I segni distintivi. – 6. Le invenzioni industriali.

1. La tutela della concorrenza e la disciplina *antitrust*.

Il problema della ricerca di un corretto equilibrio nei rapporti tra le imprese emerge con particolare evidenza nei sistemi giuridico-economici ispirati al *principio della libera concorrenza*, in cui ciascun imprenditore può competere con gli altri operatori per ampliare la propria offerta sul mercato e ciascun consumatore può liberamente decidere verso quale soggetto indirizzare la propria domanda.

L'addentellato costituzionale tradizionalmente riferito alla tutela della concorrenza è l'art. 41 Cost., che, al comma 1, garantisce la libertà di “*iniziativa economica*”, la quale, tuttavia, trova un limite nel rispetto dell'*utilità sociale* e nella necessità di non recare danno “*alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*” (comma 2). Espressione della libera iniziativa economica è, accanto alla libertà negoziale, la *libertà di accesso* al mercato, che – pur configurando un diritto del singolo – si riflette sull'assetto generale del mercato stesso, dal momento che implica, per un verso, la presenza di un numero potenzialmente illimitato di concorrenti e, per l'altro, l'esigenza, da parte di chi già in esso operi, di orientare la propria attività in considerazione del potenziale ingresso di altri imprenditori nel mercato di riferimento.

Bisogna, però, sottolineare come, in talune specifiche circostanze, il legislatore non si mostri del tutto contrario alla sussistenza del

monopolio (o al quasi-monopolio), richiamato dall'art. 43 Cost. e definibile come quel fenomeno che si verifica quando una data produzione di beni o servizi fa capo ad un'unica impresa o ad un numero assai ristretto di imprese. È quanto accade nel caso in cui ricorrono, congiuntamente o alternativamente, fattori idonei ad impedire il conseguimento di risultati socio-economici soddisfacenti: può trattarsi di "asimmetrie informative", per effetto delle quali il meccanismo del prezzo non è in grado da solo di selezionare gli operatori più efficienti; o di una divergenza fra costi sociali e individuali dell'attività (si pensi all'ipotesi in cui un'attività comporta ripercussioni per l'ambiente alle quali non corrisponde un costo per l'operatore, o, al contrario, alla necessità di fornire al pubblico determinati servizi a prescindere dal prezzo che quest'ultimo è disponibile a pagare, venendo allora in considerazione il succitato art. 43 Cost.).

La limitazione dell'accesso a un dato mercato (fino all'istituzione di un vero e proprio monopolio legale) è spesso accompagnata da disposizioni normative intese a tutelare gli interessi, principalmente dei consumatori, che potrebbero essere altrimenti pregiudicati.

In questa prospettiva viene in considerazione la norma dell'art. 2597, in tema di *obbligo a contrarre del monopolista legale*, il quale è tenuto a fornire le proprie prestazioni a chiunque ne faccia richiesta, trattando in modo paritario tutti i clienti. Tale disposizione, fortemente derogatoria rispetto al consolidato principio di autonomia negoziale su cui si fondano i rapporti fra privati, ha come *ratio* quella di consentire a tutti i cittadini di usufruire a parità di condizioni delle prestazioni fornite in regime di monopolio. In caso di violazione del principio stabilito ex art. 2597, il monopolista legale sarà tenuto al risarcimento dei danni, mentre si discute sulla possibilità di applicazione dell'art. 2932 che impone l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre. L'operatività di siffatti rimedi è esclusa da chi (Ferri *sr.*), muovendo dalla riconduzione degli obblighi in esame alla disciplina dell'attività imprenditoriale, afferma che la relativa inosservanza comporta esclusivamente l'applicazione di sanzioni amministrative.

Sotto altro aspetto, l'ordinamento si preoccupa di tutelare la libertà dell'imprenditore di determinare i propri comportamenti nelle relazioni con gli altri operatori presenti sul mercato e con i con-

sumatori. Rilevano in questa prospettiva la disciplina dei limiti contrattuali della concorrenza contenuta nell'art. 2596, nonché quella *antitrust* di cui alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 e al *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (Trattato FUE).

Con riferimento alle *limitazioni convenzionali della concorrenza*, l'art. 2596 prescrive vincoli di forma, contenuto e durata, finalizzati a prevenire un'eccessiva compressione del diritto di libera iniziativa economica. Pertanto, secondo il legislatore, i patti devono innanzitutto essere provati per iscritto (forma *ad probationem*); sono validi esclusivamente se circoscritti ad una determinata zona o attività; non possono avere una durata superiore a cinque anni (qualora la durata fosse indeterminata o stabilita in un termine superiore, essa viene *ex lege* ridotta al quinquennio).

Le limitazioni convenzionali della concorrenza possono essere l'effetto di una pattuizione avente come oggetto specifico la limitazione della concorrenza, trattandosi allora di *limitazioni dirette*, a loro volta distinguibili in limitazioni *autonome*, poste in un contratto la cui causa tipica è quella di disciplinare la concorrenza, e *non autonome*, inserite come un patto aggiunto in un contratto avente una propria causa. Diversamente, dette limitazioni possono essere l'effetto naturale di un altro contratto, che non abbia per oggetto la limitazione della concorrenza: si discorre allora di *limitazioni indirette*.

Esempi di *limitazioni dirette* ed *autonome* della concorrenza sono quelle che si attuano mediante accordi bilaterali o plurilaterali fra imprenditori, che prendono il nome di *cartelli*: può trattarsi di *cartelli di zona*, per effetto dei quali i singoli imprenditori si obbligano a non vendere i propri prodotti nelle zone riservate ai concorrenti, di *cartelli di prezzo*, che impongono l'obbligo di non vendere i propri prodotti al di sopra di un dato prezzo, o di *cartelli di condizioni contrattuali*, con i quali si stabilisce pattizamente l'obbligo di non vendere a condizioni diverse da quelle concordate. I cartelli si caratterizzano per la circostanza che impongono alle parti meri *obblighi di non fare* e si distinguono sotto questo profilo dai consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi, ai quali è riservata – come vedremo (Capitolo VI, § 1) – un'autonoma disciplina.

Esempi di *limitazioni dirette*, ma *non autonome*, della concorrenza ricorrono nel caso dei *patti di non concorrenza* (artt. 1751-bis e 2125), che possono essere previsti dal contratto di agenzia e dal contratto di lavoro, nonché nelle ipotesi delle *clausole di esclusiva* (artt. 1567 e 1568) e dei *patti di preferenza* (art. 1566).

Esempi di *limitazioni indirette* della concorrenza si hanno in mate-

ria di rapporti di lavoro (art. 2105), di società (artt. 2301 e 2390), nonché, come si è visto (Capitolo IV, §§ 3 e 4), di alienazione, di affitto e di costituzione di usufrutto di azienda (art. 2557).

Si pongono problemi di applicazione dell'art. 2596 nel caso delle limitazioni indirette e di quelle dirette, ma non autonome: ad esempio, mentre gli artt. 2105, 2301 e 2390, nonché l'art. 2557, comma 4, in tema di affitto o di usufrutto di azienda, fanno coincidere la durata dell'obbligo di non concorrenza con il contratto di lavoro, di società, di affitto, ecc., l'art. 2557, commi 1-3, riproduce la limitazione temporale prevista dall'art. 2596. Al riguardo sembra ragionevole ritenere che l'obbligo di non concorrenza non sia soggetto a limiti di tempo là dove rientri come elemento integrante nella causa tipica di un determinato contratto o sia strumentalmente diretto ad una migliore realizzazione di questa: come accade per l'obbligo di non concorrenza del prestatore di lavoro per tutta la durata del rapporto (Ferri *sr.*).

Preme evidenziare, inoltre, che dopo l'introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina a presidio della concorrenza, avvenuta con la succitata l. n. 287/1990, le disposizioni dettate dal codice civile in materia di limitazioni negoziali della concorrenza medesima assumono *carattere residuale*, essendo cioè destinate a trovare applicazione solo là dove non sia applicabile la normativa *antitrust*. Tanto vale in particolare per quanto riguarda il rapporto con le norme in tema di intese restrittive della concorrenza (art. 2, l. n. 287/1990 e art. 101 Trattato FUE, su cui v. in questo paragrafo, *infra*): ed infatti, l'art. 2596 è applicabile a quei patti limitativi della concorrenza che non producono effetti al di là dei paciscenti, ossia non toccano né il mercato nazionale né una sua parte rilevante, sfuggendo così all'applicazione della l. n. 297/1990.

Se quella appena descritta era la disciplina già presente nel codice civile al momento dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, non si può trascurare di considerare che la libertà di concorrenza ha sicuramente acquisito maggiore rilevanza grazie all'impulso della legislazione eurounitaria, che l'ha inserita tra i propri pilastri fondamentali (art. 3.1, lett. *b*), Trattato FUE). Il diritto eurounitario esalta, in particolare, il valore sociale della concorrenza che, da un lato, permette al consumatore di ottenere migliori condizioni in termini sia di qualità del prodotto sia di prezzo; dall'altro, fornisce all'imprenditore l'incentivo per migliorare la propria efficienza inducendolo allo sviluppo del progresso tecnologico e alla razionalizzazione dei costi per poter sostenere la competizione.

A livello di normazione eurounitaria, dunque, la disciplina *antitrust* trova le sue fonti negli artt. 101 e 102 del Trattato FUE (precedentemente negli artt. 81 e 82 del Trattato CE), che regolano rispettivamente le intese restrittive della concorrenza e il fenomeno dell'abuso di posizione dominante, nonché nel Regolamento CE n. 139/2004 (e sue successive modificazioni) sulle concentrazioni tra imprese.

Tali norme mirano a preservare il regime concorrenziale del mercato interno dell'Unione europea: sono quindi volte a reprimere unicamente le fattispecie restrittive della concorrenza che pregiudicano il commercio tra gli Stati membri, nonché a disciplinare le concentrazioni che superano le soglie di fatturato previste a livello europeo: c.d. *concentrazioni di dimensione europea* (art. 3.2, Reg. CE n. 1/2003; art. 21.3, Reg. CE n. 139/2004).

L'introduzione della già citata l. n. 287/1990 ha segnato l'ingresso nel nostro ordinamento di una normativa antimonopolistica a carattere generale (mentre specifiche discipline di settore sono operanti nel campo dell'editoria e della radiotelevisione), ricalcata su quella comunitaria e applicabile alle fattispecie anticoncorrenziali che abbiano come riferimento il mercato nazionale, senza incidere sui rapporti inter-statali, nonché alle concentrazioni che restino al di sotto dei limiti di fatturato fissati dal Reg. CE n. 139/2004 (c.d. *concentrazioni di dimensione nazionale*).

La stessa legge ha istituito un'apposita autorità indipendente, l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), dotata di poteri d'indagine, ispettivi, cautelari, inibitori, sanzionatori, impugnatori (artt. 10 ss., l. n. 287/1990).

Merita segnalare che il Regolamento CE n. 1/2003 attribuisce alle autorità e alle giurisdizioni nazionali il potere di applicare direttamente gli artt. 101 e 102 del Trattato FUE (in passato artt. 81 e 82 del Trattato CE) in casi individuali (artt. 5 e 6) e disciplina il coordinamento e la cooperazione fra la Commissione UE e le autorità nazionali. Alle autorità sono concessi poteri *di indagine e istruttori* assai ampi, attivabili d'ufficio o su istanza dei soggetti interessati (v. artt. 12-14 e 16, l. n. 287/1990, nonché Reg. CE n. 3/2001 per la Commissione europea), con facoltà di chiedere e ottenere dai soggetti coinvolti informazioni e documentazioni, nonché di emettere al termine dell'istruttoria le proprie valutazioni sulla liceità delle operazioni esaminate e di irrogare i divieti e le sanzioni previsti dalla legge, variabili a seconda delle tipologie di comportamenti.

La Commissione e le autorità nazionali possono adottare misure *cautelari* e ordinare l'adozione di *specifici* rimedi comportamentali e strutturali per porre fine all'infrazione; prima di emanare provvedimenti possono anche esaminare, valutare e rendere obbligatori eventuali *impegni* proposti dalle imprese interessate (artt. 14-bis ss., l. n. 287/1990 e artt. 5 e 7, Reg. CE n. 1/2003).

Riprendendo il dettato dell'art. 101 del Trattato FUE (prima art. 81 del Trattato CE), l'art. 2 della l. n. 287/1990 vieta le *intese restrittive della concorrenza* – da intendersi come “gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese” (di cui troviamo anche un'elencazione esemplificativa all'interno del comma 2) – che abbiano “per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”.

Il divieto di intese ricomprende, dunque, tutte le forme di concertazione dei comportamenti, indipendentemente dal loro carattere giuridicamente vincolante: vi rientrano, infatti, oltre ai contratti, anche le decisioni di associazioni di imprese nonché, soprattutto, le cosiddette “*pratiche concordate*”, consistenti in accordi osservati spontaneamente e privi di rilevanza contrattuale, essendo sufficiente a tal fine anche un semplice *gentlemen's agreement*.

Occorre precisare che le pratiche concordate richiedono il concorso di un *elemento oggettivo*, rappresentato dal parallelismo dei comportamenti, e di un *elemento soggettivo*, presuntivamente accertato sulla base di elementi di fatto (ad esempio, scambi di informazioni in merito ai prezzi che le imprese intendono praticare), costituito dalla consapevolezza ed intenzionalità di uniformare il proprio comportamento a quello dei concorrenti, al fine di mantenere condizioni di mercato diverse da quelle proprie di una situazione di concorrenza (c.d. *conscious parallelism*). Non è dunque sufficiente una situazione di *oligopolio* in cui i comportamenti degli operatori s'influenzano reciprocamente (dal momento che non risulta per essi conveniente instaurare una competizione con riferimento alle condizioni di offerta sul mercato), ma occorre che i comportamenti medesimi siano rivolti a modificare artificialmente il concreto assetto concorrenziale del mercato.

Le intese possono essere sia *orizzontali*, quando si riferiscono ad imprese operanti al medesimo livello del processo produttivo (ad esempio, quelle fra produttori dello stesso bene), sia *verticali*,

laddove inerenti a soggetti che operino ad un livello diverso della catena di produzione e distribuzione (ad esempio, quelle fra produttore e rivenditore).

Non danno luogo ad intese vietate quelle intercorrenti fra imprese del medesimo *gruppo*, posto che, ai fini dell'applicazione del diritto *antitrust*, vale una nozione *economica* di impresa incentrata sul dato sostanziale della unità o pluralità di centri decisionali autonomi e che prescinde, dunque, dalla distinta soggettività giuridica delle società la cui attività è diretta e coordinata unitariamente *ex artt.* 2497 ss.

Ai fini della valutazione dell'effettiva lesione della concorrenza per effetto di pratiche astrattamente anticoncorrenziali occorre determinare il *mercato rilevante*. Questa nozione – la cui definizione appare necessaria nella prassi applicativa non solo della disciplina delle intese, ma anche di quella dell'abuso di posizione dominante e delle concentrazioni – individua l'area merceologica e geografica in cui il comportamento preso in considerazione s'inserisce ed esercita la propria incidenza: esso ricomprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili dal consumatore in ragione delle loro caratteristiche, dei rispettivi prezzi e dell'uso al quale sono destinati (*mercato del prodotto*); ed individua altresì la zona nella quale le condizioni obiettive della concorrenza, relativamente al prodotto in questione, sono le medesime per tutti gli operatori economici, mentre sono sensibilmente diverse da quelle dei territori contigui.

L'art. 2, comma 3, l. n. 287/1990 stabilisce, come conseguenza, che tali intese sono nulle ad ogni effetto. Indipendentemente da un'iniziativa dell'AGCM, chiunque può agire in giudizio per far dichiarare la nullità di un'intesa.

Occorre tuttavia evidenziare come l'AGCM possa *autorizzare* intese in astratto vietate qualora ingenerino miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato, i quali “abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori” e consentano di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale (art. 4, l. n. 287/1990; a livello europeo, art. 101.3 del Trattato FUE). L'intesa deve comunque evitare restrizioni che non siano “strettamente necessarie” al miglioramento della produzione o della distribuzione e non deve dare alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza su una parte sostanziale del mercato.

È, infine, discussa, la sorte dei contratti stipulati “a valle” di un'intesa vietata, in quanto alcuni interpreti optano per la tesi della

nullità “derivata”, altri per l’ipotesi dell’inefficacia, altri ancora ritengono che l’unico strumento di tutela ammissibile sia il risarcimento del danno. Invero, ad avviso delle Sezioni Unite della Cassazione, la tesi più aderente agli obiettivi perseguiti dalla disciplina *antitrust* – in quanto rivolta a proteggere l’interesse del mercato in senso oggettivo e non soltanto l’interesse individuale del singolo contraente pregiudicato – è quella favorevole all’applicazione della tutela reale data dalla nullità (Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, con diretto riguardo al caso delle c.d. fideiussioni ABI).

L’art. 3, l. n. 287/1990 – analogamente all’art. 102 del Trattato FUE (prima art. 82 del Trattato CE) – vieta l’*abuso di posizione dominante*.

È bene chiarire che la posizione dominante non necessariamente coincide con la situazione di monopolio o di quasi-monopolio, ma consiste nel potere di mercato in grado di consentire all’impresa che lo detiene di incidere sullo svolgimento effettivo della concorrenzialità nel settore di appartenenza e di tenere comportamenti indipendenti da quelli dei concorrenti, dei clienti e quindi dei consumatori.

La determinazione in concreto della posizione dominante presuppone l’identificazione del mercato rilevante secondo i criteri sopra illustrati. Una volta identificatolo, si ritiene che la posizione dominante sia da individuare confrontando la *quota di mercato* dell’impresa, calcolata in base al suo fatturato, rispetto a quella complessiva del settore. Atteso che è considerata dominante una quota superiore al 40%, non si esclude che anche una quota inferiore possa rappresentare un indice presuntivo, unitamente ad altri elementi, quali la struttura del mercato nel quale l’impresa svolge la propria attività, il numero e la capacità concorrenziale delle altre imprese presenti nello stesso mercato ed anche in quello di eventuali prodotti concorrenti.

Il legislatore, come emerge dal dato normativo, non già ostacola il raggiungimento di una posizione di preminenza sul mercato, ma ne vieta lo sfruttamento abusivo che possa pregiudicare il dinamismo concorrenziale.

Tanto a livello nazionale (art. 3, l. n. 287/1990) quanto a livello eurounitario (art. 102 del Trattato FUE), sono identificate a titolo esemplificativo una serie di condotte qualificabili come abusive: si pensi all’imposizione di prezzi di acquisto, di vendita ed altre con-

dizioni contrattuali non eque (pratica dei *prezzi predatori* o sotto-costo al fine di eliminare i concorrenti dal mercato); all'imposizione di limitazioni alla produzione, agli sbocchi o agli accessi al mercato, allo sviluppo tecnico o al progresso tecnologico, a danno dei consumatori (caso delle cc.dd. *essential facilities*, in cui un operatore economico, di solito un ex monopolista, rifiuta di mettere a disposizione dei concorrenti i mezzi essenziali per poter operare in un mercato, impedendo loro l'accesso al mercato stesso); all'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti; ovvero all'imposizione di prestazioni supplementari ingiustificate e non collegate all'oggetto del contratto (c.d. *accordi leganti*).

Da non confondersi con la figura cui si è appena fatto cenno, è il cosiddetto *abuso di dipendenza economica*, espressamente disciplinato nell'art. 9, l. n. 192/1998, recante la disciplina della subfornitura nelle attività produttive. La disposizione in parola, ritenuta espressione di un *principio generale*, suscettibile di applicazione ad ogni relazione fra imprese indipendentemente dalla riconducibilità ai rapporti di subfornitura, stabilisce che è *nullo* il patto mediante il quale si realizza una situazione in cui un'impresa è in grado di determinare, nei confronti di un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi, tenendo conto delle concrete possibilità di reperire sul mercato *alternative soddisfacenti*. Oltre a sancire la nullità del patto con cui si realizza l'abuso di dipendenza economica, l'art. 9, comma 3, l. n. 192/1998, riconosce all'autorità giudiziaria il potere di adottare anche tutte le *misure inibitorie* rivolte a fare cessare l'abuso e di disporre il risarcimento dei danni.

Preme evidenziare che, nel catalogo dei possibili comportamenti "abusivi" di cui al summenzionato art. 9, è presa in considerazione anche la "interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto". Emergono, perciò, profili di somiglianza con l'esemplificazione dei comportamenti qualificabili in termini di abuso di posizione dominante. Analogamente a quanto si ritiene in materia *antitrust* non vi sarebbe abuso di dipendenza economica quando il comportamento è giustificato da ragioni di efficienza: ad esempio, l'interruzione delle relazioni contrattuali non può essere abusiva quando è diretta a contrarre con imprese terze in grado di produrre a costi inferiori e perciò di offrire prezzi più bassi. Inoltre, l'art. 9, comma 3-bis, ammette la repressione degli abusi di dipendenza economica mediante l'applicazione delle sanzioni previ-

ste dalla disciplina nazionale *antitrust* quando gli abusi medesimi abbiano rilevanza per la concorrenza e per il mercato. L'esistenza di profili d'interferenza fra le discipline poste a confronto non elimina, tuttavia, la distinzione fra le relative fattispecie: l'abuso di dipendenza economica non presuppone una posizione dominante estesa all'intero mercato rilevante, atteso che la volontà del legislatore è quella di impedire abusi nel "micro-mercato" delle relazioni negoziali fra le parti.

La l. n. 287/1990 disciplina, infine, le *concentrazioni* tra imprese che si realizzano – ai sensi dell'art. 5 che reca, analogamente al Regolamento CE n. 139/2004, un catalogo di fattispecie a carattere non tassativo – in ipotesi di: 1) fusione fra imprese (lett. *a*); 2) acquisizione – da parte di uno o più soggetti che controllano almeno un'impresa ovvero da parte di una o più imprese – di una posizione di *controllo* dell'insieme o di parti di una o più imprese, sia mediante acquisto di partecipazioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo (lett. *b*); 3) costituzione da parte di due o più imprese di un'*impresa comune* che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità autonoma: ad esempio, la costituzione di una *joint venture* (lett. *c*). Si richiede, peraltro, affinché possa riscontrarsi un'impresa comune *concentrativa* ai sensi dell'art. 6, l. n. 287/1990, che la stessa svolga su base stabile tutte le funzioni di un'entità economica autonoma e non vi sia coordinamento del comportamento concorrenziale né tra le società fondatrici né fra una di queste e l'impresa comune.

La nozione di concentrazione è basata su una valutazione (come si vedrà, di natura prognostica) degli effetti economici dell'operazione. Sono perciò irrilevanti le operazioni del genere di quelle sopra menzionate che avvengono fra soggetti appartenenti al medesimo gruppo, vale a dire già economicamente unitari.

A differenza delle fattispecie esaminate in precedenza, le concentrazioni non sono di per sé vietate, ma, quando superino le soglie di fatturato indicate, per il sistema italiano, dall'art. 16, l. n. 287/1990 e, per il sistema europeo, dagli artt. 1 e 5 del Reg. CE n. 139/2004, sono soggette ad un *obbligo di comunicazione* nei confronti dell'AGCM o della Commissione UE. L'Autorità provvederà, quindi, allo svolgimento di un'istruttoria al cui esito, qualora accerti che la concentrazione ostacola "in modo significativo la concorrenza effettiva" nel mercato o in una sua parte sostanziale

(c.d. “*significant impediment of effective competition*” test o SIEC test), in particolare a causa della costituzione o del rafforzamento di una posizione dominante, vieterà l'operazione oppure autorizzerà l'operazione medesima prescrivendo le misure necessarie a prevenire tali conseguenze lesive.

La riforma recata dalla l. 5 agosto 2022, n. 118, oltre ad introdurre il summenzionato SIEC test in conformità a quanto già previsto dall'art. 2.2, Reg. CE n. 139/2004 per le operazioni di concentrazione di dimensione europea, rimuovendo così un elemento di difformità fra il sistema italiano e quello europeo, ha modificato l'art. 5, l. n. 287/1990. Ne discende che là dove la costituzione di un'impresa comune abbia per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti, l'operazione è da considerarsi una concentrazione e va preventivamente comunicata all'Autorità garante se soddisfa le soglie di fatturato stabilite dalla legge nazionale. Al fine di stabilire se l'operazione comporti le conseguenze di cui al successivo art. 6, l. n. 287/1990, la valutazione dell'impatto strutturale sarà integrata con quella degli effetti del coordinamento, condotta secondo i parametri adottati per le intese restrittive della concorrenza.

Qualora l'operazione sia stata già eseguita, saranno impartite le misure necessarie a ripristinare le condizioni di concorrenza effettiva (in particolare, si potrà avere una dissoluzione della concentrazione mediante la separazione delle imprese coinvolte). L'inosservanza dei provvedimenti dell'AGCM comporta l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie calcolate sul fatturato delle imprese coinvolte.

È opportuno aggiungere che con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 è stata data attuazione alla Direttiva UE/104/2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri, nonché dell'Unione europea. L'intervento normativo si fonda sul presupposto che solo un sistema di *antitrust private enforcement* – capace di assegnare un ruolo centrale, oltre che alle imprese, ai consumatori, quanto meno in veste collettiva – può ritenersi idoneo ad assicurare realmente il diritto al pieno risarcimento e, soprattutto, a realizzare un'efficace deterrenza, rendendo non convenienti le violazioni della normativa *antitrust* nazionale ed europea.

Il risarcimento conseguente al danno da illecito *antitrust* è soggetto a regole che non si discostano dalla disciplina civilistica del risarcimento del danno patrimoniale inteso a ripristinare “condizioni di godimento e di ricchezza statiche” (Libertini). In particolare, l’art. 14 del d.lgs. n. 3/2017, dedicato alla “Valutazione del danno”, fa riferimento alle disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227, riportando poi la presunzione (semplice) di esistenza del danno in caso di cartello, di cui all’art. 17, comma 2, della Direttiva. Nella quantificazione del danno un ruolo consultivo è attribuito all’autorità nazionale, che può svolgerlo su richiesta del giudice.

Si esclude una “sovracompensazione” del danno e s’identifica il limite del danno emergente nel *sovrapprezzo* praticato per effetto della restrizione, ovvero nella differenza fra il prezzo pagato e quello ipotizzabile in caso di osservanza della disciplina *antitrust* (art. 10). Il legislatore italiano non interviene per ciò che riguarda le forme di riparazione del danno in forma specifica e la possibilità di disporre l’inibitoria come rimedio definitivo e non solo cautelare, lasciando intatto sotto questo profilo il testo dell’art. 33, comma 2, l. n. 287/1990, a mente del quale le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione a violazioni della normativa *antitrust* nazionale sono promosse davanti alla sezione specializzata del Tribunale per le controversie in materia di impresa.

2. La disciplina della concorrenza sleale.

La libertà di concorrenza non può essere considerata come sinonimo di arbitrio: l’imprenditore, infatti, nel tentativo di ampliare la propria posizione e il proprio ruolo sul mercato non può tenere comportamenti sleali, ma deve necessariamente attenersi a quei principi che rientrano nell’alveo della cosiddetta “*correttezza professionale*” del ceto imprenditoriale.

Il divieto di porre in essere *atti di concorrenza sleale* – il quale è stabilito in via generale nell’art. 2598 – trova in principio la sua *ratio* non tanto nell’esigenza di tutelare la classe dei consumatori, la cui protezione si realizza solo in maniera riflessa, quanto piuttosto nella necessità di non danneggiare le reciproche attività imprenditoriali.

È proprio questo il motivo per il quale i rimedi indicati nelle norme successive all'art. 2598 sono invocabili unicamente da un imprenditore nei confronti di un altro imprenditore (ancorché non esercente la stessa attività economica), la cui azione sia però rivolta ad una medesima categoria di consumatori ed operi in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune. Il rapporto di concorrenza è ritenuto sussistente anche fra imprese operanti a livelli economici diversi (ad esempio, fra produttore e distributore), quando il risultato ultimo dell'attività di tali imprese incide sulla medesima categoria di consumatori (ad esempio, può compiere atti di concorrenza sleale un distributore che denigra le caratteristiche dell'offerta di un produttore).

La stessa norma di cui all'art. 2601, che estende la legittimazione a promuovere l'azione giudiziale alle *associazioni professionali*, si riferisce chiaramente alle organizzazioni collettive esponenziali degli interessi degli *imprenditori*, quando questi risultino pregiudicati da un atto concorrenziale sleale.

Non si dubita dell'applicabilità della disciplina in esame all'attività d'impresa esercitata da *enti pubblici*, eventualmente anche in via accessoria (cfr. Capitolo II, § 5, *supra*). È invece controversa la posizione dei *liberi professionisti*, sebbene la soluzione favorevole sia coerente con la prospettiva incline a svalutare l'oggettiva diversità della professione intellettuale rispetto all'attività d'impresa (cfr. Capitolo I, § 6, *supra*).

Consegue da tale impostazione che, nel caso in cui una fattispecie astrattamente riconducibile all'art. 2598 sia realizzata da un soggetto terzo non imprenditore, si applicherà la comune disciplina privatistica della responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043, conseguente alla violazione del principio di libertà di iniziativa economica tutelato dall'art. 41 Cost. ed inteso come complessivo rispetto dell'iniziativa altrui.

Si considera sufficiente, ai fini della qualificazione di un atto come di concorrenza sleale, che lo stesso sia stato posto in essere nell'interesse dell'impresa concorrente da parte di chi si trovi con essa in una relazione tale da fare ritenere che il comportamento sia idoneo a procurarle un vantaggio ai danni di un altro imprenditore (concorrenza sleale *indiretta*). Mentre è possibile e, anzi, fisiologico che gli atti di

concorrenza sleale siano eseguiti da collaboratori dell'imprenditore, appare più problematico il caso in cui il terzo goda di una sfera di discrezionalità e di autonomia. Sarà dunque onere del danneggiato provare il comportamento collusivo dell'imprenditore concorrente e del terzo, affinché si possa affermare la responsabilità solidale dei medesimi a titolo di concorrenza sleale.

L'art. 2598 prevede sia atti *tipici* di concorrenza sleale (nn. 1 e 2), sia atti *atipici* (n. 3), per i quali si fa riferimento alla clausola generale della correttezza professionale.

Il n. 1 evidenzia la punibilità dell'utilizzazione di "nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o segni distintivi legittimamente usati da altri" o, più in generale, del compimento di atti definibili come *confusori*. Tale disposizione appare fondamentale per definire presupposti e ambito di protezione dei *segni distintivi non registrati*, mentre per il *marchio registrato* la tutela da essa apprestata è tendenzialmente assorbita dalla più ampia e dettagliata disciplina contenuta all'interno del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, contenente il Codice della proprietà industriale (artt. 7 ss.; cfr. in questo Capitolo, § 5, *infra*). Nell'ambito delle fattispecie confusorie rientra peraltro anche l'ipotesi di *imitazione servile* dei prodotti di un concorrente, che sia tale da ingenerare un inganno nei terzi rispetto all'identità del produttore.

Preme evidenziare che il comportamento è preso in considerazione ai fini della fattispecie sopra citata solo se ed in quanto sia *idoneo a creare confusione* con i prodotti e con l'attività di un concorrente, dovendosi escludere l'illiceità dell'imitazione servile non confusoria. Va altresì precisato che è possibile qualificare come imitazione servile solo quella delle parti esterne del prodotto o del suo *packaging*. Ne conseguono, per un verso, l'irrelevanza delle parti interne o strutturali del prodotto, per l'altro, la liceità di un'imitazione anche pedissequa, ma accompagnata da elementi di differenziazione percepibili dal pubblico e quindi tali da escludere che in concreto una confusione possa determinarsi. È da ritenere, peraltro, che le forme tutelabili contro l'imitazione servile confusoria siano soltanto quelle registrabili come marchi (cfr., in questo Capitolo, § 5, *infra*). Una generale e più ampia disciplina di repressione della copia, che prescinde dalla confusione e dalla sussistenza dei requisiti per la registrazione della forma come marchio, è invece apprestata dalle norme sui disegni e modelli industriali (cfr., in questo Capitolo, § 6, *infra*).

Il n. 2 dell'art. 2598 tipizza, invece, come atti di concorrenza sleale i cosiddetti *atti di denigrazione*, che si realizzano quando un imprenditore diffonde notizie o apprezzamenti sui prodotti altrui in modo da determinare il discredito dell'attività concorrente, nonché gli *atti di appropriazione dei pregi altrui*. Prevale nell'attuale contesto un'interpretazione delle norme in esame intesa a salvaguardare i principi di *trasparenza del mercato*. In questa prospettiva si tende a riferire la fattispecie della denigrazione alle *affermazioni screditanti false*, in conformità delle indicazioni provenienti dalla storia dell'istituto (v. art. 10-bis della Convenzione di Unione di Parigi del 1883, c.d. CUP), nonché della considerazione della finalità della disciplina repressiva della concorrenza sleale, individuata nella realizzazione di un effettivo mercato concorrenziale nel quale il consumatore possa svolgere la sua funzione di "giudice". Analogamente, si ritiene che l'appropriazione di pregi dei prodotti o dell'attività del concorrente si ponga in contrasto con l'interesse ad una leale comunicazione aziendale e richieda che il pregio sia vantato falsamente, mentre non ricorre nell'ipotesi di affermazioni veritiere. Ai fini dell'applicazione della norma in esame rilevano, peraltro, le modalità linguistiche di espressione del messaggio; ne discende che anche quando l'informazione veicolata sia veritiera, dovrà valere il principio della contenenza espressiva che impone un linguaggio moderato e non eccessivo.

Sicuramente, però, la disposizione che ha generato maggiori dubbi interpretativi, anche considerando l'evidente *deficit* in termini di determinatezza della fattispecie, è quella rappresentata dal n. 3 dell'art. 2598, che vieta di avvalersi "direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda". Infatti, come ogni concetto giuridico indeterminato, anche la *correttezza professionale* ha la funzione di evitare l'obsolescenza normativa, consentendo all'interprete di poter valutare caso per caso, in base all'evoluzione economico-sociale, quali situazioni siano meritevoli di tutela. Importante, in questo senso, appare allora l'elaborazione pretoria sul punto, per effetto della quale sono ormai riconducibili alla fattispecie *de qua* (fra le altre) le ipotesi di *vendita sottocosto*, di *boicottaggio*, di *storno di dipendenti* e di *violazione di norme di diritto pubblico* che introducono limiti e costi allo svolgimento dell'attività d'impresa.

Giova ricordare che la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice civile ha interpretato per circa un quarto di secolo il criterio della correttezza professionale come una variante linguistica degli *usages bonnêtes en matière industrielle ou commerciale* di cui all'art. 10-bis della Convenzione di Unione di Parigi (CUP), andando però incontro alle critiche della dottrina la quale, per un verso, evidenziava come i giudici – di là dalle formule tralatizie contenute nelle sentenze – non si preoccupassero di ricercare clausole di autodisciplina o opinioni consolidate in ordine a ciò che potesse considerarsi corretto o scorretto all'interno di ciascuna categoria imprenditoriale; per l'altro, lamentava profondi contrasti di opinione nell'ambito delle stesse categorie, a dimostrazione di come il criterio c.d. deontologico non si discostasse marcatamente da quello c.d. fenomenologico, manifestando una debolezza non minore dello standard desunto dalla prassi. Conseguiva da ciò la proposta di intendere la correttezza professionale come criterio di valutazione dei comportamenti degli imprenditori secondo la “coscienza sociale”, aprendo così la strada all'intervento di un parametro di valutazione “esterno”. Quest'ultimo è stato ravvisato, sempre più frequentemente, nelle scelte normative dell'ordinamento, le quali – per quanto riguarda il diritto della concorrenza – trovano espressione, come si è accennato, nell'art. 41, comma 2, Cost. e nella disciplina *antitrust* (Libertini).

Peculiare è la *tutela* di cui può avvalersi l'imprenditore pregiudicato da un atto di concorrenza sleale. L'art. 2599 attribuisce rilevanza centrale all'*azione inhibitoria*, consistente in un ordine del giudice di cessare la continuazione dell'illecito e nell'eventuale adozione di provvedimenti volti ad eliminarne gli effetti. Ai fini della domanda di cui all'art. 2599 non si richiedono la sussistenza del dolo o della colpa da parte del danneggiante né l'effettività del danno, in quanto unico presupposto è la presenza di un pericolo di continuazione o reiterazione della condotta sleale.

L'art. 2600 ammette comunque la possibilità per la parte lesa di agire per il *risarcimento del danno* in base ai comuni principi recati dall'art. 2043, per cui è richiesto l'elemento soggettivo del dolo o della colpa: tuttavia, il legislatore prevede un'agevolazione dal punto di vista dell'onere probatorio, in quanto, “accertati gli atti di concorrenza, *la colpa si presume*” (comma 3). Trattandosi, peraltro, di una presunzione *iuris tantum*, l'autore dell'atto di concorrenza sleale potrà fornire prova contraria.

Ulteriore forma sanzionatoria è costituita dalla possibilità per il

giudice di disporre la *pubblicazione della sentenza* su testate giornalistiche o anche su siti internet.

3. Correttezza imprenditoriale e rapporti con i consumatori.

Lo statuto normativo della concorrenza non può disinteressarsi dei comportamenti capaci di alterare ingiustificatamente le scelte dei consumatori e, falsando gli esiti della competizione concorrenziale, di pregiudicare il mercato nel suo complesso. Si comprende la rilevanza rivestita – nell'analisi dell'attività imprenditoriale – dalle regole che considerano il comportamento dell'imprenditore nei confronti del consumatore, il quale viene in rilievo non quale “parte debole” secondo la prospettiva propria della legislazione consumeristica, ma come *categoria*.

Un esemplare significativo dell'imposizione a carico dell'impresa di regole di comportamento riguardanti la *comunicazione commerciale* finalizzata a sollecitare il compimento di scelte contrattuali da parte del consumatore è rappresentato dalla disciplina delle *pratiche commerciali scorrette* di cui agli artt. 20 ss. del Codice del consumo: si tratta di una disciplina particolarmente stringente intesa a reprimere comportamenti scorretti degli operatori consistenti in azioni, omissioni, condotte o dichiarazioni decettive in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto. La summenzionata disciplina è rivolta a tutelare – accanto alla correttezza dello scambio in una dimensione prettamente interindividuale – il corretto funzionamento del mercato: ed infatti, l'imposizione a carico delle imprese di specifici *standard* di comportamento che esse debbono osservare quando si rivolgono ai consumatori è tutt'altro che irrilevante sul piano delle modalità di svolgimento della stessa concorrenza.

Si giustifica in quest'ottica la predisposizione di un *potere repressivo di tipo amministrativo* delle condotte contrarie alle regole di correttezza, attribuito alla AGCM e basato sulla previsione di una sanzione pecuniaria di natura amministrativa (*ammenda*) e di un *ordine inibitorio* (art. 27, comma 2, Codice del consumo), specialmente in sede di tutela collettiva.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette non pregiudi-

ca l'applicazione delle norme generali in materia contrattuale, in particolare di quelle sulla formazione, validità ed efficacia del contratto (art. 19, comma 2, lett. *a*), Codice del consumo): si pensi alla possibilità per il consumatore di proporre un'azione risarcitoria riconducibile al *genus* della responsabilità precontrattuale ex art. 1337, nonché di avvalersi dei rimedi codicistici tendenti all'annullamento del contratto per vizi della volontà (dolo, errore o violenza).

Come si è anticipato (Capitolo II, § 4), la disciplina delle pratiche commerciali scorrette trova applicazione anche nei rapporti fra professionisti e "microimprese", nella convinzione che per quest'ultime sussistano difficoltà ad orientarsi rispetto alla comunicazione commerciale omogenee a quelle riscontrabili per i consumatori (artt. 18, comma 1, lett. *b*) e *d*-bis) e 19, comma 1, Codice del consumo). Inoltre e più in generale, in linea con un orientamento comune alla disciplina del mercato, non solo la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette, ma anche quella della pubblicità ingannevole e comparativa (su cui v. in questo paragrafo, *infra*) vietano condotte scorrette poste in essere dai professionisti, compresi gli artigiani e i professionisti intellettuali.

Sul versante della tutela, e segnatamente nella surriferita prospettiva individuale, la violazione delle regole sulle pratiche commerciali scorrette comporta in capo al consumatore la possibilità di attivare tecniche di tutela giurisdizionali, sia singolarmente (come il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto: art. 27, comma 15-bis, Codice del consumo), sia in forma aggregata con altri soggetti ugualmente danneggiati (artt. 140-ter ss. Codice del consumo).

L'individuazione delle pratiche commerciali scorrette è condotta sulla base di un *criterio generale*: segnatamente la valutazione della pratica in termini di scorrettezza deriva dalla sua idoneità a *falsare in maniera apprezzabile* il comportamento del consumatore medio sul mercato. Siffatta valutazione opera su un duplice versante: da una parte, occorre verificare se la condotta dell'impresa sia conforme al grado di *diligenza professionale* che è lecito attendersi tenuto conto delle modalità di comportamento delle imprese che operano in concorrenza fra loro in quel determinato mercato; dall'altra, occorre valutare l'attitudine della condotta a falsare la scelta del c.d. *consumatore medio*. Sotto questo secondo aspetto si tratta

di riferirsi ad un *tipo ideale* di attore del mercato, sufficientemente attento ed avveduto, capace di selezionare ed interpretare le informazioni ricavabili dalle molteplici forme di comunicazione commerciale a lui indirizzate (art. 18, lett. b), Codice del consumo).

Posto il predetto criterio generale mediante il quale valutare la correttezza delle condotte rivolte a sollecitare o indurre il compimento di atti di acquisto o di consumo, il legislatore prevede alcune *condotte* tipiche, contraddistinte dalla comune finalità di ledere la libertà contrattuale del consumatore, classificate nelle due categorie delle pratiche *ingannevoli* e di quelle *aggressive*: le une hanno l'effetto di indurre il consumatore in una *falsa rappresentazione* della realtà quanto alle caratteristiche del prodotto, al prezzo e alla provenienza; le altre provocano nel consumatore una *coazione a contrarre*, inducendolo a credere che non vi sia altro modo per sottrarsi alla sollecitazione se non concludendo il contratto. Per entrambe le tipologie di condotte il legislatore distingue fra comportamenti il cui carattere di ingannevolezza o di aggressività è assistito da una *presunzione assoluta* (c.dd. *black lists*, di cui rispettivamente agli artt. 23 e 26, Codice del consumo) e comportamenti che sono qualificati scorretti in forza di una *presunzione relativa* con la possibilità per l'impresa di fornire la prova contraria. Da qui l'importanza del sopra richiamato criterio generale in base al quale – oltre a determinarsi se debbano essere vietate condotte non espressamente disciplinate – si dovrà valutare a quali condizioni possano essere consentite le condotte presuntivamente qualificate come scorrette.

Al fine di ridurre i margini di incertezza inevitabilmente insiti nella valutazione di scorrettezza della pratica commerciale in quanto basata sul criterio elastico della contrarietà alla diligenza professionale, è prevista la possibilità per gli operatori di adottare, con riguardo ad una o più pratiche commerciali o a specifici settori, determinati *codici di condotta*, intesi a definire il comportamento degli operatori che si impegnano a rispettarli. L'adesione a tali codici è in principio libera, ma – qualora intervenga – va comunicata al consumatore, il quale deve essere preventivamente informato anche dell'esistenza e dei contenuti del medesimo codice di condotta (art. 27-bis, Codice del consumo). Il mancato rispetto di quest'obbligo è considerato di per sé una pratica commerciale scorretta, in particolare sotto il profilo della ingannevolezza (art. 21, comma 2, lett. b), Codice del consumo).

Vi sono poi altre discipline contenute in testi legislativi diversi dal Codice del consumo, dirette a regolare forme di comunicazione più complesse e sofisticate, specialmente in termini di capillarità della relativa diffusione, e che tuttavia sono accomunate alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette dalla sostanziale affinità degli interessi tutelati: ossia, quelli dei consumatori e della generalità del mercato, da una parte, e quelli degli imprenditori concorrenti, dall'altra.

Merita di essere ricordata in proposito la disciplina della *pubblicità ingannevole* e della *pubblicità comparativa* di cui al d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 (che ha sostituito il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74): la prima è la pubblicità idonea a indurre in errore i suoi destinatari, in modo da pregiudicare il loro comportamento economico, o da ledere un concorrente (art. 2, comma 1, lett. *b*); la seconda è la pubblicità che *identifica*, anche implicitamente, un concorrente, ovvero beni o servizi da quest'ultimo offerti (art. 2, comma 1, lett. *d*). La pubblicità ingannevole è senz'altro vietata, al pari della pubblicità c.d. *occulta o subliminale*, comprensiva di quelle tecniche di comunicazione che mirano, senza essere percepibili a livello cosciente dal destinatario come forme di promozione, ad indurlo a compiere atti di acquisto o di consumo (art. 5). Specifiche condizioni di *liceità* sono invece previste per la pubblicità comparativa: quest'ultima, oltre a non essere ingannevole, deve essere *oggettiva*, priva di carattere confusorio o denigratorio e non deve tradursi in comportamenti parassitari a danno dei concorrenti (art. 4).

Non va trascurato di considerare che la pubblicità comparativa, in specie se veritiera, può avere *effetti positivi* in termini di miglioramento della trasparenza del mercato e dell'informazione del consumatore, atteso che nella dinamica concorrenziale è fisiologico che la cerchia dei potenziali acquirenti sia indotta a fare delle comparazioni. Nel contempo, la medesima forma di pubblicità può produrre *effetti negativi*, là dove si traduca in comportamenti eccessivamente aggressivi e risso-si, svolgendosi con modalità non coerenti con le esigenze proprie del mondo imprenditoriale.

Anche la disciplina ora in esame, in quanto volta a proteggere l'interesse collettivo al corretto funzionamento del mercato contro condotte scorrette, prevede l'attribuzione di compiti di *tutela amministrativa* all'AGCM: quest'ultima è competente ad accertare e

sanzionare la violazione dei divieti legislativi ad opera delle suddette condotte, all'esito di un procedimento amministrativo che può essere avviato d'ufficio o su istanza di qualunque interessato e che può concludersi con un provvedimento di inibizione della condotta considerata scorretta e con l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

Coerentemente con la possibilità che la pubblicità ingannevole e comparativa leda anche interessi individuali, sono fatte salve la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, nonché le tutele derivanti dal diritto di autore e la tutela dei segni distintivi e delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti (art. 8, comma 15).

Si pone così una questione di reciproci rapporti fra disciplina codicistica e legge speciale: per un verso, si propende per l'integrale applicazione delle condizioni di liceità previste dalle norme in tema di pubblicità comparativa anche alla fattispecie dell'art. 2598, n. 2; per l'altro, nonostante la sovrapposizione delle due fattispecie, si riscontra una diversità delle rispettive sanzioni, dal momento che (come si è detto) il d.lgs. n. 145/2007 predispone un procedimento amministrativo a tutela dell'interesse oggettivo del mercato.

Analoga rilevanza sul piano della concorrenza sleale può riconoscersi alle pratiche commerciali scorrette (v. art. 27, comma 15, Codice del consumo), sebbene la nozione di *pratica ingannevole*, a differenza di quella di *pubblicità ingannevole* (art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 145/2007), non contenga un esplicito riferimento all'idoneità a ledere un concorrente, bensì ponga l'accento sull'attitudine ad incidere sulla libertà di scelta del consumatore. Infatti, può ravvisarsi una sovrapposizione fra le pratiche ingannevoli e la fattispecie del mendacio concorrenziale, ricorrente, quest'ultimo, quando la falsa appropriazione di pregi da parte dell'imprenditore non colpisce un concorrente determinato (differenziandosi sotto questo profilo dall'appropriazione di pregi di cui all'art. 2598, n. 2). Inoltre, va rilevato – più in generale – che i parametri di valutazione integranti la clausola di scorrettezza nei confronti dei consumatori – incentrati sulla contrarietà alla diligenza professionale, nonché sul riferimento al modello del consumatore medio – richiamano quelli elaborati dalla giurisprudenza in sede di concretizzazione della clausola generale recata dall'art. 2598, n. 3 (Guizzi).

D'altro canto, sono ricomprese fra le pratiche aggressive vicende come la creazione di ostacoli alla scelta di rivolgersi ad altri imprenditori (art. 25, lett. *d*), Codice del consumo), suscettibili di assumere rilevanza anche ai fini dell'applicazione della disciplina *antitrust*.

4. La nozione di proprietà industriale.

La scelta dell'ordinamento in favore di una struttura concorrenziale del mercato, caratterizzata dalla presenza (almeno potenziale) di una pluralità di imprese e di una pluralità di clienti, pone l'esigenza che le prime e i loro prodotti possano distinguersi fra loro e rispetto al pubblico dei consumatori. Tale funzione è assolta mediante l'utilizzazione dei *segni distintivi*, la cui tutela intende soddisfare l'*interesse ad evitare confusione sul mercato*.

D'altro canto, un fattore in grado di incidere sui rapporti di mercato è rappresentato dalle conoscenze (tecnologiche e non) presenti nell'organizzazione imprenditoriale, la cui disponibilità si traduce, là dove non siano condivise con altri, in un *vantaggio concorrenziale*: si pensi a conoscenze riguardanti tecnologie che consentono di produrre un bene a costi inferiori oppure beni che i concorrenti non siano in grado di produrre.

È da evidenziare che l'ordinamento, volendo offrire alle imprese un incentivo ad impegnarsi nella ricerca, predispone soluzioni dirette a tutelare l'*interesse alla remunerazione degli investimenti* nell'innovazione non solo tecnologica, le quali consistono nella predisposizione di una specifica protezione delle invenzioni e dei modelli.

Tanto i segni distintivi dell'impresa quanto i risultati dell'attività di ricerca in campo tecnico-industriale configurano *beni immateriali* oggetto di tutela da parte del già citato d.lgs. n. 30/2005, recante il Codice della proprietà industriale (c.p.i.). Questa tutela è di tipo c.d. dominicale, in quanto ricalca – pur con le peculiarità dovute al fatto che si tratta di beni immateriali – quella predisposta per il diritto di proprietà.

L'ordinamento riconosce all'imprenditore e soltanto ad uno – in presenza dei presupposti e nei limiti previsti per la protezione dei diritti di proprietà industriale – lo sfruttamento di segni distinti-

vi, innovazioni tecnologiche e *design*. S'intende perseguire, in tal modo, un modello di concorrenza *dinamica*, che contempi, da un lato – come si è detto – un incentivo per le imprese ad investire per accreditare la propria reputazione e realizzare nuove invenzioni, dall'altro, mitighi il rischio che la capacità delle imprese medesime di porre in essere nuovi investimenti si traduca in uno strumento di emarginazione dei concorrenti.

Nell'ambito della proprietà industriale si distingue fra *diritti titolati* e *non titolati*. I primi – ai quali, a differenza del codice civile che si limita a dettare poche disposizioni (artt. 2563 ss.; 2584 ss.), il Codice della proprietà industriale dedica ampia disciplina (art. 2) – si acquistano per effetto di una complessa fattispecie costitutiva, che si perfeziona attraverso un procedimento amministrativo di *registrazione* (marchi e modelli industriali) o *brevetazione* (invenzioni e modelli di utilità) presso un ufficio pubblico denominato Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM). I secondi – che il Codice della proprietà industriale menziona (art. 2, comma 4), ma non regola dettagliatamente – sorgono in presenza dei presupposti di volta in volta indicati: ad esempio, i diritti su *ditta*, *insegna* e *marchio non registrato* si acquistano – come si chiarirà più avanti – per effetto dell'*uso* e sono soggetti principalmente alle disposizioni del codice civile (v. artt. 2563 ss., nonché il divieto di atti di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 1).

L'espressione proprietà industriale coesiste con la locuzione "*proprietà intellettuale*", che – nel significato più restrittivo – ricomprende i *risultati creativi* conseguiti nel settore delle arti, della musica, della letteratura e dello spettacolo. Questi ultimi – definiti come "*opere dell'ingegno*" – sono tutelati attraverso il riconoscimento di diritti di sfruttamento esclusivo, di durata molto lunga, sottoposti alla disciplina dei "*diritti d'autore*" (l. n. 633/1941, nota come legge sul diritto d'autore: l.a.). Tuttavia, l'utilizzazione del diritto d'autore anche per proteggere creazioni a contenuto tecnologico (quali *software* e banche dati: cfr. art. 2, comma 1, nn. 8-9, l.a.) o parzialmente sovrapponibili ai modelli o disegni (si pensi alla tutelabilità del *design* anche in base al diritto d'autore là dove presenti *valore artistico* ex art. 2, comma 1, n. 10) è alla base di una più ampia nozione di proprietà intellettuale, idonea a comprendere diritti d'autore, di marchio, di invenzione e modello e ad esprimere l'assoggettamento dei beni immateriali alla regola gene-

rale di appartenenza privata dei risultati dell'innovazione.

Un profilo di consonanza fra il “diritto comune” dei beni immateriali e la disciplina della proprietà tradizionale è rappresentato dalla previsione a livello normativo di “azioni a difesa della proprietà” incentrate sull'interesse del titolare a *prevenire* la continuazione dell'illecito, e a *rimuovere* uno stato di fatto contrario al diritto. Esse consistono nell'*inibitoria* della fabbricazione, del commercio e dell'uso di quanto costituisce violazione del diritto (art. 124, comma 1, c.p.i.), nonché negli strumenti di rimozione degli effetti del comportamento illecito, quali l'ordine di *ritiro dal commercio* (art. 124, comma 1, c.p.i.), o di *distruzione* (art. 124, comma 3, c.p.i.) dei beni realizzati in violazione del diritto, o la loro assegnazione in proprietà al titolare del diritto stesso (art. 124, comma 4, c.p.i.). Il giudice può, inoltre, *fissare una somma* dovuta per ogni violazione o inosservanza constatata successivamente all'inibitoria e per ogni *ritardo* nell'esecuzione del provvedimento (art. 124, comma 2, c.p.i.). Ulteriore sanzione prevista dalla disciplina in esame è il *risarcimento del danno* che va liquidato anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto e dei compensi che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto licenza dal titolare del diritto (art. 125 c.p.i.).

5. I segni distintivi.

I segni distintivi tipizzati dal codice civile e ulteriormente disciplinati dal Codice della proprietà industriale sono: la *ditta*, che contraddistingue l'imprenditore e la sua attività (secondo la c.d. *teoria soggettiva*) ovvero una data organizzazione imprenditoriale (in base alla c.d. *teoria oggettiva*); l'*insegna*, che individua i locali dove si svolge l'attività d'impresa; il *marchio*, che contraddistingue i prodotti e i servizi realizzati dall'impresa.

Come si è accennato, l'uso dei segni distintivi costituisce oggetto di un *diritto esclusivo* dell'imprenditore, il quale può *opporsi all'uso che altri ne faccia* qualora da ciò possa derivare un rischio di confusione. Perciò, il primo requisito di tutela di ditta, insegna e marchio è la “*capacità distintiva*”, ovvero la capacità del segno di identificare scelte riferibili ad un solo imprenditore, da valutarsi relativamente alla *tipologia di attività e prodotti* per cui il segno stes-

so viene utilizzato. D'altra parte, siccome il pubblico può non prestare attenzione a differenze di dettaglio, l'ordinamento vieta l'uso di segni anche soltanto *simili* da parte di imprenditori diversi.

Vale, peraltro, il principio di *unitarietà* dei segni distintivi, in virtù del quale è vietato utilizzare come ditta, ragione o denominazione sociale, insegna e nome a dominio di un sito usato nell'attività economica o altro segno distintivo il medesimo segno già usato da altri come marchio e, simmetricamente, è vietato adottare come marchio l'altrui ditta, ragione o denominazione sociale, insegna e nome a dominio usato nell'attività economica o altro segno distintivo (art. 22 c.p.i.). Si tratta di divieti speculari i quali implicano che l'adozione di un segno distintivo, in una qualunque delle sue espressioni, conferisce all'imprenditore che lo abbia adottato il diritto esclusivo di utilizzarlo anche in relazione alle altre sue possibili espressioni.

Dato il rilievo centrale dell'interesse alla distinzione fra le imprese e i loro prodotti, l'ordinamento pone un divieto di utilizzazione confusoria dei segni distintivi. La protezione del segno non è tuttavia assoluta, ma è relativa al settore merceologico di utilizzazione (c.d. *principio di relatività delle tutele*). Ne discende che, in principio e salvo quanto si dirà a proposito del marchio registrato, segni simili o addirittura identici possono essere utilizzati da imprenditori diversi nell'ambito di attività a loro volta *differenti*.

È il caso di evidenziare come la tendenza degli imprenditori a cercare di sfruttare il valore pubblicitario di un segno distintivo anche in settori merceologicamente distanti abbia contribuito a porre in "crisi" il sopra riferito principio di relatività delle tutele. Come si avrà modo di chiarire, la tutela del marchio registrato non si limita ad impedirne utilizzazioni confusorie, ma vieta qualsiasi sfruttamento della sua notorietà ed intrinseca valenza pubblicitaria. Conseguenziale a tale constatazione è la proposta di ricostruire il diritto sui segni distintivi registrati quale forma di tutela dell'*investimento* diretto all'*accreditamento dell'immagine* del prodotto servizio, nonché di attribuirvi la comune funzione sottesa alla protezione delle innovazioni tecnologiche nel contesto di una categoria unitaria dei *diritti di proprietà industriale*.

Passando ad esaminare la disciplina dei singoli segni distintivi, preme evidenziare che la *ditta* – comunque sia formata – deve contenere almeno il cognome o la sigla dell'imprenditore: c.d. *ditta*

originaria (art. 2563, comma 2). Peraltro, in caso di trasferimento insieme all'azienda, la ditta può essere conservata così com'è, cioè senza necessità di riferimento alcuno al nome o alla sigla del nuovo imprenditore: c.d. *ditta derivata* (art. 2565).

In quanto segno distintivo necessario, la ditta coincide in mancanza di diversa scelta con il nome civile dell'imprenditore. È possibile, tuttavia, che quest'ultimo sia inserito in posizione marginale, o sia sostituito con una semplice sigla, o che si utilizzino segni denominativi contraddistinti da particolari configurazioni grafiche (c.d. *ditta di fantasia*). Non si esclude peraltro la possibilità di tutelare in base alla disciplina della concorrenza sleale (v. art. 2598, n. 1) la ditta priva di nome o sigla (c.d. *ditta irregolare*), non iscrivibile nel registro delle imprese.

Sebbene il nostro codice civile – là dove richiede l'inserimento del cognome o della sigla dell'imprenditore – sembri prestare tendenziale adesione alla già menzionata *teoria soggettiva*, secondo cui la ditta individua la persona dell'imprenditore, si dà spazio e si avverte in modo significativo l'interesse a che la ditta medesima identifichi una data organizzazione imprenditoriale (c.d. *teoria oggettiva*). In realtà, la ditta contraddistingue il centro di imputazione di una determinata attività imprenditoriale, cioè l'impresa. Appare consentanea a questa posizione l'opinione incline a ritenere che la ditta sia il segno distintivo utilizzato per distinguere la *continuità dei rapporti aziendali* nei rapporti instaurati *direttamente* dall'imprenditore con i terzi interessati alle caratteristiche e all'affidabilità della relativa organizzazione. Si differenzia sotto questo profilo dal marchio (v. in questo paragrafo, *infra*) che tende a distinguere le politiche di accreditamento del prodotto o del servizio nei *rapporti spersonalizzati* con un pubblico interessato non alle caratteristiche dell'attività imprenditoriale, ma a quelle dei risultati della stessa (M. Cian/Sarti).

Qualora l'imprenditore sia una società, la ditta "originaria" dovrà contenere la *ragione sociale* della società di persone oppure la *denominazione sociale* se si tratta di società di capitali o cooperative, che costituiscono l'equivalente del nome per la persona fisica.

La ditta deve presentare il carattere della *novità*: essa non può essere uguale o simile alla ditta (o all'insegna) usata – effettivamente, non dunque quando l'impresa è rimasta inoperosa, o in passato, sicché il pubblico ne abbia perduto il ricordo – da altro imprenditore, se può creare confusione per l'oggetto dell'impresa o per il luogo in cui essa è esercitata (art. 2564, comma 1).

Il diritto all'uso esclusivo della ditta si acquista con la *priorità dell'uso* (ad esempio, negli elenchi telefonici, nella carta intestata e anche nella pubblicità), oppure, per le imprese soggette a registrazione, con la *priorità dell'iscrizione della ditta nel registro delle imprese* (art. 2564, comma 2).

Fattispecie costitutiva del diritto è l'uso del segno nei rapporti d'affari, con possibilità di fornire la prova contraria da parte di chi ha preusato la stessa ditta senza registrarla. Non si tratta dunque di registrazione costitutiva.

La tutela disposta per la ditta vale anche per la ragione sociale e la denominazione delle società (art. 2567, comma 2), che non potranno essere identiche o simili a quelle già assunte da altra società concorrente, laddove, in relazione al luogo e alla natura dell'attività svolta, sussista il rischio di confusione (art. 2567, comma 2, che richiama l'art. 2364, comma 1). Qualora poi questo rischio esista, l'imprenditore che abbia acquistato il diritto all'uso esclusivo di una determinata ditta può ottenere che il concorrente *integri o modifichi* la propria ditta, se uguale o simile, con indicazioni idonee a differenziarla (art. 2564, comma 1). Non può escludersi la coesistenza di ditte identiche, quando le imprese hanno oggetto diverso o sono esercitate in ambiti territoriali fra loro distanti, purché non ingannino il pubblico in ordine alla titolarità delle rispettive organizzazioni imprenditoriali.

Principi analoghi a quelli sopra esposti operano con riferimento all'ambito di *tutela della ditta*, che opera solo in caso di rischio concreto di confusione con chi utilizza segni analoghi.

La ditta è *trasferibile*, ma solo *unitamente all'azienda* (art. 2565, comma 1). Detta prescrizione vuole scongiurare il rischio che i consumatori siano indotti in confusione sulla provenienza dei beni e dei servizi loro offerti. Se è vero che la ditta non deve necessariamente rappresentare l'imprenditore che l'abbia originariamente scelta e sfruttata, s'intende tuttavia garantire che la stessa si riferisca al medesimo ed originario organismo produttivo.

Peraltro, il trasferimento della ditta non consegue automaticamente al trasferimento d'azienda, essendo necessario un accordo desumibile anche *ex art.* 1362. Ciò consente, da un lato, di tutelare l'interesse, di natura morale, dell'alienante a impedire che il pro-

prio nome sia ricondotto a un'azienda non più sua, se non lo voglia; dall'altro, di salvaguardare l'interesse di natura patrimoniale a negare il consenso, qualora intenda continuare a utilizzare la ditta nella propria attività imprenditoriale. In mancanza di pattuizione la ditta può essere utilizzata solo dall'imprenditore alienante (cfr. art. 2565, comma 2), mentre, in caso di trasferimento *mortis causa* dell'azienda, la ditta si trasmette al successore, salvo diversa disposizione testamentaria (art. 2565, comma 3). Si realizza in tal modo una soluzione di compromesso fra plurime esigenze, consentendo in caso di prosecuzione dell'attività che la ditta continui a contenere il nome dell'imprenditore defunto per non disperdere l'avviamento.

L'*insegna* – che è facoltativa e può anche consistere nella ditta o in un suo elemento – è usata all'ingresso dei locali e degli stabilimenti dell'impresa ed ha la funzione di distinguere un'organizzazione aziendale *collocata fisicamente in un certo luogo*, operando quale strumento di attrazione della clientela in specie per gli imprenditori che puntano a richiamare i clienti e ad accoglierli in locali aperti al pubblico.

L'*insegna* può consistere altresì in un nome di fantasia (*insegna denominativa*) o in un'immagine (*insegna emblematica*); non è qui necessaria l'indicazione del nome o della sigla dell'imprenditore.

All'*insegna* è dedicata una sola disposizione del codice civile (art. 2568) di rinvio all'art. 2364, comma 1, in materia di ditta. Ne consegue che l'*insegna* deve pur essa rivestire il carattere della *novità*: non deve essere uguale o simile a quella di altro imprenditore e idonea a “creare *confusione* per l'oggetto dell'impresa e per il luogo in cui essa è esercitata”.

Il diritto sull'*insegna* si acquista con il suo *uso* e si estingue per cessazione dell'attività o per non uso prolungato per un periodo tale da fare riacquistare al segno distintivo il carattere di novità. L'*insegna* può essere trasferita anche indipendentemente dall'azienda e ne è consentito il *couso* da parte di terzi (si pensi alle imprese affiliate in base a un contratto di *franchising*).

Il marchio, che è il segno distintivo di solito utilizzato mediante *apposizione sul prodotto* (sebbene esista anche la categoria dei *marchi di servizio* tipicamente utilizzati sull'abbigliamento del personale, all'ingresso dei locali o sui mezzi di produzione), si distingue in:

a) *marchio nazionale*, la cui disciplina è contenuta negli artt. 2569-2574 c.c. e negli artt. 7 ss. c.p.i.;

b) *marchio internazionale*, che presuppone una registrazione di marchio nazionale, cui segue una registrazione internazionale presso un apposito ufficio con sede a Ginevra, che è destinata a produrre *distintamente* i suoi effetti presso i Paesi aderenti alle convenzioni internazionali (Convenzione di Parigi e Accordo e Protocollo di Madrid);

c) *marchio dell'Unione Europea*, disciplinato dal Regolamento n. 207/2009, successivamente ricodificato ed ora in vigore nella versione n. 1001/2017, la cui registrazione presso un apposito ufficio con sede ad Alicante (EUIPO) produce *effetti sovranazionali* necessariamente estesi a tutti i Paesi dell'UE.

Volendo concentrare la nostra attenzione sul primo dei suddetti marchi, giova menzionare che esso può essere *denominativo* (formato da parole), *figurativo* (formato da disegni o, in altri termini, loghi) e *misto* (composto contemporaneamente da parole e disegni). Sono comunque proteggibili segni costituiti da *lettere, cifre, suoni, colori e tonalità cromatiche*, oltre che dalla *forma* del prodotto o dalla sua confezione (si pensi alla bottiglia di una nota bevanda). È comunque essenziale che i segni utilizzati come marchio siano *idonei a distinguere* i prodotti e i servizi immessi sul mercato da un'impresa rispetto a quelli di altre imprese e siano altresì atti "ad essere rappresentati nel registro in modo tale da consentire alle autorità competenti ed al pubblico di determinare con chiarezza e precisione l'oggetto della protezione conferita al titolare" (art. 7, comma 1, c.p.i.).

Il marchio può essere apposto dal fabbricante (c.d. *marchio di fabbrica*) o dal commerciante (c.d. *marchio di commercio*): è consentito al rivenditore apporre il proprio marchio sui prodotti messi in vendita, ma non sopprimere quello del produttore o del commerciante da cui provengano i prodotti o le merci (art. 2572; art. 20, comma 3, c.p.i.).

Esistono inoltre segni destinati all'utilizzazione parallela da parte di una pluralità di imprenditori, quali i *marchi collettivi* e di *certificazione* (art. 2570; artt. 11 e 11-bis c.p.i.). Gli uni possono essere registrati da persone giuridiche di diritto pubblico e associazioni di categoria, e sono destinati all'uso da parte di produttori e com-

mercanti che condividano le finalità istituzionali dell'ente; gli altri sono destinati alla registrazione ad opera di "persone fisiche o giuridiche" preposte – in virtù di norme di legge o sulla base della loro autonomia statutaria – a "garantire l'origine, la natura o la qualità di determinati prodotti o servizi" (art. 11-bis c.p.i.). L'uso dei marchi di certificazione richiede, perciò, specifici impegni a rispettare *standard* qualitativi del prodotto o servizio.

La tutela del marchio registrato è subordinata alla presenza di alcuni requisiti, il cui difetto può essere fatto valere dinanzi al giudice quale *causa di nullità* della registrazione, laddove non sia stato rilevato in precedenza nell'ambito del relativo procedimento amministrativo.

Un ruolo centrale riveste il requisito della *capacità distintiva* rispetto agli altri prodotti o servizi dello stesso genere presenti sul mercato: in particolare, sono considerati privi di carattere distintivo i segni "costituiti esclusivamente dalle *denominazioni generiche* di prodotti o servizi o da *indicazioni descrittive* che ad essi si riferiscono" (art. 13, comma 1, c.p.i.). La mancanza di questo requisito può essere tuttavia sanata se prima della proposizione della domanda o dell'eccezione di nullità, il segno che ne costituisce oggetto, per effetto dell'uso che ne è stato fatto, ha acquistato carattere distintivo. Il fenomeno in esame è designato da dottrina e giurisprudenza con l'espressione "*secondary meaning*", che sta ad indicare l'acquisto da parte del segno di un significato *secondario distintivo* accanto al significato *primario descrittivo*. Esso costituisce il frutto dell'investimento pubblicitario dell'impresa che, qualora abbia capacità finanziarie adeguate, può creare da sé le condizioni di tutela del segno distintivo, di là dall'originaria sussistenza del requisito in discorso (art. 13, commi 2 e 3, c.p.i.).

Il marchio deve inoltre rispondere ai requisiti di *liceità* e non decessività, nel senso che non deve avere contenuti vietati dalla legge (non potendo costituire oggetto di registrazione i segni *contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume* (art. 14, comma 1, lett. a), c.p.i.), e *non* deve essere idoneo a *ingannare* il pubblico, in particolare sulla provenienza geografica, sulla natura o sulla qualità dei prodotti o servizi (art. 14, comma 1, lett. b), c.p.i.). Non possono costituire oggetto di registrazione come marchi d'impresa "i segni evocativi, usurpativi o imitativi di indicazioni geografiche o di denominazioni di origine protette in base alla normativa statale o

dell'Unione europea, inclusi gli accordi di cui l'Italia o l'Unione europea sono parte" (art. 14, comma 1, lett. b), c.p.i., modificato dall'art. 1, l. 24 luglio 2023, n. 102).

Infine, il marchio deve possedere il requisito della *novità*, ossia non deve essere confondibile con un marchio altrui precedentemente registrato o usato e nemmeno con segni adottati da altri come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio aziendale (art. 12, comma 1, c.p.i.).

Il diritto all'*uso esclusivo* del marchio si acquista con la sua registrazione presso l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi, e decorre dalla data di deposito della relativa domanda (art. 15 c.p.i.), a prescindere dall'uso e dalla conoscenza del segno presso il pubblico e con effetti estesi all'intero territorio nazionale. Il titolare della registrazione ha però l'onere di utilizzare il proprio segno entro cinque anni per i prodotti o servizi per i quali è stato registrato, pena la *decadenza* del marchio (art. 24 c.p.i.).

Il marchio registrato ha una *protezione* di durata potenzialmente *perpetua*, ma la registrazione deve essere *rinnovata a scadenze decennali*, con apposita domanda all'UIBM. In mancanza di ciò, il marchio si considera scaduto quando siano decorsi dieci anni dalla registrazione o rinnovo (artt. 15, comma 4, e 16 c.p.i.).

Il titolare del marchio registrato può vietarne l'uso da parte di terzi (art. 20 c.p.i.) attraverso la c.d. *azione di contraffazione* (art. 124 ss. c.p.i.), sempre che possa determinarsi un rischio di confusione in ordine all'impresa cui l'offerta è riferibile.

Ai fini della delimitazione dell'ambito di tutela della registrazione, occorre distinguere fra marchi c.dd. *ordinari* e marchi c.dd. *rinomati o notori*. Con riferimento ai primi si prevede che il titolare del marchio ha il diritto di vietare l'uso di "un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o servizi, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni" (art. 20, comma 1, lett. b), c.p.i.). Per i secondi, invece, è riconosciuto al titolare il diritto di vietare ai terzi l'uso di un segno identico o simile al marchio registrato *senza alcun limite di affinità* del prodotto o servizio, "se l'uso del segno [...] senza giusto motivo consente di trarre *indebitamente vantaggio* dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca *pregiudizio* agli stessi" (art. 20, comma 1, lett. c), c.p.i.).

La nozione di rinomanza/notorietà assume un significato diverso da quello che rende il marchio preusato opponibile alla registrazione successiva. Si tratta di una vicenda per effetto della quale il marchio ha acquisito un prestigio e un accreditamento tali da assumere un *valore pubblicitario* e promozionale di tipologie di prodotti anche merceologicamente lontani. La tutela del marchio rinomato si fonda sull'indebito vantaggio o pregiudizio alla notorietà o al carattere distintivo, *prescinde* dal rischio di *confusione* e può essere fatta valere contro l'utilizzazione del segno per qualsiasi prodotto o servizio, sia esso o meno simile a quelli per i quali ha acquistato notorietà.

La disciplina dei segni distintivi riconosce e tutela anche il marchio che non sia stato oggetto di registrazione (c.d. *marchio di fatto*). L'art. 2571 prevede, infatti, che “chi ha fatto uso di un marchio non registrato ha facoltà di continuare a usarne, nonostante la registrazione da altri ottenuta, *nei limiti in cui anteriormente se ne è valso*”. Esso rientra inoltre fra “i segni distintivi diversi dal marchio registrato” ai quali il Codice della proprietà industriale accorda protezione “ricorrendone i presupposti di legge” (art. 2, comma 4).

Il sistema attuale accoglie il principio di *libera disponibilità* dei diritti sul marchio; sicché quest'ultimo può essere *trasferito* o *concesso in licenza* per la totalità o per una parte dei prodotti o servizi per i quali è stato registrato, “purché in ogni caso dal trasferimento o dalla licenza non derivi inganno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico” (art. 2573, comma 1; art. 23 c.p.i.). *Non è necessario* che siano trasferiti contemporaneamente *l'azienda o un suo ramo*, diversamente da quanto previsto per la *ditta*.

È ammessa anche la licenza *non esclusiva* di marchio, che consente al licenziante di sfruttare il segno in proprio o di accordarsi con altri licenziatari. In questo caso la legge richiede al licenziatario di obbligarsi “espressamente ad usare il marchio per contraddistinguere prodotti o servizi uguali o simili a quelli corrispondenti messi in commercio o prestati nel territorio dello Stato con lo stesso marchio dal titolare o da altri licenziatari” (art. 23, comma 2, c.p.i.). Si vuole evitare così la presenza sul mercato di prodotti recanti lo stesso marchio, ma dotati di caratteristiche qualitative diverse.

6. Le invenzioni industriali.

Secondo la definizione tradizionale, l'invenzione industriale consiste nella "soluzione di un problema tecnico", contrapponendosi così alla scoperta: mentre quest'ultima illustra le relazioni causali di fenomeni chimici o fisici esistenti in natura, l'invenzione applica le leggi naturali per soddisfare bisogni umani attraverso una produzione industriale serializzata. Può trattarsi, fra l'altro, dell'ideazione di una nuova macchina, di un nuovo utensile, di un nuovo dispositivo meccanico, di un nuovo processo di lavorazione industriale, di un dispositivo migliorativo di un prodotto o strumento già applicato, di un nuovo utilizzo di una sostanza già conosciuta (art. 2585, comma 1, c.c.; art. 45, comma 1, c.p.i.).

La definizione sopra riportata riceve conferma, in negativo, dall'elencazione legislativa di ciò che *non* si considera invenzione: ovvero le scoperte, le teorie scientifiche ed i metodi matematici; i piani, i principi ed i metodi per attività puramente intellettuali, per gioco (non è brevettabile il gioco del lotto) o per attività commerciale (non sono brevettabili tecniche di marketing); le presentazioni di informazioni (art. 45, comma 2, c.p.i.); i metodi di trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale ed i metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale (art. 45, comma 4, lett. a), c.p.i.); le varietà vegetali e le razze animali ed i procedimenti puramente biologici per l'ottenimento delle stesse (art. 45, comma 4, lett. b), c.p.i.).

Sono invece brevettabili le *novità vegetali* nei limiti di cui agli artt. 100 ss. del Codice della proprietà industriale, nonché le invenzioni biotecnologiche (artt. 81-bis-81-octies c.p.i.), con le esclusioni puntualmente previste dall'art. 81-quinquies c.p.i., quali il divieto di brevettazione del *corpo umano*, di procedimenti di *clonazione*, di sfruttamento di *embrioni*, di tecniche di *selezione genetica* o comunque contrarie alla dignità dell'uomo o all'interesse alla preservazione dell'ambiente.

Come si è accennato in precedenza, la brevettazione (art. 2584 c.c.; art. 2, comma 2, c.p.i.) consente di acquistare il diritto di esclusiva sulle invenzioni industriali, ma – allo stesso tempo – finisce con il renderle di *pubblico dominio*, il che è funzionale a ulteriori progressi della scienza e della tecnica.

Ai fini della valida brevettazione, un'invenzione deve soddisfare i requisiti:

a) della *novità*, nel senso che deve distaccarsi dal c.d. “stato della tecnica”, inteso come “tutto ciò che è stato reso accessibile al pubblico nel territorio dello Stato o all'estero prima della data di deposito della domanda di brevetto” (art. 46 c.p.i.); non può, dunque, essere brevettata l'invenzione che sia stata oggetto di “predivulgazione”, la quale non ricorre però nel caso in cui l'invenzione medesima sia stata comunicata nell'ambito di una ristretta cerchia di persone, con vincolo di riservatezza;

b) dell'*originalità*, che ricorre quando l'invenzione “per una persona esperta del ramo [...] non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica”. Può dunque essere brevettata l'invenzione che presenti rispetto allo stato della tecnica non mere differenze di dettaglio, ma una diversità qualificata dal c.d. “salto inventivo”;

c) dell'*industrialità*, che si ha quando l'oggetto dell'invenzione “può essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola” (art. 49 c.p.i.);

d) della *liceità*, che si ha quando l'attuazione dell'invenzione non “è contraria all'ordine pubblico o al buon costume” (art. 50 c.p.i.).

Il diritto di chiedere il brevetto appartiene all'inventore o, come spesso accade, al suo datore di lavoro. Occorre distinguere fra il c.d. *diritto morale* di essere riconosciuto autore dell'invenzione, che prescinde addirittura dal rilascio del brevetto (art. 62 c.p.i.), e i c.d. *diritti patrimoniali*, cioè il diritto allo sfruttamento economico in esclusiva del prodotto o del procedimento (art. 63, comma 1, c.p.i.).

Il diritto morale fa necessariamente capo all'inventore e, dopo la sua morte, può essere fatto valere dal coniuge e dai discendenti fino al secondo grado; i diritti patrimoniali sono invece *alienabili* e *transmissibili*.

Nell'ipotesi assai frequente in cui l'invenzione industriale sia stata realizzata dai *dipendenti di un imprenditore*, spetta all'inventore, oltre al predetto diritto morale di essere riconosciuto autore dell'invenzione, il diritto ad un “*equo premio*” (commisurato all'importanza dell'invenzione, alle mansioni svolte e alla retribuzione percepita dall'inventore, al contributo che questi ha ricevuto dall'organizzazione aziendale), qualora il contratto non preveda una specifica retribuzione per l'attività inventiva (c.d. *invenzione d'azienda*) e il datore di lavoro ottenga il brevetto o utilizzi l'invenzione in regime di segretezza industriale (art. 64, comma 2, c.p.i.).

Qualora, invece, l'attività inventiva sia prevista come oggetto del contratto o del rapporto di lavoro e, come tale, sia specificamente retribuita (c.d. *invenzione di servizio*), l'invenzione appartiene al datore di lavoro e al lavoratore nulla compete in aggiunta alla sua normale retribuzione (art. 64, comma 1, c.p.i.). Una disciplina ancora diversa è prevista per l'ipotesi in cui l'invenzione rientri nel campo di attività del datore di lavoro, ma sia del tutto indipendente dal rapporto di lavoro (c.d. *invenzione occasionale*). In tal caso i diritti patrimoniali relativi all'invenzione spettano al lavoratore, ma il datore di lavoro ha il diritto di opzione per l'uso dell'invenzione a fronte del pagamento di un corrispettivo a favore dell'inventore (art. 64, comma 3).

È prevista una disciplina sostanzialmente analoga per i diritti di utilizzazione patrimoniale dell'invenzione realizzata nell'esecuzione di un rapporto di lavoro autonomo (art. 4, l. 22 maggio 2017, n. 81).

La domanda di brevetto può concernere una sola invenzione per volta, deve essere specifica, contenere una sua descrizione (eventualmente integrata con disegni) e concludersi con una o più *rivendicazioni* indicanti ciò che si intende debba formare oggetto del brevetto (art. 52 c.p.i.). Le rivendicazioni sintetizzano l'oggetto dell'invenzione e ne circoscrivono l'ambito di protezione.

L'importanza delle rivendicazioni è connessa alla circostanza che il brevetto viene chiesto non solo per la struttura del prodotto, ma anche per la sua funzione. Il punto si coglie con chiarezza con riferimento al settore chimico e, in misura ancora maggiore, a quello biotecnologico. Deve considerarsi che è ammessa la brevettazione di qualsiasi *sostanza chimica*, a prescindere da considerazioni relative alla sua esistenza allo stato naturale, purché nella rivendicazione siano indicate le sue singole applicazioni pratiche. Si spiega in questa prospettiva perché un *elemento isolato del corpo umano* sia brevettabile solo a condizione che la sua funzione e applicazione industriale sia concretamente indicata, descritta e rivendicata (cfr. art. 81-quater, comma 1, lett. d), c.p.i.). E così pure è riconosciuta la brevettabilità di "*una semplice sequenza di DNA*", purché ne venga fornita l'indicazione, la descrizione e la rivendicazione di una funzione utile (cfr., *a contrario*, art. 81-quinquies, comma 1, lett. c), c.p.i.). Non è dunque possibile brevettare una sequenza di DNA umano per qualsiasi potenziale utilizzo.

Alla concessione del brevetto consegue a favore del suo titolare un *diritto di sfruttamento esclusivo* per la durata di venti anni, non

rinnovabili, dalla data del deposito della domanda (art. 60 c.p.i.).

Il diritto di brevetto può essere fatto valere non solo in caso di sfruttamento di prodotti o procedimenti del tutto *identici* a quelli rivendicati nella domanda, ma anche qualora siano apportate modifiche ad alcuni elementi dell'invenzione che, per una persona esperta del ramo, non alterano in modo sostanziale il contenuto delle rivendicazioni (c.d. *contraffazione per equivalenti*).

Nel caso poi di c.d. *invenzioni di procedimento*, il diritto esclusivo si estende al commercio e all'uso di prodotti identici a quelli realizzati con il procedimento brevettato, ma non a prodotti identici realizzati con altri metodi (art. 66, comma 2, lett. b), c.p.i.).

Fatta eccezione per il diritto morale, il brevetto è *liberamente trasferibile*, con o senza l'azienda, sia *inter vivos* sia *mortis causa*; può essere altresì oggetto di *licenza d'uso*, mediante la quale si conferisce a un terzo, anche con *clausola di esclusiva*, il diritto di utilizzare l'invenzione, di regola a fronte del pagamento di un corrispettivo da calcolarsi secondo gli accordi intervenuti fra le parti (ad esempio, in proporzione al volume d'affari del licenziatario: c.d. *royalties*). In taluni casi la licenza d'uso senza esclusiva è prevista come *obbligatoria* dalla legge. È ciò che accade: a) quando siano trascorsi *tre anni* dalla data di rilascio del brevetto senza che l'invenzione sia stata attuata in proporzione ai bisogni del paese (cfr. art. 69 c.p.i.) ovvero la relativa attuazione sia stata sospesa per un periodo triennale (art. 70 c.p.i.); b) nel caso di *brevetto dipendente*, quando la licenza è necessaria per una nuova invenzione che rappresenti un progresso tecnico di considerevole rilevanza economica (art. 71 c.p.i.). La licenza obbligatoria è concessa dietro pagamento di un "equo compenso" determinato con decreto del Ministero dello sviluppo economico. La stessa non può essere concessa a chi abbia contraffatto il brevetto, salvo che dimostri la sua buona fede (art. 72 c.p.i.).

Il brevetto si estingue per dichiarazione di *nullità* da parte dell'autorità giudiziaria la quale abbia accertato – su iniziativa di qualsivoglia interessato (di solito, imprenditori concorrenti interessati al libero sfruttamento dell'invenzione) – l'*assenza dei requisiti di brevettabilità* (art. 76, comma 1, lett. a), c.p.i.), oppure l'avvenuta concessione del brevetto *al non avente diritto*, vale a dire a un soggetto diverso dall'inventore o dai suoi aventi causa, a meno che questi ultimi abbiano esercitato l'azione di rivendica prevista dall'art. 118 c.p.i. (art. 76, comma 1, lett. d), c.p.i.).

Sono altresì disciplinate ipotesi di *decadenza* derivanti dal *mancato pagamento delle tasse brevettuali* (art. 75 c.p.i.) e dalla *mancata o insufficiente attuazione dell'invenzione* (da parte del titolare o dei licenziatari volontari o obbligatori) nei due anni successivi al rilascio della prima licenza obbligatoria (art. 70, comma 4, c.p.i.).

I brevetti per invenzione sono assoggettati al *principio di territorialità* e sono perciò efficaci solo nello Stato dell'ufficio che li ha concessi. L'estensione della protezione a diversi paesi richiederebbe in principio l'avvio di paralleli procedimenti di brevettazione secondo la legislazione dei singoli Stati. Diverse convenzioni internazionali agevolano tale estensione. In questo ambito si segnala la *Convenzione sul Brevetto europeo* (CBE) che ha istituito un'Organizzazione europea dei brevetti, estranea peraltro all'ordinamento UE e alla quale aderiscono anche paesi terzi. Al suo interno vi è un *Ufficio europeo dei brevetti* (UEB), con sede a Monaco, competente a concedere un brevetto che non ha carattere unitario, ma si fraziona in brevetti nazionali (c.d. *fascio di brevetti*), ciascuno dei quali sottoposto alla singola legislazione nazionale. Ogni frazione nazionale del brevetto europeo può essere autonomamente ceduta dal titolare ed è assoggettata ad autonome azioni di nullità: sicché può essere dichiarata nulla con effetti su un territorio, conservando validità negli altri Stati.

L'imprenditore non è obbligato a richiedere il brevetto. Se intende sfruttare in esclusiva la propria invenzione, così evitando che cada in pubblico dominio decorsi i vent'anni della tutela brevettuale, deve mantenerla segreta (si pensi al caso della ricetta della Coca Cola). Rinunzia, dunque, a una tutela di diritto, per quanto limitata nel tempo, decidendo di affidarsi a una tutela potenzialmente perpetua, la quale deriva però dalle sole norme generali in materia di concorrenza sleale.

Ferma, peraltro, l'applicabilità della disciplina appena richiamata, una tutela ulteriore consiste nel *diritto di vietare* a terzi di acquisire, divulgare o utilizzare in modo abusivo (art. 99 c.p.i.) le *informazioni aziendali* e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del loro detentore, a condizione che: a) siano *segrete*, ovvero non generalmente note o facilmente accessibili agli esperti e agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte a misure ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete (art. 98 c.p.i.). La stessa protezione è estesa ai dati relativi a prove o altri dati se-

greti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno e alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche (art. 98, comma 2, c.p.i.). Il divieto in esame non opera nel caso in cui le informazioni siano state acquisite dal terzo in modo indipendente.

Una tutela basata sul diritto di utilizzazione *in esclusiva* è riservata dalla legge anche ai *modelli di utilità*, definiti come quelli "atti a conferire particolare efficacia o comodità di applicazione o di impiego a macchine, o parti di esse, strumenti, utensili o oggetti di uso in genere" (art. 82 c.p.i.). Essi, quando abbiano il requisito della *novità* e *originalità*, possono essere brevettati con gli stessi effetti del brevetto delle invenzioni industriali, ma per una durata di *dieci anni* dalla data di presentazione della domanda di brevettazione (art. 85 c.p.i.). La distinzione fra invenzioni e modelli non è agevole: di sicuro, questi ultimi sono circoscritti all'ambito della meccanica, mentre non possono aversi nel settore della chimica o della biotecnologia.

I modelli di utilità coprono la valenza tecnica del design e si contrappongono, sotto questo aspetto, ai *modelli o disegni industriali* che sono destinati, invece, a qualificare l'*estetica* di un determinato bene. Sono definite come tali le nuove ideazioni in grado di caratterizzare "l'aspetto dell'intero prodotto o di una sua parte quale risulta, in particolare, dalle caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale ovvero dei materiali del prodotto stesso ovvero del suo ornamento" (art. 31 c.p.i.).

La tutela dei disegni o modelli si fonda sulla loro *registrazione*, che può avvenire, oltre che in sede *nazionale* davanti all'Ufficio italiano marchi e brevetti, anche in sede *europea* in base al Regolamento CE n. 6/2002 sui disegni e modelli comunitari (RDMC) davanti all'EUIPO, vale a dire lo stesso ufficio competente per la registrazione dei marchi UE, con effetti costitutivi di un diritto unitario, azionabile in tutto il territorio dell'Unione. La protezione derivante dalla disciplina nazionale ed europea ha una durata *quinquennale*, ma può essere *prorogata* per periodi di cinque anni, fino ad un massimo di *venticinque anni* (art. 37 c.p.i. e art. 12 RDMC). L'ordinamento europeo ammette la protezione dei disegni e modelli *non registrati* per il più limitato periodo di *tre anni* (art. 11 RDMC).

I disegni e i modelli devono soddisfare il requisito della *novità*, avere *carattere individuale* ed essere *leciti*: ciò significa che devo-

no differenziarsi dai modelli o disegni già divulgati (art. 32 c.p.i. e art. 5 RDMC); devono suscitare nell'utilizzatore informato un'impressione generale differente da quella ispirata da qualsiasi disegno o modello precedentemente diffuso (art. 33 c.p.i. e art. 6 RDMC); non devono essere contrari all'ordine pubblico o al buon costume (art. 33-bis c.p.i. e art. 9 RDMC).

Anche la validità della registrazione del disegno o modello (soprattutto per mancanza dei primi due requisiti sopra enunciati) può essere contestata mediante l'esercizio dell'azione di *nullità*, che segue regole corrispondenti a quelle dei marchi europeo e nazionale.

CAPITOLO VI

LA COOPERAZIONE FRA IMPRESE

SOMMARIO: 1. I consorzi. – 2. Il contratto di rete. – 3. Il gruppo europeo di interesse economico. – 4. Le associazioni temporanee e i raggruppamenti di imprese.

1. I consorzi.

La libera concorrenza può essere influenzata anche dalla presenza sul mercato di forme di cooperazione e integrazione tra imprese: le prime trovano la loro fonte in accordi contrattuali, con i quali gli imprenditori mantengono tendenzialmente ciascuno la propria autonomia giuridica ed economica; le seconde, invece, si caratterizzano per l'esistenza di legami partecipativi nella proprietà dell'impresa, con la conseguente formazione di un'unica entità economica: si pensi, ad esempio, al gruppo di imprese (su cui cfr. Capitolo VII, § 13, *infra*).

Nell'ambito delle forme di cooperazione possono distinguersi alcune strutturate, come i consorzi o le società consortili, e altre potenzialmente flessibili, come i contratti di rete o le associazioni ed i raggruppamenti temporanei di imprese.

Il *consorzio* è un contratto con il quale più imprenditori istituiscono una *organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento* di determinate fasi delle rispettive imprese (art. 2602).

L'obiettivo degli imprenditori consorziati è quello di ottenere un *vantaggio economico diretto* nella propria attività (c.d. *mutualità consortile*), che normalmente consiste nel risparmio di spesa o nel maggior ricavo, realizzati grazie ad una razionalizzazione del proprio ciclo economico dovuta alla partecipazione alla suddetta organizzazione comune: potrà trattarsi, ad esempio, della gestione in comune degli acquisti di materie prime e semilavorate o della distribu-

zione dei propri prodotti, dell'erogazione di servizi quali la selezione e gestione del personale, dei dati e dei servizi informatici, nonché dello svolgimento di attività di ricerca e sviluppo a favore delle imprese aderenti.

La portata della definizione legislativa non esclude la possibilità che mediante tale figura si persegua l'interesse a regolare il rapporto concorrenziale fra più imprese e possa realizzarsi, in particolare, una limitazione del dinamismo competitivo nel mercato di riferimento. In quest'ipotesi, troverà applicazione la disciplina recata dalla l. n. 287/1990 e, segnatamente, quella dettata dall'art. 2 della medesima legge per le intese restrittive della concorrenza.

Il codice civile detta, accanto a una serie di *disposizioni generali* intese a disciplinare la costituzione del consorzio e i rapporti fra quest'ultimo e gli imprenditori consorziati (artt. 2602-2611), talune *regole specifiche* applicabili ai *consorzi con attività esterna* contenute negli artt. 2612-2615-bis, e dettate in ragione della loro destinazione ad entrare in rapporto con i terzi.

Tutti i consorzi sono costituiti mediante un *contratto tra imprenditori* (come richiesto dall'art. 2602, comma 1), che deve essere stipulato *per iscritto* a pena di nullità (art. 2603, comma 1) e contenere una serie di indicazioni, delle quali, però, soltanto alcune sono considerate essenziali dal legislatore: è il caso dell'oggetto e degli obblighi assunti dai consorziati (ad esempio, non comprare o non vendere se non per il tramite del consorzio), nonché dei contributi da essi dovuti, costituiti di regola da versamenti iniziali e periodici.

In mancanza di una diversa determinazione, la *durata* del consorzio è pari a dieci anni (art. 2604).

Le *modificazioni* del contratto di consorzio devono essere fatte per iscritto a pena di nullità e decise *all'unanimità*, se non è convenuto diversamente (art. 2607). Fa eccezione a questa regola, conforme al principio generale in tema di contratti, la trasformazione in società di capitali, che è assunta dalla maggioranza assoluta dei consorziati e sottoposta all'opposizione dei creditori (art. 2500-octies, comma 2, e 2500-novies).

Come visto, caratteristica fondamentale del consorzio è la presenza di un'organizzazione comune per il compimento di tutti gli atti necessari per l'esecuzione del programma consortile, la cui disciplina è lasciata in larga misura all'autonomia dei privati. Il modello legale prevede la presenza di un *organo deliberativo*, retto dal

principio maggioritario, e di un *organo esecutivo*, composto dai soggetti preposti alla direzione del consorzio, i quali rispondono verso i consorziati secondo le regole del mandato. L'art. 2606, comma 1, prevede che, salvo diversa disposizione, le delibere consortili sono adottate col voto favorevole della maggioranza dei consorziati. Può essere nominato nel contratto un *organo di controllo* al quale è rimessa la vigilanza sull'esatto adempimento delle obbligazioni assunte (art. 2605).

Il *recesso* e l'*esclusione*, cui consegue il peculiare effetto dell'accrescimento della quota degli altri consorziati, sono possibili nei casi indicati nel contratto, cui va aggiunta la perdita della qualità d'imprenditore, che è elemento costitutivo della partecipazione consortile (art. 2609).

Lo *scioglimento* del contratto di consorzio avviene per il decorso del termine di durata, per il conseguimento dell'oggetto o la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo, oppure in seguito ad una decisione unanime dei consorziati o ad una loro delibera maggioritaria se sussiste una giusta causa, nonché per le altre cause previste dal contratto (art. 2611).

Come sopra anticipato, la legge distingue tra *consorzi con attività interna* e *consorzi con attività esterna*: i primi si limitano alla regolazione dei reciproci rapporti intercorrenti tra i consorziati, senza entrare in contatto con soggetti terzi, e sono sottoposti unicamente alle disposizioni generali sopra richiamate; i secondi sono oggetto di uno specifico regime (applicabile in aggiunta a quello generale) concernente i profili della pubblicità, della contabilità e della responsabilità patrimoniale.

I consorzi con attività esterna assumono la qualifica di *imprenditori commerciali* (salvo che si tratti di consorzi tra imprenditori agricoli, nel qual caso si estende al consorzio la qualità di imprenditore agricolo), in quanto esercitano un'attività ausiliaria ai sensi dell'art. 2195, comma 1, n. 5. Sono perciò esposti alla liquidazione giudiziale ex art. 259 c.c.i.i.

In ragione dell'esigenza di far conoscere ai terzi che contrattano con il consorzio gli elementi idonei a consentire il regolare svolgimento degli affari con il consorzio medesimo, è assicurato un meccanismo di pubblicità legale e dichiarativa: si richiede l'iscrizione di un *estratto* del contratto costitutivo nella sezione ordinaria del registro delle imprese (art. 2612).

Caratteristica fondamentale dei consorzi con attività esterna è il fatto che essi godono di un regime di *autonomia patrimoniale*: i contributi dei consorziati e i beni con essi acquistati concorrono a costituire un patrimonio autonomo denominato *fondo consortile*. Quest'ultimo, per l'intera durata del consorzio, non è suscettibile di divisione su richiesta dei consorziati né può essere sottoposto ad escussione da parte dei creditori particolari degli stessi (art. 2614).

Chiaro corollario dell'autonomia patrimoniale è il particolare regime operante in tema di *responsabilità verso i terzi* per le obbligazioni assunte dal consorzio. In base all'art. 2615, comma 1, per le obbligazioni assunte in nome e per conto del consorzio, i creditori possono rivalersi esclusivamente sul fondo consortile.

Qualora, invece, l'obbligazione sia stata assunta dagli organi del consorzio *per conto del singolo consorziato* (per esempio, acquistando nel suo interesse materie prime o semilavorate), quest'ultimo sarà responsabile solidalmente e illimitatamente col fondo consortile. Si tratta in tal caso di operazioni giuridicamente imputabili solo al singolo consorziato, cui si aggiunge la responsabilità *sussidiaria*, a titolo di mera garanzia, del fondo consortile (art. 2615, comma 2). Poiché le operazioni medesime esulano dallo svolgimento dell'attività propria del consorzio, la responsabilità dei consorziati non costituisce una deroga al regime di autonomia patrimoniale, bensì alla regola dell'art. 1705 in tema di mandato senza rappresentanza. Qualora il consorziato obbligato sia insolvente, il suo debito sarà ripartito fra tutti i consorziati in proporzione della rispettiva quota (art. 2615, comma 2). La responsabilità *pro quota* degli altri consorziati, nel caso in esame, si giustifica solo che si abbia presente il funzionamento pratico del consorzio: invero, il terzo non è libero di scegliere fra i consorziati il contraente in grado di dargli maggiori garanzie e non può essere perciò esposto alle conseguenze negative derivanti dalla funzione regolatrice del consorzio, le quali devono ricadere su coloro nel cui interesse tale funzione è svolta.

Infine, ai sensi dell'art. 2615-bis, le persone che hanno la direzione del consorzio devono redigere una *situazione patrimoniale* entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio (nel rispetto delle norme sul bilancio di esercizio previste per le società per azioni) e provvedere alla relativa pubblicità mediante deposito presso l'ufficio del registro delle imprese.

Lo scopo tipico del contratto di consorzio, volto alla riduzione

dei costi ovvero all'incremento dei ricavi, può costituire anche l'oggetto sociale di una *società consortile*, prevista dall'art. 2615-ter, che può assumere qualsiasi forma organizzativa societaria (come dimostrato dall'art. 2538, comma 4), ad eccezione di quella della società semplice.

In merito a tale figura le principali problematiche si appuntano sulla disciplina applicabile. Secondo un primo orientamento, infatti, dovrebbero trovare spazio esclusivamente le norme stabilite per il tipo societario prescelto, dal momento che l'applicazione della normativa sui consorzi sarebbe in contrasto non solo con la disposizione dell'art. 2615-ter, ma anche con la stessa volontà delle parti, le quali, scegliendo la forma societaria, avrebbero inteso sottrarre l'operazione consortile alle limitazioni e alla disciplina del contratto di consorzio (Spolidoro, G.F. Campobasso). Secondo un'altra impostazione, dovrebbe applicarsi, invece, una disciplina mista, trattandosi di una figura solo formalmente societaria, ma sostanzialmente di natura consortile. Ed infatti, si pone l'accento sulla circostanza che se la struttura organizzativa ed il regime di responsabilità sono quelli propri della società, sussiste la particolarità dell'*oggetto sociale* quale tratto caratterizzante della società consortile: quest'ultima non si propone di realizzare attraverso l'organizzazione comune un'attività imprenditoriale, ma è diretta a disciplinare o a svolgere determinate fasi delle rispettive imprese. Ne discende che la disciplina dettata con riferimento ai consorzi è destinata a regolare i rapporti con i contraenti e si sovrappone, sostituendola o integrandola, alla disciplina dei rapporti sociali (Ferri *sr.*). Va inquadrata in tale prospettiva la disposizione di cui all'art. 2615-ter, comma 2, che legittima l'inserimento nell'atto costitutivo di clausole che prevedono l'obbligo dei soci di versare contributi in denaro ulteriori e diversi rispetto ai conferimenti. Deriva da tale norma che il beneficio della limitazione di responsabilità, connesso alla partecipazione in una società con oggetto consortile, non potrà essere invocato dal singolo consorziato rispetto alle obbligazioni assunte per suo conto dagli organi del consorzio, né potrà essere invocato dagli altri soci in caso di insolvenza del consorziato medesimo.

2. Il contratto di rete.

Il contratto di rete rappresenta un'ulteriore forma di cooperazione tra imprenditori, i quali – mediante detto contratto – perseguono lo scopo di incrementare la propria capacità innovativa e competitività sul mercato obbligandosi, sulla base di un programma comune di rete, alla collaborazione con altri imprenditori, ovvero allo scambio d'informazioni ovvero, ancora, all'esercizio in comune di un'attività economica organizzata (art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con modificazioni dalla l. 9 aprile 2009, n. 33).

Il contratto deve contenere una serie di indicazioni, tra cui spiccano quella degli *obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti* e delle modalità fra essi concordate per verificare l'avanzamento verso tali obiettivi; nonché il *programma di rete*, recante l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista la costituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi che ciascun partecipante si obbliga a versare successivamente al fondo e, infine, le regole di gestione del medesimo.

Giova precisare, infatti, che la rete – sebbene nasca come strumento meramente contrattuale per incrementare la competitività delle imprese sul mercato – può assumere diverse fisionomie e prevedere – ma non è obbligatorio che ciò accada – la costituzione di un patrimonio comune e di un organo comune.

Qualora siano presenti tali elementi e siano rispettate precise prescrizioni di forma e di pubblicità, le parti possono decidere di costituire un *autonomo soggetto giuridico*, definito come “rete soggetto”.

Il contratto di rete, anche quando non sia inteso a costituire un nuovo soggetto giuridico, deve essere redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata (ovvero per atto firmato digitalmente da ciascun imprenditore o legale rappresentante delle imprese aderenti in base ad un modello standard tipizzato in conformità al d.m. n. 122/2014), da iscrivere presso la sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede della rete (art. 3, comma 4-quater, d.l. n. 5/2009).

Qualora vi sia un patrimonio comune alimentato mediante i contributi dei partecipanti si applicherà, in quanto compatibile, la disciplina dei consorzi con attività esterna (artt. 2614-2615).

Per le “*reti soggetto*”, entro due mesi dalla chiusura dell’esercizio annuale, l’organo comune redige una *situazione patrimoniale* osservando, in quanto compatibili, le disposizioni relative al bilancio di esercizio della società per azioni, e la deposita presso l’ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione ha sede la rete.

3. Il gruppo europeo di interesse economico.

Un’evidente affinità sul piano funzionale con la figura dei consorzi presenta il *gruppo europeo di interesse economico* (GEIE), istituto di origine comunitaria nato per favorire la cooperazione tra soggetti operanti su scala europea. Le fonti della sua disciplina sono, a livello europeo, il Regolamento CEE n. 2137/1985 e, a livello di diritto interno, il d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240, applicabile ai gruppi europei di interesse economico aventi sede nel territorio italiano.

Il GEIE si caratterizza, sul piano della fattispecie, per essere un modello organizzativo di cui possono far parte non solo gli imprenditori (a differenza di quanto stabilito per il consorzio e il contratto di rete), ma, più in generale, operatori economici (ivi compresi i liberi professionisti) appartenenti ad almeno due diversi Stati membri dell’Unione Europea (art. 4, Reg. CEE n. 2137/1985); e in ciò risiede l’elemento di internazionalità eurounitaria proprio del GEIE.

Non diversamente dal consorzio, il *gruppo europeo di interesse economico* svolge una funzione ausiliaria rispetto all’attività economica degli aderenti e non ha scopo di lucro (art. 3, Reg. CEE n. 2137/1985).

Il contratto costitutivo è sottoposto all’obbligo della forma scritta a pena di nullità (art. 2, Reg. CEE n. 2137/1985 e art. 2, d.lgs. n. 240/1991) e deve indicare denominazione, sede, oggetto, nome dei membri e durata (che, a differenza di quanto disposto per il consorzio, può anche essere indeterminata).

Il contratto va iscritto nel registro delle imprese con efficacia costitutiva, come si evince dall’art. 1, comma 2, Reg. CEE n. 2137/1985 a mente del quale, attuata la predetta iscrizione, il GEIE acquista la

qualità di *autonomo soggetto di diritto*, essendo capace di essere titolare di diritti e di obbligazioni di qualsiasi natura, di stipulare contratti o di compiere altri atti giuridici e di stare in giudizio. Il contratto deve essere poi pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, con efficacia meramente dichiarativa (art. 4, d.lgs. n. 240/1991).

Pur essendo rimessa all'autonomia dei partecipanti, l'organizzazione interna del GEIE deve prevedere almeno due organi, l'uno con funzioni deliberative e l'altro investito delle funzioni di gestione e di rappresentanza.

L'organo assembleare, composto da tutti i partecipanti, assume le deliberazioni funzionali alla realizzazione dell'oggetto del GEIE (art. 16, Reg. CEE n. 2137/1985) e decide a maggioranza calcolata per teste, salvi taluni casi in cui è richiesta l'unanimità, quali la proroga della durata del gruppo, la modifica del contratto (art. 17, comma 2, Reg. CEE n. 2137/1985), nonché la cessione delle partecipazioni (art. 22, comma 1, Reg. CEE n. 2137/1985).

L'organo amministrativo – di cui possono far parte anche persone giuridiche – è competente per la gestione del GEIE, in conformità a quanto indicato del contratto: la rappresentanza del gruppo, nel silenzio del contratto, spetta disgiuntamente a ciascun amministratore (art. 20, comma 1, Reg. CEE n. 2137/1985).

Il GEIE deve tenere le scritture contabili e redigere il bilancio annuale, che deve essere approvato dall'organo assembleare entro quattro mesi dalla chiusura dell'esercizio (art. 7, d.lgs. n. 240/1991). Non avendo scopo di lucro i profitti eventualmente conseguiti dal GEIE spettano immediatamente ai partecipanti secondo i criteri stabiliti nel contratto; quest'ultimo prevede altresì in quale proporzione i partecipanti possono essere chiamati a coprire le eventuali perdite. In mancanza di previsioni contrattuali, i profitti e le perdite si ripartiscono in parti uguali (art. 21, Reg. CEE n. 2137/1985).

La disciplina del GEIE non richiede la costituzione di un fondo patrimoniale comune, poiché – a differenza dei consorzi – tutti i membri del gruppo rispondono solidalmente e illimitatamente per le sue obbligazioni (art. 24, comma 1, Reg. CEE n. 2137/1985 e art. 9, d.lgs. n. 240/1991).

Qualora, però, sia stato costituito un fondo comune, i creditori potranno agire nei confronti del singolo membro solo dopo aver chiesto il pagamento al gruppo e qualora lo stesso non sia effettua-

to entro un congruo termine (art. 24, comma 2, Reg. n. 2137/1985). È evidente come una disciplina così costruita renda il GEIE meno attrattivo non soltanto rispetto al consorzio, ma anche ai tipi di società di persone come quella in nome collettivo. Infatti, i membri del gruppo sono sottoposti ad un regime di responsabilità sussidiaria, che diviene operativa a seguito dell'esercizio di un onere di preventiva richiesta al gruppo e non di preventiva escussione dello stesso, come avviene nel caso della società in nome collettivo (quantomeno regolare).

4. Le associazioni temporanee e i raggruppamenti di imprese.

La figura dell'associazione temporanea d'impresa (a.t.i.) nasce essenzialmente per far fronte ad esigenze contingenti che gli imprenditori non potrebbero soddisfare mediante la costituzione di un consorzio o di una società, essendo queste ultime forme di cooperazione dotate di un certo grado di stabilità e necessitanti di una serie di costi preventivi di notevole entità.

In occasione della partecipazione a gare per l'assegnazione di *appalti di opere pubbliche*, infatti, più imprese che non vogliono operare in regime di concorrenza o che, *uti singuli*, non avrebbero i requisiti tecnici o finanziari per partecipare al bando, possono trovare conveniente accordarsi unendo temporaneamente le proprie forze e presentando un'offerta comune, con successiva assegnazione fra esse delle singole attività relative all'esecuzione dell'opera, in caso di aggiudicazione, ed eventualmente con lo svolgimento in comune di parte della stessa. Una situazione di questo tipo garantisce maggiore soddisfazione anche alla stazione appaltante, assicurandola sull'affidabilità dell'appaltatore, in specie nell'ipotesi in cui l'opera sia caratterizzata da un elevato grado di difficoltà.

Le esigenze così delineate hanno dato luogo alla nascita del fenomeno delle associazioni temporanee di imprese (in inglese meglio note come *joint ventures*), disciplinate nei loro tratti fondamentali dal Codice dei contratti pubblici, dove sono invero definite *raggruppamenti temporanei* (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che ha sostituito il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Si tratta – lo si è accennato – di accordi aventi ad oggetto una *cooperazione contingente e occasionale* (circoscritta, quindi, ad uno specifico affare e temporalmente limitata) che non determinano di per sé la nascita di una nuova organizzazione né l'esercizio in comune di una nuova impresa, ma regolano semplicemente diritti ed obblighi dei partecipanti all'affare stesso. I contratti in esame non sono disciplinati, almeno in via generale, dalla legge e sono quindi *atipici*; la loro validità è tuttavia riconosciuta in virtù della possibilità offerta ai privati di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare (art. 1322, comma 2). La peculiarità risiede nel fatto che l'esecuzione del contratto è effettuata congiuntamente, ma ogni impresa interna all'a.t.i. mantiene la propria autonomia operativa.

La presentazione dell'offerta al soggetto appaltante (c.d. *stazione appaltante*) può avvenire anche da parte di raggruppamenti temporanei non ancora costituiti. In questa ipotesi l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli "operatori economici" (di cui all'art. 1, lett. i), dell'allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023), che costituiranno il raggruppamento e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno un *mandato collettivo speciale* con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti (artt. 65, comma 2, lett. e) e 68, comma 1, d.lgs. n. 36/2023). Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata, è *gratuito* ed *irrevocabile* e la sua revoca, anche per giusta causa, non ha effetto *nei confronti della stazione appaltante* (art. 68, commi 5 e 6, d.lgs. n. 36/2023, che ripropone le disposizioni prima contenute nell'art. 48, commi 12 e 13, d.lgs. n. 50/2016).

La normativa della legge speciale si discosta, sotto questo profilo, dalla disciplina di diritto comune in materia di mandato, in base alla quale la revoca del mandato collettivo ha effetto in ogni caso se dichiarata da tutti i mandanti e, quando ricorra una giusta causa, anche se dichiarata da un solo mandante (art. 1726); per contro, la disposizione secondo cui la revoca, anche quando ricorra una giusta causa, non ha effetto nei confronti della stazione appaltante dà luogo ad una *inefficacia relativa* suscettibile di creare inconvenienti: ed infatti il mandatario, il cui potere-dovere è estinto nei rapporti interni per effetto della revoca dichiarata per giusta causa, mantiene la rappresentanza

– per giunta (come si dirà più avanti) l'esclusività della rappresentanza attiva – nei confronti della stazione appaltante.

La disciplina in esame aggiunge che “al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino all'estinzione di ogni rapporto”. Non mancano, peraltro, opinioni inclini a ritenere che la esclusività sia ristretta alla rappresentanza sostanziale e processuale attiva, dato che la medesima disposizione aggiunge che la stazione appaltante “può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti” (art. 68, comma 7, d.lgs. n. 36/2023, corrispondente all'art. 48, comma 15, d.lgs. n. 50/2016).

Gli operatori riuniti in raggruppamento rispondono *in solido* dell'adempimento, essendo superate – in forza della pronuncia della Corte di Giustizia UE, sez. IV, 28 aprile 2022, causa C-642/20 – la distinzione fra raggruppamenti di tipo orizzontale e verticale (art. 68, comma 9, d.lgs. n. 36/2023) e la relativa disciplina.

In caso di sottoposizione a procedura concorsuale di un operatore aderente al raggruppamento, si configura in principio una causa di *esclusione* automatica a carico dell'operatore medesimo ai sensi dell'art. 94, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 36/2023. Resta salva l'applicazione dell'art. 95 c.c.i.i., il cui comma 5 dispone, che fermo l'obbligo di deposito della relazione del professionista indipendente di cui al precedente comma 4, l'impresa in concordato preventivo può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale. Il radicarsi della già menzionata causa di esclusione non impedisce, comunque, la partecipazione del raggruppamento alla procedura d'appalto se quest'ultimo prova di avere estromesso o sostituito il singolo operatore con altro soggetto munito dei necessari requisiti, a condizione che sia salvaguardata l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata e sempreché le suddette misure siano ritenute sufficienti e tempestivamente adottate (art. 97, d.lgs. n. 36/2023, che supera le previsioni di cui all'art. 48, commi 17 e 18, d.lgs. n. 50/2016).

CAPITOLO VII

LE SOCIETÀ

SOMMARIO: 1. La nozione giuridica di società. – 2. Elementi costitutivi del contratto di società: i conferimenti. – 3. *Segue*. L'esercizio in comune di attività economica. – 4. *Segue*. La divisione degli utili. – 5. Società di fatto, occulta, apparente. – 6. I tipi di società. – 7. Personalità giuridica e autonomia patrimoniale. – 8. Società di persone: caratteri generali. – 9. *Segue*. Società di persone: profili organizzativi. – 10. Società di capitali: caratteri generali e costituzione. – 11. *Segue*. Società di capitali: struttura finanziaria. – 12. *Segue*. Società di capitali: la struttura organizzativa. – 13. L'attività di direzione e coordinamento di società.

1. La nozione giuridica di società.

Il sistema del codice civile inserisce la società nel contesto della più ampia fenomenologia imprenditoriale; anzi, essa ne rappresenta la manifestazione dotata di più significativa rilevanza economica.

La prospettiva dell'impresa si rivela decisiva per la comprensione del diritto societario soprattutto in un ordinamento come il nostro che, diversamente da quelli ad esso storicamente vicini, ha incentrato la società sulla dimensione dell'esercizio in comune di un'attività economica, anziché solo su quello della rilevanza contrattuale dello "scopo comune" (Angelici).

Ne è conseguito il superamento, attraverso l'unificazione legislativa del diritto delle obbligazioni, della base su cui s'impennava la contrapposizione fra la *società civile* (contratto consensuale ad effetti obbligatori) e le *società di commercio*: solo queste ultime, a differenza della prima, avevano acquisito nella storia la condizione di *enti*, ossia di figure soggettive idonee a produrre atti ed a ricevere l'imputazione di diritti e obblighi. Tutte le società, anche se preordinate allo svolgimento di un'attività non commerciale (attività agricola, libera professione), si presentano quali "enti distinti dalle persone dei soci" (Spada).

La società è un modello organizzativo dell'esercizio dell'impresa in grado di imprimere un vincolo di destinazione giuridicamente rilevante ai beni destinati allo svolgimento dell'attività e di modificare le regole in tema di responsabilità patrimoniale fissate in via generale negli artt. 2740, comma 1, e 2741, comma 2, le quali sono destinate, invece, a trovare applicazione nel campo dell'impresa individuale. Quale l'attività d'impresa sia imputata ad un'unica persona fisica, la distinzione fra *creditori imprenditoriali* (cioè creditori il cui titolo nasce da atti del debitore inerenti all'esercizio dell'impresa) e *creditori extra-imprenditoriali* (cioè creditori il cui titolo deriva da atti dell'imprenditore estranei all'attività d'impresa) non è, in linea di principio, giuridicamente rilevante. I creditori dell'impresa possono far valere la responsabilità del debitore aggredendo *indifferentemente* sia l'azienda sia gli altri beni dell'imprenditore; lo stesso è a dirsi per i creditori extra-imprenditoriali (Marasà).

Rispetto all'impostazione tradizionalmente seguita nella manualistica secondo cui la società è una figura soggettiva di esercizio dell'impresa, si pone in evidenza l'importanza dell'organizzazione di persone e di beni per il raggiungimento di uno scopo produttivo, che, anche quando non acquista la personalità giuridica, assume comunque una sua autonomia rispetto alle persone dei soci che l'hanno creata e ai loro patrimoni (Ferri *sr.*). D'altro canto, la dimensione dell'*organizzazione sociale* e il momento della *gestione dell'impresa* sono ora specificamente considerati dal legislatore già in sede di disciplina generale e con riferimento a tutti i tipi di società. Per tutti i tipi societari è richiamato il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2086, comma 2), rientrante nella competenza esclusiva degli amministratori (artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies e 2475, come modificati dall'art. 377 c.c.i.i., sostituito dal d.lgs. n. 147/2020).

La nozione giuridica di società consta della presenza di due elementi: l'elemento *negoziale* e quello *organizzativo*. Sotto il primo profilo detta nozione è necessariamente unitaria, mentre sotto l'aspetto organizzativo essa varia in ragione della pluralità di *tipi* – ovvero di *codici organizzativi* – utilizzabili per lo svolgimento del programma societario (in questo Capitolo, § 6, *infra*).

Esaminando il fenomeno da un altro angolo di visuale, la distinzione fra i due elementi, negoziale e organizzativo, aiuta a comprendere perché quest'ultimo rimane sostanzialmente immutato pure a fronte dell'eventuale diverso atteggiarsi del primo, come avviene nell'ipotesi, circoscritta alle società di capitali, di società costituite me-

dianche *atto unilaterale*, nonché in quella delle società costituite per legge o, sulla base di disposizioni legislative, mediante un provvedimento amministrativo.

Nella legislazione più recente, si consente la nascita di un ente denominato società e si prevede l'applicazione della disciplina dei tipi della società per azioni e della società a responsabilità limitata anche quando *l'iniziativa non è comune ma individuale*.

La fenomenologia delle società "unipersonali" (artt. 2325, comma 2, e 2462, comma 2) risponde all'interesse del soggetto a separare una porzione del suo patrimonio destinato ad un'attività produttiva dal residuo, a fronte dell'interesse contrario dei suoi creditori ad espropriare tutto il suo patrimonio se non pagati; ma soddisfa, nello stesso tempo, l'interesse dei finanziatori a valutare se concedere credito ad un'iniziativa senza doversi fare carico di valutare e stimare tutto ciò che di altro fa o farà chi ha adottato l'iniziativa medesima. Ed infatti, date certe condizioni, la garanzia per le obbligazioni sociali è limitata al patrimonio della società stessa. È lecito ritenere che, essendo la costituzione mediante atto unilaterale consentita (dopo la riforma organica del 2003) anche agli enti, questa tecnica sia utile – sotto l'aspetto funzionale – nell'ambito dei gruppi di società, in cui la società capogruppo (o *holding*) o le società che si trovano ai vari livelli della piramide detengono la totalità delle partecipazioni nelle controllate; del resto, la costituzione di autonome persone giuridiche permette di formalizzare le responsabilità manageriali e di evidenziare la redditività delle risorse impiegate nei singoli settori in cui si articola un'iniziativa imprenditoriale economicamente unitaria (Spada).

Rispetto, poi, all'articolata fenomenologia delle società *legali*, un valore paradigmatico riveste la vicenda italiana delle privatizzazioni di imprese pubbliche, realizzatasi mediante una "auto-trasformazione" degli enti interessati in società per azioni, a dimostrazione dell'autonoma rilevanza del momento organizzativo e degli specifici interessi ad esso riferibili.

Alla base della società vi è un *contratto* e, segnatamente, un *contratto plurilaterale con comunione di scopo*.

Come contratto, il negozio costitutivo della società è soggetto alla disciplina generale in tema di contratti per ciò che concerne la capacità delle parti (fatte salve le particolari norme dettate per la società in nome collettivo e in accomandita semplice: v. artt. 2294 e 2315), i requisiti, l'interpretazione e gli effetti. Come contratto plurilaterale, esso è sottoposto alla speciale disciplina dettata per la

nullità, l'annullabilità, la risoluzione per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta (artt. 1420, 1446, 1459, 1466), improntata all'obiettivo di salvaguardare la sopravvivenza del rapporto pure a fronte di eventi che, per quanto gravi, non compromettono la possibilità di realizzare la causa contrattuale.

Il fondamento contrattuale della società deve considerarsi ormai acquisito, anche alla luce dell'esplicita formulazione dell'art. 2247. Invero, i dubbi sulla natura contrattuale della società scaturivano dall'adozione di un ordine concettuale di derivazione tedesca che identificava la fattispecie contrattuale in una combinazione di dichiarazioni mosse da interessi distinti e contrapposti. A tale posizione ricostruttiva ha fatto riscontro l'accreditamento presso la cultura giuridica italiana della categoria sistematica del contratto plurilaterale, seguita dal suo recepimento nel sistema del codice civile. Per un verso, si è preso atto che comunanza di scopo non significa necessariamente coincidenza d'interessi; per l'altro, si è posta in luce la presenza di interessi antagonisti delle parti sia in sede di *conclusione* del contratto di società in ordine alla valutazione dei conferimenti, alla partecipazione ai guadagni e alle perdite (tanto da indurre il legislatore a stabilire all'art. 2265 il divieto del patto leonino per porre un limite all'autonomia delle parti), alla distribuzione del potere di amministrazione, sia nella sua *esecuzione*: si pensi al conflitto fra azionisti imprenditori e azionisti-investitori, gli uni interessati alla conservazione e al rafforzamento dell'impresa, gli altri interessati alla redditività della stessa, oppure tra socio di controllo e soci "esterni" nei gruppi di società.

La società appartiene, inoltre, al novero dei *contratti associativi* in senso stretto, la cui causa non si realizza attraverso l'attribuzione o lo spostamento di situazioni giuridiche soggettive, ma richiede – come si è detto – lo svolgimento di un'attività economica con i terzi (Ferro-Luzzi, Marasà). E ciò conduce ad espungere dalla fenomenologia societaria l'associazione in partecipazione, caratterizzata – e lo si chiarirà meglio più avanti – dalla natura non funzionale dell'attività dell'associante, nonché dall'applicazione dei principi che governano la responsabilità individuale.

La circostanza che il fenomeno societario non si esaurisce in un contratto che deve essere adempiuto, ma comporta il sorgere di una organizzazione per l'esercizio di un'attività economica destinata ad assumere rilevanza in quanto tale, conduce ad individuare un *principio*

di conservazione dell'attività svolta – la cui testimonianza più significativa è data dalla disciplina dell'art. 2332 in tema di nullità della società per azioni – comune a tutti i contratti associativi in quanto caratterizzati dallo svolgimento dell'attività medesima con i terzi e perciò estensibile non solo alle società di persone, ma anche alle cooperative e ai consorzi. Del resto, il principio in esame trova positive applicazioni nell'art. 15, Reg. CEE n. 2137/1985, sulla nullità del GEIE e nell'art. 20, d.lgs. n. 96/2001, sull'invalidità della società fra avvocati (G.F. Campobasso, Presti e M. Rescigno).

Ne discende che in caso di nullità o annullabilità della partecipazione essenziale si avrà invalidità dell'intero contratto. Quanto poi all'inadempimento o alla sopravvenuta impossibilità della partecipazione essenziale per il raggiungimento dello scopo comune, non può dubitarsi che essi conducano allo scioglimento dell'intero rapporto sociale (cfr. artt. 2272, n. 2 e 2484). Tuttavia, l'autonomo rilievo giuridico dell'attività effettivamente svolta comporterà l'eliminazione della società per il futuro, facendo salvi gli effetti fra le parti e verso i terzi dell'attività esercitata prima dell'accertamento giudiziale dell'invalidità o della risoluzione, che opererà quindi quale causa di scioglimento.

Si pone altresì un problema di compatibilità fra le cause d'invalidità e di risoluzione delle singole partecipazioni previste dal diritto comune (e la relativa disciplina, salvo per quanto attiene alla retroattività degli effetti), e i rimedi specifici del *recesso* e dell'*esclusione* del socio nelle società di persone.

A fronte delle conseguenze inaccettabili derivanti dalla trasposizione sul piano societario della “ferrea logica” del contratto (Weigmann), si propone di configurare la declaratoria di nullità o annullabilità della singola partecipazione come causa interruttiva del vincolo particolare e di parificarne la disciplina a quella prevista per l'esclusione di diritto (artt. 2288 ss.). Un diverso trattamento è da ipotizzare solo nell'ipotesi in cui le esigenze di certezza dei traffici devono cedere dinanzi a quelle di protezione di determinati soggetti, come l'incapace, dovendosi allora cancellare retroattivamente gli effetti già maturati a carico del singolo socio di cui sia stato annullato il legame. Non manca altresì di osservarsi che il recesso per giusta causa è un rimedio in grado di consentire al socio di reagire a inadempimenti o abusi degli altri soci. Similmente si afferma che il recesso del socio potrebbe ammettersi per consentire a quest'ultimo di sciogliersi da un contratto in cui la prestazione promessa come conferimento abbia carattere durevole o periodico o differito, ma, in seguito ad eventi straordinari o imprevedibili, sia divenuta eccessivamente onerosa e gli altri soci non siano disposti a modificare equamente le condizioni originariamente pattuite. In entrambi i casi, la dichiarazione del socio di voler uscire dalla società

permette di conseguire, più rapidamente e senza necessità di adire l'autorità giudiziaria, gli effetti che solitamente si ottengono attraverso una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento o per sopravvenuta eccessiva onerosità dell'obbligo assunto. Rovesciando la prospettiva e ponendosi dal punto di vista della società, viene in evidenza che essa dispone dello strumento dell'esclusione per colpire il socio che non esegue la prestazione (art. 2286, comma 1). Ne consegue che, in caso di società con più di due soci, non sarebbe necessario ricorrere al giudice per sciogliere il vincolo con il socio inadempiente, o la cui prestazione sia divenuta impossibile. Invero, dinanzi alla possibile (se pure non necessaria) coincidenza dei presupposti, si fa notare che la sostituzione, nel diritto societario, di questi atti negoziali a quelli processuali, consente un risparmio di tempo e di energie, coerentemente con la natura del contratto di società, che non è a prestazioni corrispettive.

2. Elementi costitutivi del contratto di società: i conferimenti.

Elementi costitutivi del contratto di società, come definito nell'art. 2247, sono il *conferimento*, l'*esercizio in comune di un'attività economica* e la *divisione degli utili*.

La società richiede necessariamente l'esistenza di un *fondo sociale*, dotato di una diversa situazione giuridica nei vari tipi e costituito attraverso il conferimento dei soci.

Oggetto del conferimento possono essere *beni* o *servizi*, secondo l'ampia formula utilizzata dal legislatore (art. 2247), la quale è idonea a comprendere ogni utilità suscettibile di *valutazione economica*. Non è necessario, dunque, che il conferimento sia in denaro, potendo essere conferiti crediti o altri beni (o diritti sui beni) o anche la propria attività lavorativa o il risultato della stessa. Non sembra vi siano ostacoli a ritenere conferibile il nome civile del socio come "nome sociale": si nota, infatti, che la possibilità per la società di usare il nome di un socio (magari particolarmente accreditato sul mercato) rappresenta un'entità utile e, nel contempo, non è elemento essenziale della qualità di socio. Non possono invece formare oggetto di conferimento obblighi di non fare, come, ad esempio, l'obbligo di non concorrenza sancito a carico del socio di società in nome collettivo dall'art. 2301, trattandosi di un effetto del contrat-

to. Ugualmente non ammissibile è il conferimento della responsabilità personale per le obbligazioni sociali, non potendosi attribuire a titolo di conferimento un risultato che la società avrebbe comunque ragione di pretendere sulla base dei normali effetti legali della fattispecie (v. artt. 2267 e 2291), pena il disconoscimento dello stesso principio di essenzialità dell'apporto.

Limiti all'oggetto del conferimento possono poi derivare dal tipo di società prescelto, come accade nel caso delle società di capitali per ragioni di tutela dell'integrità del capitale sociale (in particolare, nella s.p.a. è vietato il conferimento d'opera o di servizi, salvo che esso costituisca oggetto di prestazioni accessorie: artt. 2342, ultimo comma, e 2345).

Il principio secondo cui il conferimento è elemento essenziale del contratto di società implica, per un verso, l'inesistenza della società medesima in assenza di una *dotazione iniziale di risorse*, per l'altro, la *necessità per ciascun fondatore di conferire qualcosa*. Invero, la partecipazione all'iniziativa economica presuppone l'*assunzione del relativo rischio* in funzione del perseguimento di uno scopo egoistico: ciò si ricava dal già menzionato divieto del patto leonino di cui all'art. 2265, che sancisce la nullità di ogni accordo che escluda un socio da qualsiasi partecipazione agli utili o alle perdite. Il conferimento, in quanto costituisce l'entità economica che ciascun socio destina in via definitiva all'attività sociale, rappresenta il *valore del rischio* che egli si assume. Nelle società che prevedono la responsabilità limitata dei soci, il rischio assunto da ciascun socio corrisponde esclusivamente al valore del conferimento; in caso contrario, esso si estende all'intero patrimonio personale del socio a dimostrazione del fatto che, sebbene in tali società non siano fissate soglie minime di valore dei conferimenti, vi è comunque una componente di rischio ineliminabile a carico del socio medesimo. Una dotazione iniziale *minima* di risorse è invece prevista nelle società di capitali (10.000 euro nelle s.r.l. "a capitale ordinario", 50.000 euro nelle s.p.a. e s.a.p.a.: artt. 2463 e 2327), talora più elevata in relazione all'oggetto sociale (ad esempio, per le società di intermediazione finanziaria).

Una deviazione dal principio dell'essenzialità dei conferimenti è tuttavia introdotta dagli artt. 2463, comma 4, e 2463-bis, là dove prevedono la possibilità di costituire una s.r.l., sia pure soggetta a norme speciali, con un capitale (e quindi con conferimenti) inferiore a 10.000 euro, pari ad almeno 1 euro. Si tratta sostanzialmente – nell'ipotesi-limite di s.r.l. con capitale sociale pari a 1 euro – di "*società senza conferimenti*" (ovvero senza assunzione iniziale di rischio da parte dei

soci), progettate per svolgere la propria attività grazie a forme di finanziamento reperite all'esterno (si pensi al credito bancario) ed idonee perciò a porsi quali centri di raccolta di risorse finanziarie e di imputazione dell'attività (M. Cian).

Nel silenzio del contratto i conferimenti devono essere fatti in denaro: la regola – espressamente prevista per la società per azioni (art. 2342, comma 1) e per la società a responsabilità limitata (art. 2464, comma 3) – è da ritenere applicabile anche alle società di persone poiché, dato il carattere strumentale dei conferimenti, il denaro è il bene dotato di più alta “esitabilità” allo scopo di ottenere in cambio beni o servizi. Se i conferimenti non sono determinati nel contratto, si presume che i soci siano tenuti a conferire in parti uguali quanto è necessario per la realizzazione dello scopo comune (art. 2253, comma 2).

In mancanza di una volontà espressa, la legge attribuisce rilevanza – ai fini della determinazione dei conferimenti – all'oggetto della società, presumendosi che, se le parti hanno inteso perseguire congiuntamente un determinato scopo, abbiano voluto apprestare anche i mezzi necessari per il suo raggiungimento. La valutazione dei mezzi necessari al conseguimento dello scopo sociale deve essere condotta con riferimento al momento del contratto, prescindendosi dalle successive vicende sociali (Ferri *sr.*). La tesi meno “restrittiva” (Galgano) secondo la quale l'oggetto della società può essere di natura tale da non richiedere l'iniziale costituzione di un fondo comune, oltre a porsi in contrasto con il principio della necessaria determinatezza o determinabilità dell'oggetto di cui all'art. 1346, appare inaccettabile sul piano logico, poiché – rimettendo l'accertamento delle esigenze *durante società* ai soci, i quali sarebbero poi tenuti ad effettuare i conferimenti relativi – finisce per configurare un obbligo la cui determinazione dipenderebbe dalla volontà degli stessi obbligati. Essa finisce col tradurre in termini di qualificazione giuridica ciò che normalmente accade nella realtà, laddove le parti versano di fatto (volontariamente e in assenza di un apposito patto) nel corso della vita della società quanto si rende necessario per l'esercizio dell'attività sociale.

Può porsi il problema di stabilire se gli ulteriori versamenti dei soci siano stati effettuati a titolo di conferimento, con la conseguente impossibilità (come si dirà più avanti) di ottenerne il rimborso se non in sede e nei limiti della liquidazione della società, ovvero soltanto a titolo di finanziamento alla stregua di qualsiasi terzo (ad esempio, una banca). Il tema acquista specifica rilevanza nell'ambito della discipli-

na delle società di capitali, in correlazione con la previsione della limitazione di responsabilità dei soci e con il possibile determinarsi di situazioni di *sottocapitalizzazione nominale*: questa ricorre quando i soci forniscono alla società i mezzi necessari per lo svolgimento dell'attività sociale, ma a titolo diverso dal conferimento, sottraendosi ai vincoli per esso stabiliti e ponendosi per questo aspetto in un rapporto di parità con i creditori. Come si è anticipato, il regime giuridico di tali versamenti dei soci a favore della società dipende dalle previsioni stabilite per lo specifico rapporto contrattuale che si pone in essere. Sul piano del diritto societario, sebbene non manchino autorevoli posizioni di dissenso (Angelici, Libonati), non è priva di seguito l'idea che i crediti derivanti dai prestiti erogati dai soci alla società debbano essere sottoposti – sia pure con taluni limiti e adattamenti – ad una regola di postergazione rispetto al pagamento degli altri creditori sociali, in analogia a quanto stabilito per le s.r.l. nell'art. 2467 e per i gruppi nell'art. 2497-quinquies. Significativa è la posizione della giurisprudenza di legittimità, la quale si è orientata nel senso di estendere l'ambito di applicazione della disciplina della postergazione legale di cui all'art. 2467 anche alle s.p.a. a ridotte dimensioni o comunque a struttura familiare, là dove sia riconoscibile un interesse “imprenditoriale” del socio finanziatore.

In mancanza di espressa disposizione, data la diversità del possibile oggetto di conferimento, la relativa disciplina giuridica va desunta dalle *norme del tipo contrattuale* di cui il conferimento medesimo richiama la prestazione.

Applicazioni particolari di tali principi generali sono gli artt. 2254, che richiama le norme sulla vendita (più esattamente, sui contratti traslativi) e quelle sulla locazione, per quanto riguarda l'incidenza dei rischi nel caso di conferimento dei beni in proprietà e, rispettivamente, a titolo di godimento; e l'art. 2255, che prevede la responsabilità del socio che ha conferito un credito per l'insolvenza del debitore, nei limiti indicati dall'art. 1267 per il caso di assunzione convenzionale della garanzia.

Tuttavia, gli effetti della sopportazione del rischio sulla partecipazione sociale, così come le conseguenze dell'inadempimento da parte del socio, sono oggetto di specifica disciplina ad opera delle disposizioni dettate in relazione alle diverse categorie di società e precisamente dagli artt. 2286 e 2533 (espressamente richiamato nell'art. 2531) che stabiliscono, rispettivamente, i casi di esclusione del socio di società di persone e del socio di società cooperativa; e dagli artt. 2344 e

2466, che disciplinano la vendita delle azioni o delle quote del socio moroso.

Il valore attribuito ai conferimenti in natura e il modo di valutazione sono normalmente indicati nel contratto sociale; anzi, nel caso della società per azioni, i caratteri generali del tipo considerato (limitazione di responsabilità dei soci e possibilità di fare ricorso al mercato dei capitali di rischio) incidono non soltanto sulla tipologia delle entità conferibili e sulle modalità ed i tempi di esecuzione del conferimento (art. 2342), ma anche sulla valutazione dei beni e dei crediti conferiti. Invero, fatte salve le ipotesi di esenzione previste dall'art. 2343-ter, si richiede una *perizia giurata di stima* di un esperto designato dal tribunale che attesti l'effettività del valore attribuito al bene e si dispone altresì un *controllo* da parte degli amministratori. Qualora dalla revisione degli amministratori risulti che "il valore dei beni o crediti conferiti era inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento", è prevista la proporzionale *riduzione del capitale sociale* (con annullamento delle azioni scoperte), salvo che il socio conferente non decida di integrare la propria prestazione mediante conferimento in denaro o di recedere dalla società, avendo diritto in quest'ultimo caso alla restituzione del conferimento solo qualora sia possibile in tutto o in parte in natura (art. 2343). Un procedimento di valutazione è previsto, sia pure in forma semplificata, per i conferimenti in natura in società a responsabilità limitata: la relazione giurata è effettuata da un esperto o da una società di revisione scelti dallo stesso socio e non è assoggettata ad ulteriori controlli, né sono indicate le conseguenze derivanti dall'eventuale accertamento di una differenza fra valore accertato e valore effettivo (art. 2465). Negli altri tipi di società, la valutazione dei conferimenti in natura è invece rimessa ai soci, posto che essa interessa solo i rapporti patrimoniali fra i medesimi.

Nella società semplice, non essendo espressamente richiesta una valutazione dei conferimenti, è prevista una disciplina integrativa diretta a consentire di ricostruire il contenuto del contratto sociale: in caso di mancata determinazione dell'importo di ciascun conferimento, le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono uguali (art. 2263); mentre, ai fini del rimborso del conferimento in sede di liquidazione, la relativa valutazione deve avvenire con riferimento al valore che esso aveva nel momento in cui fu eseguito (art. 2282).

Il valore dei conferimenti effettuati dai soci è pari al *capitale sociale* c.d. *nominale*, che rappresenta ciò che è stabilmente destinato all'esercizio dell'attività fino all'estinzione della società o finché non intervenga una formale riduzione del capitale medesimo attraverso una modifica contrattuale. Il capitale sociale – essendo un *valore astratto*, una *posta ideale e numerica* – si distingue dal patrimonio della società, che è l'insieme dei concreti elementi dell'attivo e del passivo che, in un dato momento, fanno capo all'ente. La composizione del patrimonio varia perciò continuamente dal punto di vista sia qualitativo sia quantitativo: ad esempio, un prodotto esce dal patrimonio della società per effetto di una vendita e nello stesso entra denaro o il credito al prezzo.

Il capitale sociale svolge una *funzione produttiva*, concettualmente connessa al *vincolo di indisponibilità* che lo riguarda: i soci possono prelevare dal patrimonio della società, per distribuirsele, solo le somme eccedenti il valore del capitale. Il punto si comprende agevolmente se si confronta il capitale sociale con il concetto di *patrimonio netto*, che è pari alla differenza fra attività e passività: soltanto se il valore di quest'ultimo è superiore al capitale sociale, la società ha prodotto un *utile* che può essere ordinariamente distribuito fra i soci; se invece il valore del patrimonio netto coincide con il valore del capitale, o è addirittura inferiore ad esso, i risultati dell'attività sociale sono nulli o, rispettivamente, negativi, e l'attivo residuo non può essere distribuito fra i soci a causa del predetto vincolo di indisponibilità, se non sciogliendo l'ente (e provvedendo in via prioritaria al soddisfacimento dei creditori sociali), oppure ponendo in essere un'operazione di riduzione del capitale, che è peraltro corredata da una serie di cautele a tutela del mercato (principalmente, il diritto di opposizione dei creditori sociali).

Il capitale sociale ha inoltre una *funzione organizzativa*, dato che rappresenta l'entità numerica complessiva sulla quale si calcolano le situazioni soggettive del socio quantitativamente misurabili (ad esempio, diritto al voto, agli utili, alla quota di liquidazione). Si tratta, tuttavia, di una funzione non assoluta, poiché la regola di proporzionalità può, in ciascun tipo sociale, essere derogata nel contratto, così come è derogabile quella di proporzionalità fra misura della partecipazione e spettanza dei diritti sociali.

3. *Segue.* L'esercizio in comune di attività economica.

La società è una forma di *esercizio collettivo di un'attività economica*. Deve trattarsi di società di esercizio, non di semplice godimento; l'*esercizio in comune* deve riguardare un'*attività economica*, ossia capace di generare *nuovi valori economici*, attraverso la produzione di beni o servizi (inclusa l'intermediazione nella loro circolazione).

La nozione giuridica di società, richiedendo un'attività produttiva, richiama quella d'impresa (art. 2082), sebbene non sia con essa del tutto coincidente, atteso che manca qualsiasi richiamo ai requisiti della professionalità e dell'organizzazione. Peraltro, mentre quest'ultimo si ritiene di per sé integrato nell'attività sociale, che esige il coordinamento dei beni o servizi conferiti dai soci o acquistati per mezzo dei medesimi, non può escludersi la mancanza della professionalità: si ha in questo caso l'ipotesi della *società occasionale*, vista quale esempio di *società senza impresa*, astrattamente ammissibile sebbene confinata a realtà marginali (si pensi all'acquisto "in pianta" di una partita di prodotti agricoli, per la successiva raccolta e rivendita al dettaglio).

Il già accennato tema dei rapporti fra le professioni liberali e la nozione d'impresa (Capitolo I, § 6, *supra*), che si pone dunque alla base di quella di società, viene in evidenza, insieme alla questione della compatibilità fra le caratteristiche proprie dell'attività professionale e gli elementi connotanti l'attività sociale, nell'analisi del problema dell'ammissibilità e della disciplina delle *società tra professionisti*.

La predetta materia è regolata, con riguardo all'esercizio di attività professionali che richiedono l'*iscrizione in un ordine* (c.dd. *professioni protette*), dall'art. 10 della l. 12 novembre 2011, n. 183, nonché dal Regolamento di attuazione emanato con d.m. n. 34/2013.

La disciplina in parola espressamente consente l'utilizzazione di tutti i tipi di società (società di persone, società di capitali e cooperative) anche al fine di esercitare siffatte professioni (art. 10, comma 3, l. n. 183/2011), purché siano rispettate due condizioni: *a)* la società deve essere composta (anche se non esclusivamente) da soci abilitati; *b)* la prestazione deve essere eseguita da uno dei soci iscritti all'albo, scelto dal cliente o a costui preventivamente indicato per iscritto (art. 10, comma 4, lett. *b)* e *c)*, l. n. 183/2011, e artt.

3-5, d.m. n. 34/2013). Qualora ciò sia garantito, si ritiene che non vi siano ostacoli all'ammissibilità sia di società c.dd. *multidisciplinari*, sia della partecipazione alla società tra professionisti di soci con finalità di investimento (c.dd. *soci di capitali*).

La società tra professionisti deve essere iscritta in una sezione speciale dell'albo o del registro tenuto presso l'ordine di appartenenza, nonché in una sezione speciale del registro delle imprese ai fini di pubblicità notizia e di controllo dei requisiti di onorabilità dei soci (artt. 7 e 8, d.m. n. 34/2013).

Si richiede che la denominazione sociale contenga la dizione società tra professionisti (art. 10, comma 5, l. n. 183/2011) e che l'oggetto sociale sia costituito in via esclusiva dall'esercizio da parte dei soci di una o più attività professionali (art. 10, comma 4, lett. *a*) e comma 8, l. n. 183/2011, e art. 1, lett. *b*), d.m. n. 34/2013). Si prevede altresì, a pena di scioglimento della società, che il numero e la partecipazione al capitale dei soci professionisti siano tali da determinare la maggioranza, ai fini dell'adozione delle deliberazioni o delle decisioni dei soci, di almeno i *due terzi* (art. 10, comma 4, lett. *b*), stabilendosi così il principio che il controllo della società debba fare capo ai soggetti abilitati.

Quanto alla prestazione professionale, obbligata alla sua esecuzione è *la società* che è parte formale e sostanziale del rapporto d'opera, e non il socio, il quale è tenuto solo nei confronti della prima, ad esempio a titolo di conferimento. Non si può tuttavia escludere che, nello svolgimento dell'incarico, egli goda di piena autonomia ed assuma perciò (sia pure in assenza di una specifica previsione normativa sul punto) una *responsabilità diretta* per i danni arrecati nell'esecuzione dell'incarico, in solido con la società.

Soluzioni differenziate si hanno per alcune professioni in ragione delle loro peculiarità, ponendosi così il delicato problema della coesistenza della società fra professionisti disciplinata in via generale dalla l. n. 183/2011, con i modelli societari già in precedenza oggetto di regolazione da parte del legislatore. Fra questi l'esempio più rilevante è rappresentato dalla *società tra avvocati* di cui agli artt. 16 ss. del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 (di attuazione della Direttiva 98/5/CE).

Merita segnalare che, dopo l'emanazione della l. n. 183/2011, in occasione della riforma della professione forense, l'art. 5 della l. n. 247/2012 aveva delegato il Governo ad emanare una disciplina specifica, ponendo principi maggiormente restrittivi di quelli contenuti nella stessa l. n. 183/2011. Essendo scaduto il termine per l'emanazione del decreto delegato, si è determinata una situazione di grande incertezza in ordine al rapporto fra quest'ultima legge e la società tra avvo-

cati prevista nel succitato d.lgs. n. 96/2001, finché non è intervenuto l'art. 4-bis della l. n. 247/2012 (inserito ad opera della l. n. 124/2017 e successivamente modificato dalla l. n. 205/2017). Questa disposizione, senza abrogare espressamente la disciplina della società tra avvocati, regola compiutamente l'esercizio in forma societaria della professione forense; si consente di avvalersi di tutti i tipi di società (di persone, di capitali e cooperative); si richiede, altresì, che la denominazione sociale contenga l'indicazione di società tra avvocati e che la società medesima sia iscritta in una sezione speciale dell'albo professionale. Possono essere soci anche soggetti diversi dagli avvocati iscritti all'albo, ma questi ultimi devono raggiungere, a pena di scioglimento, la soglia di almeno i due terzi del capitale sociale e dei diritti di voto esercitabili. L'intero organo amministrativo deve essere composto da soci, la maggioranza dei quali deve essere rappresentata da avvocati. Infine, nel ribadire il principio della personalità della prestazione professionale previsto, in generale per le prestazioni d'opera intellettuale, dall'art. 2232 e, in particolare per la professione forense, dall'art. 4, l. n. 247/2012, si chiarisce, a conferma della suaccennata distinzione fra il profilo del rapporto e quello della sua esecuzione, che alla responsabilità della società nei confronti del cliente si affianca necessariamente quella del socio professionista incaricato della prestazione.

È da ricordare che già prima dei sopra citati interventi normativi il legislatore aveva ammesso la possibilità dell'esercizio in forma societaria di attività riconducibili al paradigma delle professioni intellettuali, come è accaduto per le *società di revisione* nonché per quelle di *ingegneria* nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (v. art. 46, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, emanato in attuazione delle Direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE, sostituito dall'art. 66 del d.lgs. n. 36/2023).

L'attività sociale, in quanto *creatrice di nuova ricchezza*, è nettamente distinta dall'*attività di mero godimento*, che si esaurisce nella semplice fruizione delle utilità (frutti civili o naturali) generate da uno o più beni.

Ne consegue l'*inammissibilità di società di mero godimento*, ovvero costituite esclusivamente allo scopo di godere (direttamente o indirettamente) di dati beni senza che ciò risulti funzionale all'esercizio di un'attività produttiva.

Ciò è confermato dalla norma dell'art. 2248, secondo cui la "comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di uno o più beni" è regolata dalle norme degli artt. 1100 ss., che disciplinano la comunione della proprietà e dei diritti reali.

L'impossibilità giuridica di indicare quale oggetto sociale il mero godimento riguarda il *momento genetico dell'ente ed il relativo programma negoziale*, ma non conduce ad escludere che una società, originariamente costituita per lo svolgimento di un'attività economica, ne cessi l'esercizio e si limiti a godere del patrimonio (ad esempio, cedendo in affitto l'azienda), ponendosi allora il problema se e a quali condizioni possa ravvisarsi una volontà dei soci di scioglierla e di liquidarne il patrimonio mediante una distribuzione in natura (M. Cian).

Una fattispecie particolare è poi quella delle c.dd. *società immobiliari di comodo*, ossia le società costituite al fine dell'intestazione di beni immobili che vengono goduti direttamente dai soci oppure locati a questi ultimi o a terzi, limitandosi i soci a percepirne l'affitto per il tramite delle società. Nonostante un siffatto uso dello strumento societario debba ritenersi illecito, la giurisprudenza tende ad assumere un atteggiamento più cauto per esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi, ora considerando sufficiente la previsione statutaria come oggetto sociale dello svolgimento di un'attività di *trading* immobiliare, ancorché la stessa non sia concretamente svolta; ora affermando che pure là dove la finalità di mero godimento sia "confessata", debba procedersi allo scioglimento e alla liquidazione del patrimonio sociale secondo la disciplina societaria (Presti e M. Rescigno). È da segnalare altresì che la fattispecie è stata oggetto di numerosi interventi legislativi intesi a fare emergere valori tassabili mediante la concessione di agevolazioni (cfr., da ultimo, art. 1, commi 100-105, l. 29 dicembre 2022, n. 197, legge di bilancio 2023, che ha reintrodotto un regime fiscale agevolato applicabile alle società commerciali che abbiano assegnato o ceduto, ai propri soci, entro il 30 settembre 2023, beni immobili e beni mobili registrati, nonché alle sole società immobiliari di gestione che si fossero trasformate in società semplici, purché ne sia conseguita l'estromissione dei suddetti beni dal regime d'impresa).

Il principio della separazione fra società e mero godimento dei beni e le ragioni che vi sono alla base risiedono nella diversa funzione assolta in concreto dai beni medesimi, come si comprende ponendo a confronto le due situazioni in esame.

La comunione è una *situazione giuridica statica*, in cui rileva solo l'appartenenza comune del bene; ciascun contitolare ha diritto di usare individualmente la cosa, sia pure nel rispetto del coesistente diritto degli altri (art. 1102) e può chiedere in ogni momento la divisione (art. 1111). Per contro, la società è una *situazione giuridica dinamica*, in cui il conferimento dei beni in comune è strumentale all'esercizio di un'attività produttiva. Ne discende che i

soci non possono utilizzare i beni sociali per i propri scopi personali, essendo questi ultimi vincolati all'esercizio dell'iniziativa economica (art. 2256). Inoltre la società si scioglie solo quando l'iniziativa stessa si sia realizzata o ne sia divenuta impossibile l'attuazione, o quando lo scioglimento sia deciso dai soci all'unanimità (art. 2272) o, nel caso delle società di capitali, a maggioranza (art. 2484).

Attesa l'esigenza di salvaguardare l'attività, che nell'istituto societario ha un rilievo centrale, la legge assegna al patrimonio sociale un'autonomia più o meno ampia rispetto ai patrimoni dei soci: i beni sociali sono riservati al soddisfacimento dei creditori della società e nessun creditore personale del socio può compiere azioni esecutive su di essi. Nella comunione, invece, ciascun creditore di uno dei comproprietari può aggredire il bene comune, sia pure nei limiti della quota di sua pertinenza.

Nonostante la distinzione testé tracciata sia, in linea teorica, sufficientemente chiara, ci si chiede se, in ipotesi di contitolarità dell'azienda per effetto di successione ereditaria o di acquisto in comune, la fattispecie debba essere qualificata come società o come comunione. È decisiva, al riguardo, la considerazione dei caratteri oggettivi dei comportamenti tenuti dai comproprietari. Se costoro non si limitano al godimento dell'azienda o dei beni produttivi, ma esercitano in comune l'attività imprenditoriale, sorge fra loro, anche in mancanza di un accordo espresso, una società c.d. di fatto. Qualora, invece, i comproprietari non esercitino direttamente l'attività d'impresa, ma godano indirettamente del complesso dei beni comuni, per esempio dando in affitto l'azienda, non vi è società. Il legislatore attribuisce rilevanza normativa alla comunione d'azienda e prevede la trasformazione (c.d. eterogenea) di società di capitali in comunione d'azienda e viceversa (artt. 2500-septies e 2500-octies).

Distinta dal fenomeno societario è l'*impresa coniugale* di cui all'art. 177, comma 1, lett. d) e comma 2: più esattamente, sono compresi fra i beni che formano oggetto della comunione legale fra i coniugi "le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio", nonché gli utili e gli incrementi di aziende gestite da entrambi i coniugi se l'azienda apparteneva ad uno di essi anteriormente al matrimonio. Si tratta di un fenomeno di fonte legale che si pone in posizione intermedia fra società e comunione di godimento ed è retto da una propria disciplina contenuta, per quanto riguarda l'aspetto gestorio, negli artt. 180-183 e, per ciò che attiene alla responsabilità patrimoniale, nell'art. 186. L'impresa coniugale sorge in conseguenza dell'eser-

cizio dell'attività economica da parte di entrambi i coniugi là dove detto esercizio non sia già stato regolato pattiziamente. Non è possibile, tuttavia, considerare l'impresa coniugale come un "fenomeno misto", ascrivibile alla società con riferimento all'esercizio in comune dell'impresa e alla comunione per gli aspetti concernenti l'azienda. L'impossibilità di innestare la disciplina della società su quella della comunione legale fra i coniugi può trarsi dalla circostanza che la disciplina sopra menzionata prevede l'intervento del giudice in relazione a diverse situazioni inerenti alla gestione dell'impresa coniugale ed ammette che sui beni della comunione possano soddisfarsi anche i creditori che siano tali in virtù di obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia o contratte congiuntamente dai coniugi. Si è dunque al cospetto di un istituto di *diritto familiare*, come tale improntato al principio di *parità tra coniugi* anche in ordine ai risultati economici derivanti dall'attività di entrambi, e alla tutela dell'*interesse della famiglia* (Ferri sr.).

Si è già detto che la nozione di società si puntualizza sull'*esercizio in comune* dell'attività e che ciò comporta il distacco da altri istituti come l'*associazione in partecipazione*, che è il contratto con il quale una parte, l'*associante*, attribuisce all'altra, l'*associato*, una *partecipazione agli utili* della sua *impresa* o di *uno o più affari*, verso il corrispettivo di un determinato *apporto* (art. 2549).

L'associazione in partecipazione – pur appartenendo al novero dei *contratti associativi* in quanto risponde all'esigenza pratica di attuare una collaborazione patrimoniale di due o più persone per il conseguimento di un lucro derivante da una medesima iniziativa produttiva – non realizza la *partecipazione ai risultati* mediante un'attività e un'organizzazione comune. L'attività imprenditoriale è di pertinenza *esclusiva* dell'associante, mentre all'associato possono spettare solo *poteri di controllo* a tutela della sua partecipazione (art. 2552).

L'apporto dell'associato entra nel patrimonio dell'associante, senza costituire un fondo comune, e i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni esclusivamente nei confronti del secondo.

Si osserva che, sebbene la gestione dell'impresa spetti all'associante, essa è attuata *anche per conto dell'associato* (Ferri sr.). Ne consegue che l'associante: dovrà osservare la normale diligenza del mandatario (art. 1710); non potrà distrarre i beni aziendali dalla loro destinazione senza il consenso dell'associato (art. 2256); dovrà consentire i

controlli e fornire le informazioni previste dal contratto (art. 2552, comma 2).

La legge riconosce all'associato solo il *diritto al rendiconto* dell'affare o della gestione dell'impresa. Il rendiconto deve essere dato ad affare compiuto o annualmente se la gestione dell'affare si protrae per più di un anno; il rendiconto annuale coincide con la chiusura dell'esercizio se l'associazione in partecipazione riguarda un'impresa (art. 2552, comma 3).

Atteso che la parte dell'associato negli utili e nelle perdite è stabilita nel contratto, la legge dispone che la misura della partecipazione alle perdite corrisponda a quella della partecipazione agli utili. La stessa legge stabilisce altresì, con norma ritenuta non derogabile dalle parti, che la partecipazione alle perdite non può superare l'apporto (art. 2553).

4. Segue. La divisione degli utili.

Il terzo requisito del contratto di società è la *divisione degli utili*. Lo scopo negoziale perseguito dai soci risiede nell'esercizio dell'attività per realizzare un guadagno (*lucro oggettivo*) da ripartirsi (*lucro soggettivo*).

Nell'ambito dei negozi associativi a rilevanza esterna la società si caratterizza sul piano funzionale per il perseguimento di uno *scopo egoistico*; in ciò si differenzia dagli enti disciplinati dal Libro I del codice civile (associazioni e fondazioni), che, pur potendo svolgere – come si è detto (Capitolo II, § 6, *supra*) – un'attività d'impresa anche di natura e dimensioni analoghe a quelle di una società, sono privi di qualsiasi scopo di lucro soggettivo, dal momento che i proventi derivanti dall'esercizio dell'attività medesima sono destinati a un fine *ideale* o *altruistico*.

In realtà la divisione degli utili cui fa riferimento l'art. 2247 indica ciò che normalmente accade quando, in assenza di altri rapporti fra la società e il socio, l'attribuzione degli utili derivanti dall'esercizio dell'impresa non può avvenire se non sulla base della partecipazione sociale. Laddove però, accanto al rapporto sociale sussiste un rapporto di tipo diverso, la partecipazione ai vantaggi può avvenire, almeno astrattamente, sulla base dell'uno o dell'altro. È questo il caso delle società cooperative, che perseguono uno *scopo mutualistico*. L'obiettivo di tali enti risiede nel far conseguire

re *direttamente* ai soci beni, servizi o occasioni di lavoro a condizioni più favorevoli di quelle che otterrebbero sul mercato. Le società cooperative esercitano l'attività rinunciando al profitto d'impresa (inteso come differenza positiva fra ricavi e costi), ma tendendo esclusivamente al pareggio tra costi e ricavi (Capitolo I, § 4, *supra*), al fine di poter erogare ai soci che intendono avvalersene beni e servizi a prezzo "di costo" (nelle cooperative di consumo), o un salario maggiore (in quelle di produzione e lavoro). La differenza fra tali società e quelle lucrative va ricercata nel fatto che in esse il socio ottiene il proprio guadagno (sotto forma di risparmio di spesa o di salario più elevato) se ed in quanto acquisti beni o servizi per il tramite della società o lavori per essa.

L'essenzialità dello scopo di lucro dev'essere altresì confrontata con la legislazione speciale che ha introdotto sempre più diffusamente figure qualificate come societarie, ma caratterizzate dall'*assenza di scopi egoistici*. Tali erano le società sportive fino alla l. n. 586/1986, che ha abrogato l'art. 10 della l. n. 91/1981, il quale imponeva loro di reinvestire tutti gli utili nell'attività sportiva, senza poterli distribuire fra i soci. Possono appartenere a tale categoria le società di gestione dei mercati regolamentati che devono essere costituite in forma di s.p.a., ma possono non perseguire uno scopo di lucro (art. 64 TUF). Ed un ambito molto più ampio sotto il profilo dell'attività economica esercitata può essere coperto dalla già ricordata *impresa sociale* (Capitolo II, § 6, *supra*) suscettibile di rivestire anche la forma societaria, in forza di una precisa opzione che non solo deve essere già segnalata nel nome (art. 6, d.lgs. n. 112/2017), ma è definitiva, poiché non è possibile cambiare lo scopo della società né trasferirne l'azienda se non preservando le finalità d'interesse generale. Inoltre, l'autorità governativa ha il potere, qualora i requisiti per il riconoscimento dell'impresa sociale vengano meno, di sciogliere l'ente devolvendone il patrimonio (dedotto il capitale) ai fondi per la promozione delle imprese sociali (artt. 12 e 15).

A fronte dell'incremento di esemplari di società speciali ci si torna ad interrogare sulla perdurante essenzialità dello scopo egoistico nella fenomenologia societaria, argomentando sia dall'ampliamento a tutte le iniziative produttive del perseguimento di finalità altruistiche o ideali per il tramite dell'impresa sociale, sia dalla considerazione che la mancata menzione dello scopo di lucro nel contratto sociale non è causa di nullità delle società di capitali (art. 2332).

È da ricordare che già nel secolo scorso era stata formulata in dottrina la tesi del *tramonto dello scopo lucrativo* (Santini), affermando la neutralità del modello societario, visto quale schema organizzativo utilizzabile per qualsiasi finalità. Prevale, tuttavia, l'opinione secondo cui i casi di società senza scopo di lucro sarebbero *eccezionali*; sicché, al di fuori delle ipotesi normativamente previste, una società costituita dichiaratamente senza scopi egoistici non potrebbe essere iscritta nel registro delle imprese.

L'essenzialità del requisito in esame non esclude che la gestione dell'impresa possa essere orientata al perseguimento di esigenze diverse e/o ulteriori rispetto al principio di redditività, purché si rimanga nell'ambito di quello di economicità.

Viene in evidenza, al riguardo, la figura della c.d. *società benefit*, ispirata al modello americano della *Benefit corporation* ed introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 1, comma 376 ss. della l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016): si tratta di una società caratterizzata dall'affiancamento, accanto al tradizionale scopo di divisione degli utili, di "una o più finalità di beneficio comune" nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni e attività culturali e sociali, enti e associazioni e ogni altro portatore di interesse. La "qualifica" di società benefit può essere evidenziata nella denominazione sociale mediante l'inserimento delle parole "società benefit" dell'abbreviazione SB; inoltre, le finalità di beneficio comune devono essere specificate nell'oggetto sociale.

La legge prevede, quindi, che le società in esame devono (e possono) perseguire – all'interno della loro attività principale, che è quella economica – uno o più effetti positivi, o la riduzione di uno o più effetti negativi, su una o alcune delle categorie sopra menzionate. Occorre chiarire che gli amministratori devono gestire la società *bilanciando* gli interessi dei soci e quelli dei soggetti sui quali l'attività sociale possa avere un impatto (vale a dire gli *stakeholders*, definiti come i soggetti o i gruppi di soggetti direttamente o indirettamente coinvolti dall'attività medesima, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile: art. 1, commi 377 e 380, l. n. 208/2015). Preme aggiungere che il mancato perseguimento delle finalità di beneficio comune può costituire violazione dei doveri imposti agli stessi amministratori dalla legge e dall'atto costitutivo e può esporli a responsabilità verso la società, nonché verso i terzi potenziali beneficiari delle fi-

nalità medesime, il cui legittimo affidamento sia stato leso. Inoltre, il legislatore espressamente assoggetta la società benefit “che non persegua le finalità di beneficio comune” alle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole e del Codice del consumo (art. 1, comma 384, l. n. 208/2015), individuando nell’Autorità garante della concorrenza e del mercato l’ente preposto a vigilare sulle condotte e ad irrogare le sanzioni amministrative in presenza di comportamenti illeciti.

5. Società di fatto, occulta, apparente.

Si è già illustrato che, fatti salvi i casi di costituzione unipersonale, la società trova la propria fonte in un contratto, il quale si può perfezionare anche per fatti concludenti: è sufficiente un comportamento dei soci che integri gli elementi essenziali di cui all’art. 2247.

È questa la figura della *società di fatto*, cui si applicano le norme sulla società semplice o quelle sulla collettiva irregolare, a seconda che l’attività esercitata sia rispettivamente non commerciale o commerciale (in questo Capitolo, § 6, *infra*). La giurisprudenza ha individuato una serie di comportamenti valutati come indici probatori dell’esistenza di una società di fatto, quali il sistematico sostegno finanziario attuato anche attraverso il rilascio di garanzie, l’intervento in trattative d’affari con i terzi, la percezione di somme di denaro pertinenti all’esercizio dell’impresa. Si afferma l’esistenza di un rapporto sociale anche quando tali comportamenti siano posti in essere da soggetti legati da vincoli familiari, purché si raggiunga la prova che essi eccedono l’*affectio familiaris*, dando così luogo ad *affectio societatis*.

Ai fini dell’esistenza della società non si ritiene necessaria l’esteriorizzazione dell’azione sociale. Può quindi verificarsi il fenomeno della *società occulta*, ovvero costituita con l’espressa e concorde volontà di non rivelarne l’esistenza all’esterno. In quest’ipotesi, l’attività è svolta per conto della società, ma sotto il nome di un socio o di un estraneo: l’impresa, in realtà, è sociale, ma si presenta all’esterno come individuale.

Lo scopo perseguito dalle parti con il *patto di occultamento* (ossia di non esteriorizzazione della società) risiede, di solito, nell’intento di limitare la responsabilità nei confronti dei terzi al patrimo-

nio (di regola modesto) del solo prestanome, evitando così che la società e gli altri soci rispondano delle obbligazioni derivanti dall'attività d'impresa.

I problemi sollevati dal fenomeno della società occulta attengono, in primo luogo, alla validità stessa del patto di occultamento; in secondo luogo, alla possibilità di considerare la società occulta come una *società atipica*, la cui legittimità andrebbe verificata alla luce dell'art. 2249 che – come si chiarirà più avanti (in questo Capitolo, § 6, *infra*) – impedirebbe la costituzione di società non riconducibili ai tipi societari ivi previsti.

La soluzione della prima questione appare controversa: da un lato, ci si richiama alla disciplina dell'art. 2552, comma 1, in tema di associazione in partecipazione, per sostenere come l'ordinamento ammetta la compartecipazione al rischio di un'iniziativa giuridicamente imputabile al terzo, solo se costui detiene in modo esclusivo il potere di gestione, mentre, qualora esista un potere gestorio collettivo, l'attività non può che essere riferita al gruppo (M. Cian); dall'altro, si afferma la validità del patto di occultamento in omaggio alla regola dell'autonomia negoziale (Ferri *sr.*, Di Sabato), a meno che esso non sia ispirato da un motivo illecito determinante e comune (art. 1345). In tal caso, l'invalidità della clausola di occultamento, se ritenuta essenziale dalle parti, determinerebbe l'invalidità dell'intero contratto di società (art. 1420).

Quanto al secondo problema sopra prospettato, giova evidenziare come anche i sostenitori della tesi dell'atipicità della società occulta finiscono per ammettere che quest'ultima andrebbe regolata *in via di analogia*, ricorrendo ai principi generali. Ad essa non potrebbero applicarsi taluni aspetti della disciplina delle società: in particolare, le norme sulla rappresentanza e sulla responsabilità. A ben riflettere, tuttavia, la disapplicazione della disciplina dei rapporti esterni risponde alla volontà dei soci cristallizzata nel patto di occultamento. Ciò non toglie che, nel momento in cui la società divenga palese, il regime societario verrà a dispiegarsi nella sua interezza: alla società potranno direttamente imputarsi gli effetti attivi e passivi dell'esercizio dell'attività; i soci saranno solidalmente responsabili per le obbligazioni sociali; sarà anche possibile estendere la procedura di liquidazione giudiziale a tutti i soci della società occulta in base all'art. 256, comma 5, c.c.i.i. (Capitolo I, § 8, *supra*).

Invero, il tema centrale del fenomeno in discorso risiede, dal punto di vista pratico, nel determinare se alla società possano esse-

re imputati gli atti compiuti per suo conto, ma senza spenderne il nome; e se la stessa possa essere chiamata a rispondere anche in sede concorsuale delle obbligazioni contratte per suo conto dal prestanome. Come si è anticipato, il problema è stato risolto dall'art. 147, comma 5, l. fall. (riproposto in termini largamente coincidenti dal nuovo art. 256, comma 5, c.c.i.i.), che sanciva la fallibilità della società occulta e degli (altri) soci illimitatamente responsabili.

Dopo l'emanazione del codice civile e della coeva legge fallimentare la giurisprudenza e parte della dottrina sono giunte ad affermare la responsabilità della società occulta e dei soci diversi dal prestanome, ove l'esistenza della stessa venisse successivamente scoperta. A sostegno di tale esito applicativo si adduce l'esigenza che l'imputazione dei debiti d'impresa avvenga non solo sulla base del criterio formale della spendita del nome, ma anche di quello sostanziale dell'interesse curato (Abbadessa, Spada); ovvero che, laddove venga in considerazione il piano dell'attività, tanto la scelta quanto l'utilizzazione del nome sotto cui svolgere quest'ultima rispondono a regole particolari: in tale prospettiva, se si sceglie il nome collettivo della società per una decisione riferibile a tutti i soci, costoro – ed anche il socio occulto di cui all'art. 256, comma 4, c.c.i.i. (prima preso in considerazione dall'art. 147, comma 4, l. fall.) – saranno esposti alla responsabilità per le obbligazioni sociali e all'apertura della liquidazione giudiziale. Ad analoghi esiti applicativi si giunge quando l'attività sociale sia esercitata sotto il nome di un socio o di un terzo: la società occulta che sceglie di esercitare l'attività d'impresa sotto nome altrui non potrà poi escluderne l'imputazione a proprio carico (Angelici).

Resta da domandarsi se il “meccanismo” previsto dall'art. 256, comma 5, c.c.i.i. consenta di estendere *direttamente* la liquidazione giudiziale a tutti i soci senza dichiarare aperta la procedura nei confronti della società occulta. Si evidenzia che l'apertura della liquidazione giudiziale a carico della c.d. società occulta si risolve ormai in una sorta di “medio logico”, suggerito dalla prospettiva teorica che considerava “eccezionale” l'ipotesi di cui all'art. 147, comma 5, l. fall, ma contrastante con la stessa tendenza giurisprudenziale incline ad estendere il fallimento direttamente ai soci dell'imprenditore “in proprio” fallito senza tuttavia accertare rispetto alla società – se non raramente – i presupposti, oggettivi e soggettivi, a tal fine richiesti e ancor più raramente farne seguire l'apertura del concorso sul patrimonio sociale (Ferri *jr.*).

Invero, autorevole dottrina (G.F. Campobasso) non mancava di sostenere che la norma sulla fallibilità della società occulta fosse *ecce-*

zionale e non comportasse che l'attività d'impresa fosse da imputarsi alla stessa con tutti i suoi effetti attivi e passivi. La responsabilità verso i terzi dovrebbe gravare solo sul prestanome, che agisce per conto del gruppo quale *mandatario senza rappresentanza* (art. 1705); ciò non toglie che i creditori dell'imprenditore individuale (finché quest'ultimo non sia dichiarato fallito) potranno esercitare in via surrogatoria l'*actio mandati contraria* nei confronti della società e dei soci occulti facendosi somministrare "i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in proprio nome" (art. 1719).

La giurisprudenza, nel tentativo di coinvolgere il maggior numero possibile di soggetti (e, conseguentemente, di masse patrimoniali) nel dissesto dell'imprenditore individuale, ha poi elaborato la figura della *società apparente*, ispirata dalla volontà di tutelare l'interesse dei terzi nell'ipotesi in cui due o più soggetti, pur non essendo legati da alcun contratto sociale, operino in modo da ingenerare in costoro la ragionevole opinione che essi agiscano come soci, e quindi da determinare il loro incolpevole affidamento sull'effettiva esistenza della società. Ritenendo l'apparenza equivalente all'esistenza nei rapporti con i terzi, la giurisprudenza giunge ad affermare la responsabilità della società apparente, nonché dei presunti soci, e la loro assoggettabilità alla liquidazione giudiziale (prima al fallimento).

Fondamento teorico di questa elaborazione giurisprudenziale è l'affermazione – tutt'altro che dimostrata – dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale dell'apparenza di matrice civilistica, in virtù del quale un soggetto, che col suo comportamento doloso o colposo abbia ingenerato nei terzi di buona fede il convincimento dell'esistenza di una situazione in realtà non esistente, debba risponderne nei loro confronti. In senso contrario all'esistenza di un siffatto principio generale si fa notare che l'affidamento dei terzi è oggetto di tutela in singole ipotesi per lo più corrispondenti ad altrettanti doveri di comportamento, specificamente imposti a soggetti determinati.

Del resto, anche a voler considerare la tutela dell'affidamento incolpevole in una situazione apparente come un principio generale dell'ordinamento, la sua applicazione nel campo delle società conduce a risultati insoddisfacenti sul piano degli interessi in gioco, dato che per tutelare i terzi di buona fede si tutelano anche quelli di

malafede: la società apparente infatti risponde – almeno in linea di principio – verso tutti i creditori, anche verso coloro il cui affidamento non sia ragionevole o che conoscevano esattamente l'inesistenza del rapporto sociale. Inoltre, sarebbero pregiudicati i creditori personali dei soci apparenti, ai quali sarebbero preferiti i pretesi creditori sociali nel concorso sui beni comuni.

Non sono mancati tentativi compiuti da una parte della dottrina (Denozza) di giustificare e delimitare questa creazione giurisprudenziale, come, ad esempio, la spiegazione del principio dell'apparenza in termini di *rischio d'impresa*. Esso andrebbe accollato, con le relative conseguenze sul terreno della responsabilità, a chi abbia tenuto verso i terzi un comportamento tale da arrecare loro danno in riferimento all'attività svolta. Si è obiettato, però, che si tratterebbe di una visuale meramente descrittiva non sostenuta da basi normative più solide della teoria dell'apparenza giuridica. Altra impostazione conduce a negare la stessa contrapposizione fra società di fatto e società apparente, sostenendo che – a tutela del legittimo affidamento – debba attribuirsi valore negoziale a comportamenti conformi a quelli propri di una figura contrattuale riconoscibile come tale dai terzi; con la conseguenza che se due o più soggetti tengono un comportamento identificabile all'esterno come quello di soci, si avrebbe perciò stesso società, e non mera apparenza di società. Invero, la necessità di tenere adeguatamente conto della rilevanza esterna del comportamento del soggetto corrispondente a quello del socio orienta a ritenere che quando tale comportamento – considerato singolarmente o insieme ad altri – sia qualificabile come proprio del rapporto sociale, si ha una società che non solo appare ai terzi, ma *esiste di fatto* fra le parti; quest'ultime potranno dimostrare in senso contrario solo la mancanza della volontà empirica del comportamento, essendo invece irrilevante l'esistenza o meno dell'intento giuridico di costituire la società. In conclusione, non vi sarebbe spazio per la società apparente, sul presupposto di una difformità dell'apparenza dalla realtà; la società, quando si rivela con tutti i requisiti della società apparente, sarebbe società di fatto (Di Sabato). Tuttavia, se è vero che l'esteriorizzazione obiettiva del rapporto sociale può essere ritenuta sufficiente anche in mancanza di un atto formale che ne consacrì la costituzione, non si può privare di ogni significato la volontà dei soggetti agenti e sostituirvi l'opinione che un terzo si faccia in base ad una propria valutazione delle modalità di attuazione all'esterno dell'iniziativa imprenditoriale (Ferri *sr.*).

6. I tipi di società.

Come evidenziato, nel vigente sistema normativo la società è un *tipo contrattuale funzionalmente espressivo* (Spada), sicché il primo livello del procedimento di qualificazione in ambito societario consiste nella riconduzione della fattispecie concreta al tipo descritto nell'art. 2247: di là dal moltiplicarsi di esemplari di società di "fonte" non contrattuale, occorre, in altri termini, verificare se ci si trovi al cospetto dell'esercizio in comune di un'attività economica a scopo di lucro. La causa consente di cogliere la distinzione fra la società lucrativa e gli altri contratti associativi, sebbene si debba aggiungere che, laddove il legislatore ammetta la costituzione di società senza finalità egoistiche, lo scopo comune perde la sua valenza distintiva ed emerge in pieno il significato della società come "forma di organizzazione dell'impresa" (Angelici).

Il secondo livello consecutivo del procedimento di tipizzazione riguarda l'aspetto organizzativo, atteso che il sistema normativo prevede una pluralità di modelli chiamati a regolare l'attuazione della funzione societaria sotto il profilo della ripartizione dei poteri decisionali e dichiarativi, dell'accesso ai proventi dell'attività e della distribuzione fra i soci dei "carichi" della stessa. Occorre quindi stabilire quale fra i vari tipi di società predisposti dall'ordinamento sia stato scelto dalle parti, poiché a ciascuno di essi si ricollega una disciplina specifica.

La legge predispone strutture organizzative di tipo chiuso e di tipo aperto destinate rispettivamente ad imprese che operino sul mercato o si propongano uno scopo mutualistico. Le società a struttura chiusa comprendono, oltre ai tipi della società in nome collettivo, della società in accomandita semplice, della società per azioni e in accomandita per azioni (già note al codice di commercio del 1882), la società semplice e la società a responsabilità limitata introdotte dalla codificazione del 1942. L'associazione mutualistica – per poter accedere a varie provvidenze di ordine fiscale, previdenziale o creditizio – deve organizzarsi come società a struttura aperta, ossia come società cooperativa; quest'ultima è una compagine associativa variabile (grazie all'ammissione ed al recesso degli associati), diretta da un organo amministrativo i cui preposti sono reclutati dai soci rispettando una procedura assembleare che si caratterizza per il fatto che la decisione è votata dai più (voto capitario, temperato dall'art. 2538, comma 4, per le coopera-

tive che realizzano, come i consorzi, integrazioni interaziendali). Nel diritto novellato del 2003, per poter profittare delle agevolazioni fiscali (ma solo di queste) occorre rispettare determinati parametri quantitativi (art. 2513) e statutari (art. 2514) che consentano di acquisire la qualifica di *cooperativa a mutualità prevalente* (art. 2512).

L'autonomia privata incontra, nell'eleggere il tipo di società, un limite di carattere generale imposto in relazione all'oggetto sociale, ossia al genere di attività economica che i soci intendono svolgere per realizzare lo scopo comune. Se l'attività è *commerciale*, è necessario che la società si costituisca secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti – ossia società in nome collettivo o in accomandita semplice, oppure società per azioni o a responsabilità limitata o in accomandita per azioni –, con esclusione quindi della società semplice (art. 2249, comma 1); per contro, le parti hanno un'assoluta libertà di scelta per lo svolgimento in forma societaria di attività *non commerciale* (art. 2249, comma 2). L'adozione del tipo della società semplice non è, tuttavia, imposta, ma condizionata alla mancanza di una scelta esplicita in favore di uno degli altri tipi di società.

Limiti di carattere settoriale derivano poi dallo svolgimento di attività imprenditoriali di particolare rilevanza: ad esempio, l'attività bancaria è riservata alle società per azioni e alle cooperative per azioni a responsabilità limitata (art. 14 TUB); la forma della società per azioni deve essere pure adottata dalle imprese che prestano i servizi e le attività di investimento (art. 19 TUF), dalle società di gestione del risparmio (art. 34 TUF), da quelle per la gestione di mercati regolamentati (art. 64 TUF).

I tipi di società costituiscono un numero chiuso, sicché sarebbe impedito ai privati costituire società *atipiche*. La predeterminazione in via tassativa dei tipi societari non si pone in contrasto con il principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.), dal momento che risponde ad esigenze di tutela dei terzi e di ordinato svolgimento dei rapporti nel mercato.

I tipi di società si distinguono fondamentalmente in funzione del diverso modo in cui si vuole organizzare l'attività sociale. La legge ricollega all'adozione di ciascun tipo un diverso regime di responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali. Questo elemento rappresenta, dunque, un aspetto – fra i più importanti – della disciplina, ma non vale a caratterizzare i tipi di società sotto l'aspetto or-

ganizzativo. Ed è tutt'altro che priva di significato la circostanza che, a séguito della riforma delle società di capitali e cooperative, operata con il d.lgs. n. 6/2003, la rubrica degli articoli che disciplinano la responsabilità per le obbligazioni sociali (artt. 2325, 2462 e 2518) non contenga più alcun riferimento alla nozione del tipo considerato.

È altresì da notare che il sistema del codice, piuttosto che enunciare esplicitamente i caratteri che la fattispecie concreta deve possedere per essere ricondotta ad un tipo piuttosto che a un altro, si basa sulla contrapposizione fra *tipi rigidi* o *superiori*, che sono la società in accomandita semplice, la società per azioni, la società a responsabilità limitata e la società in accomandita per azioni, e *tipi elastici* o *inferiori*, quali la società semplice e la società in nome collettivo. I primi sono modelli legali di organizzazione dell'attività, con cui occorre confrontare gli accordi dei soci per decidere se da tale confronto scaturisca un giudizio di conformità o di difformità. I secondi sono *regimi residuali* dell'iniziativa societaria, destinati a trovare applicazione a seconda che l'attività sia non commerciale (società semplice) o commerciale (società in nome collettivo). Si tratta d'insiemi di regole organizzative che, quando le parti non abbiano diversamente convenuto, si applicano per stabilire: a) chi e come decide (art. 2257); b) chi e come dichiara in nome della società quel che è stato deciso (art. 2266); c) che uso i soci possono fare dei beni della società (art. 2256); d) quando ed in che misura i soci abbiano accesso agli utili e sopportino le perdite (art. 2263).

Posto che gli effetti legali di ciascun tipo si determinano quando si realizzano i presupposti legali dello stesso, non è precluso all'autonomia negoziale – entro margini variabili e tradizionalmente più circoscritti nei modelli organizzativi destinati, come la società per azioni, alle iniziative economiche più rilevanti – modificare la disciplina prevista dalla legge purché non si vadano ad alterare i connotati caratterizzanti del tipo. In caso di incompatibilità fra regole legali e regole introdotte dall'autonomia privata, queste ultime devono essere sostituite con le prime in applicazione dell'art. 1419. La nullità delle clausole atipiche potrà estendersi all'intero contratto solo nelle società di persone, data l'operatività rispetto ad esse delle cause di invalidità di diritto comune fissate per i contratti; non nelle società di capitali, poiché l'art. 2332 limita a casi tassativi la nullità della società.

Non sono mancate in giurisprudenza posizioni inclini a sostenere che, in presenza di clausole atipiche incompatibili con la disciplina del tipo di società prescelto, la conseguenza debba essere la “riqualificazione” del tipo stesso: ad esempio, se l’atto costitutivo di una s.r.l., il cui regolamento legale stabilisce la responsabilità limitata dei soci, prevede che costoro siano illimitatamente e solidalmente responsabili per i debiti sociali, si dovrebbe riqualificarla come società in nome collettivo. Si può tuttavia osservare che, laddove la costituzione della società si perfezioni con l’iscrizione della stessa nel registro delle imprese come società di un certo tipo (per esempio, società per azioni, secondo quanto previsto dall’art. 2331, la cui disciplina è richiamata per la s.r.l. dall’art. 2463, comma 3), bisogna privilegiare un’istanza di certezza piuttosto che di congruità della regola rispetto alla situazione da regolare. L’iscrizione di un atto costitutivo come s.p.a. (o come s.r.l.) determina comunque un affidamento, sia nei contraenti sia nei terzi, in ordine all’applicazione della relativa disciplina; tanto da impedire una qualificazione dei relativi contenuti difforme dal nome del tipo risultante dal registro delle imprese.

7. Personalità giuridica e autonomia patrimoniale.

Il codice civile, pur avendo seguito la via dell’entificazione delle società di tutti i tipi, ha attribuito espressamente la personalità giuridica soltanto alle società di capitali (artt. 2331, comma 1, 2454, 2463, comma 3) e alle società cooperative e di mutua assicurazione (artt. 2523, comma 3 e 2547), mentre non l’ha attribuita alle società di persone.

In assenza di una definizione normativa di persona giuridica come fattispecie cui ricollegare una specifica disciplina, gli interpreti si sono confrontati sul significato, sul piano degli effetti, dell’attribuzione o non attribuzione della personalità giuridica. In tale ricerca, si è affermato che la persona giuridica non sia altro che l’espressione riassuntiva della disciplina dell’autonomia patrimoniale dell’ente, ossia delle regole che stabiliscono la separazione tra il patrimonio della società e quello dei soci e la destinazione del primo all’esclusivo adempimento delle obbligazioni sociali (Galgano, d’Alessandro).

L’autonomia patrimoniale perfetta, unitamente al riconoscimento della personalità giuridica dell’ente, permette di conseguire in modo diretto e lineare il duplice obiettivo, funzionale alla diffusio-

ne e allo sviluppo delle iniziative imprenditoriali organizzate in forma societaria, di: a) prevedere un'adeguata tutela dei creditori sociali, la cui garanzia patrimoniale è localizzata sui beni della società, i quali sono a loro volta insensibili alle pretese esecutive dei creditori dei soci o delle persone preposte all'esercizio dell'attività sociale (c.d. *affirmative asset partitioning*); b) di consentire a quanti costituiscono la società di limitare la responsabilità ad una frazione del proprio patrimonio e di sottrarre i beni residui all'aggressione dei creditori sociali, a vantaggio di quelli personali (c.d. *defensive asset partitioning*).

D'altro canto, se è vero che la concentrazione della garanzia dei creditori sociali sui beni della società e il vincolo gravante sui beni dei soci per il soddisfacimento dei loro creditori personali accrescono il valore della garanzia rappresentata da ciascun patrimonio per le relative obbligazioni, non può negarsi che la responsabilità limitata non è priva di rischi per i creditori presenti e futuri. Anzitutto, i soci potrebbero dotare la società dei mezzi necessari per lo svolgimento dell'attività solo in parte attraverso il capitale di rischio (ovviamente nel rispetto dei minimi previsti dalla legge) e per il resto a titolo diverso dal conferimento, sottraendosi ai vincoli per esso stabiliti e ponendosi potenzialmente in conflitto con i terzi: è questo il già richiamato problema della sottocapitalizzazione nominale, a fronte del quale possibili rimedi possono essere offerti dall'art. 2484, comma 1, n. 2, che prevede quale causa di scioglimento della società l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, oppure dalla repressione dell'abuso della personalità giuridica (Portale).

Il rischio di c.d. azzardo morale può manifestarsi anche attraverso l'aumento del livello di indebitamento della società, nonostante le sue attività patrimoniali siano divenute insufficienti a soddisfare i creditori. Parallelamente all'assunzione di nuovi debiti, può acuirsi la tendenza dei soci a preferire progetti imprenditoriali altamente rischiosi nei quali alla speranza di ingenti profitti – di cui i soci stessi, dedotte le spese, potranno appropriarsi integralmente – si contrappone il pericolo di perdite altrettanto elevate, le quali oltre una certa misura graveranno sui creditori. A temperare questo rischio interviene, nel diritto delle società a responsabilità limitata, il sistema del capitale sociale, che – grazie alle regole in materia di formazione e conservazione (cfr., fra l'altro, art. 2484, n. 4) e alla sottoposizione di una data aliquota del patrimonio ad un regime di indisponibilità mediante distribuzione ai soci – crea un'aspettativa giuridicamente garantita sull'effettiva esistenza in capo alla società dei mezzi necessari per fare fronte alle pretese dei creditori.

Le esigenze testé menzionate trovano peraltro attuazione, sia pure in forma attenuata, nelle società di persone, nonostante la mancata attribuzione da parte del legislatore della personalità giuridica.

In esse i creditori personali dei soci non possono aggredire il patrimonio della società per soddisfarsi, ma possono solo, in casi specifici, ottenere la liquidazione della quota del proprio debitore (artt. 2270, comma 2, e 2307), a condizione che la società non sia in stato di liquidazione e che gli altri beni di cui dispone il socio non siano sufficienti a soddisfare i loro crediti. Inoltre, il creditore particolare del socio, finché dura la società, può far valere i suoi diritti sugli utili spettanti al proprio debitore mediante pignoramento del relativo credito e chiedere il sequestro conservativo sulla quota che gli spetterà in sede di liquidazione (art. 2270, comma 1).

I creditori sociali, inoltre, non possono aggredire direttamente il patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili, essendo la responsabilità di costoro *sussidiaria* rispetto a quella della società. I soci fruiscono, infatti, del beneficio della preventiva escussione del patrimonio sociale, che è pieno nella società in nome collettivo (art. 2304), mentre è attenuato nella società semplice (art. 2268).

Giova precisare che nella società semplice il contratto sociale può limitare al conferimento effettuato la responsabilità dei soci non amministratori (art. 2267); mentre gli altri soci, che sono illimitatamente e solidalmente responsabili per i debiti sociali, possono evitare l'espropriazione dei propri beni indicando quelli della società su cui il creditore possa *agevolmente* soddisfarsi (art. 2268).

Nella società in nome collettivo, nonostante tutti i soci siano illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali (art. 2291), i creditori della società possono aggredire i beni individuali dei primi solo dopo avere inutilmente escusso il patrimonio sociale (art. 2304), che – distaccandosi dai patrimoni personali dei soci medesimi – costituisce, quindi, l'*asset* primario mediante il quale l'attività si sostiene.

L'intensità della localizzazione della garanzia per le obbligazioni sociali nel patrimonio della società e l'insensibilità di quest'ultimo alle pretese dei creditori personali dei soci dipendono, nel diritto delle società di persone, dalla situazione di "regolarità" dell'ente, ovvero dal fatto che sia rispettata la formalità dell'iscrizione nel registro delle imprese. Qualora tale formalità non sia compiuta, la società in nome collettivo viene comunque ad esistenza, ma gode della minore autonomia patrimoniale propria della società semplice, essendo, per un verso, meno intensa la predetta localizzazione sul patrimonio sociale della

responsabilità per i debiti della società, per l'altro, più agevole per il creditore particolare del socio accedere al cespite rappresentato dalla quota del proprio debitore (art. 2297, comma 1).

La riflessione giuridica si è soffermata sulla questione se il profilo oggettivo dell'autonomia patrimoniale esaurisca la distinzione formale fra soci e formazione associativa, oppure se debba ritenersi che anche le società di persone siano soggetti di diritto, ossia centri di imputazione di rapporti giuridici, autonomi e distinti dalle persone dei soci.

Del resto, diversi dati normativi testimoniano con chiarezza la presenza di un fenomeno di unificazione soggettiva nelle società di persone: l'art. 2266, in base al quale la società acquista diritti e assume obblighi in proprio; l'attribuzione ad essa di un nome e di una sede (artt. 2292, 2295); la trascrivibilità di atti a suo favore o contro nei registri immobiliari (artt. 2659, 2839). La soggettività delle società in discorso emerge poi, in modo ancora più marcato, dalla insensibilità dei rapporti giuridici instaurati con i terzi al variare della compagine sociale.

Dall'unificazione soggettiva delle società di persone discende che esse – non diversamente dalle società dotate di personalità giuridica – sono titolari dei beni e dei rapporti sociali, sicché la responsabilità dei soci per le obbligazioni della società è sempre una responsabilità per obbligazioni altrui: da qui derivano ulteriori collari, quali la validità della fideiussione prestata dal socio a favore della società, o l'imputazione alla società medesima del debito per la quota di liquidazione dovuta al socio escluso o receduto. Ed un altro aspetto idoneo ad integrare la soggettivizzazione anche delle società di persone è l'imputazione ad esse dell'attività d'impresa, con conseguente assunzione della qualifica di imprenditori.

8. Società di persone: caratteri generali.

Il lessico giuridico e, a séguito della riforma del 2003, anche quello legislativo classificano come *società di persone* la società semplice, la società in nome collettivo e la società in accomandita semplice e come *società di capitali* la società per azioni, la società in accomandita per azioni e la società a responsabilità limitata.

Questi termini presentano un'utilità "semantica" in quanto consentono di applicare direttamente a tutte le società della prima o della seconda classe non solo talune regole (ad esempio, in tema di trasformazione omogenea: artt. 2500-ter e 2500-sexies), ma anche interi istituti (si pensi allo scioglimento e liquidazione, di cui agli artt. 2484 ss., nonché alla trasformazione eterogenea).

La contrapposizione fra la classe delle società di persone e la classe delle società di capitali si basa fondamentalmente sulla diversa rilevanza che rivestono, nell'organizzazione giuridica della formazione sociale, il profilo personale o quello patrimoniale. Sebbene non sia da escludere che anche nelle società capitalistiche vi possa essere un rafforzamento dell'*intuitus personae* e, viceversa, in quelle di persone rilevi comunque l'entità dell'apporto e si possa realizzare un ridimensionamento dei tratti personalistici mediante l'adozione di apposite clausole statutarie, appare legittimo ritenere che la società può essere organizzata giuridicamente in funzione delle persone dei soci o in funzione della quota di partecipazione di ciascuno (Ferri *sr.*): il che significa che, con riferimento al primo modello, la posizione del socio all'interno della società, così come i poteri e gli obblighi ad esso spettanti, possono essere uguali, pur essendo diversa la partecipazione o, viceversa, possono essere diversi, nonostante l'uguaglianza della partecipazione medesima; nel secondo modello, invece, vi è una tendenziale corrispondenza fra quote di partecipazione, da una parte, e poteri ed obblighi che ad esse si riconnettono, dall'altra, con la conseguenza che diritti e poteri circolano in principio unitamente alla quota di partecipazione.

A questo diverso grado di personalizzazione delle vicende nei tipi appartenenti alla classe delle società di persone rispetto a quelli ricompresi nella classe delle società di capitali, fa riscontro – sul piano della caratterizzazione giuridica – una *diversa modalità di provvista del capitale di rischio* (Spada).

Nelle società di persone, in base al regime legale (che pure ammette di essere derogato) la composizione della compagine sociale può essere modificata solo con il consenso di tutti i soci (art. 2252). Ne discende che si tratta di formazioni sociali caratterizzate – almeno *normalmente* – da una cerchia di soci numericamente ristretta e tendenzialmente stabile, in cui ciascuno si ripromette di partecipare alla divisione degli utili se e quando matureranno (art. 2262). Si può, dunque, affermare che nelle società di persone la provvista

di capitale di rischio si avvale di risorse *nominate*, apportate da soci individuati.

Invero, in mancanza di un'espressa previsione normativa per l'ipotesi di cessione *inter vivos* della quota, è opinione pacifica che detta cessione, nel silenzio del contratto sociale, debba essere accettata da tutti i soci; tale consenso può risultare anche da comportamenti concludenti come avviene quando gli altri soci consentono, senza contestazioni, all'acquirente della quota di esercitare i diritti del suo dante causa. Una conferma indiretta di questa tesi si desume dalla disciplina del trasferimento *mortis causa* contenuta nell'art. 2284, in base alla quale la successione dell'erede nella qualità di socio può avvenire solo con il consenso di tutti i soci superstiti. In assenza del consenso dei consoci, l'alienazione della quota, pur essendo inefficace nei confronti della società e dei soci medesimi, può nondimeno avere effetti fra le parti. Deve, tuttavia, ritenersi che il consenso al trasferimento della quota possa essere prestato anche in via preventiva, come – a ben vedere – accade quando l'atto costitutivo contenga una clausola che stabilisce la libera trasferibilità fra vivi della quota e/o la continuazione della società con gli eredi del socio defunto (Piscitello).

Prima di esaminare il predetto regime legale e lasciando in disparte le possibili deviazioni convenzionali, giova tratteggiare gli elementi distintivi dei vari tipi racchiusi nella classe delle società di persone.

Fra questi il tipo più elementare e – nello stesso tempo – il modello-base di regolamentazione per tutte le società di persone, salvo le deroghe di volta in volta apportate dalle singole norme in relazione ai diversi tipi della s.n.c. e della s.a.s., è rappresentato dalla *società semplice*, destinata all'esercizio di un'attività economica che non sia qualificata dalla legge come commerciale ai sensi dell'art. 2195 (Capitolo II, § 2, *supra*). Essa è caratterizzata dall'*assenza di un regime di pubblicità dichiarativa*, essendo sottoposta soltanto a quella forma di pubblicità notizia che si realizza attraverso l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese (art. 2, D.P.R. n. 558/1999 e art. 8, comma 5, l. n. 580/1993). Sennonché, come si è anticipato (Capitolo III, § 3, *supra*), il d.lgs. n. 228/2001 ha attribuito *efficacia dichiarativa* all'iscrizione nella sezione speciale delle *società semplici esercenti attività agricola*. L'art. 2251 esige, peraltro, che siano rispettate le forme richieste dalla natura dei beni conferiti. Ne discende che in caso di conferimento in pro-

prietà di beni immobili, sarà necessaria la forma scritta (art. 1350, n. 9), ma solo per la validità del conferimento e non anche per la validità dell'intero contratto, rispetto al quale opera il principio dell'art. 1420.

Quanto alla *responsabilità per le obbligazioni sociali*, la legge consente di limitare la responsabilità dei soci che non agiscono, i quali – in mancanza di deroga – rispondono illimitatamente e solidalmente alla stessa stregua dei soci muniti del potere di rappresentanza. Il patto limitativo della responsabilità deve essere portato a conoscenza dei terzi con mezzi idonei (e nel caso delle società semplici esercenti attività agricola mediante iscrizione nel registro delle imprese), pena l'inopponibilità dello stesso ai terzi che non ne hanno avuto conoscenza (art. 2267).

La *società in nome collettivo* è il tipo societario che si presume adottato per l'esercizio collettivo di *attività commerciali*, salvo che sia stato espressamente scelto dalle parti uno dei tipi superiori, e si caratterizza in funzione della *responsabilità illimitata e solidale* di tutti i soci per le obbligazioni sociali. La legge stabilisce che un eventuale patto contrario non ha effetto nei confronti dei terzi (art. 2291), ma – essendo quella del socio una responsabilità per debito altrui – egli conserverà, una volta che abbia pagato un'obbligazione sociale, il diritto di rivalersi per l'intero nei confronti della società. Inoltre, il socio che abbia limitato pattizamente la propria responsabilità, nella latitudine imposta dal rispetto del divieto del patto leonino (art. 2265), potrà rivalersi nei confronti degli altri soci *ex art. 1299*.

La *società in accomandita semplice* è contraddistinta dalla presenza di due categorie di soci istituzionalmente assoggettati ad un diverso regime di responsabilità e contraddistinti da una differente posizione funzionale rispetto alla gestione sociale: quelli che amministrano (ma non necessariamente tutti e, in caso di pluralità, disgiuntamente salvo diversa delibera) e rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, peraltro con beneficio di escussione (*soci accomandatari*); quelli che, invece, rispondono limitatamente alla quota conferita, ma non possono amministrare la società, né trattare o concludere affari in nome della stessa, se non in forza di procura speciale (*soci accomandanti*). Nel caso di violazione di tale divieto (c.d. *divieto di immistione*), è prevista *ex lege* l'operatività di una sanzione particolarmente rigorosa: gli accoman-

danti rispondono illimitatamente e solidalmente verso i terzi (sia pure senza assumere la veste di accomandatari e di amministratori), possono essere sottoposti a liquidazione giudiziale per estensione dell'eventuale dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della società (cfr. art. 256, comma 1, c.c.i.i.), e possono altresì essere esclusi dalla società (art. 2320).

I soci accomandanti sono obbligati nei confronti della società ad eseguire i conferimenti promessi e *non possono essere aggrediti direttamente dai creditori sociali* nemmeno nei limiti del conferimento promesso e non ancora eseguito. Non si esclude, tuttavia, la possibilità per i creditori sociali di agire contro gli accomandanti *in via surrogatoria* (art. 2900), in caso di inerzia della società, per ottenere che gli stessi versino alla stessa i conferimenti ancora dovuti. Ed infatti, contro la tesi minoritaria secondo cui l'obbligo di conferimento sarebbe assunto, da parte dell'accomandante, direttamente nei confronti dei creditori sociali, si è replicato, per un verso, che l'interesse di questi ultimi potesse essere soddisfatto mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 150 l. fall. (cfr. ora art. 260 c.c.i.i.), giungendo ad asserire che l'esecuzione infruttuosa della società produca l'automatica scadenza del debito di conferimento soggetto ad un termine (Montalenti); per l'altro, che – se si vuole attribuire rilievo sostanziale alla formulazione dell'art. 2313 – deve concludersi che il socio a responsabilità limitata, e quindi anche l'accomandante, risponde dei debiti sociali solo con i beni che gli appartengono collettivamente, cioè in quanto membro della società, non anche con quelli che gli appartengono individualmente (Galano).

Anche per le società in nome collettivo e in accomandita semplice, pur essendo prevista la redazione di un atto scritto, vale a dire l'atto costitutivo, la forma scritta non è richiesta per esigenze di forma o di prova, ma solo ai fini della pubblicità legale.

Per le suddette società la legge fissa un contenuto piuttosto ampio dell'*atto costitutivo*: da esso devono risultare (art. 2295): a) il nome dei soci e la loro responsabilità, con l'indicazione, nella società in accomandita semplice, dei soci accomandatari e dei soci accomandanti (art. 2316); b) la ragione sociale, ossia il nome sotto il quale la società agisce, che può contenere anche il nome del socio receduto, che vi consenta, ovvero quello del socio defunto, se vi consentono i suoi eredi (art. 2292); c) le persone degli amministratori e di coloro che han-

no la rappresentanza della società; d) la sede, l'oggetto e la durata della società, potendo però quest'ultima essere costituita anche a tempo indeterminato; e) i conferimenti di ciascun socio; f) le prestazioni a cui sono obbligati i soci d'opera; g) le norme sulla ripartizione degli utili e la quota di ciascuno negli utili e nelle perdite.

L'incompletezza dovuta all'omissione di talune indicazioni richieste dalla legge non comporta l'invalidità del contratto, ma giustifica il rifiuto di iscrizione nel registro delle imprese da parte del relativo ufficio. D'altro canto, la mancanza di indicazioni riguardanti i soci investiti dell'amministrazione e della rappresentanza, la ripartizione degli utili o la partecipazione agli utili e alle perdite, può essere supplita dalle regole legali dispositive di cui agli artt. 2257, 2253, 2263.

La pubblicità del contratto sociale si attua mediante il deposito per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese dell'atto costitutivo con sottoscrizione autenticata dei contraenti o di una copia autentica dello stesso, se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico (art. 2296).

L'*atto costitutivo della società in accomandita semplice* deve contenere l'indicazione dei soci accomandatari e dei soci accomandanti (art. 2316). Si tratta di un requisito essenziale per la scelta del tipo di società, in assenza del quale non si ha tuttavia nullità della società, ma solo qualificazione della stessa nell'ambito di uno dei tipi elementari di società, a seconda che l'attività abbia o meno natura commerciale. La *ragione sociale* della società in accomandita semplice, affinché sia "regolarmente" formata, deve necessariamente soddisfare due requisiti: deve contenere l'indicazione del nome di almeno uno dei soci accomandatari e l'indicazione del tipo della società in accomandita semplice (art. 2314, comma 1). Non può essere inserito il nome di un socio accomandante, come si evince dall'art. 2314, comma 2, che stabilisce la responsabilità generale dello stesso accomandante conseguente alla violazione di tale prescrizione. Si osserva correttamente come il fondamento della norma non risieda nella tutela dell'affidamento dei terzi (poiché non si spiegherebbe in tal modo l'ampiezza della responsabilità che prescinde dallo stato soggettivo del singolo creditore), bensì nella salvaguardia delle caratteristiche tipologiche della società. Invero, l'accomandante che consente la spendita del proprio nome si comporta come un socio accomandatario ed è perciò assoggettato a responsabilità personale, senza tuttavia che a ciò consegua l'acquisto di alcun'altra situazione soggettiva insita (o presupposta) nello *status* di accomandatario: in particolare, il potere di amministrazione. Egli risponderà quindi illimitatamente nei rapporti esterni (avendo, poi, diritto di regresso verso la società e verso gli accomandatari per l'intero) e potrà esonerarsi da responsabilità provando che l'inclusione del proprio nome nella ragione sociale sia avvenuta contro la sua volontà o nella sua ignoranza.

Come si è accennato (in questo Capitolo, § 7, *supra*), l'iscrizione nel registro delle imprese non è condizione di esistenza della società, ma di *regolarità* della stessa; il che rappresenta una netta differenza rispetto alle società di capitali, in cui la mancanza della forma prescritta comporta la nullità della società, anche dopo l'iscrizione e ne preclude, anzi, la stessa venuta ad esistenza. La società irregolare è disciplinata, limitatamente ai rapporti con i terzi, dalle norme dettate per la società semplice, ferma la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci (art. 2297), con conseguente inapplicabilità dell'art. 2267, comma 2, per quanto riguarda l'eventuale limitazione di responsabilità.

Inoltre, in tale caso si presume che ciascun socio che agisce abbia la rappresentanza sociale anche in giudizio, mentre i patti che limitano la rappresentanza medesima o la attribuiscono soltanto ad alcuni soci non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi ne erano a conoscenza (art. 2297, comma 2). Tale disciplina, che risponde ai principi conseguenti alla mancata osservanza della pubblicità legale (art. 2193), costituisce altresì una deroga alla disciplina dettata per la società semplice (art. 2266, comma 2), che prevede l'inopponibilità delle limitazioni della rappresentanza a prescindere dalla conoscenza che i terzi ne abbiano.

Nella *società in accomandita semplice irregolare* la limitazione di responsabilità dei soci accomandanti permane ed è opponibile ai creditori, purché l'accomandante non partecipi in alcun modo (neppure in forza di procura speciale per singoli affari) alle operazioni sociali (art. 2317, comma 2).

Come si è anticipato, rientrano nella categoria delle società irregolari, quando l'attività svolta sia commerciale, sia le società di fatto vere e proprie, operanti come tali nei confronti dei terzi (in questo Capitolo, § 5, *supra*), sia le società occulte. Emerge, dunque, un tratto comune della classe delle società di persone, ravvisabile nell'applicazione della disciplina propria del tipo secondo un "principio di effettività": ne deriva non solo che la disciplina legale si applicherà quando, anche in mancanza di accordi espressi, l'attività effettivamente compiuta sia conforme a quella tipizzata, ma anche che l'interprete potrà pervenire ad una "riqualificazione" del *nomen iuris* assegnato all'iniziativa nell'atto costitutivo, qualora l'attività (o l'inattività) effettivamente riscontrata sia riconducibile ad un tipo diverso (Sciuto).

L'art. 2252 riconosce piena tutela – in mancanza di diversa pattuizione – all'interesse del singolo socio a che siano mantenute inalterate le basi organizzative originariamente convenute. La regola dell'immodificabilità del contratto sociale senza il consenso dei contraenti originari è espressione di un principio generale del diritto dei contratti, che trova applicazione per tutte le società di persone, ma non per quelle di capitali, nelle quali la regola è la modificabilità dell'atto costitutivo a maggioranza.

Parte della dottrina non rinuncia tuttavia ad evidenziare che il valore normativo dell'art. 2252 andrebbe ravvisato non tanto nella prescrizione dell'*unanimità* dei consensi per le modificazioni del contratto sociale (prescrizione peraltro intuitiva), quanto nell'affermazione della *legittimità del patto di modificabilità a maggioranza*. Non sarebbe ammissibile, invece, l'adozione di meccanismi minoritari o, addirittura, integralmente eteronomi (modificazione rimessa ad un terzo arbitratore), in quanto non solo estranei alla tradizione cui si collega la norma in esame, ma anche sistematicamente privi di coerenza, qualora si rifletta che l'art. 1349 (coordinato con le altre norme sulla costituzione e sulla stabilità dei rapporti contrattuali: artt. 1321 e 1372) ammette solo integrazioni e presuppone implicitamente un contenuto impegnativo lacunoso; mentre la modificazione del contratto sociale è vicenda riguardante un contenuto completo. Si sostiene, peraltro, che l'introduzione convenzionale del principio maggioritario debba essere interpretata *restrittivamente*. In quest'ordine di idee, da una parte, si esclude (salvo quanto si preciserà fra breve) che la maggioranza possa modificare le "basi essenziali" della società (ad esempio, mutare radicalmente l'oggetto sociale), dall'altra, si segnala la necessità che la clausola che prevede una modalità di modificazione del contratto diversa dall'unanimità sia *specificamente determinata*, dovendosi ritenere invalida la clausola dell'atto costitutivo che rimetta genericamente alla maggioranza le modificazioni (Venditti). In assenza di diversa disposizione dell'atto costitutivo, si propende per la soluzione secondo cui la maggioranza va calcolata per teste.

Una significativa eccezione alla regola dell'unanimità per le decisioni modificative del contratto sociale è prevista per la trasformazione in società di capitali, la fusione e la scissione di società di persone, che possono essere decise con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili, salvo che il contratto non disponga diversamente e salvo il diritto di recesso del socio che non abbia concorso o consentito alla decisione (artt. 2500-ter, 2502 e 2506-ter).

Le modificazioni del contratto sociale sono sottoposte al regime di pubblicità previsto per il tipo sociale in questione. Se ne deduce che nella società in nome collettivo *irregolare* e nella *società semplice* le modificazioni devono essere portate a conoscenza *con mezzi idonei* e sono inopponibili a coloro che le abbiano senza colpa ignorate (salvo che non si tratti di società semplice che eserciti un'impresa agricola, avendo in questo caso l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese valore di pubblicità legale). Nella società in nome collettivo regolare le modificazioni dell'atto costitutivo sono soggette a pubblicità legale, con conseguente inopponibilità delle modificazioni non iscritte nel registro delle imprese ai terzi, a meno che non si provi che questi ne siano a conoscenza. Le modificazioni sono in ogni caso efficaci nei rapporti fra i soci indipendentemente dall'iscrizione.

In talune ipotesi, data l'incidenza della modificazione sulla posizione dei terzi, l'iscrizione nel registro delle imprese svolge un ruolo ulteriore rispetto a quello che di regola si riconnette alla pubblicità dichiarativa. L'iscrizione assume talvolta efficacia costitutiva, come avviene per la decisione di trasformazione (art. 2500, comma 3); talaltra, ossia nelle ipotesi di riduzione di capitale con riduzione del patrimonio (attuate mediante restituzione integrale o parziale degli apporti ai soci o esonero dai versamenti ancora dovuti), la pubblicità opera come condizione per l'eseguibilità della modificazione, nonché come momento iniziale del termine di tre mesi entro il quale i creditori sociali possono proporre opposizione, atteso che attraverso la modificazione si riduce il complesso dei beni sui quali essi possono soddisfarsi con preferenza rispetto ai creditori particolari del socio (art. 2306). Analoga disciplina opera con riferimento alle decisioni di fusione o di scissione (artt. 2503 e 2506-ter). Nell'ipotesi di proroga della società oltre il termine di durata inizialmente previsto, l'iscrizione opera soltanto ai fini della decorrenza del termine di tre mesi concesso ai creditori particolari del socio per proporre opposizione (art. 2307). In caso di omissione della formalità pubblicitaria, la modifica è immediatamente operativa, ma il creditore particolare potrà richiedere, anche successivamente, la liquidazione della quota del socio debitore.

Il consenso alla modifica può manifestarsi anche tacitamente, come avviene nell'ipotesi di continuazione delle operazioni sociali dopo la scadenza della società, dovendosi ravvisare in ciò una proroga della sua durata a tempo indeterminato (art. 2273). Ne conse-

gue che il socio può esercitare diritto di recesso a norma dell'art. 2285, comma 1, e il creditore particolare del socio di società in nome collettivo o in accomandita semplice può chiedere la liquidazione della quota, esercitando il diritto riconosciuto in via generale al creditore particolare del socio di società semplice (art. 2307, comma 3, che richiama l'art. 2270).

9. *Segue.* Società di persone: profili organizzativi.

Le caratteristiche evidenziate nel paragrafo precedente agevolano l'inquadramento sistematico delle norme di cui si compone la disciplina dei tipi delle società di persone e aiutano a comprendere la razionalità delle regole legali dispositive per esse dettate, in specie di quelle riguardanti i rapporti interni fra soci e i profili organizzativi. Nei tipi elementari di società di persone esiste – nonostante la mancanza di personalità giuridica – un principio di organizzazione, desumibile dalle norme in tema di amministrazione della società semplice (applicabili anche nelle società in nome collettivo) ed inteso ad assicurare l'ordinato svolgimento di un'attività economica da parte dei soci in vista del raggiungimento dello scopo sociale. L'organizzazione della società non è, dunque, rigidamente determinata negli organi e nelle competenze, ma è sostanzialmente affidata alla libera determinazione dei soci. Non esistono organi societari, né deliberativi (assemblea), né amministrativi (amministratore unico o consiglio di amministrazione), ma vi sono persone dotate del potere di amministrazione, ovvero soggetti titolari della funzione di compiere – singolarmente, congiuntamente o anche collegialmente – tutti gli atti inerenti alla gestione dell'impresa sociale.

Si tende, quindi, ad escludere sia l'esistenza di delibere intese come atti collegiali, essendo esse la risultante della somma delle dichiarazioni dei soci del tutto svincolate dal rispetto di regole formali, sia la necessità di rispettare le rigide scadenze procedurali della convocazione, riunione, votazione. Non mancano, tuttavia, in dottrina posizioni favorevoli a riconoscere il diritto di tutti i soci di essere preventivamente informati delle decisioni da adottare (Mirone), nonché l'opportunità che nelle società di persone i soci siano tenuti a rispettare un (sia pure) embrionale metodo assembleare, quanto meno per le decisioni a maggioranza di maggior rilievo (G.F. Campobasso).

A fronte della mancanza di regole sull'invalidità delle decisioni, salvo che per la specifica ipotesi dell'opposizione all'esclusione del socio (art. 2287, comma 2), non persuade l'idea di assimilare le delibere viziata delle società a base personale a quelle assunte dai partecipanti alla comunione o al condominio (artt. 1109 e 1137), dal momento che il nostro legislatore in principio contrappone – come si è avuto modo di chiarire – il godimento statico a quello dinamico e solo per il primo rinvia alla disciplina della comunione. La tesi favorevole all'applicazione alle delibere invalide delle categorie elaborate in tema di disciplina generale dei contratti muove invece dall'assunto che la previsione a livello statutario di regole procedimentali vale a subordinare l'efficacia della delibera stessa a forme convenzionali *ex art.* 1352, la cui inosservanza impone di rifarsi alla disciplina della nullità del contratto, con conseguente imprescrittibilità dell'azione e legittimazione di ciascun socio a ricorrere all'autorità giudiziaria per fare accertare l'inefficacia dell'atto deliberativo. Tuttavia, l'impostazione in chiave negoziale dei vizi delle delibere di società di persone conduce ad un'eccessiva dilatazione dei termini di rilevanza del vizio, in specie laddove si tratti di vizi procedimentali, in contraddizione con le esigenze di funzionalità e certezza dell'attività sociale (Pisani). Paradigmatico del ridimensionamento cui va incontro l'interesse alla rimozione della fattispecie viziata a causa del compresente interesse alla certezza del diritto e, in particolare, alla stabilità delle deliberazioni societarie è il sistema delle impugnative assembleari di società di capitali, che dopo la riforma organica del 2003 è – lo si vedrà più avanti (in questo Capitolo, § 11) – differenziato per i tipi azionari (artt. 2377 ss., 2454 ss.), da un lato, e per quello della società a responsabilità limitata, dall'altro (art. 2479-ter). E non è certo sfuggito alla dottrina come proprio il modello della s.r.l. appaia maggiormente affine alle società personali, poiché – pur essendo contraddistinto dalla personalità giuridica dell'ente e dalla limitazione di responsabilità di tutti i soci – rimane caratterizzato, secondo quanto disposto dalla disciplina “di base” del tipo, da un forte rilievo delle persone dei soci (Weigmann).

L'art. 2257, come novellato nell'ambito delle recenti riforme sulla crisi d'impresa, esordisce affermando che l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, comma 2, spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. La norma in esame – nella sua attuale formulazione (come modificata dal d.lgs. n. 147/2000) da leggersi in stretta correlazione con il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi in funzione della prevenzione e gestione di eventuali

crisi d'impresa – non sembra innovare il modello legale di amministrazione nelle società di persone, nel quale il socio illimitatamente responsabile continua ad essere naturalmente amministratore.

Il paradigma normativo scelto dal legislatore è quello dell'*amministrazione disgiuntiva* affidata a tutti i soci (art. 2257). Si tratta di una regola dispositiva – secondo taluni (Ferri *sr.*) suppletiva –, destinata a trovare applicazione se i soci non hanno diversamente disposto nell'atto costitutivo e derogabile anche mediante una successiva modifica dello stesso. Secondo tale modello ciascun socio amministratore può compiere da solo tutte le operazioni rientranti nell'oggetto sociale, senza necessità di informare preventivamente gli altri soci o chiedere il consenso o il parere degli altri soci amministratori. Siffatto potere d'iniziativa individuale incontra un temperamento nel diritto di ciascun socio amministratore di opporsi all'operazione che un altro socio voglia compiere prima che essa sia completata (art. 2557, comma 2). Sull'opposizione (e sul conseguente conflitto che ne deriva rispetto all'esercizio del potere di amministrazione in merito all'operazione contrastata) decide la maggioranza dei soci computata per *quote d'interesse*, cioè secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili (art. 2257, comma 3). La decisione è subordinata all'attualità del conflitto, nel senso che una rinuncia all'opposizione impedisce alla maggioranza di pronunciarsi e consente la ripresa dell'operazione interrotta.

Giova precisare che oggetto della decisione della maggioranza dei soci è l'*opposizione*, e non il compimento dell'operazione; il che spiega perché la decisione spetti a *tutti* i soci, anche se il potere disgiuntivo di amministrazione sia attribuito solo ad alcuni. Inoltre, se la maggioranza ritiene l'opposizione ingiustificata, non è detto che l'operazione contrastata debba necessariamente compiersi, potendo il socio che l'aveva decisa orientarsi diversamente senza che nessun altro assuma l'iniziativa. Trattandosi di forme di difesa dell'interesse di tutti i soci, non sembra possibile sopprimere il diritto di veto con il contratto sociale e neppure escludere l'intervento della maggioranza per decidere sul suo esercizio.

L'atto costitutivo può attribuire l'amministrazione solo a taluni soci disgiuntamente, o a tutti i soci o ad alcuni fra essi congiuntamente oppure prevedere che l'amministrazione congiuntiva sia combinata con quella disgiuntiva, così come può stabilire che gli atti di

amministrazione siano decisi all'unanimità o a maggioranza. Nell'ipotesi di *amministrazione congiuntiva* maggioritaria, la legge precisa che la volontà della maggioranza vada determinata per quote di interesse e non per capi (art. 2558, comma 2). In caso di urgenza è riconosciuto ai singoli amministratori il potere di agire individualmente al fine di evitare un danno alla società (art. 2558, comma 3).

La legge disciplina solo la cessazione delle funzioni di amministratore a seguito di *revoca*: dall'art. 2259 si ricava che l'amministratore nominato nell'atto costitutivo può essere revocato solo per giusta causa e, in difetto di quest'ultima, la revoca non ha effetto; qualora, invece, la nomina sia avvenuta con atto separato, l'amministratore potrà essere revocato secondo le norme sul mandato, ma, se la revoca avviene senza giusta causa (e, nell'ipotesi di nomina a tempo indeterminato, senza congruo preavviso), egli avrà diritto al risarcimento del danno commisurato tendenzialmente ai futuri emolumenti che all'amministratore revocato sarebbero spettati se fosse stato mantenuto in carica (art. 1725). È controverso se la decisione di revoca vada assunta all'unanimità, secondo il regime del mandato collettivo, o se possa essere presa dalla maggioranza anche in assenza di una clausola del contratto sociale che contempla la regola maggioritaria in ordine ai provvedimenti di nomina e revoca. È evidente che la seconda soluzione – sostenuta da chi ritiene la regola maggioritaria implicita nella disciplina dei tipi elementari di società, oppure propende per un ridimensionamento del rinvio alle regole sul mandato (come si dirà fra poco) – concorre a delineare un regime assai più agevole di revocabilità dell'amministratore nominato con atto separato. Resta salva, naturalmente, la revoca giudiziale, proponibile per giusta causa da ogni socio (art. 2259, ultimo comma).

Sebbene la disciplina delle società di persone sia caratterizzata dalla regola del collegamento del potere di amministrare con la qualità di socio – destinata ad operare in assenza di contrarie disposizioni del contratto sociale – ciò non significa che i soci siano, in quanto tali, obbligati all'esercizio dell'attività gestoria. Un'obbligazione del genere – già in sé difficilmente identificabile alla luce della situazione disgiuntiva di potere rintracciabile nello statuto dei tipi elementari di società – non fa capo al contratto sociale, ma caratterizza il rapporto gestorio che trova la propria fonte nell'atto di nomina. In assenza di un siffatto contenuto obbligatorio (atteso che i soci non hanno nulla da adempiere

fuorché i conferimenti), autorevole dottrina ha suggerito di impostare in chiave tipologica la questione se l'amministrazione delle società di persone sia necessariamente attività dei soci, oppure possa essere svolta anche da individui estranei alla società. Un'impostazione incline a ritenere che l'iniziativa sia tendenzialmente indissociabile dal rischio e che, simmetricamente, la partecipazione a quest'ultimo sia garanzia di una responsabile direzione dell'impresa tanto individuale quanto sociale, condurrebbe ad affermare che l'amministrazione sia inderogabilmente riservata alla persona dell'imprenditore. Se poi si accetta l'opinione che identifica nei soci illimitatamente responsabili altrettanti imprenditori, il postulato orienterà inevitabilmente a concludere che i soci possano "rinunciare" alla direzione dell'impresa comune solo a favore di alcuni di essi (Galgano). Deve considerarsi acquisito, tuttavia, che la società si pone quale diaframma indispensabile fra la titolarità in senso economico dell'affare e l'imputazione giuridica dell'attività svolta per la realizzazione dello stesso. Si è, dunque, proposto (Spada) di ricavare dal sopra citato art. 2259 e, in particolare, dalla duplicità dei regimi di revocabilità degli amministratori in esso contemplati, una duplicità di figure di socio amministratore di società di persone: l'una caratterizzata da un'accentuata posizione di indipendenza del preposto rispetto ai soci non gestori, la quale si concreta nell'esenzione dalla revoca *ad nutum* e dalle istruzioni successive al conferimento dell'incarico; l'altra riconoscibile per i poteri di governo che i soci non amministratori vantano *collettivamente* nei confronti dell'amministratore, quali il potere di interrompere immotivatamente il rapporto e quello di impartire istruzioni. Nella prima situazione ricorre un'amministrazione disciplinata *per persone*; nella seconda si è in presenza di un'amministrazione *per funzioni*, in cui il potere di amministrazione è presupposto di un ufficio. Da questa ricostruzione si desume la compatibilità della seconda "figura" con la preposizione del terzo, la cui posizione sarebbe assimilabile a quella di un mandatario generale o di un *istitutore*, sia pure con poteri estesi al compimento di tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (Cottino, Galgano). Resta inteso che il problema testé esaminato non può porsi per la società in accomandita semplice, poiché con riferimento ad essa la legge prevede che l'amministrazione possa essere conferita solo ai soci accomandati (art. 2318, comma 2).

Sebbene la disposizione dell'art. 2262, comma 1, ponga in capo agli amministratori i diritti e gli obblighi del mandatario, il rinvio alla disciplina del mandato non va sopravvalutato. L'ufficio di amministratore, infatti, investe un'attività, e non singoli atti, e si estende

a tutte le operazioni rientranti nell'oggetto sociale. Non si applica il limite degli atti di ordinaria amministrazione, posto dall'art. 1708, comma 2, per il mandatario generale; così come non opera il limite ai poteri dell'institore di cui all'art. 2207. D'altro canto, è la stessa legge a stabilire il contenuto dell'attività mediante l'imposizione di specifici obblighi, quali la tenuta della contabilità (art. 2302), la redazione del bilancio di esercizio, l'iscrizione della società nel registro delle imprese mediante deposito dell'atto costitutivo presso il relativo ufficio (art. 2296).

Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto, salvo che dimostrino di essere esenti da colpa (art. 2260). La funzione della norma si coglie nelle ipotesi in cui l'amministrazione sia conferita a più soci, ma non a tutti, e laddove operi il regime legale, quando si tratti di escludere la responsabilità di alcuno dei soci, in quanto esente da colpa. Si tende a qualificare la responsabilità come derivante da *culpa in vigilando*, atteso che in regime di amministrazione disgiuntiva – come si è avuto modo di chiarire – ciascun socio è legittimato ad intraprendere le operazioni sociali senza l'obbligo di informare preventivamente gli altri soci. Ne consegue che non sarà sufficiente per il singolo amministratore addurre la mera ignoranza del fatto dannoso, dovendo egli dimostrare che, nonostante abbia osservato lo *standard* di diligenza impostogli, non ha avuto conoscenza dell'atto o, in alternativa, benché abbia esercitato il veto, l'opposizione sia stata respinta o, ancora, che l'operazione rientrava nelle mansioni esclusive di altri amministratori, vigendo una ripartizione di compiti fra i medesimi. Nel caso di amministrazione congiuntiva, l'esonero da responsabilità può essere invece ipotizzato in due soli casi: per un verso, quando il singolo amministratore abbia compiuto un atto urgente senza il consenso degli altri amministratori; per l'altro, là dove abbia fatto constare il proprio dissenso rispetto all'operazione.

Nel compimento delle proprie scelte gestorie gli amministratori godono di un ampio margine di discrezionalità e in sede di accertamento della responsabilità non sarà possibile sindacare il merito delle decisioni assunte.

Coerentemente con l'organizzazione propria delle società di persone, è da ritenere che l'azione di responsabilità spetti al socio non *uti singulus*, ma come membro della collettività sociale. Ciascun so-

cio sarà dunque legittimato a proporre l'azione per ottenere la reintegrazione del patrimonio sociale, il quale sia rimasto danneggiato in conseguenza della *mala gestio* dell'amministratore.

Siffatta legittimazione straordinaria del singolo socio non si pone in conflitto insanabile con l'art. 81 c.p.c., a mente del quale "fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può fare valere nel processo in nome proprio un diritto altrui"; ed infatti, tale legittimazione trova il proprio fondamento nella posizione del socio quale potenziale creditore della società, qualora, in sede di riparto dell'attivo nella fase di liquidazione, i liquidatori dovranno procedere al rimborso dei conferimenti e alla restituzione dell'eventuale eccedenza (art. 2282 c.c.).

Sotto altro aspetto, va chiarito che, allorquando emergano delle responsabilità gestorie ed il patrimonio sociale ne risulti danneggiato, è necessario, per non compromettere il funzionamento della società e la posizione dei creditori sociali (nonché degli stessi soci), che il risarcimento del danno sia integrale, senza possibilità per il socio di trattenere, neppure per la sua quota, le somme versate dagli amministratori a titolo di risarcimento del danno.

I soci esclusi dall'amministrazione hanno nei confronti degli amministratori incisivi poteri di informazione e di controllo, che trovano il proprio fondamento nell'organizzazione della società su base personale e nella mancanza in essa di un organo di controllo. Essi si manifestano nel diritto di avere notizie sullo svolgimento degli affari sociali; di consultare i documenti relativi all'amministrazione e quindi, per le società soggette all'obbligo di tenuta della contabilità, i libri e le scritture contabili; di ottenere il rendiconto periodico alla fine di ogni esercizio sociale e il rendiconto finale (art. 2261).

Si ritiene (Ferri *sr.*) che l'espressione "rendiconto", nella società in nome collettivo e nella società in accomandita semplice, assuma un contenuto complesso in quanto formula riassuntiva per indicare il bilancio ed il conto dei profitti e delle perdite. Va altresì ricordato lo stretto collegamento sussistente nelle società di persone fra rendiconto e *diritto agli utili*, di cui il primo costituisce la necessaria premessa (art. 2262). Al riguardo, preme rimarcare la natura di atto unitariamente e collettivamente riferibile alla società propria del bilancio/rendiconto, il quale è connotato, anche nelle società personali, da una formazione procedimentale, che prende avvio dalla sua predisposizione – sotto forma di progetto di rendicontazione – da parte degli amministra-

tori nell'interesse del gruppo e si conclude (o perfeziona) con l'approvazione dei soci, in quanto decisione collettivamente assunta dal gruppo, anziché per via di mera approvazione individuale. Solo una volta intervenuta siffatta approvazione e così perfezionatosi l'*iter* di formazione del bilancio o rendiconto quale atto della società, là dove emerge l'esistenza di utili nel patrimonio sociale, ciascun socio maturerà il diritto, questo sì individualmente, a pretendere la propria quota parte di utili nei confronti della società quale soggetto di diritto distinto dalle persone dei soci.

È discusso se il diritto di approvare il bilancio possa essere riconosciuto anche al socio accomandante. Alla tesi secondo cui l'approvazione da parte dell'accomandante costituirebbe una illegittima ingerenza nell'attività amministrativa della società (Galgano), si è persuasivamente replicato che equiparare l'approvazione del bilancio ad un atto di amministrazione equivale ad attribuire al divieto di immistione previsto dall'art. 2320 c.c. una portata talmente ampia da svuotare in pratica di significato la partecipazione dell'accomandante medesimo alla gestione dell'impresa sociale. Va anzi rimarcato che il socio accomandante non può ritenersi del tutto estraniato dalla gestione, bensì collocato in una posizione partecipativa, sicché nessuna ragione di carattere sostanziale si oppone a riconoscergli il diritto di prendere parte alla formazione di un atto di controllo e di indirizzo "mediato" sull'amministrazione attiva della società, qual è il bilancio/rendiconto (Montalenti).

Un potere di controllo continuo analogo a quello spettante ai soci esclusi dall'amministrazione va riconosciuto anche agli accomandatari non amministratori nella società in accomandita semplice, mentre agli accomandanti spetta solo un controllo del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite da esercitare alla fine dell'esercizio: essi possono consultare i libri e i documenti della società (art. 2320, comma 3), al solo fine di controllare l'esattezza dei dati esposti nel bilancio (Ferri *sr.*).

Alle norme finora illustrate che stabiliscono il regime legale dispositivo o suppletivo inteso a governare i procedimenti decisionali interni alla società e improntato alla diretta rilevanza dei soci nel prodursi dell'attività sociale, si affianca la disciplina delle condizioni di efficacia dei poteri rappresentativi e di opponibilità dei relativi limiti. La legge stabilisce che la società acquista diritti, assume obbligazioni e sta in giudizio per mezzo dei soci che ne hanno la *rappresentanza*, vale a dire, salvo diversa disposizione dell'atto

costitutivo, per mezzo dei suoi amministratori, che dunque avranno sia il potere di decidere le operazioni sociali sia di impegnare la società (artt. 2266 e 2298). Il potere di rappresentanza si commisura a quello di amministrazione e spetterà disgiuntamente o congiuntamente a seconda che l'amministrazione sia disgiuntiva o congiuntiva. Le modificazioni e l'estinzione dei poteri rappresentativi devono essere portate a conoscenza dei terzi secondo la disposizione dell'art. 1396. Se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice (così come di società semplici esercenti attività agricola), i patti limitativi della rappresentanza (sia che riguardino le persone dei soci, sia il contenuto del relativo potere) non sono opponibili se non sono pubblicati (artt. 2298 e 2300) o, nel caso di società irregolare, se non si prova che i terzi li conoscessero (art. 2297).

10. Società di capitali: caratteri generali e costituzione.

Le società di capitali, il cui "prototipo" è rappresentato dalla società per azioni, sono capaci, e normalmente destinate, a coinvolgere un numero anche rilevante di soci, rivolti al perseguimento di uno scopo di lucro.

Diversamente dalle società di persone, esse si costituiscono necessariamente – come si ricava da dati normativi specifici e inderogabili, in primo luogo dagli artt. 2331, 2332 e 2436 – per effetto di un'attività di documentazione, consistente nell'indicazione, nell'atto costitutivo, dei fondamentali elementi formali e sostanziali della società, e nella sua successiva iscrizione nel registro delle imprese (*pubblicità costitutiva*). Il testo documentato è destinato a prevalere su quanto eventualmente convenuto (espressamente o in conformità di una prassi consolidata), ma non formalizzato nel documento iscritto nel registro delle imprese.²

Ai fini dell'esistenza di ciascuna società di capitali non è sufficiente la costituzione, ma è necessaria la successiva iscrizione nel registro delle imprese, che concorre a perfezionare la fattispecie, la quale si presenta, dunque, a formazione successiva o, secondo una diversa visuale, come procedimento. Soltanto con l'iscrizione la società esiste come persona giuridica; soltanto in questo momento si producono nei confronti dei soci e dei terzi gli effetti propri del tipo di società prescelto. D'altro canto, una volta iscritte, le società di capitali vengono

ad esistenza ed operano efficacemente a prescindere dalla validità dell'atto costitutivo (art. 2332). E si è già chiarito come il *nomen iuris* della società, quale indicato nell'atto costitutivo e iscritto nel registro delle imprese, sia destinato a prevalere sulle clausole "atipiche", le quali saranno giudicate nulle e sostituite imperativamente dalla disciplina legale propria del tipo indicato. Ancora, la prevalenza della componente documentale sul materiale extrastatutario impedisce di riconoscere efficacia reale a quelle regole che non risultino formalmente dedotte nello statuto (inteso come insieme di regole poste dai privati) iscritto nel registro delle imprese, restando confinate nell'area del "parasociale" (Angelici, Sciuto). D'altro canto, prima dell'iscrizione vi saranno degli effetti preliminari, come tipicamente avviene in ogni fattispecie complessa in corso di formazione, ma non gli effetti legali del tipo di società prescelto (Ferri *sr.*).

La struttura capitalistica della società si riflette sul procedimento di costituzione, la cui disciplina s'incentra sulla formazione del capitale sociale e sulle regole intese a garantirne l'effettività. Da ciò discendono talune condizioni o oneri che devono essere adempiuti da coloro che partecipano alla stipula del contratto sociale (art. 2329), quali: a) la dimostrazione che sia stato sottoscritto per intero il capitale sociale; b) il versamento del venticinque per cento dei conferimenti in denaro, nel caso della società per azioni presso una banca (art. 2342, comma 2), alla quale è vietato consegnare le somme depositate agli amministratori se costoro non provano l'avvenuta iscrizione della società nel registro delle imprese (art. 2331, comma 4); nel caso della società a responsabilità limitata il versamento di cui sopra va effettuato direttamente all'organo amministrativo nominato nell'atto costitutivo, che deve inoltre indicare i mezzi di pagamento (art. 2464, comma 4); c) l'integrale esecuzione dei conferimenti in natura; d) la sussistenza delle autorizzazioni e delle altre condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in considerazione della rilevanza dell'attività da essa esercitata.

Nelle società appartenenti alla classe delle società di capitali, stando al regime legale (derogabile ma non senza limiti), per modificare la composizione personale della compagine sociale non è necessario il consenso né di tutti né della maggioranza dei soci. La vicenda traslativa della partecipazione si perfeziona con il consenso di chi aliena e di chi acquista; non rientra fra le modificazioni dell'atto costitutivo e non richiede, pertanto, l'osservanza del relativo procedimento. D'altronde, la vendita della partecipazione può

essere per il socio più conveniente dell'accesso all'utile. Ne discende che le società di capitali attingono, potenzialmente, a *risorse anonime*; l'anonimato delle risorse è tanto più accentuato quanto più la partecipazione si atteggia come merce – può dirsi come “merce finanziaria” –, suscettibile di formare oggetto di contrattazione continua nel mercato dei capitali.

Il principio di (tendenziale) libera trasferibilità delle partecipazioni comporta l'irrazionalità di regole che coinvolgessero i soci nell'amministrazione e nella responsabilità per le obbligazioni sociali. Di qui il processo di specializzazione della funzione amministrativa in un ufficio i cui preposti sono reclutati da una compagine sociale potenzialmente crescente e mai uguale a se stessa. Ma di qui anche la concentrazione della garanzia delle obbligazioni sociali sul patrimonio della società e la limitazione del rischio, da parte di ciascun socio (fatta eccezione per gli accomandatari di s.a.p.a.), nei limiti di quanto conferito; anzi, ricorrendo le condizioni previste dalla legge, persino da parte dell'unico socio, sia esso persona fisica o giuridica.

In generale, perché si acquisti la qualità di socio è necessario che i primi assegnatari delle partecipazioni effettuino un *conferimento*, inteso come contributo alla formazione del capitale sociale secondo le regole di un procedimento formale oggetto di specifica disciplina (Ferri jr., Angelici).

La limitazione di responsabilità dei soci e l'adozione nelle società di capitali di soluzioni plutocratiche – per cui potere e profitto sono, in via di principio, “funzioni dirette” del rischio (Spada), ossia sono proporzionali alla ricchezza investita e “capitalizzata” (M. Cian/Ginevra) – giustificano la previsione di norme in materia di conferimenti più rigorose di quelle previste per le società di persone sia sotto il profilo delle tipologie di entità conferibili, sia sotto quello delle modalità e dei tempi di esecuzione del conferimento, nonché della valutazione dei beni e dei crediti conferiti. A livello sistematico, si osserva come la funzione giuridica del conferimento nelle società di capitali si comprende considerando non tanto il contributo con esso arrecato allo svolgimento dell'attività sociale, quanto il suo significato di *investimento* (ossia di affidamento di valori all'altrui gestione) e la connessa esigenza che si realizzi in forme coerenti con tale significato.

Sotto altro aspetto, bisogna segnalare che la riforma del 2003 ha introdotto differenze non trascurabili per quanto concerne la disciplina

dei conferimenti nella società per azioni e in quella a responsabilità limitata. La distinzione appena richiamata emerge con particolare chiarezza laddove si consideri il diverso trattamento del conferimento d'opera o di servizi. Nella società per azioni esso è vietato dall'ultimo comma dell'art. 2342 (sulla scorta dell'obbligo comunitario imposto dall'art. 7 della seconda Direttiva in materia di società per azioni); sicché l'apporto di tali utilità non può contribuire alla formazione del capitale sociale e può dare luogo soltanto all'emissione di strumenti finanziari diversi dalle azioni, sia pure forniti di alcuni dei diritti patrimoniali e anche amministrativi tradizionalmente spettanti al socio (art. 2346, comma 6). L'emissione di strumenti finanziari a fronte dell'apporto d'opera o di servizi si può avere, a norma dell'art. 2349, anche a favore dei dipendenti della società.

Nella società a responsabilità limitata oggetto del conferimento può essere la *prestazione d'opera o di servizi* da parte del socio. In tal caso, l'art. 2464, comma 6, richiede – coerentemente con la limitazione di responsabilità – la prestazione di idonea garanzia per il tramite di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria, la quale assume il ruolo di condizione esterna di ammissibilità. Se ne deduce che il valore del conferimento può consistere in un'attività del socio, la cui partecipazione all'attività comune può così realizzarsi – oltre che sul piano di una condivisione dei rischi – anche cooperando direttamente al suo svolgimento con il proprio personale contribuito. Tale prospettiva è invece incompatibile con il possibile “anonimato” della partecipazione nella società per azioni, posto che l'apporto d'opera o di servizi non soltanto non consente alla società stessa di acquisire definitivamente il valore di tale apporto – in contrasto con il principio dell'integrale liberazione della partecipazione corrispondente ai conferimenti non in denaro (art. 2342, comma 3, riprodotto per la s.r.l., ma con significato non del tutto coincidente, nell'art. 2464, comma 5) –, ma soprattutto non le permette di avvalersene in via autonoma e a prescindere dalla cooperazione personale del socio.

La “legittimità conoscitiva” della classe delle società di capitali risiede, dunque, nel legame fra variazione della compagine sociale senza modificazione dell'atto costitutivo e formazione del capitale di rischio. Tale legame, sebbene costituisca presupposto imprescindibile affinché l'attuazione del programma imprenditoriale avvenga mediante il reperimento e l'utilizzo di risorse finanziarie “anonime”, non è sufficiente di per sé a convogliare l'investimento da parte di grandi masse di risparmiatori (per l'appunto, “anonimi”,

poiché ciò che conta è solo l'apporto effettuato), dovendo ricorrere le condizioni giuridiche per l'instaurazione in concreto di un mercato delle partecipazioni medesime. Acquistano rilevanza, in tale prospettiva, le regole legali dettate per il tipo della società per azioni e idonee a differenziarlo rispetto alla società a responsabilità limitata, pure appartenente alla classe delle società di capitali.

La legge prevede, con esclusivo riferimento alla società per azioni, la bipartizione fra società che fanno e società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2325-bis). Le prime (s.p.a. aperte), a loro volta, sono identificate nelle *società con azioni quotate in mercati regolamentati* e in quelle *emittenti strumenti finanziari diffusi* tra il pubblico in misura rilevante.

Attualmente sono considerate *società emittenti azioni diffuse* fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani, non quotati in mercati regolamentati, con più di cinquecento azionisti, diversi dai soci che partecipano in misura superiore al tre per cento del capitale, che detengano complessivamente una percentuale di capitale sociale pari almeno al cinque per cento e superino due dei tre limiti indicati dall'art. 2435-bis, comma 1, per la redazione del bilancio in forma abbreviata (art. 2325-ter, comma 1).

Non si considerano emittenti strumenti finanziari diffusi: 1) gli emittenti le cui azioni sono soggette a limiti legali alla circolazione riguardanti anche l'esercizio di diritti aventi contenuto patrimoniale; 2) gli emittenti il cui oggetto sociale preveda esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio (art. 2325-ter, comma 2); 3) le società sottoposte a procedure concorsuali (amministrazione straordinaria, concordato preventivo liquidatorio o in continuità indiretta, liquidazione giudiziale o liquidazione coatta amministrativa), nonché gli emittenti nei cui confronti è stata disposta la totale riduzione delle azioni o del valore delle obbligazioni (art. 2325-ter, comma 3).

Sono *emittenti obbligazioni diffuse* fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani di obbligazioni, anche relative a diverse emissioni in corso, di valore nominale complessivamente non inferiore a cinque milioni di euro e con un numero di obbligazionisti superiore a cinquecento (art. 2325-ter, comma 4).

La qualifica di emittenti strumenti finanziari diffusi e l'applica-

zione della relativa disciplina decorrono dall'inizio dell'esercizio sociale successivo a quello nel corso del quale si sono verificate le condizioni testé menzionate e cessano alla chiusura dell'esercizio sociale in cui è stato accertato il venir meno delle stesse (art. 2325-ter, comma 6).

Alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (s.p.a. chiuse) si applica la generalità delle norme che costituiscono la disciplina della società per azioni, alle quali si aggiungono alcune regole specifiche, che presuppongono per lo più la presenza di un numero limitato di azionisti: si richiamano, fra le altre, la norma con cui si consente allo statuto di derogare al regime legale di convocazione dell'assemblea, prevedendo la possibilità di un avviso comunicato ai soci con mezzi tali da garantire la prova dell'avvenuto ricevimento almeno otto giorni prima della riunione (art. 2366, comma 3), nonché che contempla il riconoscimento della legittimazione all'impugnazione delle delibere annullabili in capo ai soci che rappresentino anche congiuntamente il cinque per cento del capitale sociale (art. 2377, comma 3).

Alle società emittenti strumenti finanziari diffusi si applicano, oltre alle disposizioni comuni a tutte le società per azioni o in deroga ad esse, le norme genericamente dettate per le "società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio" (ad esempio, in tema di pubblicità dei patti parasociali ai sensi dell'art. 2341-ter). Infine, alle società con azioni quotate si applicano – accanto alla disciplina generale e alle norme destinate ad applicarsi alle "società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio" – le disposizioni che lo stesso codice civile (ad esempio, artt. 2412, comma 5, 2441, comma 4, 2437-quinquies) o leggi speciali dedicano espressamente ad esse. Fra le leggi speciali riveste un'importanza primaria il TUF, emanato con d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nella parte dedicata alla disciplina degli emittenti. È soprattutto con riferimento ad esso che l'art. 2325-bis, ha cura di precisare che le norme dettate dal codice civile per le s.p.a. "si applicano alle società quotate in mercati regolamentati in quanto non sia diversamente disposto dalle norme di questo codice o di leggi speciali".

11. *Segue. Società di capitali: struttura finanziaria.*

La società per azioni si caratterizza per la divisione del capitale sociale in un numero di partecipazioni arbitrariamente fissato nell'atto costitutivo, rappresentate dalle *azioni* (art. 2346).

In quanto frazione del capitale dotata di valore unitario, l'*azione* serve a misurare le partecipazioni al rapporto sociale di questo o quel socio: essa consente, cioè, di risolvere il problema della misurazione di quelle situazioni soggettive del socio che richiedono una determinazione quantitativa (potere di voto, diritto agli utili, diritto di opzione, diritto al saldo attivo di liquidazione).

Può dunque dirsi che le azioni sono partecipazioni-tipo omogenee e standardizzate, dotate di uguale valore e che conferiscono ai loro possessori uguali diritti (art. 2348, comma 1).

Il secondo comma dell'art. 2346 dispone che “se determinato nello statuto, il *valore nominale* di ciascuna azione corrisponde ad una frazione del capitale sociale; tale determinazione deve riferirsi senza eccezione a tutte le azioni emesse dalla società”. Il terzo comma del medesimo articolo aggiunge che “in mancanza di indicazione del valore nominale delle azioni, le disposizioni che ad esso si riferiscono si applicano con riguardo al loro numero in rapporto al totale delle azioni emesse”. Ne deriva la possibilità di attribuire alle azioni un valore assoluto, il valore nominale (in modo che la moltiplicazione di tale valore per il numero delle azioni sia eguale alla cifra stabilita come capitale sociale), oppure – in alternativa – la possibilità di limitarsi a definire la proporzione del capitale sociale da esse rappresentata.

Si tratta, a ben vedere, di una mera variante tecnica mediante la quale predeterminare in via statutaria un'unità di conto utilizzabile per la misurazione dei diritti spettanti a ciascun socio. L'adozione della seconda soluzione consente di risolvere alcuni problemi che si presentano, in particolare, in caso di modificazione del capitale sociale: infatti, l'indicazione del valore nominale delle azioni richiederebbe di procedere a una modifica dello stesso, con la necessità di determinare il rapporto di cambio fra azioni di vecchio e nuovo taglio, comportando un'alterazione in concreto delle posizioni dei soci.

Dalla prospettiva che vede nell'azione una partecipazione-tipo

astrattamente predisposta e considerata discende una serie di conseguenze di rilievo. Una di queste è l'*autonomia*, la quale si traduce in un atteggiamento normativo per cui il socio partecipa alla società ed esercita i diritti che ne derivano tante volte quante sono le azioni di cui è titolare, potendosi anche ammettere un esercizio limitato ad una parte soltanto delle azioni medesime e, nel caso del diritto di voto e del recesso, un esercizio addirittura "divergente".

Ulteriore connotato dell'azione, derivante dal suo significato di unità di misura, è l'*indivisibilità*, espressamente affermata nell'art. 2347 che, mentre prevede in caso di comproprietà dell'azione la nomina di un rappresentante comune per l'esercizio dei diritti dei comproprietari secondo i principi sanciti in materia di comunione dagli artt. 1105-1106, non consente però – in termini diversi dalle situazioni considerate dall'art. 1112 – una divisione della stessa ad opera dei soci.

Dall'attribuzione a tutte le azioni di un identico valore derivano soprattutto la loro *fungibilità*, che propizia la formazione di un mercato che le abbia ad oggetto; ed una loro oggettivizzazione – si discorre altresì di una "reificazione" – legata alla possibilità di intenderne le vicende prescindendo da quelle personali del socio che ne sia in un dato momento titolare. Quel che si realizza è, in altri termini, una spersonalizzazione della partecipazione, per effetto della quale la persona del socio degrada a una "variabile giuridicamente indipendente" (Spada); il che agevola la raccolta di capitale detto perciò "anonimo" (Sciuto).

A tali caratteristiche si riconnette la possibilità di una "incorporazione" in documenti cartacei la cui trasmissione è governata dalle regole sui titoli di credito, o con altre tecniche di legittimazione e circolazione (artt. 2346, comma 1, 2354 e 2355; 83-bis TUF). La possibilità di smobilizzo del capitale investito è poi accentuata quando le azioni sono quotate, atteggiandosi allora come *titoli di massa* o *valori mobiliari* in un contesto di appello al risparmio diffuso (Libonati).

Possono quindi enuclearsi diversi possibili significati del termine azione: 1) parte del capitale sociale; 2) insieme di situazioni giuridiche soggettive (o bene immateriale collettore delle stesse); 3) documenti (o documentazione) destinati all'esercizio di tali posizioni. Questi ultimi potranno essere nominativi o al portatore, a scelta del socio, salvo diversa disposizione di legge o statutaria (art.

2354, comma 1). Occorre aggiungere che, a fronte della previsione normativa di un possibile duplice regime di circolazione delle azioni, è tuttora vigente la scelta legislativa – pressoché coeva all’emanazione del codice civile – della generale obbligatorietà delle azioni nominative, cui fanno eccezione i rari casi in cui la legge ha espressamente autorizzato l’emissione di azioni al portatore (azioni di risparmio, delle Sicav e delle Sicaf: artt. 145, comma 3, 35-quater, comma 4, 35-quinquies, comma 2, TUF).

Lo statuto può peraltro escludere l’emissione dei titoli, in tal caso impedendo il trasferimento della partecipazione secondo le regole summenzionate, ferma restando la cedibilità ai sensi degli artt. 1406 ss., con successiva iscrizione nel libro dei soci.

Giova rimarcare poi che lo statuto può sottoporre il trasferimento delle azioni a particolari condizioni, che devono risultare dal titolo, con la limitazione a cinque anni dell’intrasferibilità eventuale (art. 2555-bis).

Regole legali diverse sono dettate per la *società a responsabilità limitata*, data la mancata predisposizione di un’unità di misura oggettiva e la conseguente necessità di misurare i diritti del socio sulla base della proporzione con cui egli partecipa alla società. Il punto può essere sintetizzato affermando che nella s.r.l. la *quota* è un *posterius* rispetto alla posizione personale del socio, nel senso che la prima è nozione derivata (e non pensabile a prescindere) dalla seconda (Bione); sicché la misurazione delle prerogative sociali avviene, con risultati diversi, accertando il *quantum* specifico della partecipazione (Angelici).

Il regime legale predisposto dal codice civile con riferimento al “modello-base” di società a responsabilità limitata vieta, in linea di principio (e fatte salve le precisazioni che seguiranno), di documentare le partecipazioni ricorrendo a modalità che ne consentano la circolazione secondo il regime dei titoli di credito, nonché di farne oggetto di operazioni di offerta al pubblico (art. 2468, comma 1). Lo statuto può, inoltre, con il solo limite del recesso, impedire o condizionare fortemente la trasferibilità delle partecipazioni sociali (art. 2469).

Deve tuttavia segnalarsi che, per effetto di recenti innovazioni legislative, è ora possibile per le *piccole e medie imprese* (PMI) co-

stituite in forma di società a responsabilità limitata, in deroga all'art. 2468, sia prevedere statutariamente categorie di quote fornite di diritti diversi, sia fare delle loro quote l'oggetto di un'offerta al pubblico. È altresì consentito disapplicare il divieto di operazioni sulle proprie partecipazioni (stabilito dall'art. 2474), qualora l'operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione. L'attuale disciplina – originariamente dettata, per un periodo di tempo limitato, per le sole *start-up* innovative e PMI innovative (art. 26, d.l. n. 179/2012, poi convertito nella l. n. 221/2012), a conferma del suo carattere singolare – è stata genericamente estesa alle PMI, a prescindere dal loro carattere innovativo, all'esito delle modifiche apportate dal d.l. n. 50/2017, convertito nella l. n. 96/2017. Essa vale per tutte le PMI organizzate in forma di società a responsabilità limitata, e quindi per le s.r.l. che occupano meno di duecento persone, il cui fatturato annuo non supera i cinquanta milioni di euro, oppure il cui totale di bilancio annuo non eccede i quarantatré milioni di euro. Non si può trascurare di considerare, peraltro, che le s.r.l. titolari di piccole e medie imprese rappresentano la quasi totalità delle s.r.l. esistenti in Italia, le quali possono perciò – in forza di tali regole – creare partecipazioni *seriali* (art. 26, comma 3, d.l. n. 179/2012), oltre che dotate di diritti diversi, ed aprirsi al mercato per la raccolta di capitali. Infine, è ora possibile sempre per le s.r.l. PMI assoggettare le proprie quote standardizzate, ossia aventi uguale valore e dotate degli stessi diritti, al regime di rappresentazione e circolazione in forma *scritturale* previsto per le azioni dematerializzate dagli artt. 83-bis ss., TUF (art. 26, commi 2-bis, d.l. n. 179/2012, introdotto dall'art. 3, l. 5 marzo 2024, n. 21).

D'altro canto, l'art. 100-ter del TUF, modificato dal d.lgs. n. 30/2023 (in attuazione del Reg. (UE) 2020/1503 in tema di fornitori di servizi di *crowdfunding*), dispone che, in deroga al divieto di cui all'art. 2468, comma 1, le quote di partecipazione in società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari *anche* per il tramite di portali di *crowdfunding*, nei limiti previsti dal succitato Regolamento. Giova precisare che quest'ultimo è destinato a trovare applicazione alle offerte nelle piattaforme in discorso aventi ad oggetto non solo valori mobiliari, ma anche altri *strumenti* – diversi dai valori mobiliari – purché liberamente trasferibili sui mercati dei capitali. Inoltre, per la circolazione delle quote sottoscritte sui portali di *crowdfunding*, è

possibile optare, a richiesta del sottoscrittore, per il regime di circolazione “intermediata” di cui all’art. 100-ter, comma 2, TUF, che prescinde del tutto dall’iscrizione nel registro delle imprese ai fini della legittimazione all’esercizio dei diritti sociali.

La facoltà di adottare i suesposti regimi alternativi di circolazione delle quote non sembra tuttavia privare il divieto *ex art.* 2468 del carattere di “connotato tipologico” della s.r.l., in quanto sancito da una disposizione di carattere relativamente inderogabile (Brizzi). Ciò non toglie che le innovazioni introdotte dalla legislazione dell’ultimo decennio portano a compimento quel processo di “destrutturazione” del tipo avviato con la riforma organica del 2003 (Zanarone) e consentono all’autonomia privata di articolare la società a responsabilità limitata nelle due varianti della s.r.l. “aperta” e della s.r.l. “chiusa”, innestando sulla comune disciplina codicistica – a seconda che in concreto si faccia o meno ricorso al mercato per la raccolta di capitali – le disposizioni speciali, aventi per lo più natura dispositiva.

Le ricadute operative della prospettiva cui è improntata la disciplina codicistica della s.r.l. si colgono con evidenza non appena si volga l’attenzione all’esigenza di modulare, anche qualitativamente, le prerogative sociali per rispondere alla varietà di interessi e di motivazioni economiche sottesi all’investimento.

Tale modulazione può essere operata nella società per azioni emettendo categorie di azioni “speciali” (differenti rispetto a quelle c.dd. ordinarie), in quanto “fornite di diritti diversi” (art. 2348, comma 2); nella società a responsabilità limitata, invece, con “l’attribuzione a singoli soci di particolari diritti” (art. 2468, comma 3). Ne consegue che la circolazione dei “diritti diversi” consentiti dall’art. 2348 avviene necessariamente in connessione con quella delle unità azionarie da cui essi derivano; mentre i “particolari diritti” di cui all’art. 2468 spettano individualmente a ciascun socio e non si trasferiscono a chi ne acquista la partecipazione (Angelici).

Le succitate disposizioni legislative sollevano, peraltro, il problema di definire i limiti entro i quali possono essere configurati sia i “diritti diversi” sia i “particolari diritti”; e ciò si risolve nel tema della compatibilità delle scelte di autonomia statutaria, per un verso, con le caratteristiche generali della fenomenologia societaria, per l’altro, con i connotati tipologici essenziali del singolo modello organizzativo. Che siano soprattutto questi ultimi a venire in rilievo

appare testimoniato dalla stessa formulazione letterale delle norme che, in un caso, là dove discorre di “diritti diversi”, pare riferirsi ad una graduazione delle situazioni giuridiche tipiche del socio, aventi contenuto patrimoniale o amministrativo; nell'altro, consente che i “particolari diritti” del socio possano riguardare, più ampiamente, l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.

Merita evidenziare, dunque, che quando si voglia graduare la posizione del socio riguardo ai poteri ad esso spettanti nella società, ciò è possibile nel tipo azionario incidendo sulla titolarità e sull'esercizio del diritto di voto, ossia creando diverse categorie di azioni con riferimento a quest'ultimo diritto. La posizione del socio potrà essere tanto potenziata, quanto – al contrario – compressa: la prima ipotesi è contemplata dall'art. 2351, comma 3, a norma del quale “salvo quanto previsto dalle leggi speciali, lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative”, avendo altresì cura di precisare che “ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di dieci voti”; la seconda situazione troverà attuazione laddove lo statuto preveda la creazione di azioni senza diritto di voto, con diritto di voto limitato a particolari argomenti, con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative, purché il valore di tali azioni non superi la metà del capitale sociale (art. 2351, comma 2). Se ne deduce che il potere di creare convenzionalmente categorie di azioni con diritto di voto escluso o limitato non è assoluto, poiché una percentuale minima di controllo dei soci non è eliminabile ed essa corrisponde, in coerenza con il principio della correlazione fra potere e rischio, alla metà del capitale investito nella società per azioni.

Sono tipicamente prive del diritto di voto, salva diversa disposizione dello statuto, le c.dd. *azioni di godimento*, attribuite ai soggetti cui sia stato rimborsato, secondo un piano di ammortamento previsto nell'atto costitutivo, il valore nominale delle azioni in precedenza possedute. Queste azioni concorrono alla ripartizione degli utili che residuano dopo il pagamento ai possessori delle azioni non rimborsate di un dividendo pari all'interesse legale (art. 2353).

Nelle società quotate è consentito emettere (sempre che, sommate alle azioni a voto limitato, non superino la metà del capitale

sociale) *azioni di risparmio* prive di voto, ma dotate di particolari privilegi di natura patrimoniale, aventi una propria organizzazione incentrata su un'assemblea e su un rappresentante comune (artt. 145-147 TUF).

Sotto altro aspetto, è da notare che la rigidità della struttura organizzativa del tipo azionario e la considerazione dell'azionista come persona di per sé estranea all'amministrazione giustificano che la graduazione delle posizioni del socio relativamente alla conduzione dell'impresa sociale sia limitata alla previsione di categorie azionarie caratterizzate per quanto concerne la spettanza e il peso del diritto di voto. La società può tuttavia emettere – a séguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi, come si è detto, anche di opere o di servizi (artt. 2346, comma 6 e 2349, comma 2) – *strumenti finanziari* diversi dalle azioni, forniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi e disciplinati dallo statuto, ai quali sia riservata eventualmente la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco, con esclusione del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti.

Nella società a responsabilità limitata è possibile attribuire statutariamente al socio in quanto tale “particolari diritti” riguardanti la gestione medesima: ad esempio, riconoscendogli nell'atto costitutivo il potere di partecipare all'amministrazione o di indicare il titolare di tale potere.

La possibilità di prevedere statutariamente un diritto particolare del socio di assumere direttamente determinate decisioni gestorie – verso la cui ammissibilità orienta anche la previsione di una responsabilità del socio “cogestore” ex art. 2476, comma 7 – non è però priva di limitazioni. È da ritenere che il socio titolare di un siffatto diritto particolare non possa assumere di propria iniziativa decisioni riservate all'organo amministrativo dall'art. 2475, comma 5 (progetto di bilancio, fusione, scissione, aumenti di capitale), o che richiedono una decisione dei soci ai sensi dell'art. 2479, comma 2, quali, in particolare: l'approvazione del bilancio, la nomina degli amministratori ove rimessa ad una decisione dei soci medesimi, la nomina dei componenti degli organi di controllo, le modificazioni dell'atto costitutivo, nonché le operazioni comportanti una sostanziale modifica dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

Si osserva che l'attribuzione al socio di tale prerogativa – che, secondo una parte della dottrina (Di Cataldo e S. Rossi), si risolverebbe nella facoltà di dare autorizzazioni o pareri allo stesso livello dell'art. 2364, n. 5 – non può spingersi sino ad eliminare la funzione di “filtro” spettante agli amministratori rispetto all'esecuzione delle decisioni gestorie; con la conseguenza che costoro, essendo al corrente di un'operazione pregiudizievole per la società, potranno (e dovranno) impedire l'esecuzione (Sacchi; cfr. inoltre in questo Capitolo, § 11, *infra*).

Nella società per azioni la possibilità di ampliare ed articolare le tecniche utilizzabili per il finanziamento dell'attività imprenditoriale si traduce nella libertà di creare non solo categorie di azioni le quali attribuiscono ai relativi possessori un privilegio patrimoniale, consistente nel diritto a un utile maggiorato o maggiormente garantito rispetto agli altri azionisti, ma anche una categoria di azioni caratterizzata “anche per quanto concerne l'incidenza delle perdite” (art. 2348, comma 2), che assegni cioè all'azionista speciale (ancorché quale unico vantaggio riconosciutogli) il diritto di subire l'imputazione di determinate perdite (in sede di riduzione del capitale) solo dopo che esse abbiano colpito la partecipazione degli altri soci.

Azioni rappresentative di una posizione particolare sotto il profilo delle prerogative di carattere patrimoniale sono poi le c.dd. *azioni correlate*, di cui al secondo comma dell'art. 2350, le quali si caratterizzano in quanto “fornite di diritti patrimoniali correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore”.

Le azioni correlate rappresentano una tecnica per partecipare economicamente ai rischi connessi all'andamento di uno specifico segmento dell'attività sociale, fuori dei patrimoni destinati previsti dagli artt. 2447-bis ss. Tuttavia, in quanto partecipazioni conseguenti ad un investimento nel capitale sociale, esse sono soggette ai meccanismi predisposti per la tutela del capitale stesso. Ne consegue che la distribuzione di utili può avvenire solo quando vi siano fondi sufficienti a coprire le passività della società e il capitale sociale. Si comprende così il significato della norma secondo cui non possono essere pagati dividendi ai titolari delle azioni correlate “se non nei limiti degli utili risultanti dal bilancio della società” (art. 2350, comma 3); e si coglie anche la diversità di situazione rispetto agli “strumenti finanziari di partecipazione all'affare” di cui all'art. 2447-ter, con i quali la partecipazione ai risultati economici

del patrimonio destinato richiede soltanto uno specifico accertamento dei risultati medesimi (artt. 2447-sexies e 2447-novies), a prescindere dai risultati generali della società e dal suo bilancio.

Con specifico riferimento al finanziamento della società per azioni (o della società in accomandita per azioni), deve darsi atto dell'esistenza di un altro canale di sollecitazione del risparmio diffuso, rappresentato dall'emissione di *obbligazioni* e di altri strumenti finanziari "forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi" (art. 2346, comma 6), i quali in principio sono accomunati, sul piano del rapporto fondamentale cui si riferiscono, dal fatto di essere rappresentativi di *capitale di credito*, ovvero di consentire alla società di acquisire fondi con obbligo di rimborso.

Secondo l'impostazione prevalente, l'emissione di obbligazioni è da ricondursi al contratto di mutuo, sicché all'obbligazionista spetta il diritto alla restituzione del capitale investito (art. 1813, comma 1), nonché quello alla remunerazione periodica dello stesso (art. 1815, comma 1).

La legge consente, peraltro, l'emissione di obbligazioni *subordinate*, che assegnano ai loro possessori un diritto alla restituzione del capitale e al pagamento degli interessi subordinato, in tutto o in parte, alla soddisfazione di altri creditori della società (art. 2411, comma 1).

È possibile anche l'emissione di obbligazioni *a premio*, che attribuiscono ai portatori, oltre al normale rendimento, un vantaggio patrimoniale ulteriore di carattere aleatorio.

Il diritto alla corresponsione periodica degli interessi può essere correlato a parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società (art. 2411, comma 2): è questo il caso delle c.dd. obbligazioni *parametrate*, che possono a loro volta distinguersi in *indicizzate*, se il parametro è esterno, e *partecipative*, se il parametro è costituito dall'andamento economico della società.

Giova evidenziare che mentre il diritto alla restituzione del capitale è caratteristica imprescindibile della fattispecie obbligazionaria (Bartalena, Ferri *jr.*, Ferro-Luzzi), sicché deve escludersi la liceità di obbligazioni in cui sia questo stesso diritto ad essere parametrato (Presti e M. Rescigno), è consentita, tuttavia, l'emissione di "strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società" (art. 2411, comma 3), i quali sono assoggettati alla disciplina delle obbligazioni.

Particolarmente importante è la categoria delle obbligazioni *convertibili* in azioni (art. 2420-bis), che danno facoltà all'obbligazionista,

con i tempi, nei modi e secondo il rapporto di cambio predeterminati dall'assemblea straordinaria che è competente per l'emissione, di convertire il proprio credito in azioni della società che ha emesso l'obbligazione (c.d. metodo diretto) o di altra società (c.d. metodo indiretto). Contestualmente all'emissione deve essere deliberato anche l'aumento del capitale per un ammontare corrispondente alle azioni da attribuire in conversione (c.d. aumento di capitale a servizio). Proprio la facoltà di sottoscrivere azioni di compendio della società emittente distingue le obbligazioni convertibili da quelle con *warrants* (o con diritto di opzione), il cui possessore ha il diritto – conservando le obbligazioni medesime – di sottoscrivere o di acquistare azioni di nuova emissione o già emesse della stessa società emittente o di altra società.

L'emissione di obbligazioni rientra nella competenza degli amministratori, se la legge o lo statuto non dispongono diversamente (per esempio, come accade nel caso delle obbligazioni convertibili). La delibera deve risultare da verbale notarile ed essere iscritta nel registro delle imprese *ex art.* 2436.

Data la natura collettiva dell'operazione, l'emissione di obbligazioni si traduce nell'emissione in serie di titoli di credito, nominativi o al portatore, che possono essere incorporati in documenti (e devono contenere, allora, le indicazioni previste nell'*art.* 2414), oppure essere dematerializzati.

In riferimento al prestito obbligazionario, la legge, per un verso, tende in linea di principio ad assicurare un equilibrato rapporto con le dimensioni dell'investimento azionario, stabilendo come regola generale che le obbligazioni possono emettersi per una somma non eccedente il doppio del capitale sociale risultante dall'ultima delle iscrizioni dell'*art.* 2444, comma 1, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato (*art.* 2412, comma 1); per l'altro verso, la legge, in ragione delle caratteristiche di massa dell'operazione, prevede obbligatoriamente uno specifico assetto organizzativo dei partecipanti all'operazione, basato sulla presenza di un'assemblea e di un rappresentante comune (*artt.* 2415-2420) ed inteso a perseguire la duplice finalità di apprestare uno strumento di tutela dei medesimi e di consentire alla società emittente di ottenere una modificazione delle condizioni del prestito senza necessità di acquisire il consenso di ciascuno di essi.

Per evitare un'elusione del principio della proporzione fra mezzi propri e indebitamento al quale è ispirato il limite generale previsto dall'art. 2412, comma 1, è fatto divieto alla società di ridurre volontariamente il capitale sociale o di distribuire riserve nel caso in cui l'ammontare delle obbligazioni in circolazione superi il predetto limite (art. 2413, comma 1). In caso di riduzione obbligatoria o qualora le riserve diminuiscano in conseguenza di perdite, è altresì vietata la distribuzione di utili fino a quando lo stesso limite non sia ricostituito in relazione all'ammontare delle obbligazioni in circolazione (art. 2413, comma 2).

Il limite di cui all'art. 2412, comma 1, non si applica in una serie di ipotesi in cui è superato o reso inutile per lo specifico contesto in cui l'emissione avviene. Ciò accade: a) se le obbligazioni emesse in eccedenza rispetto al limite stesso siano destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali; peraltro, in caso di successiva circolazione, essi rispondono della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali (art. 2412, comma 2); b) ove le obbligazioni emesse siano destinate a essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione (art. 2412, comma 5); c) a fronte dell'emissione di obbligazioni "che danno diritto di acquisire ovvero di sottoscrivere azioni" (art. 2412, comma 5); d) in caso di emissione di obbligazioni destinate ad essere sottoscritte, anche in sede di rivendita, esclusivamente da investitori professionali ai sensi delle leggi speciali, qualora tale previsione risulti fra le condizioni di emissione (art. 2412, comma 5); e) qualora ricorrano "particolari ragioni che interessano l'economia nazionale" (art. 2412, comma 6).

La legge precisa poi che ai fini della verifica del superamento della soglia sopra menzionata non deve tenersi conto delle obbligazioni "garantite da ipoteca di primo grado su immobili di proprietà della società, sino a due terzi del valore degli immobili medesimi" (art. 2412, comma 3). D'altro canto, per evitare aggiramenti del limite di legge con l'aiuto di altre società "compiacenti", ai fini del computo del limite medesimo si tiene conto degli "importi relativi a garanzie comunque prestate dalla società per obbligazioni emesse da altre società, anche estere" (art. 2412, comma 4).

Per contro, è carente nella disciplina della società a responsabilità limitata un limite legale all'emissione dei titoli di debito, la cui sottoscrizione è peraltro riservata ad investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale, i quali – analogamente a quanto ri-

chiesto dall'art. 2412, comma 2 – sono tenuti a garantire la solvenza della società nei confronti dei successivi acquirenti che non possano così qualificarsi o non siano soci della medesima (art. 2483, comma 2). Inoltre, sul presupposto che si riduca in tal modo il costo dell'operazione, qualora l'emissione e la successiva circolazione siano riservate esclusivamente ad investitori professionali e tale previsione risulti tra le condizioni dell'emissione, viene meno l'obbligo per l'investitore professionale di garantire la solvibilità dell'emittente.

Difetta per i possessori di titoli di debito un'organizzazione comune del tipo di quella adottata per i prestiti obbligazionari della società per azioni. Da ciò si è tratta un'ulteriore conferma della centralità del momento finanziario nella società per azioni – che è configurata in definitiva come tecnica per la raccolta di mezzi finanziari da destinare all'esercizio dell'impresa –, mentre nella società a responsabilità limitata la disciplina testé menzionata appare principalmente diretta ad evitare l'assunzione di rischi eccessivi in capo ai finanziatori della società.

12. *Segue.* Società di capitali: la struttura organizzativa.

Le società di capitali hanno una struttura organizzativa di tipo “corporativo”, basata cioè sulla presenza di distinti organi sociali ai quali la legge assegna specifiche funzioni. L'organizzazione corporativa è tuttavia residuale nella società a responsabilità limitata e modificata nella società in accomandita per azioni dalla posizione assunta da taluni azionisti rispetto agli altri.

Nelle società per azioni, anche non quotate, il modello organizzativo è caratterizzato da una notevole rigidità e si articola per il tramite di organi specializzati, la cui tipologia e le cui competenze variano a seconda del sistema di amministrazione e controllo adottato dalla società.

Nel sistema tradizionale o latino – che è l'unico originariamente contemplato dal codice civile del 1942 e dichiarato applicabile salvo diversa disposizione dello statuto (art. 2380) – è possibile distinguere: l'assemblea, formata dagli azionisti che hanno apportato il capitale di rischio della società, cui spettano le decisioni di tipo organizzativo relative al complessivo assetto di quest'ultima e al

controllo degli esiti della gestione (nomina delle cariche sociali, approvazione del bilancio, modificazioni statutarie); l'organo amministrativo, di nomina assembleare (fatta eccezione per i primi amministratori, nominati nello statuto, per gli amministratori cooptati fino alla successiva assemblea *ex art.* 2386, e per l'amministratore indipendente eventualmente nominato dai possessori di strumenti finanziari partecipativi), formato anche da persone diverse dai soci, che si occupa in modo permanente – potrebbe dirsi “professionalmente” – della gestione dell'attività d'impresa entro il perimetro dell'oggetto sociale; il collegio sindacale, anch'esso di elezione assembleare (salvo che per i primi sindaci, nominati nello statuto, e per il sindaco eventualmente nominato dai possessori di strumenti finanziari partecipativi), con compiti di controllo sulla legalità, sulla correttezza della gestione imprenditoriale e sull'adeguatezza dell'assetto aziendale.

La società può peraltro adottare, previa apposita scelta statutaria (art. 2380, comma 1), uno dei due sistemi alternativi, vale a dire quello dualistico (di derivazione tedesca) e quello monistico (di derivazione anglosassone), ancora scarsamente utilizzati nella prassi.

Il sistema *dualistico*, come si evince dalla sua stessa denominazione, è basato su una duplicità di organi: al consiglio di gestione è assegnato un ruolo largamente corrispondente a quello degli amministratori nel sistema tradizionale (v., in particolare, artt. 2409-novies e 2409-undecies), mentre al consiglio di sorveglianza, organo collegiale di elezione assembleare, compete, fra l'altro, la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento. Accanto ai predetti compiti – che riproducono quelli attribuiti ai sindaci (art. 2409-terdecies, comma 1, lett. *e*), dove il rinvio all'art. 2403) –, al consiglio di sorveglianza spettano altresì alcune competenze che nel sistema tradizionale sarebbero proprie dell'assemblea ordinaria: nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione, deliberazione dell'azione sociale di responsabilità nei loro confronti, approvazione del bilancio di esercizio e di quello consolidato (art. 2409-terdecies, comma 1, lett. *a*), *b*), e *d*). Lo statuto può altresì prevedere che il consiglio di sorveglianza deliberi in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma la re-

sponsabilità di quest'ultimo per gli atti compiuti (art. 2409-terdecies, comma 1, lett. *f*-bis).

Nel sistema *monistico*, non vi è distinzione fra organo amministrativo e organo di controllo. La legge prevede che il consiglio di amministrazione, cui è demandata la competenza esclusiva per la gestione dell'impresa sociale (art. 2409-septiesdecies, comma 1), nomini esso stesso, fra i propri componenti che non svolgano neppure di fatto funzioni gestionali e siano in possesso di idonei requisiti soggettivi, i membri del comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-octiesdecies, commi 1, 2 e 3): ad esso sono attribuite la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno e di quello amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione.

Sia pure in assenza di un'espressa previsione, si ritiene che sia devoluto al suddetto comitato anche il controllo di legalità, come si desume dalla circostanza che esso cura i rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile ed è altresì legittimato a denunciare al tribunale le gravi irregolarità nella gestione (art. 2409).

Giova aggiungere che nella società per azioni è prevista un'autonoma funzione di controllo sulla regolarità dei bilanci e delle scritture contabili, anche nell'interesse dei soci di minoranza e dei terzi, che è affidata ad un *revisore* esterno, ossia un professionista o ente legato alla società da un rapporto non organico, bensì professionale. Soltanto nelle società "chiuse" che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato (art. 2409-bis, comma 2), che non controllino comunque società "aperte" o che non siano da queste controllate (art. 19-bis, d.lgs. n. 39/2019), è consentito attribuire statutariamente anche la funzione di controllo contabile al collegio sindacale; in tal caso tutti i sindaci devono possedere la qualifica di revisori legali dei conti.

La legge detta, invece, per la società a responsabilità limitata una disciplina ampiamente dispositiva, che consente di abbandonare per via *statutaria* l'organizzazione corporativa e di optare per una struttura organizzativa di stampo *personalistico*, con conseguente applicazione dell'art. 2257, espressamente richiamato dall'art. 2475, comma 3. A favore dei soci della società a responsabilità limitata sono riservate le *decisioni* concernenti l'assetto fondamentale dell'ente (modifiche dell'atto costitutivo, operazioni gestorie riguardanti una sostanziale modifica dell'oggetto statutario o una rilevante modifi-

ca dei diritti dei soci), oppure l'equilibrata ripartizione di funzioni fra i suoi organi (approvazione del bilancio e distribuzione degli utili, nomina e, deve ritenersi, revoca degli amministratori, del titolare dell'organo di controllo o del revisore); e anche decisioni *di natura amministrativa* se ne facciano richiesta tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale (art. 2479, comma 1), ferma la necessità di un atto esecutivo delle decisioni medesime da parte degli amministratori.

La stessa funzione di controllo – nel modello legale “residuale” della s.r.l. – è per così “*internalizzata*”, nel senso che viene a radicarsi nella dialettica interna alla compagine dei soci ed è lasciata all'iniziativa di ciascuno di essi. Più esattamente, i soci che non partecipano all'amministrazione “hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione” (art. 2476, comma 2). L'attivazione di una funzione di controllo svolta da un soggetto indipendente e professionalmente qualificato è meramente eventuale e diviene obbligatoria soltanto al verificarsi di determinate condizioni fissate dall'art. 2477.

Le condizioni al ricorrere delle quali la nomina dell'organo di controllo o del revisore è *obbligatoria* sono: *a)* l'essere la società tenuta a redigere il bilancio consolidato e dunque, sostanzialmente, l'essere al vertice di un gruppo ai sensi del d.lgs. n. 127/1991; *b)* l'essere controlante di altra società obbligata alla revisione legale dei conti; *c)* il superare, anche per due esercizi consecutivi, uno o più dei seguenti limiti: 4 milioni di euro di attivo dello stato patrimoniale; 4 milioni di euro di ricavi; 20 dipendenti (art. 2477, comma 2, come modificato dal d.lgs. n. 32/2019). È evidente che, ricorrendo dette condizioni, l'interesse alla corretta gestione dell'impresa assume una rilevanza esterna e va attribuito a un apposito ufficio o a un professionista indipendente come avviene nella società per azioni.

La spettanza a ciascun socio di un potere individuale di ispezione e controllo è strettamente connessa all'attribuzione in capo al socio medesimo della legittimazione (ugualmente individuale) a promuovere, qualunque sia l'entità della sua partecipazione, l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, nonché a domandarne la revoca nel caso di gravi irregolarità nella gestione (art.

2476, comma 3). Bisogna, poi, tenere presente quanto previsto dall'art. 2476, comma 8, con una regola non a caso assente nella disciplina della società per azioni, in forza della quale rispondono in solido con gli amministratori i soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti (anche gestionali) dannosi.

Va rimarcato che nella società per azioni il contributo dei soci all'attività sociale trova espressione, invece, solo attraverso la partecipazione all'*assemblea* che è un organo collegiale. Perciò, conformemente alle regole proprie di questo tipo di organi, la posizione della maggioranza assembleare – che si calcola in base ai diritti di voto spettanti alle azioni possedute dai soci – vincola tutti costoro ancorché non intervenuti o dissenzienti (art. 2377, comma 1). La predetta regola maggioritaria è, nella società per azioni, inderogabile.

L'assemblea delibera in sede ordinaria o straordinaria, nel senso che – ferma restando l'unicità dell'organo – essa si riunisce e delibera con maggioranze e in conformità di regole diverse, più snelle nel primo caso, intese, invece, ad assicurare una maggiore partecipazione dei soci mediante *quorum* più elevati e certezza di regolarità della decisione, per la presenza del notaio con funzione di segretario verbalizzante, nel secondo.

Preme segnalare che fra le competenze fondamentali e indisponibili dell'assemblea *ordinaria* – che deve riunirsi almeno una volta l'anno, entro il termine stabilito dallo statuto, di regola non superiore a centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale (art. 2364, comma 2) – rientra, fra l'altro, la distribuzione degli utili, anche quando, adottandosi il sistema dualistico, l'approvazione del bilancio spetta in via di principio al consiglio di sorveglianza (art. 2464-bis).

Si tratta di un profilo che consente di evidenziare le specificità dell'investimento azionario, nel senso che dall'andamento positivo della società non consegue una pretesa del socio ad appropriarsi *pro quota* dei risultati, ma deriva solo il potere di partecipare al procedimento deliberativo avente ad oggetto la loro destinazione. Ne discende che, affinché quella pretesa sorga e la posizione del socio possa qualificarsi sotto questo aspetto come quella di un creditore, occorre l'adozione della deliberazione sulla distribuzione degli utili ai sensi dell'art. 2433 (Angelici, Spada).

Data la necessaria estraneità dei soci rispetto all'amministrazione sociale (art. 2380-bis), all'assemblea ordinaria possono essere soltanto richieste dallo statuto autorizzazioni per il compimento di atti degli amministratori, di cui questi rimangono comunque responsabili e che restano nella loro competenza (art. 2364, n. 5).

Le competenze fondamentali dell'assemblea *straordinaria* sono limitate alle modificazioni statutarie, alla nomina, sostituzione e ai poteri dei liquidatori, nonché alle altre materie ad essa attribuite dalla legge (ad esempio, la deliberazione di non emissione delle azioni di cui all'art. 2346, comma 1). Più in generale, spetta all'assemblea in sede straordinaria decidere in merito all'assetto statutario della società; ciò non esclude che, in presenza di un'apposita clausola dello statuto, possa prevedersi una delega agli amministratori per le deliberazioni di modificazioni statutarie che presentino carattere minore o che risultino strettamente collegate con l'ambito della gestione, quali, ad esempio, il trasferimento della sede legale all'interno del territorio nazionale, la scelta degli amministratori dotati del potere di rappresentanza, l'adeguamento dello statuto a disposizioni normative (art. 2365, comma 2).

Per quanto concerne i modi in cui l'assemblea opera, occorre evidenziare come la relativa disciplina sia tradizionalmente caratterizzata dalla ricerca di un temperamento delle esigenze di certezza e stabilità dell'azione societaria, da un lato, e di adeguata tutela degli interessi coinvolti nel corso del procedimento assembleare, dall'altro. È da notare che l'adozione del principio maggioritario nella disciplina delle società di capitali innesca una dialettica fra maggioranza e minoranza che può risultare virtuosa, quando la prima sia in grado di esprimere efficacemente l'interesse di tutti alla massimizzazione del profitto oppure quando, mediante la formazione di maggioranze variabili intorno alla proposta migliore, si riesca a raggiungere la composizione dei diversi orientamenti e l'adozione di strategie ottimali; ma può generare situazioni di pregiudizio per la minoranza, laddove una maggioranza stabile e consolidata utilizzi il proprio potere per il perseguimento di interessi lesivi di quelli degli altri soci (M. Cian).

L'obiettivo di realizzare un giusto equilibrio fra le esigenze testé menzionate non soltanto è alla base della predisposizione nel codice civile (agli artt. 2360-2369) di regole procedimentali, connotate da uno spiccato tecnicismo, per quanto concerne le maggioranze

richieste per la costituzione dell'assemblea (c.d. *quorum* costitutivo) e per l'approvazione delle relative deliberazioni (c.d. *quorum* deliberativo); detto obiettivo riguarda soprattutto la possibilità e i limiti di avvalersi – a tutela delle minoranze – di tecniche invalidanti che incidono sulla stabilità della deliberazione.

Contribuisce alla caratterizzazione dei rapporti fra maggioranza e minoranza la considerazione che l'invalidità delle singole dichiarazioni di voto conduce a quella dell'intera deliberazione solo quando esse siano state “determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta” (art. 2377, comma 4, n. 2). La legge assoggetta alla stessa disciplina l'errore di conteggio dei voti, che è riconosciuto rilevante solo quando decisivo per il raggiungimento del richiesto *quorum* deliberativo (c.d. prova di resistenza). Analogamente la “partecipazione all'assemblea da parte di persone non legittimate” (cui si riferisce l'art. 2377, comma 4, n. 1) rileva solo se determinante, questa volta, ai fini del *quorum* (non già deliberativo, bensì) costitutivo.

Le esigenze di certezza e stabilità delle operazioni societarie spiegano, del resto, perché il problema della validità delle deliberazioni assembleari sia affrontato dal legislatore in termini ben diversi rispetto a quanto avviene in base alla disciplina generale dei contratti.

Il sistema prevede che la suddetta invalidità può manifestarsi nelle due forme dell'annullabilità (artt. 2377 e 2378) o della nullità (artt. 2379, 2379-bis e 2379-ter). La prima colpisce le deliberazioni prese non in conformità della legge o dello statuto (art. 2377, comma 2), ovvero – ma solo se possano arrecare danno alla società – le deliberazioni approvate con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della stessa società (art. 2373, comma 1). La seconda ricorre – con le precisazioni di cui al comma 3 dell'art. 2379 – solo nei casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale, di impossibilità od illiceità dell'oggetto della deliberazione (art. 2379, comma 1).

Ma soprattutto è importante il rilievo che la nullità e l'annullabilità non si distinguono – come avviene nel sistema negoziale – per una situazione d'inefficacia e, rispettivamente, di efficacia precaria ed eliminabile, ma fondamentalmente per la legittimazione a farle valere e per il termine a tal fine previsto. Nel caso di annullabilità,

la legittimazione spetta – oltre che agli amministratori e al collegio sindacale (art. 2377, comma 2) – ai soci che – assenti, dissenzienti o astenuti – rappresentano, anche congiuntamente, il cinque per cento del capitale sociale, ovvero, nelle società “aperte” l’uno per mille del capitale medesimo (art. 2377, comma 3); mentre la nullità, oltre ad essere rilevabile d’ufficio dal giudice, può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse (art. 2379, commi 1 e 2). L’azione di annullamento può essere proposta entro novanta giorni dalla data della deliberazione oppure, se questa è soggetta ad iscrizione o deposito nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall’iscrizione o deposito medesimi (art. 2377, comma 6). L’azione di nullità può essere proposta entro tre anni dall’iscrizione o deposito della delibera stessa nel registro delle imprese, se vi è soggetta, o dalla sua trascrizione nel libro delle adunanze dell’assemblea, se non sono richiesti né l’iscrizione né il deposito, salvo che la delibera abbia modificato l’oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, nel qual caso può essere impugnata senza limiti di tempo (art. 2379, comma 1). Deve constatarsi che, in entrambi i casi, il rimedio si configura nei termini di un’impugnativa, trattandosi di uno strumento per rimuovere la deliberazione, ovvero per eliminare l’efficacia “precaria” che essa, in quanto “fatto”, riveste rispetto all’organizzazione sociale e allo svolgimento della sua attività (Angelici). Ne consegue che la rimozione della delibera invalida può essere preclusa dal decorso del tempo o dal verificarsi di fatti successivi e ulteriori (si pensi alle molteplici ipotesi di “sanatoria” previste dalla disciplina della nullità e dell’annullabilità). Perciò l’annullamento della deliberazione, così come la sua dichiarazione di nullità, non può avere luogo se la deliberazione stessa è stata sostituita, nel frattempo, con altra adottata in conformità della legge e dello statuto (artt. 2377, comma 8, e 2379, comma 4).

È anche da notare che risultato principale dell’annullamento o della dichiarazione di nullità è quello di obbligare l’organo amministrativo “a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità”. Non sono pregiudicati, inoltre, i diritti acquistati in buona fede da terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione invalida (art. 2377, comma 7, richiamato, per l’ipotesi della nullità, dall’art. 2379, comma 4).

Occorre aggiungere che i soci che hanno partecipazioni inferiori ai limiti quantitativi sopra ricordati (o che, in quanto privi del dirit-

to di voto, non siano legittimati a proporre l'impugnazione) hanno diritto solo al risarcimento del danno loro eventualmente cagionato dalla deliberazione annullabile (art. 2377, comma 4). Ed infatti, trattandosi di azionisti sostanzialmente esclusi dal governo della società, essi saranno interessati ad ottenere una tutela dei loro interessi economici in concreto pregiudicati, mentre sarebbe eccessivo riconoscere loro la legittimazione all'impugnativa che, potendo condurre alla rimozione della delibera, avrebbe effetti sull'intera attività sociale.

Le regole previste per le deliberazioni assembleari di società per azioni sono largamente riprodotte, con specifici adattamenti tecnici, nell'art. 2479-ter in materia di società a responsabilità limitata, che detta una disciplina sostanzialmente unitaria dei mezzi di impugnativa contro le decisioni dei soci "viziate". Merita tuttavia segnalare che questa disciplina si distingue da quella in tema di società per azioni in quanto riconosce al socio un potere di impugnativa a prescindere dalla misura della sua partecipazione e fa decorrere il termine per il suo esercizio da quando la decisione sia stata trascritta nel libro delle decisioni dei soci (art. 2379-ter, comma 1). Ne risultano soluzioni coerenti, anche dal punto di vista tecnico, con un modello di socio caratterizzato da un interesse di tipo "imprenditoriale" e che segue attivamente l'andamento dell'attività sociale.

Sotto altro aspetto, il riferimento alla trascrizione nel libro dei soci – se si vuole a un sistema di pubblicità "interna" alla società – può spiegarsi con l'esigenza di disporre di un dato formale utilizzabile ai fini dell'individuazione del momento in cui la decisione sia adottata.

Del resto, il voto in assemblea, e quindi il metodo collegiale, rappresentano solo una delle possibili tecniche mediante le quali i soci della società a responsabilità limitata possono esercitare le proprie competenze sulle materie loro riservate (art. 2479, comma 4). È possibile, infatti, con scelta statutaria prevedere che le decisioni – ad eccezione di quelle relative alle modifiche statutarie, alle operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o dei diritti dei soci, alla riduzione del capitale sociale per perdite (art. 2479, comma 4) – siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2479, comma 3), secondo modalità che, nel silenzio della legge, dovranno essere precisate dall'autonomia delle parti.

Agli amministratori della società per azioni spetta – come si è anticipato – la competenza esclusiva in merito alla gestione dell'impresa. Dal confronto fra le competenze assembleari previste dall'art. 2364 e quella amministrativa individuata nell'art. 2380-bis si ricava che quest'ultima assume una portata residuale: nel senso che ad essa appartengono tutte le operazioni che non rientrano fra le competenze dell'assemblea.

Nella società a responsabilità limitata, invece, alla competenza gestoria generale degli amministratori nell'ambito dell'oggetto sociale fa riscontro – e anche tale profilo è stato accennato – quella concorrente riconosciuta ai soci dalla legge sull'intera amministrazione della società, cui si accompagna la licenza statutaria di sottrarre all'organo amministrativo alcune prerogative per attribuirle in via esclusiva ai soci medesimi e persino a taluni di essi quale diritto particolare ai sensi dell'art. 2468, comma 3. Spetta, tuttavia, agli amministratori una competenza *esclusiva* riguardo a questioni fra le più rilevanti, quelle funzionali all'istituzione degli assetti adeguati, che formano oggetto di riserva ai sensi dell'art. 2475.

Nella società per azioni è espressamente previsto che gli amministratori devono adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la “diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze” (art. 2392, comma 1). Se ne deduce che la diligenza dell'amministratore è individuata avendo presente le caratteristiche professionali in funzione delle quali è avvenuto l'affidamento dell'incarico. Strettamente connessa al contenuto professionale dell'attività amministrativa è l'impossibilità di prescindere dal principio generale dell'art. 1176, comma 2.

Il principio codificato nell'art. 2392, comma 1, non è ripetuto nella disciplina della società a responsabilità limitata, a mente della quale “gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società” (art. 2476, comma 1). Si discute se dal confronto delle due disposizioni possa desumersi, a fronte di una caratterizzazione in senso professionale della funzione gestoria nella s.p.a., una configurazione dell'amministratore di s.r.l. quale mero gestore di interessi altrui secondo il paradigma, pur se non espresso, del mandatario (Angelici); oppure se, essendo il secondo titolare di una discrezionalità tecnica insita nell'esercizio di ogni

attività imprenditoriale, egli debba comunque attenersi al generale criterio della diligenza professionale, operando senz'altro l'art. 1176, comma 2 (M. Cian).

Non è priva di rilievo la circostanza che – salvo il caso in cui trovi attuazione il modello dell'amministrazione unipersonale, la cui adozione è peraltro preclusa nelle società quotate (artt. 2380-bis, comma 3, e 147-ter TUF) – l'amministratore svolge la propria attività partecipando ad un organo collegiale, il consiglio di amministrazione, al cui interno rilevano le "specifiche competenze" in considerazione delle quali è stato scelto direttamente o indirettamente (come avviene nel sistema dualistico) e sulla base delle quali gli viene richiesto di contribuire alla deliberazione. Ne consegue che quest'ultima si formerà all'esito di un confronto fra i diversi punti di vista, reso possibile dalla partecipazione al collegio di persone dotate di differenti competenze professionali.

La disciplina della funzione deliberativa del consiglio di amministrazione è contenuta nell'art. 2388, che da un lato definisce alcune regole suppletive relative al procedimento decisionale, stabilendo che il consiglio può deliberare solo con la presenza della maggioranza degli amministratori in carica e con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti e consentendo che le riunioni possano avvenire anche mediante mezzi di telecomunicazione (commi 1 e 2); dall'altro, predispone un apparato rimediale destinato a trovare applicazione per le deliberazioni prese non in conformità della legge o dello statuto e modellato sulla tecnica dell'impugnazione, attribuendo una legittimazione attiva generale ai soli amministratori assenti o dissenzienti e al collegio sindacale e, al contempo, riconoscendo un eccezionale potere di reazione a favore degli stessi azionisti i cui diritti individuali risultano lesi dalla deliberazione (art. 2388, comma 4).

I criteri di valutazione del grado di diligenza richiesto nell'adempimento dell'incarico gestorio risentono non soltanto delle specifiche competenze di ciascun amministratore, ma anche della posizione da questi assunta nell'attività sociale. Occorre tenere conto, sotto tale profilo, della possibilità per l'organo collegiale – sempre che lo statuto o l'assemblea lo consentano ed entro i limiti segnati dall'art. 2381, comma 4 – di delegare alcune proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo (costituito da taluni dei suoi componenti),

oppure ad uno o più dei suoi membri, c.d. amministratori delegati o consiglieri delegati (art. 2381, comma 2). In ogni caso, il consiglio di amministrazione deve determinare contenuto, limiti ed eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati o avocare a sé operazioni rientranti nella delega (art. 2381, comma 3); può in ogni momento revocare la delega all'amministratore delegato. Gli uffici delegati provvedono alla gestione dell'impresa nei limiti della delega e alla cura dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile ed informano altresì gli amministratori privi di delega (c.dd. amministratori non operativi) – con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi – sul generale andamento della gestione, sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo. Peraltro, possono essere rese disponibili, su iniziativa del presidente del consiglio di amministrazione, informazioni eventualmente aggiuntive (art. 2381, comma 1).

L'articolazione delle competenze mediante deleghe formali o in concreto attribuite ad uno o più amministratori rileva ai fini della responsabilità, dato che gli amministratori non operativi rispondono solo quando non abbiano fatto il possibile per impedire il compimento di atti pregiudizievoli dei quali abbiano avuto notizia o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (art. 2392, comma 2). Il dovere di "prevenzione" o di "eliminazione" o "riparazione" delle conseguenze dannose può ricondursi ad una funzione di vigilanza che si specifica nell'obbligo di valutare, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e il generale andamento della gestione (art. 2381, comma 3), nonché nell'obbligo di agire in modo informato (art. 2381, comma 6).

Quest'ultimo obbligo è applicabile ad ogni valutazione di comportamenti in termini di diligenza e, dunque, si pone a carico anche dell'amministratore di s.r.l. (art. 2475, ultimo comma, che richiama, "in quanto compatibile", l'art. 2381) – si specifica in base agli assetti organizzativi in concreto adottati dalla società e al modo in cui essi garantiscono un adeguato flusso di informazioni.

La disciplina dell'esercizio della funzione gestoria si puntualizza sull'organizzazione e sull'osservanza di corrette sequenze procedurali. Indicativa, in tal senso, è la disposizione in tema di interessi degli amministratori, in base alla quale, nel caso in cui l'amministratore abbia per conto proprio o di terzi, un interesse in una

determinata operazione sociale, l'invalidità della deliberazione consiliare, se presuppone la sua idoneità a recare danno alla società, consegue alternativamente all'inosservanza degli obblighi di comunicazione o motivazione previsti dai primi due commi dell'art. 2391, o al fatto di essere stata adottata con il voto determinante dell'amministratore "interessato". La legittimazione all'impugnativa spetta non solo agli amministratori dissenzienti e ai sindaci, ma anche a chi abbia consentito con il proprio voto alla deliberazione non essendo stata adempiuta la prescritta comunicazione (art. 2391, comma 3).

A tutela della certezza degli scambi è previsto per le società di capitali (artt. 2384, comma 2, 2475-bis), in deroga ai principi vigenti in materia di rappresentanza nei contratti, che il potere di rappresentanza degli amministratori è generale e i relativi limiti, anche se risultanti dall'atto costitutivo iscritto nel registro delle imprese, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi ultimi abbiano agito intenzionalmente a danno della società (c.d. *exceptio doli*).

Nell'ipotesi in cui vengano meno ai doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto gli amministratori – sia nella società per azioni sia in quella a responsabilità limitata, ancorché sulla base di disposizioni legislative non identiche – possono essere chiamati a rispondere dei danni che ne siano derivati: *a)* alla società: c.d. *azione sociale di responsabilità* (artt. 2392 ss., 2476, comma 1); *b)* ai creditori sociali: c.d. *azione di responsabilità verso i creditori sociali* (artt. 2394 e 2476, comma 6); *c)* al singolo socio o terzo direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori: c.d. *azione individuale del socio o del terzo* (artt. 2395 e art. 2476, comma 7).

La responsabilità degli amministratori verso la società ha natura contrattuale, con conseguente applicazione del meccanismo allocativo tipico di quest'ultima. Spetta alla società allegare unicamente l'inadempimento o l'inesatto adempimento, mentre è l'amministrazione convenuto a dover dare dimostrazione di aver adempiuto esattamente, ovvero di non averlo potuto fare, e che l'impossibilità non è a lui imputabile, avendo riguardo anche alla sua condotta propedeutica alla decisione e al suo comportamento di fronte a fatti impeditivi dell'adempimento.

La responsabilità è fondata su un criterio soggettivo di colpevolez-

za (Bonelli; diversamente orientato Sambucci), valutandosi la diligenza degli amministratori in una prospettiva *ex ante* rispetto agli eventi successivi mediante i quali il pregiudizio si è realizzato; ne consegue che quel che rileva non è l'esito negativo in sé che potrebbe essere dipeso da fattori indipendenti dall'operato degli amministratori, ma il risultato che sia dovuto ad una condotta dei medesimi difforme da quella esigibile da un gestore diligente.

L'azione sociale di responsabilità – che deve essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica (art. 2393, comma 4) – necessita, nella società per azioni, di una deliberazione dell'assemblea o del collegio sindacale (art. 2393, comma 3). La delibera è condizione dell'azione e la sua mancanza, così come la sussistenza di determinati vizi, può essere sanata sino alla sentenza o a diverso provvedimento che definisce il giudizio. È possibile che l'azione sociale di responsabilità sia esercitata, nelle società azionarie, da tanti soci che rappresentino una determinata quota del capitale sociale (pari a un quinto o, se si tratta di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, a un quarantesimo, salvo che lo statuto non richieda una percentuale inferiore: art. 2393-bis, commi 1 e 2) e, nella società a responsabilità limitata, da ciascun socio (art. 2476, comma 3). Trattandosi comunque di un'azione sociale di responsabilità, il suo accoglimento comporta, indipendentemente da chi l'abbia promossa, una condanna risarcitoria dell'amministratore a favore della società.

L'azione sociale di responsabilità può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, a prescindere da chi l'abbia promossa. Nella società per azioni si richiede una delibera assembleare presa senza l'opposizione della minoranza qualificata indicata nell'ultimo comma dell'art. 2393. Nel caso in cui l'azione sia stata promossa dai soci ai sensi dell'art. 2393-bis, questi ultimi possono rinunciare o transigerla, ma – al fine di evitare comportamenti opportunistici – è stabilito “che ogni corrispettivo per la rinuncia o la transazione debba andare a vantaggio della società” (art. 2393-bis, comma 6). Nella società a responsabilità limitata la rinuncia o la transazione devono essere approvate da una maggioranza dei soci che rappresenti almeno i due terzi del capitale sociale senza l'opposizione di quelli che rappresentano il decimo del capitale stesso (art. 2476, comma 5).

L'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali può essere

proposta da questi ultimi quando – per la condotta degli amministratori sui quali grava l'obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, che costituisce la garanzia esclusiva dei creditori stessi – detto patrimonio risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. Poiché tale circostanza si lascia apprezzare come sintomo di insolvenza della società, è normale l'esercizio dell'azione di responsabilità di cui si discorre su iniziativa degli organi preposti alle procedure concorsuali (artt. 2394-bis e 255 c.c.i.i.).

Sebbene l'azione di responsabilità dei creditori sociali sia esercitata – nella prassi – nell'ambito di procedure concorsuali (e non da coloro cui la norma accorda “in prima battuta” l'azione stessa), può ritenersi acquisito che essa presuppone la violazione in capo agli amministratori degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e l'insufficienza di quest'ultimo al soddisfacimento del credito vantato (Libonati, Bonelli), senza che ricorra, nella fattispecie in esame, il c.d. *beneficium excussionis* (in tal senso, invece, Graziani); altrimenti, gli amministratori finirebbero con l'assumere un ruolo di “garanti” del buon esito delle azioni intraprese (Sambucci).

L'elemento dell'insufficienza del patrimonio sussiste, piuttosto, quando il valore della garanzia patrimoniale generica è inferiore all'ammontare dei debiti della società. Giova ribadire che l'insufficienza patrimoniale non s'identifica con lo stato d'insolvenza, potendo in concreto palesarsi anteriormente o anche contestualmente alla dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Si osserva, infatti, che l'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni non dipende tanto dall'insufficienza della garanzia patrimoniale generica (art. 2740), quanto dall'impossibilità di ottenere ulteriore credito. L'onerosità della prova dell'insorgenza dell'insufficienza patrimoniale ha indotto la giurisprudenza ad introdurre una presunzione *iuris tantum* di coincidenza del *dies a quo* con la dichiarazione di insolvenza, salva la prova contraria, a carico dell'amministratore, della diversa data del verificarsi dello stato di incapienza patrimoniale.

In giurisprudenza prevale la tesi della natura *diretta* ed *autonoma* dell'azione e non surrogatoria rispetto a quella sociale. Questo orientamento è avallato dalla formulazione dell'art. 2394-bis, nel quale si usa il termine plurale (“azioni”) per riferirsi alle iniziative giudiziarie dirette al risarcimento del danno “previste dai precedenti articoli”. Ne consegue che gli amministratori non possono avvalersi delle eccezioni che avrebbero potuto opporre alla società, né sono liberati per effetto del concordato preventivo nei confronti dei creditori non interamente soddisfatti.

L'azione in esame è insensibile alla rinuncia fatta dalla società al-

l'azione di responsabilità ad essa spettante, mentre la transazione produce effetti anche nei confronti dei creditori (art. 2394, ultimo comma).

L'azione individuale del singolo socio o del terzo – che deve essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto pregiudizievole (art. 2395, comma 2) – compete al singolo socio o terzo che sia stato danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori direttamente: senza cioè che il comportamento degli amministratori abbia cagionato anche un pregiudizio al patrimonio sociale (art. 2395, comma 1).

Il codice civile prevede poi altri strumenti, in senso lato di controllo, che consentono ai soci (anche nella società a responsabilità limitata) di chiedere un intervento dell'autorità giudiziaria riguardo all'amministrazione della società. Se hanno il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei doveri loro imposti, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione, i soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale (o, nelle società "aperte" il ventesimo) – così come il collegio sindacale (e nelle società "aperte" anche il pubblico ministero) – possono denunciare i fatti al tribunale, che può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società, disporre gli opportuni provvedimenti provvisori, convocando l'assemblea per le conseguenti deliberazioni, revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci, nominando un amministratore provvisorio, fissandone poteri e durata (artt. 2409 e 2477, comma 6; per le società a controllo pubblico, art. 13, d.lgs. n. 175/2016).

Oggetto di alcune regole specifiche e, per il resto, di un generale rinvio alla disciplina della società per azioni è, infine, la *società in accomandita per azioni*. Essa si caratterizza per il fatto di avere due categorie differenziate di soci, alcuni dei quali, gli accomandanti, rilevano come azionisti e per la loro posizione collettiva, mentre gli altri, gli accomandatari, rilevano anche come persone e quindi per le loro posizioni individuali, fra le quali assume preminente importanza il potere di amministrazione (Ferri *sr.*). Può dunque dirsi che la società in accomandita per azioni è una società per azioni sottratta alla regola corporativa del reclutamento ciclico degli amministratori, poiché gli accomandatari sono selezionati nell'atto costitutivo (art. 2455) e non possono essere revocati né sostituiti se non ricorrendo alle procedure previste per le modificazioni statutarie, in

particolare con la maggioranza prescritta per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria della società per azioni (artt. 2456 e 2457).

Nella società in accomandita per azioni, nonostante vi sia la possibilità di poter contare anche su risorse finanziarie "anonime" per la provvista del capitale di rischio, stante la conformazione delle partecipazioni sociali quali azioni, la variabilità della compagine sociale è sostanzialmente influente ai fini del reclutamento degli amministratori, essendo questi scelti una volta per tutte nell'atto costitutivo. Essi rivestono una posizione di "autorità potenzialmente permanente" (Spada), che si accompagna ad un vero diritto di veto relativamente a tutte le modificazioni dell'atto costitutivo, compresa la sostituzione, ma esclusa la revoca, degli stessi amministratori (artt. 2460, 2456 e 2457). Gli accomandatari assumono una responsabilità sussidiaria per le obbligazioni sociali, garantendone l'adempimento con il proprio patrimonio personale finché la cessazione dalla carica sia iscritta nel registro delle imprese (art. 2461, che richiama l'art. 2304).

13. L'attività di direzione e coordinamento di società.

Una prospettiva analoga a quella messa in luce in tema di impresa – la quale risulta da un giudizio di rilevanza da parte dell'ordinamento e non si colloca nella zona del diritto soggettivo – si coglie con riferimento alla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società, contenuta nel Capo IX del Titolo V del Libro V del codice civile.

Si tratta di un insieme di regole di notevole portata sistematica mediante le quali il legislatore dedica una specifica attenzione al fenomeno del *gruppo* di società.

È ormai acquisito che il gruppo rappresenta una tecnica di organizzazione dell'impresa del tutto lecita e caratterizzata dall'articolazione in una pluralità di "centri" ciascuno dotato di autonoma soggettività. Ugualmente avvertita è l'esigenza di affrontare i problemi posti dal gruppo mediante una valutazione complessiva dell'assetto d'interessi che ne deriva. Occorre rilevare, infatti, come la circostanza che l'impresa sia articolata in una molteplicità di figure soggettive, le quali partecipano ad una più ampia attività, è tutt'altro che priva di ripercussioni sulle posizioni economiche di coloro che vantano ragioni di credito o aspettative di remunerazione di finan-

ziamenti o investimenti allocati nelle singole società dirette e coordinate. Costoro, infatti, possono risultare pregiudicati da un esercizio del potere di direzione che, in quanto finalizzato ad ottimizzare il risultato complessivo del “gruppo”, può determinare una distribuzione non omogenea delle conseguenze patrimoniali sfavorevoli delle scelte di gestione così orientate. Ne risultano situazioni di conflitto d’interessi rispetto ai creditori e ai soci “esterni” – ossia estranei alla direzione e coordinamento – che, non puntualizzandosi necessariamente in singoli atti ma risentendo dell’orientamento complessivo dell’attività, non possono essere affrontate mediante una disciplina rivolta a singoli comportamenti isolatamente considerati.

Avendo presente che la partecipazione della società ad un gruppo può rendere razionale una gestione della stessa in grado di consentire che le perdite subite siano “compensate” con i vantaggi ottenuti in altri settori di operatività del medesimo gruppo, si comprende come una gestione così orientata, non essendo conforme al requisito di economicità, può comportare un pregiudizio per i suoi creditori e i suoi soci esterni (Angelici).

Con riferimento ai primi, si assiste al venire meno dell’interesse, comune allo stesso creditore e al debitore, ad un proficuo andamento dell’attività imprenditoriale, che permetta di salvaguardare l’integrità del capitale sociale.

Il problema della divaricazione fra l’interesse dei creditori alla massimizzazione dei risultati economici dell’impresa e quello dei soci che può concentrarsi sul gruppo anziché sulla singola società, non può essere risolto sotto il profilo dell’analisi degli atti atomisticamente considerati. L’inadeguatezza di questa prospettiva discende da un duplice ordine di considerazioni: da un lato, l’eventuale pregiudizio in concreto risentito dai creditori può derivare dalla circostanza che è l’attività nel complesso ad essere condotta in contrasto con l’aspettativa ad una massimizzazione dei suoi risultati economici; dall’altro, è possibile che la partecipazione al gruppo sia in grado di determinare un riequilibrio delle conseguenze negative di singole operazioni in sé pregiudizievoli.

Quanto ai soci “esterni”, occorre richiamarsi al rilievo che i soci di maggioranza, che esercitano l’attività di direzione e coordinamento, possono ritenere convenienti scelte imprenditoriali svantaggiose per le società dirette e coordinate, ma vantaggiose per i propri interessi in altre società. Anche in questo caso bisogna confrontarsi con situazioni rispetto alle quali la disciplina in tema di conflitti d’interesse contenuta negli artt. 2373 e 2391 si rivela inadeguata, essendo essa incentrata sul rimedio dell’invalidità del singolo atto, mentre il pregiudizio cui si cerca di dare ristoro potrebbe essere riferito all’orientamento generale impresso all’attività.

D'altro canto, atteso che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento incide sulle condizioni di rischio dell'investimento, si pone l'esigenza di rendere edotti i soci e i terzi – può dirsi, con un'espressione di sintesi, il “mercato” – dell'esistenza di tale attività e dei relativi effetti sulle singole società dirette, nonché delle modalità con cui il suddetto potere di direzione è esercitato.

Ne discende la previsione di specifiche forme di *pubblicità* dell'appartenenza di una società ad un gruppo.

A tal fine è istituita un'apposita sezione del registro delle imprese nella quale sono iscritti (con effetti di pubblicità notizia) le società e gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e le società ad essa sottoposte. Queste ultime devono, inoltre, indicare negli atti e nella corrispondenza la soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento.

Gli amministratori delle società dirette e coordinate, che omettono di adempiere ai predetti obblighi di iscrizione o di indicazione o mantengono l'iscrizione o indicazione medesime quando l'attività è cessata, sono responsabili nei confronti dei soci e dei terzi per i danni da costoro subiti per la mancata conoscenza di tali fatti (art. 2497-bis).

Accanto a questo tipo di informazione concernente l'astratta potenzialità dell'esercizio della direzione e coordinamento, vi sono prescrizioni finalizzate a rendere conoscibili anche gli effetti derivanti in concreto da tale esercizio. Si tratta delle disposizioni di cui all'art. 2497-bis, comma 5, là dove si richiede che gli amministratori della società diretta e coordinata illustrino nella relazione sulla gestione i rapporti con la società che esercita la direzione e con altre società soggette alla direzione medesima, nonché l'incidenza che detti rapporti e, più in generale, l'attività in parola hanno avuto sui risultati dell'esercizio sociale.

L'art. 2497-ter prevede, poi, che le decisioni assunte dalle società soggette a direzione e coordinamento siano analiticamente *motivate*, dovendo essere puntualmente illustrati le ragioni e gli interessi la cui valutazione ha inciso sulle medesime decisioni; e che la stessa informativa sia ripetuta, in forma evidentemente più sintetica (ma non per questo meno significativa), anche nella relazione sulla gestione, la quale costituisce documento soggetto a pubblicità in base all'art. 2435.

Preme sottolineare come la disposizione testé citata abbia un ambito di operatività significativamente più esteso di quello di cui

all'art. 2391 in tema di "amministratore interessato": e ciò sia perché essa riguarda le decisioni di ogni organo sociale, sia perché comporta la necessità di evidenziare non solo gli interessi esterni a quelli della singola società che ne hanno influenzato la decisione, ma anche quelli propri della medesima, che siano la conseguenza della sua partecipazione ad un gruppo.

Si discute in dottrina se il legislatore della novella del 2003 abbia dettato – con le disposizioni di cui agli artt. 2497-bis ss. – soltanto uno *Schutzrecht*, ossia una disciplina intesa a tutelare specifici interessi (Cariello), oppure anche un *Organisationsrecht*, capace – fra l'altro – di legittimare una determinata forma organizzativa dell'iniziativa economica professionale (G. Scognamiglio), o ancora abbia finito per delineare uno "statuto" speciale della società di gruppo che la differenzia da quella operante isolatamente (Angelici). Muovendo dalla constatazione che l'intervento normativo in discorso ha introdotto regole peculiari per l'attività di direzione e coordinamento quale esercizio di un *potere* – riconoscendone la legittimità, ma rendendone nel contempo coerenti le forme di manifestazione con le regole che devono continuare ad orientare la gestione delle singole società configurate pur sempre quali autonomi "centri di profitto" – appare plausibile la ricostruzione secondo cui si è in presenza della disciplina di un "fatto", in quanto concreto modo di essere dell'organizzazione d'impresa (Guizzi). Ne consegue che, una volta isolati i problemi connessi all'esercizio di tale potere e soprattutto i conflitti di interessi che ne risultano, la disciplina è essenzialmente finalizzata a risolvere in maniera equilibrata siffatti conflitti.

L'accoglimento di una prospettiva incline a valorizzare – ai fini della rilevanza giuridica dei problemi posti dalla direzione e coordinamento – l'esercizio effettivo del relativo potere (anziché la titolarità dello stesso) aiuta a comprendere perché l'art. 2497-sexies ricollegga alla sussistenza di una situazione di *controllo ex art. 2359* una mera presunzione dell'attività di direzione e coordinamento; il *controllo* medesimo – nelle sue diverse forme del controllo di diritto, di fatto e contrattuale – rappresenta una situazione statica da cui discendono sia l'esercizio potenziale di un'influenza dominante, grazie al possesso di una partecipazione qualificata al capitale ovvero alla disponibilità dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria o in virtù di dati vincoli contrattuali, sia la limitazione al compimento di operazioni della società sulle proprie azioni, nonché obblighi informativi incentrati sulla formazione di un bilancio consolidato (Spolidoro).

Ed ancora una visuale analoga a quella adottata con riferimento all'attività d'impresa permette di interpretare anche la successiva disposizione dell'art. 2497-septies, dove è presa in considerazione l'eventualità che la direzione e coordinamento sulle società dirette e coordinate sia esercitata "sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole del loro statuto". Non è sfuggito alla dottrina (Guizzi) che qualora si voglia riconoscere un autonomo significato normativo alla disposizione in esame rispetto a quella immediatamente precedente che – richiamando, come si è detto, l'art. 2359 – espressamente si riferisce alla possibile esistenza di una situazione di controllo contrattuale, allora deve ritenersi che l'art. 2497-septies alluda a quei contratti aventi per oggetto l'attività di direzione e coordinamento ovvero qualificati, sotto il profilo funzionale, da tale esercizio. Da qui si può giungere alla conclusione che la norma richiami implicitamente i c.dd. *contratti di dominazione*, ben noti all'esperienza tedesca, ma la cui ammissibilità nel nostro ordinamento è controversa in quanto risulterebbero incompatibili con le regole imperative che disciplinano l'organizzazione della società. Non si può tuttavia ignorare la circostanza che il legislatore prende in considerazione siffatti contratti o clausole non tanto per sancirne la liceità (quanto meno con riferimento ai contratti di dominazione c.dd. "deboli"), la quale andrà valutata secondo i consueti criteri che presiedono ad un giudizio di validità/invalidità negoziale da parte dell'ordinamento, ma come un "fatto" che consente l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e ne agevola il riconoscimento (Angelici, Guizzi).

Sullo sfondo dell'inadeguatezza di una tutela delle posizioni dei creditori e dei soci "esterni" imperniata sulla considerazione di singoli atti, va dato conto della disciplina dettata dall'art. 2497 contenente una specifica ipotesi di *responsabilità* riferita all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

È tutt'altro che priva di significato la stessa caratterizzazione della condotta pregiudizievole operata dalla norma, là dove si richiede che essa sia connotata dal perseguimento – da parte della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento – di un "interesse imprenditoriale proprio o altrui". La fattispecie è delineata in modo coerente con la già evidenziata coesistenza, nella realtà dei gruppi, di una pluralità d'interessi imprenditoriali – riferibili alla singola società isolatamente considerata, alle altre imprese appartenenti

al gruppo, nonché a quest'ultimo nel suo complesso – potenzialmente confliggenti fra loro. Soggetti passivi dell'azione risarcitoria prevista dall'art. 2497 sono, dunque, le società o gli enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento, mentre era discussa l'applicazione della norma in esame alle persone fisiche.

Indicazioni favorevoli ad ammettere la possibilità dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di una persona fisica, oltre che di una società o di un ente, possono ora trarsi dalla nozione di gruppo contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (art. 2, comma 1, lett. *h*), che – senza discostarsi significativamente da quella sottesa all'art. 2497 – definisce il gruppo medesimo come “insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli artt. 2497 e 2545-septies c.c., esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica”; con la precisazione, che richiama con qualche differenza il sopra citato art. 2497-sexies, secondo cui “si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto”.

Il secondo comma dell'art. 2497 afferma inoltre la responsabilità di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio”. Al riguardo, si ritiene che, consistendo il fatto lesivo nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, la partecipazione al fatto medesimo richiede che si sia concretamente preso parte anche all'attività, derivandone in tal caso un'obbligazione risarcitoria avente ad oggetto l'intero danno risarcibile. Qualora invece si sia ricavato un “beneficio”, dovuto ad un atteggiamento per così dire “passivo”, l'obbligazione risarcitoria sussiste solo “nei limiti del vantaggio conseguito”. D'altro canto, si evidenzia che l'arricchimento consapevolmente ottenuto in conseguenza di una gestione del gruppo imprenditorialmente “scorretta” sia di per sé ingiustificato, a prescindere dal fatto che ad essa si sia partecipato (Angelici).

La responsabilità in esame consegue ad un fatto lesivo identificato nella “violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”, principi che si qualificano come una clausola generale il cui concreto contenuto è evidentemente rimesso all'interprete.

Autorevole dottrina (G. Scognamiglio), muovendo dalla premessa che l'aspetto maggiormente innovativo della disciplina qui in esame – rispetto al dibattito precedente alla riforma del 2003 – risiede nell'aver assunto la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale quale presupposto della responsabilità cui si espone la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ritiene che a tali principi sia possibile assegnare un contenuto *ex ante*, procedendo alla ricostruzione dei medesimi sulla base di dati testuali e sistematici collocati sia nel codice civile sia in leggi speciali e riguardanti, per un verso, l'impresa e le società, per l'altro, la stessa attività di direzione e coordinamento. Vi è, del resto, identità fra questi principi e quelli che presiedono (anche qui sulla base di indicazioni testuali di diritto positivo come quelle desumibili dall'art. 2403) all'amministrazione della società monade, ossia non legata alle altre da rapporti di gruppo.

Quanto alle caratteristiche del danno risarcibile, esso consiste, con riferimento ai creditori, nella "lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società" e, avendo riguardo ai soci, nel "pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale".

Pur riscontrandosi una sostanziale coincidenza di contenuti con la tutela prevista in generale per i creditori sociali dall'art. 2394, occorre rilevare che, mentre quest'ultima disposizione identifica la fattispecie lesiva in comportamenti degli amministratori posti in essere in violazione dei doveri inerenti alla loro carica, la norma dell'art. 2497 considera le conseguenze pregiudizievoli determinate, nella conduzione dell'attività, dall'interferenza con altri interessi imprenditoriali e le pone a carico di chi, esercitando l'attività di direzione e coordinamento, ha dato luogo a tale interferenza.

Con riferimento ai soci "esterni", la tutela riguarda le prospettive di conservazione e valorizzazione del capitale investito nella partecipazione alla società diretta e coordinata, le quali sono state pregiudicate per effetto di una conduzione "scorretta" dell'attività sociale. Sotto questo profilo può cogliersi, dunque, una tendenziale coincidenza con l'ambito di operatività delle azioni di cui agli artt. 2393 e 2393-bis, anch'esse riguardanti l'andamento dell'attività sociale. Diversamente, però, dall'art. 2393-bis, il quale prevede un'azione risarcitoria intesa a tutelare – lo si è già evidenziato (in questo Capitolo, § 12, *supra*) – l'intero gruppo dei soci (tant'è che l'eventuale risarcimento ottenuto va a favore dell'intera società), l'art. 2497 è rivolto a tutelare un interesse che, ancorché connesso ai modi di eser-

cizio dell'attività di direzione e coordinamento e ai suoi riflessi sulla gestione, è preso in considerazione per la sua incidenza sulle posizioni dei soci, ai quali il danno viene direttamente risarcito.

Adottando questa chiave interpretativa si spiega una disposizione come quella di cui al comma 3 dell'art. 2497, in base alla quale l'azione risarcitoria nei confronti della capogruppo può essere esperita solo se l'attore non è stato soddisfatto dalla società diretta e coordinata. E ciò potrebbe apparire singolare se non si riflettesse sulla circostanza che il problema che qui si pone è quello di tutelare non la società in quanto tale, bensì i soci "esterni" al gruppo di maggioranza in essa presenti.

Per quanto concerne i creditori, considerato che l'azione che essi sono legittimati a promuovere ha come presupposto la violazione degli obblighi relativi alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, è comprensibile che, finché quest'ultimo è sufficiente al soddisfacimento del credito da essi vantato nei confronti della società diretta, non vi è spazio per un'azione risarcitoria avente come legittimato passivo il soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento.

Il riferimento all'attività è, poi, esplicito nella parte finale dell'art. 2497, comma 1, a mente del quale non vi è responsabilità se "il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette". Ne discende che non si tratta di confrontare singole operazioni pregiudizievoli con altre vantaggiose, bensì di valutare unitariamente e globalmente le implicazioni prodottesi per effetto della soggezione all'attività di direzione e coordinamento.

La conduzione dell'attività in modo non conforme ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale rileva anche come causa in grado di giustificare il diritto di *recesso* del socio esterno ai sensi dell'art. 2497-quater, comma 1, lett. b), qualora sia stata pronunciata a favore del medesimo una sentenza esecutiva di condanna di chi svolge la direzione e il coordinamento.

Si tratta di un'ipotesi omogenea alle altre cause di recesso di cui all'art. 2437 ed incentrata sul mutamento delle originarie condizioni di rischio dell'investimento nelle società dirette e controllate, con la sola peculiarità che, nell'ipotesi sopra menzionata, la modifica dell'assetto imprenditoriale della società medesima si determina per effetto di una conduzione in concreto dell'attività in termini di-

versi da quelle che sarebbero le normali aspettative di mercato. In egual modo, il legislatore riconosce che, quando si verificano sostanziali mutamenti nella funzione della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure quando quest'ultima inizia o viene a cessare, le aspettative di investimento relative alle singole società ne risultano modificate.

Il diritto di recesso è, quindi, riconosciuto ai soci di una società non quotata che entra a fare parte di un gruppo oppure ne esce, se “ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto”, in grado di assicurare un *exit* del socio.

Il diritto di recesso spetta altresì al socio quando il soggetto che dirige e coordina il gruppo delibera una trasformazione che comporta il mutamento del suo scopo sociale o un cambiamento dell'oggetto sociale, tali da modificare il “senso economico” dell'investimento nella società diretta e controllata.

Una funzione di tutela dei creditori della società diretta e controllata è, infine, da intravedere nella norma dettata dall'art. 2497-quinquies in tema di finanziamento della società medesima, che estende il regime della *postergazione* dettato per i finanziamenti dei soci della società a responsabilità limitata a quelli concessi dal soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento o – per evitare facili elusioni del precetto – a quelli erogati da altre società assoggettate al medesimo potere. La norma mira, dunque, ad anteporre – nei limiti e con gli effetti previsti dagli artt. 2467 e 292, comma 1, c.c.i.i. – le ragioni dei creditori delle società dirette e coordinate a quelle vantate dalla società capogruppo o da altra società che abbia assunto la veste di finanziatrice evitando che le prospettive di soddisfacimento dei primi siano alterate per effetto di nuovi e ulteriori finanziamenti concesso al proprio debitore nell'ambito di una politica finanziaria di gruppo (Guizzi).

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Sul tema della rilevanza giuridica dell'impresa è imprescindibile il richiamo a:

FERRO-LUZZI P., *L'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 7.

FERRO-LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*³, I, *Parte generale*, Torino, 2012.

SPADA P., *Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2270.

SPADA P., *La rivoluzione copernicana (quasi una recensione postuma ai Contratti associativi di Paolo Ferro-Luzzi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 143.

L'impostazione sistematica e le soluzioni applicative dei problemi di vertice in materia d'impresa richiamati nel testo si devono, fra gli altri, ai contributi di:

ANGELICI C., *Diritto commerciale*⁵, I, Bari-Roma, 2009.

ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*³, Milano, 1962.

BIGIAVI W., *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948.

BIGIAVI W., *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954.

BIGIAVI W., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962.

BOCCHINI E., *Diritto della contabilità delle imprese*, I, *Le scritture contabili*⁵, Torino, 2008.

CETRA A., *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003.

CIAN M., *Dell'azienda. Artt. 2555-2562*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018.

DE ANGELIS L., *Elementi di diritto contabile. Disciplina civilistica e principi contabili internazionali*⁵, Milano, 2019.

DESANA E., *L'impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018.

FERRI sr. G., *Delle imprese soggette a registrazione*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1968.

FERRI sr. G., *Diritto commerciale*¹⁷, a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Milano, 2023.

FERRI jr. G., *Alla ricerca del piccolo commerciante (e alla riscoperta di una deplorabile pratica)*, in *Giur. comm.*, 2024, I, 23.

- FRANCESCHELLI R., *Imprese e imprenditori*³, Milano 1972.
- GLIOZZI E., *L'imprenditore commerciale. Saggi sui limiti del formalismo giuridico*, Bologna, 1998.
- GRAZIANI A., *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1965.
- GRAZIANI A., MINERVINI U., BELVISO U., SANTORO V., *Manuale di diritto commerciale*¹⁹, Milano, 2023.
- GUIZZI G., *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, Padova, 1997.
- IBBA C., *Codice della crisi e codice civile*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2/2019, 243.
- LIBERTINI M., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano, 1999.
- LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2015.
- LIBONATI B., *La categoria del diritto commerciale*, in *Riv. soc.*, 2002, 1.
- LOFFREDO E., *Economicità e impresa*, Torino, 1999.
- MARASÀ G., *L'imprenditore*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2021.
- MAZZONI A., *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 649.
- MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966.
- NIGRO A., *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 15**², Torino, 2001.
- OPPO G., voce *Impresa e imprenditore*. I) *Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- OPPO G., *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, I, Padova, 1992.
- PAVONE LA ROSA A., *La teoria dell'“imprenditore occulto” nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 623.
- RIVOLTA G.C.M., *La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 203.
- SPADA P., voce *Impresa*, in *Digesto IV, Disc. priv. Sez. comm.*, Torino, 1990.
- SPADA P., *Diritto commerciale*, 1, *Parte generale*, Padova, 2004.
- SPADA P., *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Cinquanta sfumature in tema di impresa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2014, 25.
- TERRANOVA G., *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 1.

Per un approfondimento della nozione di impresa e dei nuclei salienti della relativa disciplina si fa riferimento a:

- AA. VV., *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*³, a cura di M. Cian, Torino, 2024.
- AA. VV., *Diritto delle imprese [Manuale breve]*², a cura di N. Abriani, G.

- Ferri jr, G. Guizzi, M. Notari, M. Stella Richter jr., A Toffoletto, Milano, 2020.
- AULETTA G., *Azienda. Opere dell'ingegno e invenzioni industriali. Concorrenza*³, in *Commentario Scialoja-Branca*, Libro V, *Del lavoro* (artt. 2584-2601), Bologna-Roma, 1987.
- BONFANTE G., COTTINO G., *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, 1, Padova, 2001.
- BUONOCORE V., *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Sez. 1, Torino, 2002.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*⁸, a cura di M. Campobasso, Milano, 2022.
- COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 3, Padova, 1979.
- CORSI F., *Diritto dell'impresa*³, Milano, 2003.
- JAEGER P.G., DENOZZA, F., TOFFOLETTO A., *Appunti di diritto commerciale, Impresa e società*⁸, Milano, 2019.
- PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*¹¹, Bologna-Roma, 2023.
- TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 18, Torino, 1983.
- VELLA F., BOSI G., *Diritto dell'impresa e dell'economia*², Bologna, 2017.
- Sull'obbligo di predisporre assetti organizzativi adeguati dell'impresa: IBBA C., *Codice della crisi e codice civile*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2/2019, 243; poi in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 606.
- ROSSI S., DI CATALDO V., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 305.
- SPOLIDORO M.S., *Note critiche sulla "gestione" dell'impresa nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253.
- Sulla rilevanza dell'impresa nel diritto delle società, nonché sui temi della personalità giuridica, dei tipi societari e della distinzione fra società di persone e di capitali, occorre richiamare almeno:
- ANGELICI C., *Profili dell'impresa nel diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2015, 237.
- D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Ascarelli*, I, Milano, 1969, 243.
- FERRI sr. G., *Delle società*³, in *Commentario del codice civile*, già diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981.

- FERRI sr. G., *Le società*³, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1987.
- FERRI jr. G., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 805.
- FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971.
- GALGANO F., *Le società in genere. Le società di persone*³, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2007.
- GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*¹⁸, Bologna, 2013.
- MARASÀ G., *Le società*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000.
- MONTALENTI P., *Il diritto societario dai “tipi” ai “modelli”*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 420.
- RIVOLTA G.C.M., *Diritto delle società. Profili generali*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino, 2015.
- SCIUTO M., *Società di persone e società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2009, 1352.
- SERICK R., *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966 (trad. it.).
- SPADA P., *La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 521.
- SPADA P., voce *Società – II) Tipi di società: in generale*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXIII, Roma, 1993.

Una trattazione completa ed aggiornata della disciplina delle società, corredata dai necessari riferimenti bibliografici, è offerta dai seguenti manuali:

- AA. VV., *Diritto commerciale*, 3, *Diritto delle società*, a cura di M. Cian, Torino, 2024.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*¹¹, a cura di M. Campobasso, Milano, 2024.
- PISCITELLO P., GHIONNI CRIVELLI VISCONTI P., *Diritto delle società*, Torino, 2024.

Sulle società di persone sono importanti i contributi offerti in:

- BUONOCORE V., *Società in nome collettivo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995.
- BUONOCORE V., CASTELLANO G., COSTI R., *Società di persone*, Milano, 1978.
- COTTINO G., WEIGMANN R., *Le società di persone*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2004.
- DENOZZA F., *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973.

- DI SABATO F., *Società in genere. Società di persone*, in *Trattato di diritto civile* del Consiglio nazionale del notariato, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005.
- GALGANO F., *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2007.
- MIRONE A., *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998.
- MONTALENTI P., *Il socio accomandante*, Milano, 1985.
- PISANI L., *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000.
- PISCITELLO P., *Società di persone a struttura aperta e circolazione delle quote. Modelli legali ed autonomia statutaria*, Torino, 1995.
- VENDITTI A., *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, rist., Napoli, 2016.

Per una sintesi delle scelte di fondo e dei profili di novità introdotti dalla riforma organica delle società di capitali e cooperative è tutt'ora attuale il testo di:

- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*², Padova, 2006.

Per l'analisi di alcuni profili specifici della disciplina delle società (in specie di capitali) si rinvia, senza pretesa di completezza, a:

- AA. VV., *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale e curato da M. Campobasso, V. Cariello e U. Tombari, Milano, 2016.
- Av. Vv., *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, Milano, 2022.
- ABBADESSA P., *Le disposizioni generali sulle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 16, Torino, 1985.
- ANGELICI C., *La società nulla*, Milano, 1975.
- ANGELICI C., *La società per azioni, I, Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012.
- BARTALENA A., *Le nuove obbligazioni*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2005, I, 546.
- BIONE M., *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2*, 1999.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991.
- BRIZZI F., *S.r.l. pmi e offerta al pubblico di quote di partecipazione*, Torino, 2022.
- CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2014.

- CAMPOBASSO M., *La società a responsabilità limitata. Un modello "senza qualità"?*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 19.
- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229.
- COLOMBO G.E., *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, Padova, 1965.
- COLOMBO G.E., *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7*, Torino, 1994.
- DI SABATO F., *Manuale delle società*⁶, Torino, 1999.
- FERRI jr., *G Investimento e conferimento*, Milano, 2001.
- FERRI jr. G., *Della società in accomandita per azioni*, in *Il codice civile Commentario*, già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2020.
- FERRO-LUZZI P., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993.
- FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sulla riforma; I: La società per azioni come organizzazione e del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 673.
- GRAZIANI A., *Diritto delle società*⁴, Napoli, s.a. (ma 1960).
- GUIZZI G., voce *Direzione e coordinamento di società*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, *Diritto commerciale* a cura di N. Abriani, Milano, 2011, 350.
- GUIZZI G., *Riflessioni intorno ai rimedi esperibili avverso il bilancio non correttamente redatto*, in *Le società nel processo*, a cura di C. Conso, G. Guizzi e I. Pagni, Torino, 2012.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano, 1964.
- JAEGER P.G., *Il bilancio d'esercizio delle società per azioni. Problemi giuridici*, Milano, 1988.
- LAMANDINI M., *Il "controllo". Nozione e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995.
- LIBONATI B., *Formazione del bilancio e destinazione degli utili*, Napoli, 1978.
- LIBONATI B., *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2013, I, 365, e già in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Torino, 2007, 621.
- LIBONATI B., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009.
- MAUGERI M., *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Milano, 2010.

- MIOLA M., *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 1199.
- MIOLA M., *La tutela dei creditori e il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 237.
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 213.
- PORTALE G.B., *I bilanci straordinari delle società per azioni. Appunti*, in *Riv. soc.*, 1978, 305.
- PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1**, Torino, 2004.
- PORTALE G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da G.B. Abbadessa e G.B. Portale, II, Torino, 2006, 1.
- SACCHI R., *Sull'amministrazione nella s.r.l. dopo il Codice della Crisi*, in *La società a responsabilità limitata: un modello trans tipico alla prova del Codice della Crisi*, a cura di M. Irrera, Torino, 2020, 684.
- SAMBUCCI L., *Commento agli artt. 2392-2396*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società - Dell'azienda - Della concorrenza*, a cura di D. U. Santosuosso, Milano, 2015.
- SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151.
- SBISÀ G., *Società controllate e società collegate*, in *Contr. impr.*, 1987, 319.
- SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.
- SCOGNAMIGLIO G., *Commento all'art. 2497*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle società - Dell'azienda - Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, Milano, 2015.
- SPADA P., *La tipicità delle società*, Milano, 1974.
- SPOLIDORO M.S., *Le società consortili*, Milano, 1984.
- SPOLIDORO M.S., *Il concetto di controllo nel codice civile e della legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457.
- STELLA RICHTER jr. M., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2005, 987.
- TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.
- ZANARONE G., *La s.r.l. A vent'anni dalla riforma del diritto societario*, Milano, 2023.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2025
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1 – 38015 Lavis (TN)