



**A.A. 2024/2025**

**BLAB**

# **DISPENSA**

## **DIRITTO COMMERCIALE -PRIMO PARZIALE-**

**A CURA DI**

**FRANCESCO MUCIACCIA**



TEACHING DIVISION

“

Questa dispensa è scritta da studenti senza alcuna intenzione di sostituire i materiali universitari.

Essa costituisce uno strumento utile allo studio della materia, ma non garantisce una preparazione altrettanto esaustiva e completa quanto il materiale consigliato dall'Università.

”

Anno accademico 2023/2024

Primo parziale

# Diritto commerciale

**BIBLIOGRAFIA:**

Diritto commerciale 1, G.F.

Campobasso

Diritto commerciale 2, G.F.

Campobasso

*A cura di Francesco Muciaccia*

## L'IMPRENDITORE

Nel nostro sistema giuridico, la figura dell'imprenditore è definita dall'art. 2082 c.c., ma la disciplina dettata non è identica per tutti gli imprenditori. Invero, è possibile distinguere i tipi di imprese e di imprenditori con tre criteri:

- L'*oggetto* dell'impresa, e quindi la distinzione fra **imprenditore agricolo** (art. 2135 c.c.) e **imprenditore commerciale** (art. 2195 c.c.)
- La *dimensione* dell'impresa, e quindi la distinzione fra **piccolo imprenditore** (art. 2083 c.c.) e **imprenditore non piccolo** (o *medio-grande*)
- La *natura* del soggetto che esercita l'impresa, e quindi la distinzione fra **impresa individuale**, **impresa pubblica** e **società**

I tre criteri si cumulano ai fini della qualificazione di un'impresa, dando, ad esempio, luogo ad un'impresa *commerciale, non piccola, ed individuale*.

All'interno del Codice civile, incontriamo un corpo di norme applicabile a tutte le imprese (*Disciplina generale delle imprese*) in tema di azienda, marchi e brevetti, concorrenza sleale, consorzi ed *Antitrust*. Di seguito, si identifica lo *Statuto dell'imprenditore commerciale*, integrativo di quello generale, rispetto al tema della crisi d'impresa, della pubblicità legale, della rappresentanza commerciale, delle scritture contabili e del bilancio. Sono poche, invece, le norme riferite all'*imprenditore agricolo* e al *piccolo imprenditore*, tanto che queste figure hanno un rilievo essenzialmente negativo, nel senso che la loro qualificazione permette di delimitare l'ambito di applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale. Infatti, imprenditore agricolo e piccolo imprenditore sono esonerati dalla tenuta delle scritture contabili, e solo da poco sono tenuti all'iscrizione nel Registro delle Imprese (seppur con rilievo diverso); per giunta, è anche diversa la disciplina delle procedure concorsuali per la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore agricolo.

Anche la distinzione *soggettiva* fra impresa individuale, società, e impresa pubblica fa sì che si definisca maggiormente l'ambito dell'applicazione dello *Statuto dell'imprenditore commerciale*; ad esempio, le società diverse da quella semplice (dette *società commerciali*) sono tenute all'iscrizione nel Registro delle Imprese, anche se l'attività esercitata non è commerciale (art. 2200 c.c.). Ancora, gli enti pubblici che esercitano impresa commerciali sono sottratti alla disciplina dell'imprenditore commerciale, e comunque mai esposti alla liquidazione giudiziale.

Ad ogni modo, il sistema disegnato dal Codice del '42 non è certo lineare e chiarissimo, ma sicuramente va capito che l'imprenditore commerciale è *species* della figura generale dell'imprenditore, di cui ora trattiamo.

### L'art. 2082

*È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.* Così recita l'**art. 2082 c.c.**, dandoci la **nozione generale di imprenditore**. Gli economisti vedono spesso la figura dell'imprenditore come *intermediaria* fra chi dispone dei necessari fattori produttivi e chi domanda prodotti e servizi; invero, l'imprenditore coordina, organizza e dirige il processo produttivo (*funzione organizzativa*), sobbarcandosene il rischio che i costi sopportati non siano coperti dai ricavi conseguiti (*rischio d'impresa*), avendo anche il potere di acquisire l'eventuale eccedenza dei ricavi sui costi (*profitto*). A prescindere però dal contributo delle altre scienze, il legislatore (in particolare nel Libro V del Codice civile, *Del lavoro*) fa sì che si possa distinguere fra chi è imprenditore e chi no, stabilendo a chi e come siano applicabili le relative norme. Leggendo l'art. 2082, capiamo che l'**impresa** è *attività*, la serie coordinata di atti unificati da una funzione unitaria, caratterizzata da uno *specifico scopo* (produzione o scambio) e da *specifiche modalità di svolgimento* (organizzazione, economicità, professionalità). Tuttavia, ci si chiede spesso se i requisiti indicati possano essere sufficienti: può essere requisito lo **scopo di lucro**? E la *destinazione al mercato*? E, ancora, la *liceità* dell'attività? Chiariremo questi punti dopo aver approfondito i requisiti posti dal Codice, fermo restando che è molto probabile che si trovino dissonanze in altri luoghi dell'ordinamento nazionale (*es. legge tributaria*) o internazionale (*es. legislazione UE*). Per questi ultimi motivi, non si può parlare di una singola nozione d'impresa, ma piuttosto di *nozioni* d'impresa (civilistica, tributaria, internazionale, ...) che albergano nell'ordinamento in funzione di specifici aspetti normativi e interessi relativi.

### L'attività produttiva

Si è detto, l'impresa è *attività* finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi; è, cioè, **attività produttiva**, tale potendosi considerare latamente anche l'attività di scambio, che è volta ad aumentare l'utilità dei beni. Non è importante la natura dei beni o dei servizi per qualificare un'attività come *produttiva*, e infatti è impresa anche la produzione di servizi di natura assistenziale (*es. mensa benefica*), culturale, o ricreativa. Allo stesso modo, non è importante che l'attività produttiva a si qualifichi al contempo come attività di godimento, anche se non può essere impresa l'attività di *mero godimento*, che non dà luogo a nuovi beni o servizi (*es. proprietario mette in locazione un immobile per goderne i frutti*). Ad ogni modo, però, non c'è incompatibilità fra godimento e impresa, ed è possibile che un'attività sia *di godimento* (di beni preesistenti) e *produttiva* (di beni nuovi); così, sarà il caso del proprietario di un

fondo agricolo che destina lo stesso alla coltivazione, nonché il proprietario dell'immobile che lo adibisce ad albergo o residence.

Interessante è il caso delle *attività di investimento*: è godimento (o amministrazione del proprio patrimonio) e attività di produzione l'impiego di proprie disponibilità nella compravendita di **strumenti finanziari** e, quindi, quegli atti di investimento, speculazione e finanziamento, coordinati in serie configurando un'attività unitaria, danno vita ad un'impresa commerciale. Or dunque, sono imprese commerciali le *società di investimento* (che impiegano il loro patrimonio nella compravendita di titoli) e le *società finanziarie* (che erogano credito) e le *holdings* (società con oggetto l'acquisto e la gestione di partecipazioni di controllo in altre società, poste a capo di un *gruppo di società*). Questo tema diviene insidioso rispetto alla situazione in cui a operare le attività di investimento, speculazione e finanziamento sia una *persona fisica*, poiché è complesso stabilire se si sia in costanza di attività in senso proprio o di una serie di atti privi di coordinamento, così come non è sempre chiaro capire se tali attività hanno carattere professionale e organizzato.

## L'organizzazione

Non c'è attività senza programmazione e coordinamento della serie di atti in cui si sviluppa, così come non c'è impresa senza l'impiego *coordinato* di **fattori produttivi** (capitale e lavoro) proprio e/o altrui. È sicuramente tipico che la **funzione organizzativa** si declini in un *apparato produttivo* stabile, con persone e beni strumentali, ma, dovremmo concentrarci maggiormente su ciò che è *essenziale*; oggi, è pacifico che non sia necessario che la *funzione organizzativa* abbia per oggetto anche altrui prestazioni di lavoro, ed è quindi imprenditore anche chi opera utilizzando solo il fattore capitale ed il proprio lavoro intellettuale e/o manuale (*es.* gioielleria gestita dal solo titolare, lavanderia automatica). Peraltro, non è necessario che l'attività organizzativa dell'imprenditore si palesi in un *apparato strumentale* percepibile fisicamente (locali, macchinari, ecc.), cosicché i mezzi necessari all'imprenditore possano anche essere solo mezzi finanziari.

Ebbene, ciò che definisce l'impresa tale è l'utilizzo di fattori produttivi ed il loro coordinamento da parte dell'imprenditore per un fine produttivo, e la qualità di *imprenditore* non può essere negata né quando l'attività funziona senza collaboratori, né quando il coordinamento dei fattori produttivi non si concretizza in una realtà aziendale materialmente percepibile.

Ma non è finita qui: occorre ridimensionare il requisito dell'organizzazione. Ci si è chiesti se si possa parlare di impresa anche se il processo produttivo si fonda *esclusivamente* sul lavoro personale del soggetto agente, e cioè non ci si serve né di lavoro altrui, né di capitale (mancando quindi *eteroorganizzazione*). Il tema si invigorisce con riferimento ai prestatori d'opera manuale (antennisti, elettricisti, idraulici, ...) o di servizi personalizzati (mediatore, agente di commercio, ...). Ebbene, sono questi sempre imprenditori, sia pure piccoli? È insensato distinguere fra imprenditore e **lavoratore autonomo**? Sicuramente no. La semplice organizzazione a fini produttivi del proprio lavoro non può essere considerata organizzazione imprenditoriale, in mancanza di un minimo di *eteroorganizzazione*. La dottrina, però, non è d'accordo, riferendosi all'art. 2083 c.c., che racconta del piccolo imprenditore che organizza l'attività *prevalentemente* con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia. Seguendo l'impostazione della dottrina, il requisito dell'organizzazione dell'art. 2082 c.c. diviene però uno *pseudo*-requisito. Inoltre, socialmente parlando, è normale vi sia distinzione fra imprenditore e artigiano, così come l'organizzazione del proprio lavoro (con riferimento al lavoratore autonomo) è un qualcosa che facciamo tutti. Peraltro, non è per nulla vero che il piccolo imprenditore non opera *eteroorganizzazione*: l'art. 2083 usa l'avverbio *prevalentemente*, non *essenzialmente*, e comunque anche organizzare l'attività dei propri familiari, è pur sempre un servirsi del lavoro altrui.

Le tesi qui raccolte trovano riscontro nel Codice, poiché il requisito dell'organizzazione è presente nell'art. 2082, nell'art. 2083, ma non nell'articolo dedicato al lavoratore autonomo (art. 2222). In definitiva, per aversi impresa, sarà sempre necessaria anche una minima organizzazione di lavoro altrui o capitale ("per parlare di impresa, almeno un fattore produttivo deve provenire da terzi" – M. Notari).

## Economicità

L'impresa è attività **economica**. Un'interpretazione errata definisce "attività economica" come un mero sinonimo di "attività produttiva", ma l'*economicità* non può essere un requisito superfluo, e si aggiunge allo scopo produttivo. Or dunque, un'attività è economica non solo per il fine produttivo a cui è indirizzata, ma anche per il metodo con cui si svolge: è l'attività produttiva condotta con **metodo economico**, cioè, tesa al procacciamento di entrate remunerative dei fattori produttivi che, quantomeno, consentano la *copertura* dei costi con i ricavi. Invero, gli aziendalisti distinguono fra *aziende di produzione* (imprese) ed *aziende di erogazione*, e non sarà imprenditore chi produca beni o servizi che vengono erogati gratuitamente o con un prezzo simbolico, senza la possibilità di coprire i costi. Ecco che non è imprenditore l'ente pubblico o l'associazione privata che gestisce gratuitamente o quasi un ospedale, un istituto d'istruzione, una mensa, quando invece lo è chi compia lo stesso con metodo economico, con almeno il tentativo di coprire i costi con i ricavi.

## Professionalità

L'ultimo dei requisiti fissati dall'art. 2082 è il carattere **professionale** dell'attività. L'impresa si inserisce *stabilmente* nel settore produttivo, e questa stabilità implica l'applicazione della disciplina dell'impresa, per cui *professionalità* significa esercizio **abituale** e *non occasionale*. Quindi, non è imprenditore chi acquista un bene per rivenderlo, mancando anche il tema dell'attività se ci si riferisce ad un singolo atto, così come non è imprenditore nemmeno chi compie una pluralità di atti economici coordinati seppur circostanze oggettive ne palesano il carattere non abituale (singolo servizio di trasporto, singolo spettacolo sportivo). Ad ogni modo, la *professionalità* non implica che l'impresa si svolga *continuativamente*, ed è possibile che vi siano interruzioni cicliche o stagionali (*es.* comprensorio sciistico), rimanendo sufficiente che l'attività si ripeta costantemente negli anni. Peraltro, la *professionalità* non implica che l'impresa sia attività unica o principale (un impiegato potrebbe gestire un negozio), e nemmeno che non si esercitino più imprese contemporaneamente. Inoltre, si può parlare di impresa con riferimento al compimento di un **unico affare**: *unicità* e professionalità non sono incompatibili, purché il singolo affare renda necessario il compimento di operazioni complesse e l'utilizzo di un apparato produttivo idoneo ad escludere il carattere occasionale. Così, sarà imprenditore il costruttore di un edificio (o colui che lo completa), al fine di rivendere l'immobile.

## Lo scopo di lucro

Chiariti i requisiti fissati dall'art. 2082 c.c., è doveroso domandarsi se ne esistano degli altri per poter parlare di impresa. Il primo controverso tema riguarda lo **scopo di lucro**: è essenziale che un'impresa consegua un guadagno, un profitto? Sicuramente, nella normalità, è proprio la realizzazione di un *massimo profitto* ad animare l'imprenditore, ma può essere negata tale qualità se lo scopo di lucro manca? Ebbene, la risposta è no. Se lo scopo lucrativo si intende come un movente psicologico (*lucro soggettivo*) dell'imprenditore, ci si allontana sull'assioma per il quale la disciplina dell'impresa deve fondarsi su dati *esteriori ed oggettivi*. Peraltro, si è già visto che l'attività d'impresa è solo quella condotta con metodo economico, e più che sostenere l'idea di un'attività svolta con *metodo lucrativo* (gestire per realizzare ricavi eccedenti i costi), molteplici indici legislativi optano per la sufficienza della sola **economicità**.

Quando si parla di scopo di lucro nel tema dell'impresa, dobbiamo ricordare che la nozione di imprenditore è *unitaria*, si applica all'impresa privata come a quella pubblica, che di certo non deve realizzare profitto per definirsi tale. Analogamente, l'impresa sociale, per definizione esercitante attività di interesse generale *senza scopo di lucro*, si discosta dall'idea di profitto. Questi esempi ci fanno capire che parlare di scopo di lucro come requisito dell'impresa significa intenderlo in senso lato, fin troppo, quasi da svuotarne il valore, ed è ormai pacifico che requisito minimo, essenziale, dell'attività d'impresa sia la sola *economicità*.

## Impresa per conto proprio: sì o no?

Di regola, un'impresa opera *per* il mercato, cioè, destina allo scambio i beni o i servizi che si producono. Quindi, sarà imprenditore colui che produce beni o servizi per uso o consumo personale? È impresa l'**impresa per conto proprio**? Nessun dato legislativo parla di destinazione al mercato come requisito, tantomeno l'art. 2082 c.c., ma prevale largamente l'opinione contraria. Si diceva, parlando di concezione economica, che l'imprenditore è intermediario tra produttore e consumatore, rendendo la destinazione al mercato un'appendice del concetto di professionalità, e sappiamo che la disciplina codicistica mira a tutelare i terzi (che in un'impresa per conto proprio non esistono). Or dunque, l'impresa per conto proprio non è impresa, a meno che possa destinare *parzialmente* o *potenzialmente* la produzione al mercato.

È interessante osservare, però, la tesi minoritaria; è impresa per conto proprio la *coltivazione del fondo finalizzata al soddisfacimento dei bisogni dell'agricoltore e della sua famiglia*, così come *la costruzione di appartamenti non destinati alla rivendita (costruzione in economia)*. Cominciando dalla prima ipotesi, vediamo che l'attività produttiva può assumere carattere professionale anche se non rivolta al mercato; la seconda ipotesi, poi, dimostra che non vi è incompatibilità fra imprenditore per conto proprio ed *economicità*: è una copertura di costo anche risparmiare su una casa, o comunque aumentare il proprio patrimonio costruendola e tenendosela.

Ebbene, come per lo scopo di lucro, lungi dalla nozione di imprenditore tutto ciò che non è legato all'oggettività dell'art. 2082 cc. La destinazione al mercato non è requisito *oggettivo*, il costruttore in economia potrà essere definito come imprenditore commerciale, e il coltivatore del proprio fondo come imprenditore agricolo a prescindere dalla destinazione che dà ai suoi prodotti.

## Impresa illecita

Ultimo punto controverso attiene al tema della *illiceità* dell'impresa: è impresa quell'attività svolta contro norme imperative, buon costume, ed ordine pubblico? Classicamente, è **impresa illecita** quella che svolge contrabbando, spaccio, sfruttamento della prostituzione, ma oltre che nella *mala*, esiste illiceità anche nel commercio senza licenza, o nell'attività bancaria senza autorizzazione della BCE. L'art. 2084 c.c. afferma che è illecita ogni attività di impresa che viola norme imperative che subordinano l'accesso all'attività a concessione, autorizzazione, o licenza.

Ma la liceità dell'attività d'impresa, è requisito essenziale? L'illecito va punito e represso, e sembra paradossale che il titolare di un'impresa illecita possa, ad esempio, invocare tutela contro gli altrui atti di concorrenza sleale, o che i suoi creditori di ambigua provenienza possano demandare la liquidazione giudiziale. Procedendo con cautela, però, capiamo che non si può trascurare atti *leciti e validi* che un'attività illecita compie. Il contratto con cui il fabbricante di droga acquista la materia prima sarà nullo ed illecito, ma perché svilire il contratto con cui i terzi ignari hanno venduto dei macchinari o dato luogo ad un servizio di trasporto? Insomma, terzi creditori meritevoli di tutela possono esistere anche con un'impresa illecita. Invero, quando l'illiceità dell'impresa riguarda violazione di norme imperative legate a concessioni e/o autorizzazioni (banca di fatto, commercio senza licenza; *impresa illegale*), è pacifico che si acquisisca la qualità di imprenditore commerciale *con pienezza di effetti*, ammettendo quindi di ricevere una sanzione amministrativa o penale. Per converso, non si arriva alle stesse conclusioni quando è illecito l'oggetto stesso dell'attività (dicevamo le imprese della *mala*), avendo il timore che il riconoscimento della qualità di imprenditori porti all'applicazione di norme che tutelano l'imprenditore criminale stesso nei confronti dei terzi. Dunque, non si vuole tutelare anche chi è autore dell'illecito, ma forse ci si scorda del principio dell'ordinamento per il quale da un comportamento illecito non può mai derivare un effetto favorevole per chi l'illecito lo compie.

Ebbene, anche chi esercita attività illecita è imprenditore, ma non potrà avanzare le pretese del titolare di un'azienda, agire in concorrenza sleale, ecc. Identici principi si seguono nella cosiddetta *impresa mafiosa* (per il perseguimento di un disegno criminoso).

### Impresa e professioni intellettuali

Anche se tutti i requisiti dell'art. 2082 c.c. concorrono, è possibile che non si parli di impresa, a causa di una *esclusione* in via di principio del legislatore, come nel caso delle **professioni intellettuali**. I *liberi professionisti* (avvocati, medici, notai, ...) non sono mai imprenditori (art. 2238 c.c.). Proprio quest'ultimo articolo, ci dice divengono imprenditori solo quando la professione intellettuale è esplicata in un'*altra* attività (si pensi al medico che gestisce una clinica privata). Il professionista intellettuale che, invece, si limita a svolgere la propria attività non è imprenditore, e non solo se si serve della incompatibile *autoorganizzazione*, ma anche se si serve di lavoro altrui (si pensi a giganteschi studi legali) e di capitale altrui (si pensi ai costosissimi macchinari degli studi dentistici). L'art. 2238, c. 2, c.c. sottolinea anche al professionista intellettuale che impieghi sostituti o ausiliari si applicano le norme del *lavoro nell'impresa*, ma non tutte le altre. Ma perché? Effettivamente, l'attività del libero professionista segue il metodo economico (addirittura il non necessario scopo di lucro), è professionale in quanto tale, produce servizi, ed è organizzata anche attraverso risorse altrui (*eteroorganizzazione*); si può dunque dire che i professionisti intellettuali non sono imprenditori per libera opzione del legislatore, dettata anche dalla tradizionale concezione che si ha di questi. Si parlerà, allora, di albi professionali, potere disciplinare degli ordini, e quindi di *professioni protette*.

Ad ogni modo, per stabilire se una professione intellettuale sia impresa o meno, decisivo è *criterio sostanziale*, cioè, guardare ai servizi prestati: invero, è pacifico che il farmacista, professionista intellettuale per la legge, sia imprenditore commerciale, occupandosi della vendita di farmaci, senza prestare opera intellettuale.

## IMPRENDITORE AGRICOLO E COMMERCIALE

Imprenditore *agricolo* (art. 2135 c.c.) ed imprenditore *commerciale* (art. 2195 c.c.) sono le categorie di imprenditori che il codice differenzia sulla base dell'*oggetto* dell'attività. Come già sappiamo, l'imprenditore commerciale è destinatario di un'ampia disciplina, raccolta sotto il nome di *Statuto dell'imprenditore commerciale*; invece, la nozione di imprenditore agricolo ha un valore negativo, cioè, è finalizzata a restringere l'ambito di applicazione dello *Statuto*. Orbene, all'imprenditore agricolo si destinano le norme previste per l'imprenditore *in generale* e, se originariamente egli era esonerato dalla tenuta delle scritture contabili, non era tenuto ad iscrizione nel Registro delle Imprese, e non poteva fallire, oggi è soggetto ad iscrizione come pubblicità legale (d.lgs. 228/2001; e già dapprima a pubblicità notizia con la l.580/1993), seppur in una sezione speciale del registro, ed è soggetto alle procedure concorsuali (salvo la liquidazione giudiziale e il concordato preventivo). Ad ogni modo, l'imprenditore agricolo gode ancora di un certo *favor*, e la sua definizione è volta a definire l'ampiezza dell'area di esonero dalla più rigorosa disciplina dell'imprenditore commerciale (già insospessita con il d.lgs. 228/2001).

Può essere che la bipartizione imprenditore agricolo-imprenditore commerciale sia sufficiente? Forse no, e quindi si è fatta strada nel tempo la concezione di *impresa civile*, non disciplinata dal codice, ma, con criterio *negativo*, definibile come né commerciale, né agricola.

### L'imprenditore agricolo

È *imprenditore agricolo chi esercita un'attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento e attività connesse*. Così recitava l'originale **art. 2135 c.c.**, permettendoci di distinguere fra attività agricole *essenziali* e

attività agricole **per connessione**. Tale distinzione si mantiene anche con il significativo ampliamento disciplinare dettato dal d.lgs. 228/2001, e per comprendere la *nuova* nozione dobbiamo prima capirne i contrasti con quella suddetta.

Coltivazione, silvicoltura, allevamento sono attività tradizionalmente agricole, che si sono però certamente evolute dal 1942, specie grazie al processo tecnologico, e l'impresa agricola opera sempre più un'*agricoltura industrializzata* (es. servendosi di macchinari e prodotti chimici). Inoltre, il processo tecnologico consente di ottenere prodotti *merceologicamente* agricoli (es. coltivazioni artificiali o allevamenti in batteria). Quindi, anche l'attività agricola può richiedere ingenti investimenti di capitali, con esigenza di tutela dei relativi creditori, ma abbiamo già ribadito che l'imprenditore agricolo è sempre sottratto alla liquidazione giudiziale. È nato quindi un dibattito fra chi sosteneva che impresa agricola fosse ogni impresa che produce specie vegetali o animali (si fonda sul *ciclo biologico naturale*), e chi dava rilievo anche al *modo di produzione* (non può essere impresa agricola, e dev'essere commerciale, chi non sfrutta la terra, e si sottrae al rischio dell'imprenditore agricolo). Il legislatore, però, nella riforma del 2001, si lega alla prima ipotesi, al fine di contrastare l'abbandono delle campagne. Così, la nuova nozione dell'art. 2135 c.c. specifica che per coltivazione del fondo, allevamento di animali e selvicoltura si intendono tutte le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico, e resta l'esenzione dell'imprenditore agricolo dalla liquidazione giudiziale. Così, la produzione di specie vegetali e animali è **sempre** attività agricola, anche se svolta con metodi del tutto avulsi. Nel dettaglio:

- “Coltivazione del fondo” è anche *orticoltura, coltivazione in serra, fioricoltura, coltivazione fuori terra*
- “Selvicoltura” è ogni attività legata alla *cura del bosco*, ma non estrazione di legname disgiunta dalla coltivazione boschiva
- “Allevamento di animali” è anche *zootecnia fuori dal fondo* (allevamenti in batteria), utilizzo di *mangimi non naturali*, ma non compravendita di animali. Oltre all'allevamento volto all'ottenimento di prodotti tipicamente agricoli (latte, carne, lana, animali da lavoro), la nozione si estende all'*allevamento di cavalli da corsa*, di *razze canine*, di *gatti*, di *animali da cortile*, e all'*apicoltura*. Con la riforma, invero, si parla di “animali”, e non più di “bestiame”.

Per giunta, all'imprenditore agricolo si equipara l'*imprenditore ittico*, seppur non si occupi della cura del ciclo biologico. Appreso il tema, ampio, delle attività agricole *essenziali*, occorre ora occuparsi delle fantomatiche **attività connesse**. L'attuale terzo comma dell'art. 2135 c.c., prevede che siano *connesse*:

- a) Le attività dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione di prodotti ottenuti **prevalentemente** da un'attività agricola essenziale.
- b) Le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione **prevalente** di attrezzature normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata.

Orbene, le une e le altre sono attività commerciali: è industriale, e non agricoltore, chi produce olio, ed è commerciante chi ha un negozio di frutta e verdura; tuttavia, tali attività sono *per legge* considerate **agricole** se esercitate in connessione con una delle tre attività essenziali. Così, il viticoltore che produce vino dall'uva raccolta sarà imprenditore agricolo. Ma attenzione. È necessario che il soggetto che esercita l'attività connessa sia qualificabile come imprenditore agricolo, e che l'attività già svolta sia *coerente* con quella connessa (*connessione soggettiva*). Allora, sarà imprenditore commerciale chi trasforma o commercializza prodotti agricoli **altrui**. Servendo poi una *connessione oggettiva*, si parla di **prevalenza**, cioè, è necessario che le attività connesse abbiano ad oggetto prodotti ottenuti *prevalentemente* dall'esercizio dell'attività agricola, ed è sufficiente che le attività connesse non prevalgano per rilievo economico. Non è necessario poi che le tecniche utilizzate dall'imprenditore agricolo durante l'attività connessa siano quelle più tipiche.

## Imprenditore commerciale

Come stabilisce l'**art. 2195 c.c.**, è **imprenditore commerciale** l'imprenditore che esercita:

- 1) *Attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi*, ed è il caso dell'impresa **industriale** (automobilistica, chimica, tessile, ecc.). La produzione è tratto tipico dell'impresa, ed è quindi impresa commerciale ogni attività di impresa nel settore della produzione qualificabile come *attività industriale*.
- 2) *Attività intermediaria nella circolazione dei beni*, ed è il caso del vastissimo settore del **commercio**. Il commerciante acquista beni e li rivende ad altri intermediari (*commercio all'ingrosso*) o ai consumatori (*commercio al minuto*), scambiando beni. Lo scambio è tratto tipico dell'impresa, ed è quindi impresa commerciale ogni attività di scambio che realizzi *intermediazione* nella circolazione di beni o servizi.
- 3) *Attività di trasporto per aria, terra e acqua*, ed è il caso dell'impresa di **trasporto**, che produce servizi, e svolge un'attività riconducibile a quella produttiva vista nel punto 1.
- 4) *Attività bancaria o assicurativa*, ed è il caso dell'**impresa bancaria**, che ha per oggetto la raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito, e l'attività che svolge è riconducibile a quella intermediaria vista nel punto 2, e dell'**impresa assicurativa**, che produce servizi e svolge attività simili a quelle viste nel punto 1.
- 5) *Altre attività ausiliarie delle precedenti*, che è senz'altro la categoria più generica, basata sull'*ausiliarietà*, ma comunque riferita a imprese di *agenzia, di mediazione, di deposito, di marketing*, e oltre, che di certo producono servizi e quindi essere null'altro che specificazione del punto 1.

Insomma, gli elementi che distinguono l'impresa commerciale rispetto all'impresa agricola sono racchiusi nei primi due punti dell'art. 2195 c.c., e sono il **carattere industriale** dell'attività di produzione di beni o servizi, e il **carattere intermediario** dell'attività di scambio.

### Impresa civile

Chiarite le differenze fra impresa agricola e impresa commerciale, è ora il momento di comprendere se sia possibile configurare un *tertium genus*: l'**impresa civile**. Come già si accennava, il codice non parla mai di *imprese civili*, cioè quell'impresa non commerciale, la cui attività si sottrarrebbe allo *Statuto dell'imprenditore commerciale* (specie alla liquidazione giudiziale). Il tema si affronta concentrandosi sui termini *attività industriale* e *attività intermediaria nella circolazione*, che abbiamo detto essere l'essenza della commercialità. Affermando l'esistenza di imprese civili, si pensa all'**industrialità** come impiego di materie prime che vengono **trasformate**; così, sarebbe non commerciale, e quindi civile, l'impresa che produce beni senza trasformare la materia prima (*es.* impresa di caccia, peraltro equiparata a quella agricola con la riforma del 2001), e l'impresa che produce servizi senza trasformare materie prime non rientrando nei punti 3, 4 e 5 dell'art. 2195 (*es.* impresa investigativa). Con riguardo al tema dell'ausiliarità, può essere interessante individuare imprese ausiliarie civili, cioè di attività non commerciali (*es.* mediatore in affari agricoli o civili). Con riguardo al tema dell'**intermediazione**, ci si potrebbe riferire alla persistenza sia dell'acquisto sia della vendita dei beni, e quindi sia imprenditore civile colui che aliena *beni propri*, e allora si avrebbe attività di scambio, ma non intermediaria.

Comunque, la dottrina non è convinta dell'esistenza di *imprese civili*, poiché ritiene che *industriale* significhi semplicemente **non agricolo**, e che *intermediario* sia solo un sinonimo di **scambio**. L'art. 2195 altro non dice, quindi, che è attività commerciale quella volta a produrre beni o servizi *non agricoli* e a far circolare beni non qualificabili come agricoli per connessione. Gli esempi fatti, nell'abrogato *Codice del Commercio* del 1865 erano sicuramente commerciali, e perché mai il legislatore del '42 avrebbe dovuto restringere l'area della commercialità? Perché mai un agente commerciale è sottoposto a liquidazione giudiziale e un agente, ad esempio, immobiliare non lo dovrebbe essere? Ebbene, il tema dell'impresa ausiliaria non commerciale si risolverà nel fatto che anch'esse devono considerarsi commerciali, poiché non aventi ad oggetto produzione, trasformazione o alienazione di prodotti agricoli e, ripetendo, sarà commerciale **ogni impresa che non è agricola**.

### Il piccolo imprenditore

Come secondo criterio di differenziazione della disciplina dell'imprenditore incontriamo la *dimensione*, e il Codice ci parla infatti di **piccolo imprenditore**. Quest'ultimo è destinatario delle norme generali dell'impresa, ed è esonerato, pur svolgendo attività commerciale, dalla tenuta delle scritture contabili, l'iscrizione nel Registro delle Imprese (prima esclusa) ha funzione solo di pubblicità *notizia*, ed è esonerato da quasi tutte le procedure concorsuali, specie la liquidazione giudiziale. Così come la nozione di quello agricolo, anche quella di piccolo imprenditore permette di restringere l'ambito di applicazione dello *Statuto dell'imprenditore commerciale*. Inoltre, la piccola impresa è largamente disciplinata dalla legislazione **speciale**, volta a far sopravvivere una realtà fondamentale nel nostro paese, garantendo privilegi fiscali, tributari e lavorativi. Nel tempo, però, individuare la figura del piccolo imprenditore è stato complesso, facendo riferimento al Codice civile, alla *legge fallimentare*, e alle successive *leggi speciali*. Comunque, oggi la situazione si è molto chiarita.

*Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.* Così recita l'**art. 2083 c.c.**, affermando che la prevalenza del lavoro **proprio** e dei **familiari** sia il carattere distintivo del piccolo imprenditore. Non sussistono plausibili motivazioni per discernere le singole figure di piccoli imprenditori, classificando il principio della *prevalenza* come criterio **generale e comune** (a detta anche della *Relazione al c.c.* n. 836). Occorre quindi che il piccolo imprenditore presti il proprio lavoro nell'impresa, e che esso e quello dei suoi familiari prevalga su quello altrui e rispetto al capitale investito. La *prevalenza* va intesa in senso **qualitativo-funzionale**, cioè, accertando se l'apporto dell'imprenditore e dei suoi familiari abbia rilievo preminente dell'organizzazione dell'impresa (*es.* piccolo commerciante, piccolo orafo che lavora metalli preziosi altrui).

## DIVENIRE IMPRENDITORE

Quando si diventa imprenditori? Imbracciando l'art. 2082 c.c., diremmo quando si dà il via all'esercizio dell'attività d'impresa, ma forse questa è una risposta insufficiente. Per poter parlare di imprenditori, dobbiamo capire quando l'attività d'impresa viene ad egli **giuridicamente imputabile**, e l'art. 2082 non ci dice nulla a riguardo. Allo stesso modo, l'articolo nulla dice su quando l'attività d'impresa *inizia*, né tanto meno quando finisce.

Cominciamo allora dal tema del **criterio di imputazione dell'attività d'impresa**.

### Esercizio diretto dell'attività d'impresa

Individuare il soggetto cui è imputabile la disciplina dell'impresa non è un grosso problema se gli atti dell'impresa sono compiuti **direttamente** dall'interessato o da altri *in suo nome*. Vediamo quindi il principio generale del nostro ordinamento per il quale centro di imputazione degli effetti dei singoli atti giuridici è il soggetto *e solo il soggetto* il cui nome è stato validamente speso nel traffico giuridico (*principio formale della spendita del nome*). Orbene, la qualità di imprenditore è acquistata dal soggetto e solo dal soggetto il cui nome è stato speso nel compimento degli atti d'impresa. Non diventa imprenditore, invece, colui che gestisce l'altrui impresa spendendo il nome dell'imprenditore, e anche se gli atti di impresa sono compiuti tramite rappresentante, imprenditore è il rappresentato (anche per l'incapace, e lo vedremo). Ugualmente, quando un soggetto istituisce una s.r.l. unipersonale per esercitare un'attività, anche facendo suoi tutti i guadagni, è l's.r.l. ad essere imprenditore, di cui si è speso il nome. Questa linea è tutelata dall'ordinamento, perché si preferisce che un'attività rischiosa come l'impresa, se delimitata patrimonialmente dall'istituzione di una società, tuteli i singoli consociati.

### Esercizio indiretto dell'attività d'impresa

È possibile che vi sia dissociazione fra il soggetto cui è *formalmente* imputabile la qualità d'imprenditore ed il reale interessato; è questo il noto fenomeno dell'impresa tramite **interposta persona**. Così, uno è il soggetto che compie in proprio nome gli atti dell'impresa (*imprenditore palese* o *prestanome*), e un altro è il *dominus* dell'impresa, che fornisce al primo i mezzi finanziari necessari, e fa propri i guadagni (*imprenditore occulto*). Fintanto che un'impresa di questo tipo funziona, non c'è motivo di preoccuparsene, ma nell'eventualità in cui gli affari vadano male vi è la necessità di tutelare i creditori. Invero, i creditori potranno provocare l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del *prestanome* (avendo speso il suo nome, e acquisendo così la qualità di imprenditore commerciale), ma è verosimile che i creditori possano soddisfarsi ben poco accedendo solo alla somma (scarsa) di un imprenditore che in realtà non lo è. Si è ritenuto, dunque, che il rigoroso criterio della spendita del nome non sia necessario ai fini dell'imputazione della responsabilità per debiti d'impresa, e anche il *dominus* dovrà rispondere dei debiti contratti dal *prestanome*. Questa linea è confermata dall'art. 256 *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (CCI), che stabilisce che, oltre ai soci di una società palese, falliscono anche i soci *occulti* della società a responsabilità illimitata, e fallisce anche il socio *occulto* di società *occulta*, creando la **teoria dell'imprenditore occulto**: il *dominus* di un'impresa formalmente altrui non solo risponderà con questi, ma sarà sottoposto *sempre e comunque a liquidazione giudiziale* se questa è stata aperta nei confronti del *prestanome*. Oggi, però, si ritiene che questa teoria, un po' bizzarra, dell'imprenditore occulto sia lievemente sopravvalutata e anacronistica. Infatti, la giurisprudenza non ha mai accolto questa teoria, perché il cavallo di troia dell'art. 256 CCI funziona fino ad un certo punto: il presupposto dell'estensione del fallimento è l'esistenza di una società, che per sua natura appartiene alla categoria di società a responsabilità illimitata, cioè le *società di persone*. Per cui, è chiaro che l'imputazione della qualità d'imprenditore nel tema della *crisi* è conseguenza solo dell'uso *abusivo, occulto* di società a responsabilità illimitata. Rispetto agli anni '50, inoltre, l'ordinamento (come visto parlando di s.r.l. unipersonale) vuole mettere a disposizione strumenti che circoscrivano il rischio di fallimento, anche comportando un **esercizio indiretto**. Ancora, nel 2003, si è capito che nei *fenomeni di gruppo*, quando c'è una capo-gruppo, questa non è responsabile direttamente dei debiti delle società controllate, ma lo diviene solo a seguito di un *abuso* del suo potere.

### Inizio dell'impresa

La qualità di imprenditore si acquista con l'**effettivo** inizio dell'esercizio dell'attività di impresa, e non basta l'intenzione di darvi inizio, anche se palesata con, per esempio, la richiesta di licenze o autorizzazioni; la stessa iscrizione nel Registro delle Imprese non è condizione né sufficiente né necessaria per l'attribuzione della qualità d'imprenditore commerciale. Ma quando si ha l'*effettivo* inizio dell'attività d'impresa? Come sempre, dipende. Doveroso è distinguere a seconda che il compimento degli atti d'impresa sia o meno preceduto da una **fase organizzativa** percepibile (affitto di locali, acquisto di macchinari, ...). Se questa fase preparatoria manca, solo la reiterazione nel tempo di atti d'impresa coordinati assicurerà che si sta svolgendo atti non occasionali, ma professionalmente esercitati. Quando, invece, venga precedentemente creata una stabile organizzazione aziendale, anche un singolo atto di esercizio sarà sufficiente per affermare l'inizio dell'attività. Orbene, si può diventare imprenditore già durante la fase preliminare di organizzazione o si deve completare il primo atto di gestione? Si ritiene che anche gli atti di organizzazione (cioè, di carattere *preimprenditoriale*) possano essere equiparati a quelli di gestione non preceduti da una fase organizzativa, siano atti d'impresa, e determinino l'acquisto della qualità di imprenditore (nel bene e nel male).

Leggermente diverso è per le società; posto che le società sono enti giuridici che istituzionalmente sono volti all'esercizio dell'attività d'impresa, si è portati a ritenere che, quando una società nasce, di per sé, sia qualificabile come imprenditore, anche se è dibattuta l'opinione che sostiene che la società che non fa nulla non può essere considerata impresa.

## Fine dell'impresa

L'art. 33 CCI dispone che la liquidazione giudiziale può essere aperta **entro** un anno dalla cessazione dell'attività, e tale coincide con la cancellazione dal Registro delle Imprese, oppure, per gli imprenditori non iscritti, dal momento in cui i terzi ne hanno conoscenza.

Quindi, se un imprenditore **iscritto** non si cancella, per lui il termine annuale non decorre, e sarà sottoposto a liquidazione giudiziale anche se l'attività d'impresa è cessata da più di un anno. Se si cancella, o viene cancellato d'ufficio, i creditori sono ammessi a provare che l'imprenditore ha proseguito l'attività d'impresa, per ottenere l'apertura della liquidazione anche dopo il decorso dell'anno dalla cancellazione. Effettivamente, allora, non basta la cancellazione, e per dare fine ad un'impresa è necessaria la **disgregazione del complesso aziendale**.

Invece, se un imprenditore **non è iscritto**, il decorso del termine è subordinato all'effettiva cessazione della vita d'impresa e la conoscenza da parte dei **terzi** di questo evento, in mancanza della quale l'imprenditore rimane esposto a liquidazione giudiziale. Non è del tutto chiaro a che *terzi* ci si riferisca, e pare non sia sufficiente la diffusione della notizia della cessazione con mezzi idonei diversi dalla pubblicità di registro (come sostenuto anni fa dalla giurisprudenza).

## Capacità e impresa

La capacità all'esercizio di attività d'impresa si acquista con la **capacità di agire**, cioè al compimento del diciottesimo compleanno, e si perde in seguito ad interdizione o inabilitazione. Quindi, l'esercizio di attività d'impresa in violazione di norme riferite alla capacità d'agire non fa sorgere la qualità d'imprenditore. Non costituiscono limitazioni della capacità d'agire, ma semplici **incompatibilità**, i divieti di esercizio di impresa commerciali posti in capo a coloro che esercitano determinati uffici o professioni (*es.* impiegato civile dello stato, avvocato, ecc.). Anche se incompatibili, si può acquisire la qualità di imprenditore, ma si sarà soggetti ad eventuali sanzioni amministrative e penali aggravate. Analogamente, non impedisce l'acquisto o il riacquisto della qualità di imprenditore commerciale l'**inabilitazione temporanea** all'esercizio di attività commerciale conseguente a condanna di bancarotta, o ricorso abusivo al credito in caso di liquidazione giudiziale (art. 331 CCI).

È possibile l'esercizio di attività d'impresa *per conto e nell'interesse* di un incapace (minore e interdetto) o da parte di soggetti limitatamente capaci (minore emancipato, inabilitato, e beneficiario di amministrazione di sostegno). Una specifica disciplina è prevista per l'attività commerciale (artt. 320, 372, 397, 424 e 425), di carattere ovviamente derogativo rispetto a quella di diritto comune. L'amministrazione del patrimonio degli incapaci è volta a garantirne la conservazione; il rappresentante legale o il tutore è legittimato a compiere i soli atti di **ordinaria amministrazione**, e quelli di **straordinaria amministrazione** solo quando vi sia **utilità evidente**, accertata dall'autorità giudiziaria *atto per atto*. Noi sappiamo, però, che l'attività commerciale può essere tutto fuorché conservativa, e infatti il legislatore impone un **divieto assoluto di inizio** di impresa commerciale per il minore, l'interdetto, l'inabilitato (ma non per il minore emancipato). È concessa, quindi, la sola **continuazione dell'esercizio**, previa autorizzazione del tribunale, e ove questa sia utile per l'incapace (*es.* minore eredita l'azienda paterna). L'attività d'impresa commerciale, però, richiede rapidità di decisioni, concetto avulso sia dalla distinzione fra ordinaria e straordinaria amministrazione, sia dal sistema di autorizzazione *atto per atto* (che per l'appunto, se concessa, è molto generale e amplia i poteri del rappresentante legale significativamente).

## LE ALTRE CATEGORIE D'IMPRENDITORI

### L'impresa artigiana

Con la **legge quadro per l'artigianato**, del 1985, il legislatore ha abrogato la vecchia disciplina dell'**impresa artigiana** del 1956. La nuova legge definisce l'**oggetto** dell'impresa artigiana, che può essere costituito da qualsiasi attività di produzione di beni o di prestazioni di servizio, e si concentra sul **ruolo dell'artigiano** che deve svolgere in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo. Per quanto riguarda il personale dipendente, questo deve essere personalmente diretto dall'artigiano, e l'imprenditore artigiano può essere titolare di una sola impresa artigiana. Sempre la legge *quadro*, in tema di **società artigiane** estende la qualità di imprenditore alle società cooperative e alle s.n.c., purché la maggioranza dei soci svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo. Per le s.r.l. unipersonali e le s.a.s., anni dopo, si è estesa la qualifica di imprenditore artigiano, purché il socio unico o tutti i soci accomandatari siano in possesso dei requisiti previsti per l'imprenditore artigiano e non siano anche soci unici di altra s.r.l. o soci di altra s.a.s.. Recentemente, poi, la stessa qualifica è stata estesa alle s.r.l. pluripersonali, allorché la maggioranza dei soci svolga prevalentemente lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo. Definitivamente eliminato è, invece, il tema della **natura artistica** dei beni o servizi prodotti. Ciò che più conta, però, è che la legge quadro non definisce l'impresa artigiana come *a tutti gli effetti di legge*, ma si limita a fissare principi direttivi che le regioni dovranno osservare per favorire l'artigianato: il legislatore ha quindi ammesso che non basta lo status di imprenditore artigiano per essere sottratto allo statuto dell'imprenditore commerciale. Non c'è più un particolare

privilegio, e la contrapposizione fra artigiano e industria è ormai inutile, perché una tale distinzione si basa solo sulle dimensioni dell'impresa, non sull'attività, e l'artigiano altro non è che un piccolo industriale, rientrando nella categoria degli imprenditori commerciali.

### L'impresa sociale

Si tratta di una categoria d'impresa che sposa i temi del *terzo settore*, quella parte dell'economia diversa sia dall'economia pubblica, sia dall'economia puramente lucrativa. L'**impresa sociale** non è una categoria diversa di imprese dal punto di vista di quello che fa, perché dal punto di vista della tipologia potrebbe essere tanto agricola quanto commerciale, e tanto grande quanto piccola, e non è nemmeno un particolare modello organizzativo dell'impresa. Per *modello organizzativo* dell'impresa si intende la categoria giuridica del soggetto in nome e per conto viene esercitata l'attività (e per questo si distingue fra impresa individuale, societaria, associativa, cooperativa, consorzio, ecc.). L'*impresa sociale*, allora, si caratterizza da un insieme di cose, che consistono o nella *finalità altruistica intrinseca delle attività che svolge*, o nel fatto che si serva di *lavoratori volontari, disabili, o svantaggiati*.

### L'impresa familiare

All'art. 230bis c.c., nel libro delle persone, e in particolare della famiglia, si introduce nel 1975 l'**impresa familiare**. L'*impresa familiare* rappresenta un insieme di regole che si inseriscono nei soli rapporti interni fra l'imprenditore individuale e i suoi familiari, a condizione che non sia configurabile un diverso rapporto, cioè a condizione che tra l'imprenditore titolare dell'impresa individuale e i familiari non intercorra nessun'altro rapporto giuridico (es. lavoro dipendente). Così, non dev'esserci un rapporto societario, perché l'impresa familiare va a supplire la mancanza di un rapporto giuridico: la norma nasce per sistemare le situazioni in cui *i familiari aiutano di fatto*, e la legge vuole evitare che il contribuire all'impresa non permetta anche di concorrere agli utili e di prendere decisioni. L'impresa familiare può essere solo *individuale*, ma può essere piccola o grande, così come commerciale o agricola.

### L'impresa pubblica

Dicesi **impresa pubblica** l'impresa il cui soggetto titolare è un ente pubblico. Ma questo non è sufficiente. È possibile distinguere l'*impresa pubblica* in **organi, enti, e società pubbliche**.

L'*impresa organo* è quell'impresa esercitata da enti pubblici normalmente territoriali tramite un'azienda di loro diretta proprietà. Ad esempio, si immagini il comune, proprietario di un centro sportivo, che organizza attività d'impresa che consiste nella vendita di servizi relativa alla fruizione del centro sportivo.

L'*impresa ente* si ha quando l'impresa è esercitata da un ente pubblico, cioè da un ente nato per legge. Oggi sono pochissimi gli enti pubblici che svolgono attività economica, vista la privatizzazione degli anni '90.

Le *società pubbliche* non sono enti pubblici, ma sono società in cui un ente pubblico o lo Stato ha la maggior parte delle azioni, ma la società pubblica è pur sempre privata (ENI, RAI, ENEL). La qualifica di *pubblico*, quindi, indica che lo Stato è banalmente azionista. Quindi, la società pubblica **non** è impresa pubblica, e ciò è importante perché l'impresa pubblica ha una disciplina specifica, godono delle norme della concorrenza, ma non le norme sul fallimento.

### L'impresa societaria

L'ultimo criterio di differenziazione della disciplina delle imprese, si era detto, è la *natura giuridica* dell'impresa, che può essere individuale, pubblica, o **societaria**. Le società saranno affrontate rigorosamente nel seguito, e per ora ci basta sapere che si tratta di forme associative *tipiche*, ma non esclusive, previste dall'ordinamento per l'esercizio **collettivo** dell'attività d'impresa. Si prevedono diversi tipi di società, e si stabilisce che la *società semplice* non possa esercitare attività commerciali, cosicché tutte le altre prendono il nome di *società commerciali*, e potranno essere imprenditori agricoli o commerciali. Parte della disciplina dell'imprenditore commerciale si applica alle società commerciali *qualunque sia l'attività svolta*, e nelle s.n.c. e nelle s.a.s. parte di questa disciplina si estende *solo o anche* nei confronti dei soci a responsabilità illimitata (ricordiamo il già citato e controverso art. 256 CCI).

## L'AZIENDA

L'**azienda** è un istituto che ha notevole rilevanza sia dal punto di vista dei *principi*, che si ricollegano a regole fondamentali del diritto privato, sia per l'importanza che acquisisce nella **realtà economica**. Conoscere l'impresa e l'imprenditore è necessario per concepire alcuni aspetti della disciplina in tema di azienda (artt. 2555 ss. c.c.), che muove dalla definizione di azienda, per poi, negli articoli successivi, dettarne a disciplina. Va, tuttavia, precisato che il legislatore non detta una disciplina dell'azienda in sé, ma una disciplina relativa agli atti di disposizione aventi ad oggetto l'azienda. Il legislatore si occupa, cioè, dell'azienda in relazione agli atti che abbiano ad oggetto il *trasferimento*, la costituzione dell'*usufrutto*, o la *locazione* dell'azienda.

Quando parleremo di azienda, ci dobbiamo comunque ricollegare alla nozione d'impresa, poiché il discorso giuridico sull'attività economica, si basa su tre poli: l'*impresa* (art. 2082), l'*imprenditore*, e l'*azienda* (art. 2555 c.c., *il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività d'impresa*). Nel linguaggio comune, sovente, impresa e azienda vengono usati in modo sovrapponibile, ma l'azienda è il **mezzo** che l'imprenditore utilizza per lo svolgimento della sua attività imprenditoriale.

Secondo l'**art. 2555 c.c.**, l'azienda è il **complesso dei beni** organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa; non sfugga che in questa definizione ritorna un elemento caratterizzante dell'attività d'impresa, cioè, l'elemento dell'*organizzazione*. Qui, esso diventa fondamentale per la definizione di azienda, e non solo; i beni sono organizzati *per*, in funzione della attività d'impresa, e cioè si trovano ad essere strumentali a quel certo fine (impianti, merci, macchinari, ..., se complessivamente intesi sono azienda in quanto **unificati** dalla finalizzazione all'esercizio dell'attività d'impresa). Sono beni, quindi, assolutamente eterogenei, che trovano unità solo in questa *finalizzazione*.

Dunque, troviamo **organizzazione** da un lato, e **strumentalità all'attività d'impresa** dall'altro.

Per valutare un'azienda, è necessario conoscere anche l'elemento dell'**avviamento**, cioè quella circostanza che fa sì che il valore dell'azienda possa essere un valore superiore alla sommatoria del valore dei singoli beni; l'avviamento è la capacità, l'attitudine, di quei beni a produrre un ricavo superiore ai costi (nel caso in cui gli affari vadano bene). Questo elemento ritornerà anche nella disciplina, all'art. 2557 c.c., perché nei contratti che hanno ad oggetto il trasferimento d'azienda, l'acquirente non acquista un complesso *amorfo*, ma acquista un complesso di beni che ha un'attitudine dinamica, una capacità di produrre reddito, di creare ricchezza. I contratti aventi ad oggetto l'azienda, quindi, si caratterizzano da una funzione economico-sociale di acquistare complessi di beni attivi. Di *avviamento* si parla in due maniere diverse: l'*avviamento oggettivo* è legato a come sono organizzati i beni, mentre quello *oggettivo* attiene alla persona dell'imprenditore, rispetto alle sue qualità umane, e al rapporto che instaura con i clienti (*capacità di attrazione della clientela*).

### Universalità sì o no?

Si discute molto, seppur l'importanza sia poca, su quale sia la natura giuridica dell'azienda: è un bene autonomo? È un diritto su beni materiali distinto dai singoli beni che la compongono? Per esempio, il legislatore si occupa dell'azienda in una norma oggetto di sequestro, ritenendola al pari di altre *universalità di mobili*, ma anche questa tesi non ha un grande successo, né tanto meno conseguenze sul piano della disciplina. Analogamente, si discute se, a proposito della qualità giuridica dell'azienda, debba valere un'opinione *omnicomprensiva* dell'azienda, e che quindi l'azienda racchiuda in sé i beni, i servizi, e i contratti. Secondo il prof. Picciau, però, conviene non considerare servizi e contratti, per evitare problematiche non previste dal Codice. Quindi, è corretto considerare l'azienda come un **complesso di beni**, che si giustifica anche osservando il fra poco protagonista art. 2558 c.c., che fa riferimento alla vendita dei beni che compongono l'azienda.

### Il trasferimento dell'azienda

Perché il legislatore si occupa delle vicende del trasferimento dell'azienda? Poiché nell'ipotesi di trasferimento d'azienda entrano in gioco una *pluralità di interessi*: dell'alienante, dell'acquirente, di terzi soggetti, come creditori e debitori, e del sistema economico, perché l'esistenza dell'azienda è essenziale per lo sviluppo dello stesso, che, ad esempio, aumenta quando il trasferimento dell'azienda avviene nelle mani dei soggetti maggiormente capaci, e quindi l'atteggiamento di favore che caratterizza questa operazione si ricollega all'interesse del legislatore per lo sviluppo economico.

In questo tema, ovviamente, non basta riferirsi all'art. 2555 c.c., perché le norme che hanno oggetto il **trasferimento dell'azienda** sono l'art. 2556 c.c. (*forma*), l'art. 2557 c.c. (*concorrenza sleale*), l'art. 2558 c.c. (*contratti pendenti*), l'art. 2559 (*sorte dei crediti relativi all'azienda ceduta*), e l'art. 2560 c.c. (*sorte dei debiti relativi all'azienda ceduta*). Allora, analizzeremo la nozione di azienda quando si parla di trasferimento, e cercheremo di comprenderlo

Cominciamo dalla **cessione di azienda**. È possibile parlare di azienda anche quando c'è cessione di un *singolo ramo* d'azienda, e non dell'intero corpo di beni organizzati dall'imprenditore secondo la definizione dell'art. 2555 c.c.. Non è, quindi, necessario che l'acquirente che stipula un contratto attinente alla cessione d'azienda acquisti l'intera azienda. Attenzione però, è opinione oramai condivisa che, più in generale e in maniera più lata, possiamo comunque parlare di cessione d'azienda anche quando vengano ceduti una serie di beni facenti parte originariamente dell'azienda che però non costituiscono un ramo autonomo, ed è sufficiente che questi abbiano l'idoneità di acconsentire l'esercizio dell'attività d'impresa. In definitiva, non è necessario cedere l'intera azienda, né è necessario cedere un ramo autonomo di essa, e si ha azienda quando comunque i beni ceduti con un unico contratto sono idonei di per sé a consentire l'esercizio dell'attività d'impresa.

A questo punto, passiamo al tema del **trasferimento**. Possiamo fare riferimento non solo alla vendita, ma anche alla permuta, alla donazione, al conferimento d'azienda in società, ecc., e cominciamo dall'art. 2556 c.c.. Innanzitutto, la norma parla di *imprese soggette a registrazione*, che nella sistematica originaria erano solo le imprese commerciali (oggi, lo sono anche l'impresa agricola e la piccola impresa). Comunque, il legislatore prevede che i contratti di trasferimento

dell'azienda debbano essere provati per iscritto, con rispetto della **forma** prevista per la particolare natura del contratto, rinviando alle disposizioni civilistiche. In ogni caso, la legge ci dice che il contratto che ha per oggetto il trasferimento o il godimento dell'azienda dev'essere **provato per iscritto**, cioè oggetto di prova **solo** attraverso lo scritto (non è ammissibile la prova *per testimoni*, art. 2725 c.c.). Quindi, dal punto di vista della forma, abbiamo delle norme che rinviano a quelle generali del diritto civile, per quanto riguarda la forma *ad substantiam*, a cui sono state aggiunte delle regole con finalità di prevenzione dell'attività criminale, prescrivendo anche che i contratti in questione debbono essere depositati nel Registro delle Imprese. Infatti, si è verificato che la cessione d'azienda divenga veicolo per la mobilitazione di ricchezza connessa a realtà criminose. Attraverso il deposito dei contratti di trasferimento dell'azienda, ognuno di noi, quindi, può ottenere qualunque atto relativo stipulato nel nostro ordinamento, con piena trasparenza. Per quanto riguarda la **sostanza** della disciplina, questa si articola essenzialmente su quattro pilastri, che ora affrontiamo.

### Il primo pilastro: il divieto di concorrenza dell'alienante

Il **primo** pilastro è rappresentato dall'**art. 2557 c.c.**: *chi aliena un'azienda deve astenersi dall'iniziare una nuova impresa che per oggetto, ubicazione, e altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta*. Prima di tutto, dobbiamo ragionare sugli interessi in gioco; in questo caso, da un lato c'è l'interesse dell'alienante, che cede l'azienda per un determinato prezzo, e dall'altro c'è l'acquirente, che paga quel prezzo, e ha interesse ad acquistare un complesso di beni dotato di un certo *avviamento*, cosicché attraverso il suo esercizio d'impresa possa guadagnare qualcosa. Quindi, la funzione economico-sociale, senso dell'operazione, è quella di far pagare un prezzo all'acquirente per un complesso di beni suscettibile di creare reddito. Allora, l'alienante ha un interesse che si contrappone, e nel momento in cui cede l'azienda non può con un'attività imprenditoriale successiva riprendersi quello che in qualche misura aveva ceduto. Nel momento in cui si vende l'azienda, quindi, si sta cedendo un complesso di beni che ha un'anima dinamica. Se l'imprenditore alienante potesse svolgere un'attività concorrenziale, e riprendersi la clientela relativa all'azienda ceduta, sarebbe possibile rinnegare il senso della cessione d'azienda, e sarebbe una contraddizione. In realtà, l'art. 2557 impedisce all'alienante di iniziare un'attività d'impresa in concorrenza **per cinque anni** a partire dalla cessione. Quindi, la norma è *derogabile*; il legislatore trova un punto di mediazione fra l'interesse dell'acquirente e l'interesse dell'alienante, ritenendo che in cinque anni l'acquirente possa crearsi la sua clientela, raggiungendo una certa stabilità. Questo punto di mediazione soddisfa anche il sistema economico, che ha interesse nel proprio sviluppo. Osservando l'art. 2596 c.c., *Limiti contrattuali alla concorrenza*, capiamo che anche il *patto di non concorrenza* non può superare i cinque anni (sempre nell'interesse dello sviluppo economico). Inoltre, cedendo l'azienda, l'alienante non può svolgere né l'attività dell'azienda ceduta, né un'altra attività simile, ma l'acquirente non può vietargli una *qualunque* attività economica, ancora in ottica di sviluppo del sistema economico (ecco la deroga).

All'ultimo comma dell'art. 2557 c.c., vediamo che le disposizioni si applicano alle imprese agricole solo per le *attività connesse*, in quanto intrinsecamente commerciali, che solo in virtù di determinati requisiti sono qualificabili come imprese agricole.

### Il secondo pilastro: la successione nei contratti aziendali

Il **secondo** pilastro è rappresentato dall'**art. 2558 c.c.**, che attiene alla *sorte dei contratti dell'azienda ceduta*. Ancora, dobbiamo domandarci quali sono gli interessi in gioco, in relazione ai contratti pendenti, che hanno rilievo anche per il terzo. Non c'è dubbio che i contratti siano la benzina che alimenta l'attività d'impresa, e, se acquisto un'azienda, dovrei avere interesse a sfruttare questo carburante, cioè a subentrare nei contratti. Infatti, se non è pattuito diversamente, i contratti passano all'acquirente. Non passano, però, i contratti di carattere *personale*, che fanno riferimento alla persona dell'alienante.

Nella prassi, l'acquirente svolge la cosiddetta *due diligence*, cioè, fa un'analisi contabile e legale dell'azienda, valutando se subentrare o meno. L'acquirente ha interesse nel subentrare nei contratti, ma quando parliamo di contratti *pendenti* ci riferiamo a quei contratti (art. 1406 c.c.) in cui le prestazioni delle parti **non sono state eseguite** perché, se le prestazioni sono state, invece, eseguite, la conseguenza è l'istituzione di un credito e di un debito (artt. 2599 e 2560 c.c.). I contratti pendenti, quindi, ricevono l'interesse dell'acquirente a subentrare, e l'interesse dell'alienante a far sì che non abbia conseguenze pregiudizievoli, ma in questa vicenda entra in gioco l'interesse del **terzo contraente**, che si trova in una posizione molto delicata, e può infatti recedere dal contratto *entro tre mesi* dalla notizia del trasferimento, se sussiste giusta causa. Il terzo contraente, quindi, è tutelato dal legislatore, ma dobbiamo comprendere il tema della *giusta causa*. Egli non può recedere quando gli pare, ma può chiamarsi fuori solo quando vi è una circostanza oggettiva, che giustifica l'impossibilità di conseguire il rapporto contrattuale fra lui e l'acquirente dell'azienda ceduta (potrebbe essere stato un acquirente del terzo contraente in passato, ed essersi mostrato inaffidabile). La lettera di recesso dovrà essere inviata all'acquirente, perché è la nuova controparte a seguito della cessione dell'azienda, e se il terzo contraente recede dal contratto, il contratto cessa di produrre effetti. Inoltre, il terzo contraente, dopo aver effettuato il recesso, se dimostra che l'alienante ha operato negligenza, magari scegliendo un furfante come acquirente (art. 2558 c. 2 c.c., *salvo la responsabilità dell'alienante*), può richiedere il risarcimento dei danni nei confronti dell'imprenditore alienante.

L'assetto di interessi è quindi un assetto interessi che favorisce lo sviluppo del sistema economico e la sussistenza di rapporti contrattuali, tutelanti l'acquirente, ma anche e soprattutto il terzo contraente. Tuttavia, è possibile escludere alcuni contratti dal subentro dell'acquirente (con un'apposita clausola), così come non passano nemmeno i contratti *personali*, stipulati, come detto, in ragione della persona dell'imprenditore alienante, tale che non sia uguale l'imprenditore acquirente. Il legislatore esclude i contratti personali dalla successione automatica perché le qualità dell'alienante sono state decisive per la stipula di quei contratti (*intuitus personae*). Quindi, per il terzo le qualità dell'alienante sono infungibili, e insostituibili (è possibile che il contratto sia *personale* perché così previsto da una specifica clausola).

### Il terzo e il quarto pilastro: la sorte di crediti e debiti

Il **terzo pilastro** è rappresentato dall'art. 2559 c.c., che si dedica alla *sorte dei crediti relativi all'azienda ceduta*. Se l'imprenditore che aliena l'azienda ha eseguito la sua prestazione, sarà creditore della controprestazione e, cedendo l'azienda, l'acquirente diverrà creditore. Per far sì che ci sia una efficace *cessione del credito*, con le norme del diritto privato, ci riferiamo agli artt. 1264 e 1265 c.c.; affinché la cessione abbia effetto, il debitore ceduto deve essere notificato o deve aver accettato la cessione (ma basta la notifica). Se il credito forma il debito di più persone diverse, vale la cessione di chi è stato notificato prima o ha accettato per primo. Tuttavia, l'art. 2259, specifica che la cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta ha effetto, anche senza notificazione, *dal momento dell'iscrizione del trasferimento* nel Registro delle Imprese. Vediamo dunque una differenza con le regole generali del diritto civile; infatti, qui, si dà maggiore importanza all'iscrizione del **trasferimento**, che funge da pubblicità legale, e tiene conto anche dei terzi. Allora, a questa conoscibilità del trasferimento d'azienda, il legislatore lega un effetto che nel diritto privato è legato alla notifica. Ma perché? Le norme del diritto sono logiche, ed un'azienda ha sicuramente molteplici crediti, rendendo difficilissimo notificare la cessione a numerosi debitori.

Al secondo comma, l'art. 2559 c.c. specifica che il debitore ceduto è comunque liberato se paga all'alienante in *buona fede*. Immaginiamo un debitore ceduto che per problemi personali non ha verificato il Registro delle Imprese; è molto probabile che paghi *in buona fede* l'alienante e non l'acquirente.

Quindi, è evidente che la norma rappresenti un *favor* per le operazioni di cessione d'azienda.

Il **quarto**, ed ultimo, **pilastro** è rappresentato dall'art. 2560 c.c., che si dedica alla *sorte dei debiti relativi all'azienda ceduta*, e recita: *l'alienante non è liberato dai debiti relativi all'azienda ceduta, a meno che vi risulti che i creditori vi abbiano consentito. Nel caso di cessione di un'azienda commerciale, risponde dei debiti anche l'acquirente se questi risultano dai libri contabili*. Mettiamoci nei panni del creditore: se abbiamo un credito di 100.000 € verso un debitore che cede un'azienda, ci rivolgiamo all'alienante, perché il debitore è colui che è *originariamente obbligato* in base ad un rapporto obbligatorio, e nessun debitore può sostituire a sé stesso un altro. A riguardo, citiamo l'art. 2740 c.c., *Responsabilità patrimoniale*: il debitore risponde all'adempimento delle obbligazioni con **tutti** i suoi beni. Quindi, per il creditore, non è la stessa cosa esserlo di un ricco signore o di un nullatenente. Si discute, peraltro, se il consenso del creditore sia riferito al concedere di cedere l'azienda o di liberare l'alienante (il prof. Picciau tende maggiormente per quest'ultima tesi).

Il secondo comma ci parla della responsabilità dell'acquirente: oltre all'alienante (come stabilito al primo comma), risponde anche l'acquirente di tutti i debiti presenti nei libri contabili. Attenzione, non diviene debitore anche l'acquirente, ma egli risponde, cioè, il suo patrimonio è esposto al creditore, ma solo se il debito risulta dalle scritture contabili. Perché il legislatore impone anche all'acquirente dell'azienda di rispondere? E perché limita questa responsabilità al solo caso dei debiti risultati dalle scritture contabili? Innanzitutto, il creditore ha come garanzia patrimoniale del suo credito il patrimonio del debitore, che può essere aggredito se questi rimane insolvente. Se con una cessione d'azienda, del tutto legittima, si cede l'azienda all'acquirente, la garanzia patrimoniale suddetta si svuota parzialmente, e il creditore non può perdere quei beni che gli davano ragione di istituire il suo credito. Il legislatore, quindi, sta dicendo che la garanzia patrimoniale rimane intatta. Poi, chiaramente, il legislatore non può caricare l'acquirente di qualunque debito: c'è esigenza di tutela dell'acquirente, e risponderà di quei debiti che poteva desumere visionando le scritture contabili obbligatorie, poiché non è giusto che l'acquirente possa essere ritenuto responsabile di debiti di cui in nessun modo avrebbe potuto avere contezza. Il prezzo di acquisto, mettendosi ora nei panni dell'acquirente, dovrà essere allora valutato sulla base della rilevanza che hanno i debiti presenti sui libri contabili obbligatori. Dicevamo, infatti, l'acquirente svolge l'attività di *due diligence*, cioè, fa una verifica della consistenza dell'azienda, contabile, giudiziaria e fiscale, prima di acquisirla. Ma se l'acquirente paga, la somma è un peso solo sulle sue spalle o può pretendere qualcosa da parte dell'alienante? La norma non si occupa della questione, ma nel *contratto di cessione d'azienda* sarà disciplinato questo tema, e si potrà inserire una clausola che stabilisca se per effetto della cessione d'azienda, tra le parti, i debiti graveranno sul solo acquirente senza che questi possa esercitare l'azione di regresso nei confronti dell'alienante (una simile clausola avrà sicuramente effetti sul prezzo). Ferma questa clausola, che succede se il creditore si rivolge all'alienante (sulla base del primo comma)? E se l'alienante paga, può richiedere allora un rimborso all'acquirente? Sì, perché si è pattuito che il peso economico del debito sia un peso del singolo acquirente, e allora l'alienante dispone dell'azione di regresso nei confronti dell'acquirente. Se il contratto dovesse prevedere il contrario, il discorso si capovolge: se il terzo creditore chiede il

pagamento all'alienante, e questi paga, egli non avrà azione di regresso, ma se l'acquirente paga, questi la avrà. Se, però, nulla dice il contratto, di recente, la giurisprudenza ha ritenuto che i debiti non passino automaticamente all'acquirente.

### Usufrutto e affitto dell'azienda

Con riferimento all'*usufrutto dell'azienda* e all'*affitto dell'azienda*, si incontrano citazioni negli articoli sopra analizzati; infatti, la norma dell'art. 2559 c.c. si applica all'usufrutto, ma non all'affitto, e la norma dell'art. 2560 c.c. non si applica a nessuno dei due. Comunque, procediamo con la disciplina.

La costituzione in **usufrutto** dell'azienda comporta delle modifiche alla disciplina generale di usufrutto, e il riconoscimento di particolari *doveri-poteri* in capo all'usufruttuario (art. 2561 c.c.). Così, non solo si consente all'usufruttuario la libertà operativa necessaria, ma si tutela l'interesse del concedente a non vedere la sua azienda menomata nell'efficienza. Innanzitutto, quindi, l'usufruttuario deve esercitare l'azienda sotto la *ditta* che la contraddistingue, senza modificarne la destinazione, e conservando l'efficienza dell'organizzazione degli impianti e le normali dotazioni di scorte. Violando tali obblighi (o cessando di gestire l'azienda), l'usufrutto cessa di esistere. Avendo parlato sì di doveri, ma anche di poteri, vediamo che l'usufruttuario ha il **potere di disporre** dei beni aziendali, nei limiti segnati dalle esigenze di gestione. Inoltre, l'usufruttuario potrà acquistare nuovi beni per inserirli nell'azienda, che divengono di proprietà del nudo proprietario. Ordunque, terminato l'usufrutto, l'azienda può essere composta in tutto o in parte da beni diversi, ed è quindi prevista la redazione di un inventario all'inizio ed alla fine dell'usufrutto, e che la differenza tra le due consistenze sia regolata in *danaro*.

L'art. 2562 c.c., dedicandosi all'**affitto di azienda**, altro non fa che rimandare alla disciplina appena affrontata.

## I SEGNI DISTINTIVI: DITTA E INSEGNA

I segni distintivi, nella realtà odierna, assumono una rilevanza fondamentale. I tre fondamentali segni distintivi sono la **ditta**, cioè il nome commerciale dell'imprenditore sotto il quale egli svolge l'attività di impresa, il **marchio**, che contraddistingue i prodotti o i servizi dell'impresa, e l'**insegna**, che contraddistingue i locali dell'impresa. Inoltre, ci sono altri segni distintivi, come la ragione sociale o la denominazione sociale.

### La ditta

La **ditta** (art. 2563 c.c.) è il nome commerciale dell'imprenditore, che lo individua come soggetto di diritto nell'esercizio dell'attività di impresa. In mancanza di diversa scelta, la ditta corrisponde al nome civile dell'imprenditore (*essenzialità della ditta*). Essa, comunque, può essere liberamente prescelta, a condizione che siano rispettati i criteri di *verità* e *novità*. Cominciando dalla *verità*, bisogna prima distinguere fra **ditta originaria** e **ditta derivata**. La *ditta originaria* è quella formata dall'imprenditore che la utilizza e deve contenere almeno il *cognome* o la *sigla* dell'imprenditore. Tanto basta per soddisfare il requisito della verità. Quando la ditta è *derivata*, cioè successivamente trasferita, ci si riferisce anche all'art. 2565 c.c., *Trasferimento della ditta*, e si desume che chi si serve di una ditta derivata non è tenuto ad integrarla con il proprio cognome o le proprie iniziali. Allora, in una ditta *derivata*, la verità diviene *verità storica*.

Con riguardo al criterio della *novità* (art. 2564 c.c.), la ditta **non** deve essere uguale o simile a quella usata da un altro imprenditore, tale da creare confusione per l'oggetto dell'impresa o per il luogo in cui è esercitata. Quindi, chi ha adottato per primo una ditta, ne ha diritto all'uso esclusivo, e può costringere chi la abbia usata dopo a modificarla o integrarla. Tuttavia, il secondo comma dell'art. 2564 specifica che *per le imprese commerciali* l'obbligo dell'integrazione o modificazione spetta a chi ha scritto la propria ditta nel registro delle imprese in epoca posteriore. Insomma, anziché la priorità dell'uso, si dà priorità all'iscrizione. Ad ogni modo, il diritto all'uso esclusivo e il corrispondente obbligo di *differenziazione* sussistono solo se i due imprenditori sono in **rapporto concorrenziale**. Infatti, è possibile l'omonimia fra ditte che non creano confusione sul mercato, e il diritto all'uso esclusivo diviene presto *diritto relativo*. Al contempo, la giurisprudenza ritiene che il rapporto di concorrenza vada largamente ricercato: la confondibilità dell'oggetto e l'aspetto territoriale devono attenere anche alla capacità di espandersi nel mercato, verso attività complementari, simili, a quelle operate da un'eventuale omonima azienda.

### Trasferimento della ditta

La ditta è **trasferibile**, ma *solo* insieme all'azienda (art. 2565 c.c.); il trasferimento può avvenire *inter vivos* (previo consenso dell'alienante), o *mortis causa* (ove l'azienda è acquistata per successione). Il collegamento fra circolazione della ditta e circolazione dell'azienda permette al titolare della ditta di *monetizzare* il valore di avviamento relativo ad essa. Allo stesso tempo, il persistente legame azienda-ditta assicura la non confusione dei consumatori. Per coloro che, invece, fondando i loro rapporti con l'azienda anche sulla persona dell'imprenditore (fornitori, finanziatori, ...), a cui sono realmente diretti i segni distintivi, la tutela è scarsa. Come detto, la ditta derivata non dev'essere integrata, e i terzi rischiano di essere esposti a vistose possibilità d'inganno circa la reale identità dell'attuale imprenditore. Peraltro, si

ritiene tacitamente che la ditta possa essere trasferita anche quando ad essere ceduta non è l'intera azienda, ma un solo ramo di essa. La giurisprudenza ha quindi ritenuto che chi ha trasferito l'azienda sia responsabile in solido con l'acquirente per i debiti contratti spendendo la ditta derivata, qualora il terzo contraente abbia potuto ragionevolmente ritenere di trattare col cedente. Si dà quindi l'onere all'alienante di portare a conoscenza dei terzi, con mezzi idonei, il trasferimento della ditta.

### L'insegna

L'**insegna** contraddistingue i locali dell'impresa o l'intero complesso aziendale. La disciplina dell'insegna è parecchio scarna. L'art. 2568 c.c. rimanda all'art. 2564, quindi l'insegna non potrà essere uguale o simile a quella già utilizzata da altro imprenditore concorrente. L'art. 22 *Codice della proprietà industriale* (c.p.i.) prevede poi l'estensione del *principio di unitarietà* dei segni distintivi all'insegna: l'insegna non deve essere uguale all'altrui marchio. L'insegna deve essere lecita, non dovrà trarre in inganno il pubblico (*veridicità*), e dovrà avere una certa capacità distintiva (*originalità*), e non si tutelerà allora il bar che, come insegna, ha, per l'appunto, "Bar".

Per quanto riguarda il trasferimento, nulla è disposto, ma si rimanda alla permissiva disciplina del marchio, concretando anche la possibilità del *couso*, ad esempio negli accordi di *franchising*.

## IL MARCHIO

Il **marchio** è il segno distintivo dei prodotti o dei servizi dell'imprenditore. È disciplinato dall'ordinamento nazionale ed internazionale. Infatti, il *marchio nazionale* trova disciplina agli artt. 2569-2574 c.c. e dal *Codice della proprietà industriale* (d.lgs. 30/2005). Al marchio nazionale si è, recentemente, affiancato il *marchio dell'UE*, con il quale è possibile in un'unica procedura ottenere un marchio *unitariamente* regolato. Infine, il *marchio internazionale* è disciplinato da due convenzioni, cioè la Convenzione di Parigi del 1883 per la protezione della proprietà industriale e l'Accordo di Madrid del 1891, integrato dal Protocollo di Madrid del 1989. Tali normative riconoscono al titolare del marchio il **diritto all'uso esclusivo** dello stesso, permettendo che il marchio assolva la sua funzione di *identificazione e differenziazione* dei prodotti simili esistenti sul mercato. Infatti, il marchio non è segno distintivo essenziale, ma è sicuramente il più importante; al marchio gli imprenditori affidano infatti la funzione di differenziare i propri prodotti da quelli dei concorrenti. Così, il marchio diviene il punto di raccordo fra produttore e consumatore.

Non si tratta, però, solo di differenziare i prodotti simili, ma può anche essere *indicatore della provenienza*. Questo era certamente valido prima della riforma del 1992, quando ancora, cioè, si vietava la circolazione del marchio separatamente dall'azienda. Come con l'insegna, il *couso* è consentito da parte di più imprenditori concorrenti, sulla base di una licenza di marchio *non* esclusiva concessa dal titolare del marchio. Insomma, oggi, è molto difficile che un prodotto di un determinato marchio provenga da una singola realtà imprenditoriale. Comunque, i *coutenti* sono tenuti ad assicurare l'omogeneità dei caratteri essenziali e della qualità dei prodotti: tutte le penne X, seppur prodotte da imprenditori diversi, devono avere la stessa qualità.

Molto spesso, il pubblico riconnette ad un marchio conosciuto l'idea di un certo livello qualitativo; nella disciplina dei marchi, però, non si parla mai di funzione di garanzia della qualità. Il fatto che, comunque, esistano marchi capaci di ingenerare nei consumatori un sentimento di attrazione e di sospetta qualità maggiore (come nel mercato del lusso) porta i titolari di questi ad avere interesse che venga preservato il loro privilegio: la legge, allora, distingue oggi fra *marchi ordinari* e *marchi celebri*.

### Tipi di marchio

Il fabbricante di un prodotto è il primo che si serve del *marchio* e i beni che subiscono successive fasi di lavorazione o assemblaggio potranno avere anche più di un **marchio di fabbrica**. Inoltre, il marchio può essere apposto anche dal commerciante. Poi, il marchio potrà essere apposto dal commerciante, dando vita ad un **marchio di commercio**. Sullo stesso prodotto, quindi, possono coesistere più marchi; sulla base dell'art. 2572 c.c. e dell'art. 20 c.p.i., diciamo che il rivenditore può apporre il suo marchio, ma non sopprimere il marchio del produttore. Ovviamente, il marchio può essere usato da imprese che producono servizi (*marchio di servizio*).

Altra distinzione interessante è quella fra marchio **generale** e marchio **speciale**. Marchio *generale* è il marchio che l'imprenditore usa per tutti i suoi prodotti, ma ne potrebbe anche usare di diversi; infatti, se volesse differenziare un determinato prodotto nuovo, diverso, particolare, potrebbe usare un *marchio speciale*. Nell'automotive, peraltro, è tipico inserirli entrambi, marchio generale-marchio speciale (*es. Porsche-Taycan*).

Il marchio può costituirsi di sole parole (*marchio denominativo*), anche coincidendo con la ditta o il nome civile dell'imprenditore che non figura nella ditta, di sole immagini (*marchio figurativo*), addirittura di suoni, o di un mix (*marchio misto*). Solitamente, il marchio si trova all'esterno del prodotto o sulla confezione, ma nulla vieta che esso sia costituito dalla particolare forma di un prodotto (*marchio di forma*).

Particolare uso del marchio è il **marchio di certificazione** (art. 11*bis* c.p.i.), che si distingue nettamente dai marchi d'impresa, e serve a contraddistinguere l'origine geografica, la natura, o la qualità di determinati prodotti o servizi. Esso

non viene direttamente usato da chi lo registra, ma viene concesso ai produttori che si impegnano a rispettare norme statutarie fissate dal titolare del marchio (es. Prosciutto di Parma). Similmente opera il *marchio collettivo*, registrato da enti pubblici o categorie di imprenditori.

### I requisiti di validità del marchio

Per essere tutelato giuridicamente, il marchio deve rispondere a determinati requisiti di validità: *liceità, verità, originalità e novità*.

Per essere **lecito**, il marchio non deve contenere segni contrari alla legge, l'ordine pubblico e il buon costume (art. 14, lett. A, c.p.i.); non deve contenere stemmi o altri segni protetti dalla legge o da convenzioni internazionali (artt. 10 e 14 c.p.i.), o segni lesivi di un altrui diritto d'autore (art. 14, lett. C, c.p.i.). È altresì fatto divieto di usare come marchio il ritratto altrui senza il consenso suo o degli eredi. Con riguardo al diritto al nome, tutto dipende da quanto attrattivo è un nome. Se il titolare del diritto al nome è persona **notoria** (calciatore, attrice, cantante, ...) è necessario che questi, o i suoi eredi, vi acconsentano, sia per usare il suo nome come marchio, sia per lo pseudonimo. Per la persona non nota, il nome altrui può essere inserito nel marchio, anche senza consenso, a condizione che non si vada a ledere la fama, il credito, o il decoro dell'avente diritto al nome (art. 8 c.p.i.).

Con riguardo al principio di **verità** (art. 14, lett. B, c.p.i.), è vietato inserire nel marchio segni idonei ad ingannare il pubblico sulla provenienza geografica o sulla natura e la qualità dei prodotti e dei servizi, oppure sulla tipologia di marchio. Ad esempio, ritenuto decettivo è stato il marchio d'abbigliamento "New England", che fabbricava prodotti in Italia.

Per assolvere la sua funzione il marchio deve anche essere **originale**; deve poter quindi consentire l'individuazione del prodotto contrassegnati fra tutti i prodotti dello stesso genere immessi sul mercato. All'art. 13 c.p.i., il legislatore determina quali sono i segni privi di tale *capacità distintiva*:

- **Denominazioni generiche:** non userò la parola "scarpa" per un marchio di calzature
- **Indicazioni descrittive:** non chiamerò "brillo" il marchio di lucidanti che produco
- **Uso comune:** mi asterrò da usare parole come "super", "extra", "lusso"

Il legislatore, quindi, vuole impedire in tal maniera posizioni di monopolio su simboli che nel lessico comune individuano genericamente un prodotto. Nulla vieta di usare denominazioni geografiche e generiche che non c'entrano nulla con il prodotto (*marchio di fantasia*), e tanto meno si vieta di utilizzare denominazioni generiche di altre lingue ("Ginger" è un famoso aperitivo analcolico). Ancora, è possibile usare come marchio denominazioni generiche o parole comuni modificate in modo fantasioso (es. Amplifon per gli apparecchi acustici). Il problema, allora, diventa che la capacità distintiva del marchio dipende solo da quanta originalità ci si metta, e solo entro questi labili limiti il titolare del marchio sarà tutelato; per questo, si parla di **marchio debole**. Per converso, è **marchio forte** quello dotato di accentuata capacità distintiva, con una spiccatissima fantasia. A differenza di quanto accade con i marchi deboli, anche con profonde modifiche sarà impossibile contraffare un marchio forte (le merendine Buondi sarebbe contraffatte dal marchio "Buonji"). Ultimo requisito è la **novità**, da tenere distinta dall'*originalità*. Il marchio di calzature Aeroplano è sicuramente originale, ma se esso è già stato registrato come marchio di calzature da altri *non è nuovo*, e ingenera confusione nei consumatori. Occorre distinguere però fra marchio ordinario e celebre. Nel caso di *marchio ordinario*, non sono nuovi i segni che possono determinare un rischio di confusione per il pubblico perché identici o simili ad un segno *già noto* come marchio, ditta, insegna, ecc., o comunque *già registrato* da altri come marchio per prodotti identici o affini (art. 12 c.p.i.). Questo tema dell'*affinità* decade se il marchio già registrato è **celebre**: *ex lege* non è nuovo il marchio confondibile da altri utilizzato per prodotti o servizi non affini, se chi lo usa trarrebbe indebito vantaggio dal carattere distintivo della rinomanza del segno o ne causerebbe pregiudizio (art. 12 c.p.i.). Quindi, l'orologiaio che usa il marchio Ferrari sta usando un marchio non nuovo, anche senza produrre macchine.

Ebbene, se mancano i requisiti esposti fin qui, il **marchio è nullo** (art. 25 c.p.i.), e la nullità può attenersi solo a parte dei prodotti o servizi relativi (art. 27 c.p.i.). Le eccezioni però ci sono; innanzitutto, se la nullità è dettata dal *difetto di novità*, essa non può essere dichiarata quando chi ha richiesto la registrazione era in buona fede e il titolare del marchio anteriore ne abbia tollerato l'uso per cinque anni. Si ha così la **convalida** del marchio (art. 28 c.p.i.). Poi, la nullità dettata dal *difetto di originalità* non può essere dichiarata quando il marchio ha acquistato capacità distintiva prima della proposizione della domanda o dell'eccezione di nullità (*secondary meaning*).

### Il marchio registrato

Se il marchio soddisfa tutti i requisiti, il titolare ha *diritto all'uso esclusivo* del marchio. La tutela, però, differisce se il marchio è stato registrato o meno presso l'*Ufficio italiano marchi e brevetti* presso il Ministero dello Sviluppo Economico. Il **marchio registrato** può essere ottenuto dall'imprenditore che lo usa nella sua attività, così come da chi lo usa in altre imprese che controlla, e può essere utilizzato da altri con il suo consenso (art. 19 c.p.i.). Con la registrazione, il diritto all'uso esclusivo si estende su *tutto il territorio nazionale*. Quindi, se un imprenditore opera solo in Sicilia, può impedire che il suo marchio registrato venga usato in Piemonte. Secondo l'art. 20 c.p.i., il titolare del marchio registrato può

impedire di mettere in commercio, importare, esportare prodotti contrassegnati col suo marchio, nonché di utilizzarlo nella pubblicità se ciò determina un rischio di confusione per il pubblico. Il diritto di esclusiva copre non solo i prodotti identici, ma anche quelli affini, cioè tutti quei prodotti che per la loro vicinanza **merceologica** possono ritenersi destinati alla stessa clientela (es. forni e lavastoviglie). La tutela del marchio registrato contro l'altrui usurpazione o contraffazione non impedisce, però, che altro imprenditore registri o usi lo stesso marchio per prodotti diversi; e questo è pericoloso, specie con riferimento a marchi celebri. Con la riforma del 1992, il marchio celebre è svincolato dal criterio di *affinità merceologica*. Il titolare di un marchio registrato di alta rinomanza, quindi, può vietare ai terzi di usarlo anche per prodotti o servizi *non affini*, quando il terzo approfitti del valore del marchio famoso o arrechi pregiudizio al titolare perché lo usa per prodotti scadenti. Con il diritto di esclusiva sul marchio, si impedisce anche l'utilizzo degli altri segni distintivi. Il diritto all'esclusiva sul marchio registrato **decorre** dalla data di presentazione della domanda all'*Ufficio* (art. 15 c.p.i.); si è, cioè, tutelati anche prima di utilizzare il marchio e (se la registrazione è concessa) è *ex lege* nullo per difetto di novità il marchio uguale o simile, usato o successivamente presentato per la registrazione. La registrazione nazionale è presupposto per quella internazionale presso l'OMPI di Ginevra, mentre quella del marchio UE è indipendente, e va fatta presso l'EUIPO di Alicante, producendo gli stessi effetti in tutta l'Unione. Tra più marchi identici o simili per prodotti o servizi identici o affini presentati per l'esposizione nello stesso giorno, la priorità spetta al marchio per il quale è stata depositata prima la domanda di registrazione (art. 18 c.p.i.).

La registrazione (nazionale, comunitaria e internazionale) **dura** dieci anni (art. 15 c.p.i.), ed è rinnovabile all'infinito. Ovviamente, solo se il marchio non **decade** (art. 26 c.p.i.) per:

- 1) *Volgarizzazione*, cioè se il marchio diviene nel commercio **denominazione generica** del prodotto (es. Biro, Nylon). Si parla, però, di volgarizzazione verificatasi *per fatto dell'attività o dell'inattività*, cioè, è necessario un comportamento commissivo od omissivo del titolare (non sarà volgarizzato il marchio giudizialmente difeso dal Titolare verso i concorrenti; es. Aspirina).
- 2) *Sopravvenuta ingannevolezza*
- 3) *Mancata utilizzazione entro cinque anni dalla registrazione*, salvo che l'inerzia non sia dovuta ad un motivo legittimo
- 4) *Mancato pagamento dei diritti di rinnovo* dopo sei mesi dalla scadenza (art. 227 c.p.i.)
- 5) *Omissione di controlli* (per marchio collettivo e di certificazione)

Il marchio registrato è tutelato civilmente e penalmente. Il titolare del marchio, infatti, dispone dell'**azione di contraffazione** (art. 124 c.p.i.), volta ad ottenere l'*inibitoria* alla continuazione degli atti lesivi del proprio diritto e la *rimozione* degli effetti stessi con la loro distruzione. Il giudice può anche ordinare la *pubblicazione della sentenza di condanna*, comportando un discredito commerciale per colui che ha contraffatto. Il titolare può ovviamente chiedere anche il risarcimento dei danni, sostituibile dalla restituzione degli utili realizzati dal convenuto con attinenza al lucro cessante, anche quando questo è inferiore all'utile.

Infine, parliamo del **marchio protettivo** (art. 24 c.p.i.): per tutelarsi dalla contraffazione, il titolare del marchio può far registrare marchi simili che renderanno l'azione di contraffazione sempre più vittoriosa.

### Marchio di fatto: il tema del *preuso*

L'ordinamento tutela anche chi usa un marchio senza registrarlo: *chi ha fatto uso di un marchio non registrato ha la facoltà di continuare a usarne, nonostante la registrazione da altri ottenuta, nei limiti in cui anteriormente se ne è avvalso*. Così recita l'art. 2751 c.c., e la tutela del diritto esclusivo sul marchio non registrato si fonda sul **preuso** e anche sul grado di notorietà raggiunto. Se il titolare del marchio non registrato diviene noto su tutto il territorio nazionale, potrà impedire che altri usino *in fatto* lo stesso marchio per gli stessi prodotti, **ma non per prodotti affini**. Potrà, inoltre, far dichiarare nullo il marchio confondibile successivamente registrato per difetto di novità, ma solo entro cinque anni (per evitare la convalida). Se, invece, il marchio registrato gode solo di una notorietà locale, il titolare non potrà impedire che lo stesso marchio sia usato per gli stessi prodotti altrove e non potrà nemmeno impedire che un concorrente registri lo stesso marchio, continuando allora ad usarlo solo nei limiti della diffusione locale (art. 12 c.p.i.). Così, egli non potrà diffondere i prodotti così contrassegnati al di fuori dell'ambito territoriale precedentemente praticato. È incerto se nella zona di *preuso* il titolare del **marchio di fatto** abbia diritto di esclusiva nei confronti del titolare del marchio successivamente registrato (che avrà sicuramente diritto di esclusiva altrove nel paese), ma l'opinione influente è che chi registra usa il marchio dove vuole, a prescindere dal *preuso*.

### Trasferimento del marchio

Il marchio è trasferibile (artt. 2753 c.c. e 23 c.p.i.), sia a titolo definitivo, sia a titolo temporaneo (*licenza di marchio*), per far sì che il titolare possa monetizzare la capacità attrattiva dello stesso. Con la riforma del 1992, si tende ad una libera circolazione del marchio, che può essere trasferito o concesso in licenza per tutti o per parte dei prodotti per il quale è stato registrato, senza la necessità di trasferire l'azienda o il corrispondente ramo produttivo. In questo modo, si dà luogo a **contitolarità** (trasferendo solo alcuni prodotti coperti dal diritto d'esclusiva) del marchio. Sempre con la riforma, si

riconosce l'ammissibilità della licenza di marchio *non esclusiva*: come dicevamo, è permesso che vengano immessi sul mercato prodotti dello stesso genere contraddistinti dallo stesso marchio, ma con diversa fonte di provenienza. Questa pratica è fondamentale nel *franchising* e nel *merchandising*, ma il legislatore fissa il principio cardine che dal trasferimento o dalla licenza del marchio non deve derivare inganno nei caratteri dei prodotti. Il licenziatario si deve obbligare ad utilizzare il marchio per prodotti con caratteristiche uguali a quelle dei corrispondenti prodotti messi in commercio dal concedente o dagli altri licenziatari. Se così non fosse, il titolare del marchio può avvalersi degli strumenti previsti giudizialmente, e si espone il marchio alla decadenza *parziale* per sopravvenuto uso ingannevole (che potrà colpire anche il concedente se ne era al corrente; art. 26, lett. B, c.p.i.).

## I BREVETTI E IL DIRITTO D'AUTORE

La poesia, il romanzo, il film, la canzone sono frutto di una *creazione*, di quella che si chiama **opera dell'ingegno**. Le *opere dell'ingegno* (in campo culturale) e le *invenzioni industriali* (nel campo della tecnica) sono le due grandi categorie di creazioni intellettuali regolate dal nostro ordinamento. Le prime incontrano la disciplina del **diritto d'autore** (artt. 2575-2583 c.c. e l. 633/1941) e le seconde si riferiscono al **brevetto** delle invenzioni industriali (artt. 2584-2591 c.c. e c.p.i.) e al *brevetto* per modelli di utilità e per i disegni e i modelli (artt. 2592-2594 c.c. e c.p.i.). Diritto d'autore e brevetti industriali godono di una consistente tutela internazionale. Seppur l'opera d'ingegno e l'invenzione industriale non sia direttamente colpita dal campo del diritto commerciale, lo sfruttamento economico avviene grazie alle imprese e, specie per le invenzioni industriali, ci si serve di costose e sistematiche ricerche proprio negli uffici della grande industria.

Disciplinare questo tema ha due obiettivi; innanzitutto, si vuole promuovere e incentivare l'attività creativa dei privati. Poi, si desidera anche che tutti possano fruire del progresso raggiunto. Al primo tema si risponde con il *diritto esclusivo di sfruttamento economico* dell'opera o dell'invenzione (**diritto di privativa**), tradizionalmente equiparato al diritto di proprietà su beni immateriali. Il secondo obiettivo è perseguito escludendo che una posizione di esclusiva possa essere riconosciuta rispetto a talune creazioni intellettuali particolarmente significative (art. 45 c.p.i., *es. scoperte e teorie scientifiche*). Mentre il diritto d'autore si acquista per il solo fatto della creazione di un'opera (art. 2576 c.c.), le invenzioni industriali richiedono la **brevettazione**, che oltre a tutelare l'invenzione, rende di pubblico dominio il contenuto dell'invenzione. Infatti, nella grande industria, si predilige talvolta rinunciare alla tutela brevettuale per sfruttare in segreto le proprie invenzioni.

Il diritto di esclusiva è, inoltre, **limitato nel tempo**: settanta anni dopo la morte dell'autore per le opere d'ingegno, vent'anni per il brevetto di invenzione industriale, dieci per il brevetto di modelli d'utilità, e cinque per il disegni e modelli. Il legislatore, più vigoroso nei confronti dell'invenzione industriale, prevede strumenti che tutelano l'interesse generale alla loro adeguata realizzazione: *l'invenzione deve essere attuata non risultando in grave sproporzione con i bisogni del Paese* (art. 60 c.p.i.). Inoltre, trascorsi tre anni dal rilascio del brevetto senza che l'invenzione sia attuata, può essere concessa *licenza obbligatoria per l'uso non esclusivo* a chiunque lo richieda.

### Il diritto d'autore

Il **diritto d'autore** trova disciplina agli artt. 2575-2583 c.c. e nella l.633/1941 (più volte modificata). È opera dell'ingegno il romanzo, la poesia, il trattato, il manuale, la canzone, il quadro, il software, la banca dati, ecc., ed è protetta a prescindere dal suo pregio, dalla sua legalità, e dalla sua moralità. Importante è che l'opera sia *creativa* (art. 2575 c.c.), cioè che sia un minimo di **originalità oggettiva**, che può consistere anche nel modo personale in cui si espone. Il *diritto d'autore* si costituisce quando l'opera viene creata, prima anche che arrivi al pubblico. Tale diritto, irrinunciabile ed inalienabile, è sia *morale* che *patrimoniale*. L'autore può rivendicare nei confronti di chiunque la **paternità** dell'opera, decidere se pubblicarla (*diritto di inedito*), anche in anonimo, di vietare modifiche, e di ritirarla dal commercio (indennizzando coloro a cui ha eventualmente ceduto i diritti di utilizzazione economica. In quanto inalienabili (art. 22 l.aut.), non si perdono con la cessione dei diritti patrimoniali, e possono essere esercitati dai congiunti dopo la morte (art. 23 l. aut.). L'autore ha diritto di utilizzazione economica *esclusiva* in ogni forma e modo, originale o derivato (art. 12 l. aut). Agli artt. 13-18bis l. aut., conosciamo una serie di attività (riproduzione, trascrizione, noleggio, traduzione) che estrinseca il tema dello sfruttamento economico, anche a parti dell'opera, come personaggi o espressioni tipiche (*es.* "Cacao Meravigliato"). A differenza del diritto morale, il diritto patrimoniale d'autore ha durata limitata, a **settant'anni dopo la morte** dell'autore. Nulla vieta che l'opera si frutto di collaborazione. Se essa è costituita da più contributi *autonomi e separabili* organizzati in forma unitaria da un direttore, si ha *opera collettiva*, e autore è il direttore, mentre lo sfruttamento economico spetta all'editore. Ai singoli autori è poi riconosciuto il diritto d'autore sulla propria parte (*es.* articolo di giornale). Se l'opera si compone di contributi *omogenei e indistinguibili* (*es.* manuale scritto da più soggetti) si ha *opera in collaborazione*, che cade sotto il classico regime di comunione. Se, invece, i contributi sono eterogenei e distinti, si ha *opera composta* (*es.* opera lirica), che cade sotto il regime di comunione, ma sono legislativamente individuati sia il soggetto cui è riservato l'esercizio del diritto di utilizzazione economica, sia la quota parte di ciascuno nei proventi.

Diritti *connessi* al diritto d'autore sono riconosciuti ai produttori di dischi, agli interpreti, agli esecutori delle opere d'ingegno, a cui dev'essere riconosciuto un equo compenso da parte di chiunque utilizzi il loro operato.

Il diritto di utilizzazione economica dell'opera dell'ingegno è *liberamente trasferibile*, sia unitariamente, che nelle sue singole manifestazioni, *inter vivos* e *mortis causa*. Nel caso di atto fra vivi, che può essere definitivo o temporaneo, è possibile utilizzare qualunque schema contrattuale, tipico o atipico. I contratti più noti sono, comunque, il **contratto di edizione** e il **contratto di rappresentazione ed esecuzione**. Con il *primo*, l'autore concede *in esclusiva* ad un editore l'esercizio del diritto di pubblicare per la stampa l'opera, per conto e spese dell'editore, che si obbliga a stampare, mettere in commercio l'opera, e compensare l'autore (o con una *royalty*, o con un compenso *a forfait*). Il contratto può riguardare anche un'opera non ancora creata, così come un numero determinato di edizioni (contratto *per* edizione), o tutte le edizioni necessarie (contratto *a termine*). La durata, comunque, non può eccedere i vent'anni. Con il *secondo*, l'autore cede *non in esclusiva* il solo diritto di rappresentazione in pubblico (*es.* opera teatrale), e l'altra parte se ne occuperà a proprie spese. L'attività di intermediazioni per la concessione delle relative licenze è esercitata dalla **SIAE**, che provvede alla riscossione dei proventi ed alla ripartizione degli stessi fra gli interessati. Per impedire riproduzioni abusive, ogni supporto multimediale deve avere un *contrassegno* della SIAE, previa attestazione da parte del richiedente di aver assoluto gli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore.

Il titolare, o i titolari, del diritto d'autore, quando tema che il suo diritto è stato violato, può ricorrere al giudice per l'*accertamento* e l'eventuale *inibizione* della violazione. Sanzioni tipiche sono la rimozione per mezzo della distruzione, e il risarcimento dei danni, anche *non patrimoniale*.

Essendo insufficiente tutelare l'opera d'ingegno a livello nazionale, l'Italia ha da tempo firmato convenzioni internazionali attinenti.

### L'invenzione industriale e il diritto al brevetto

L'**invenzione industriale** è disciplinata dagli artt. 2584-2591 c.c. e dal *Codice della proprietà industriale*. Si tratta di idee creative nel campo della tecnica, che consistono nella soluzione originale di un problema tecnico. Ciò che le differenzia dal diritto d'autore è che le invenzioni industriali fanno acquistare diritto di utilizzazione economica mediante **brevetto** da parte dell'Ufficio Italiano marchi e brevetti. Oggetto di brevetto sarà l'*invenzione di prodotto*, l'*invenzione di procedimento*, e le *invenzioni derivate* (di combinazione, di perfezionamento, e di traslazione. Non potrà essere invenzione (art. 45 c.p.i.) la scoperta, la teoria scientifica, il piano e il metodo per l'attività intellettuale e la presentazione di informazioni; insomma, non può formare oggetto di brevetto ciò che esiste già in natura e l'uomo si limita a percepire o una nuova teoria (Einstein non ha fatto brevettare la Teoria della Relatività). Non è brevettabile il programma software, ma lo è quello hardware, né è brevettabile il metodo per il trattamento chirurgico o la diagnosi del corpo umano o animale (*es.* TAC).

Per ricevere il brevetto, l'invenzione dev'essere *lecita* (art. 50 c.p.i.), *nuova*, deve implicare un'*attività inventiva* e dev'essere suscettibile di *applicazione industriale*. Per invenzione nuova (art. 46 c.p.i.), intendiamo quella non compresa nello stato della tecnica, non già divulgata; per invenzione che implica attività inventiva (art. 48 c.p.i.), intendiamo quella che non risulta evidente per una persona esperta nel campo (*giudizio di non ovvietà*); infine, per invenzione suscettibile di applicazione industriale, intendiamo quella che può essere fabbricata o utilizzata in qualsiasi genere di industria, anche quella agricola (art. 49 c.p.i.).

La tutela giuridica dell'invenzione è sia *morale* che *patrimoniale*. L'inventore ha diritto alla *paternità* dell'opera solo per il fatto dell'invenzione, e ha diritto, trasferibile, di conseguire il brevetto (**diritto al brevetto**), per costituire l'acquisto del diritto all'utilizzazione economica in esclusiva. L'autore dell'opera, però, non è sempre colui che è legittimato a chiedere il brevetto, specie se l'invenzione è subordinata ad un rapporto lavorativo dipendente. Infatti (art. 64 c.p.i.):

- Se l'attività inventiva è oggetto del contratto o del rapporto di lavoro, che prevede una specifica retribuzione, si ha **invenzione di servizio**. Le invenzioni realizzate dagli addetti agli uffici ricerca e progettazione delle grandi industrie appartengono al datore di lavoro, che ha diritto a richiedere e sfruttare il brevetto, e al lavoratore non spetta nulla (proprio perché ad essersi accollato i costi e i rischi della ricerca è il datore di lavoro)
- Se l'invenzione è fatta in esecuzione di un contratto o di un rapporto di lavoro, ma non è prevista una specifica retribuzione per l'attività inventiva, si ha **invenzione aziendale**. Ancora, i diritti patrimoniali sorgono in capo al datore di lavoro, e se consegue il brevetto o sfrutta l'invenzione segretamente dovrà al lavoratore un *equo premio*
- Se l'invenzione rientra nel *campo di attività* dell'impresa cui è addetto l'inventore, ma è indipendente dal contratto o dal rapporto di lavoro, si ha **invenzione occasionale**, e solo il lavoratore può chiedere il brevetto. Il datore di lavoro ha però il *diritto di prelazione* per l'uso dell'invenzione, l'acquisto del brevetto e la brevettazione all'estero, entro tre mesi dalla comunicazione del conseguimento del brevetto da parte dell'inventore. In questo caso, l'inventore avrà diritto ad un corrispettivo, stabilito *inter partes*, mediante l'arbitrato, o con l'ausilio dell'autorità giudiziaria.

## L'invenzione brevettata e non

Il **brevetto** per invenzione industriale è concesso dall'*Ufficio Italiano marchi e brevetti* sulla base di una domanda corredata dalla *descrizione* dell'invenzione (a pena di nullità, art. 76 c.p.i.) sufficientemente chiara perché ogni persona esperta del ramo *possa* attuarla, nonché dai disegni necessari. Ogni domanda può avere ad oggetto **una sola** invenzione (art. 161 c.p.i.) e deve specificare ciò che si intende debba formare oggetto del brevetto (**rivendicazione**). L'*Ufficio* accerta la regolarità formale della domanda, la liceità, la novità, l'originalità e l'industrialità del trovato, ma non se il richiedente sia titolare del diritto al brevetto (contro le decisioni dell'*Ufficio* si ricorre all'apposita Commissione dei ricorsi).

Il *brevetto* per invenzione industriale dura **vent'anni** dalla data di deposito della domanda (art.60 c.p.i.), senza rinnovo. Il relativo diritto all'esclusiva si può anche perdere per prima per *nullità* o *decadenza* del brevetto.

Con il brevetto, si ha facoltà esclusiva di attuare l'invenzione, commercialarla, importarla, e trarne profitto. L'*esclusiva di commercio* si esaurisce, però, con la prima messa in circolazione in UE e, quindi, chi ha acquistato il prodotto può liberamente rivenderlo. Ovviamente, il titolare può opporsi se lo stato dei prodotti è stato alterato. È possibile brevettare uno specifico metodo (*invenzione di procedimento*), e allora non ci si potrà opporre al commercio degli stessi prodotti elaborati con metodo diverso.

Il brevetto è *liberamente trasferibile* (art. 2598 c.c.), a prescindere dall'azienda, e su di esso possono essere istituiti diritti reali di godimento, di garanzia, e può formare oggetto di esecuzione forzata ed espropriazione per pubblica utilità. Il titolare può anche concedere la **licenza d'uso** del brevetto, con o senza esclusiva di fabbricazione a favore del licenziatario. Mancando una specifica disciplina, la licenza può avere i contenuti più vari, e spesso si occupa del compenso dovuto al titolare (*royalty* o partecipazione agli utili). Peraltro, la licenza di brevetto *senza esclusiva* è il tipo contratto della grande industria, con cui mette a disposizione delle imprese i brevetti fondamentali, rendendole dipendenti, e controllando monopolisticamente il mercato.

Il titolare del brevetto può esercitare *azione di contraffazione* se qualcuno sfrutta abusivamente l'invenzione, ottenere quindi l'inibitoria, nonché il possesso, il sequestro, la rimozione e la distruzione degli oggetti realizzati in violazione del brevetto. Ha diritto al risarcimento dei danni, patrimoniali e morali, può chiedere la restituzione degli utili, nonché la pubblicazione della sentenza a spese del soccombente.

L'inventore può **astenersi** dal brevettare la sua invenzione, e sfruttarla in segreto. Ovvio, così rischia che un altro pervenga allo stesso trovato, lo brevetti, ed acquisti il diritto di esclusiva. Dal 1979, però, si parla di *tutela del preuso*. L'art. 68 c.p.i. stabilisce, infatti, che chi ha fatto uso dell'invenzione nella propria azienda, nei dodici mesi anteriori al deposito dell'altrui domanda di brevetto, può continuare a sfruttare l'invenzione *nei limiti del preuso*. Il preutente potrà anche trasferire tale facoltà, ma solo **con** l'azienda. Peraltro, se l'inventore o il preutente divulgano l'invenzione, colui che tenta di brevettarla non soddisferà il requisito di novità, e si potrà esperire l'azione di nullità (art. 76 c.p.i.), ricordando che, se il brevetto è nullo, chiunque può liberamente sfruttare l'invenzione.

## Brevettazione internazionale ed europea

Il rilascio del brevetto concede diritto di esclusiva solo sul territorio nazionale, ma può essere conseguito anche in altri stati. La *Convenzione di Unione* di Parigi del 1883 riconosce a chi ha richiesto il brevetto in uno degli Stati dell'Unione *diritto di proprietà* per ciascun paese. L'inventore dovrà presentare **distinte** domande per ciascun paese, ma l'invenzione è valutata con la data del *primo* deposito nazionale (purché le domande si facciano entro 12 mesi). Il *Trattato di Washington* del 170 ha consentito una notevole semplificazione per il riconoscimento del *brevetto internazionale*.

L'inventore può anche conseguire il **brevetto europeo**, sulla base della *Convenzione di Monaco* del 1973; unica è la domanda, unica è la procedura, unico è l'*Ufficio* che rilascia il brevetto (a Monaco di Baviera), e unica è la disciplina, ma il contenuto del diritto di esclusiva è lasciato ai singoli stati. Il brevetto europeo non è autonomo ed unitario, ed è del tutto equivalente ad un fascio di brevetti nazionali. Solo nel 2011, però, si è arrivati all'idea di un brevetto *unitario ed autonomo* valido in tutta l'UE, con il **brevetto unitario europeo** (reg. 1257/2012), che è entrato in vigore nel 2022.

## Modelli industriali

I *modelli industriali* sono creazioni intellettuali applicate all'industria di minor rilievo rispetto alle invenzioni industriali, disciplinate dagli artt. 2592-2594 c.c. e dal c.p.i.. I modelli industriali si dividono quindi in **modelli di utilità** e **disegni e modelli**.

I *modelli di utilità* sono trovati destinati a conferire particolare **funzionalità** a macchine, strumenti, utensili, ecc. (*es. forma di una poltrona da dentista più confortevole*). I *disegni e i modelli* sono, invece, idee destinate a migliorare l'**aspetto** dei prodotti (*industrial design*). Quindi, il modello industriale attiene sia al tema funzionale che al modello estetico. È difficile distinguere fra i due (ci possono essere modelli di utilità che oltre ad essere utili sono anche belli), ma comunque ci dedichiamo alla disciplina di entrambi.

La tutela dei *modelli di utilità* si fonda sull'istituto del **brevetto** (artt. 2594 c.c. e 86 c.p.i.), e la disciplina riprende quella delle invenzioni industriali. L'unica vera differenza sta nel fatto che la durata del brevetto da vent'anni scende a **dieci anni**. Passando a *disegni e modelli*, ci si lega al d.lgs. 95/2001, il quale stabilisce che la tutela avviene con **registrazione**

presso l'*Ufficio* di quei disegni e modelli nuovi e con carattere individuale, non identici quindi a disegni o modelli già divulgati, che non suscitano un'impressione già suscitata da altri disegni o modelli. Non possono essere però registrati disegni modelli contrari all'ordine pubblico o al buon costume, né stemmi o segni protetti da convenzioni internazionali. La *registrazione* dura **cinque anni** dalla domanda, ma può essere prorogata di cinque anni in cinque anni, fino ad un massimo di venticinque. Con la registrazione si ottiene il diritto all'esclusiva, e le opere del disegno industriale sono, peraltro, ammesse a godere della più ampia tutela del diritto d'autore.

## LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA

Quando parliamo di *concorrenza generale*, ci riferiamo a due rami distinti, che sono la **disciplina Antitrust** e la **concorrenza sleale**.

Nei due capisaldi normativi (il Codice civile e la Costituzione italiana) che regolano il diritto commerciale ci sono già tutti gli elementi per capire che il nostro ordinamento ha scelto da tempo il regime del **libero mercato**. Questi elementi, sintomi di una scelta chiarissima già nel Codice Albertino del 1865, hanno un suggello con la Costituzione, in particolare all'art. 41 Cost. "l'iniziativa economica privata è libera". L'unico limite sarà sempre l'interesse generale dello stato (monopolio legale ed esproprio), come sancisce l'art. 43 Cost. (come, ad esempio, avviene con ENI o ENEL). In questo contesto si inserisce un dato normativo fondamentale, cioè, il **Trattato delle Comunità Economiche Europee**. I trattati europei nascono con un primo embrione nel 1952, con il Trattato del Carbone e dell'Acciaio, per poi arrivare al Trattato di Roma e alla CEE, fino ad oggi con l'UE. Quello che era il TCEE è diventato il TFUE, la norma sovranazionale che regola l'UE, e contiene anche norme di diritto commerciale. Infatti, all'art. 26 TFUE si stabilisce che l'UE mira al *mercato unico interno*, idea portante nelle ipotesi comunitarie, e vengono stabilite le cosiddette *libertà fondamentali dell'UE*, cardini del nostro diritto costituzionale in senso ampio (*libera circolazione dell'attività d'impresa*).

Per creare un mercato libero servono delle infrastrutture, non solo fisiche, ma anche e soprattutto normative. Mercato unico significa agire in concorrenza, e, a servizio di questo caposaldo del TFUE, sono state poste due norme principali: la prima è rappresentata dal **divieto dell'aiuto di stato** (gli stati non possono aiutare le loro imprese, perché ciò falserebbe la concorrenza), e l'altra è rappresentata dalla **tutela della concorrenza** (le imprese sono libere di nascere e di agire come e quando vogliono, e possono assolutamente concorrere). Quest'ultimo segmento normativo nasce sul presupposto di carattere teorico che è quello che vede nella *concorrenza* il sistema che porta i maggiori benefici, sia all'esercizio dell'attività d'impresa, sia alla società. I benefici della concorrenza riguardano, infatti, il funzionamento delle imprese nel mercato (le imprese efficienti sopravvivono e vincono nel mercato, mentre quelle inefficienti no), così come dal punto di vista sociale (la concorrenza fa sì che i prezzi si abbassino, ma stimola anche la ricerca di prodotti nuovi o servizi migliori). Un mercato in cui le imprese siano libere di nascere e svilupparsi non è, tuttavia, sufficiente per far sì che tali valori siano perseguiti, e possono esserci deviazioni che non consentono di raggiungere pienamente quei risultati. Allora, le norme sulla concorrenza hanno proprio ad oggetto questi *malfunzionamenti del mercato*, sia che siano *strutturali*, sia che *comportamentali*, per cercare di ricondurli ad un modello e di evitare conseguenze negative.

Quali sono i tipi di minacce che possono verificarsi? Immaginiamo che ci sia un'impresa telefonica che si metta a fare una campagna pubblicitaria, denigrando i servizi di un suo concorrente: un tale comportamento incide senz'altro sulla concorrenza. Ancora, immaginiamo che la società delle Ferrovie dello Stato si metta d'accordo con i fondi oggi proprietari di Italo, per acquisirlo. Il *primo* esempio minaccia un giusto ed equo agire sul mercato, perché un'impresa denigra un'altra impresa. Il *secondo* esempio minaccia il mantenimento di un livello sufficiente di concorrenza sul mercato, perché le due imprese che controllano i trasporti diventano una sola. Tali deviazioni, è chiaro, minacciano la concorrenza, ma si pongono su due piani diversi; il *primo* si pone sul piano **privatistico**, perché un singolo privato è minacciato *in primis* dall'atto denigratorio. Il *secondo* non minaccia gli interessi privati, ma l'intera società, contrasta un interesse pubblico. Allora, le discipline saranno diverse. Capiamo quindi la grossa distinzione sulle norme della concorrenza, tra:

- Norme di *diritto privato*: più longeve, contenute nel Codice civile, dedicate sia al *contratto*, che all'*atto illecito*, non in generale come nel Libro IV, ma espresse in modo particolare nel Libro V, con attinenza alla sola concorrenza. Le norme dell'atto illecito (*illecito concorrenziale*) prendono il nome di norme della **concorrenza sleale**, art. 2598 c.c.
- Norme di *diritto pubblico*: pressoché inesistenti per molto tempo, salvo per i limiti posti dall'art. 43 Cost.. Le norme a tutela della concorrenza in via generale arrivano solo con il Trattato delle Comunità Economiche Europee, nel 1957, che conteneva agli artt. 85 e 86 le norme in tema di *intese restrittive della concorrenza* e di *abusi di posizione dominante*. Oggi, queste norme sono divenute le norme del TFUE. Nel 1989 è arrivata una norma di un Regolamento comunitario in tema di *concentrazioni*. Questo quadro, nato in ambito europeo, viene recepito nell'ordinamento italiano con la **l. 287/1990**, nota come legge **Antitrust**. Il ragionamento fatto dal legislatore italiano a quel tempo è stato: se devo controllare la concorrenza nel mercato italiano, e se quest'ultimo fa parte di quello unico europeo, non c'è bisogno di inventarsi nuove norme. Allora, il legislatore si è limitato ad integrare il Regolamento UE.

## Norme antimonopolistiche settoriali e Golden Power

Dobbiamo però anche ricordare che esistono altre norme che somigliano alle norme Antitrust, ma non lo sono, a cui non ci dedichiamo. La prima categoria di norme sono quelle *antimonopolistiche settoriali*, cioè ci sono dei settori dell'economia dove l'ordinamento ha ravvisato un'esigenza in più, che è quella non solo di tutelare la concorrenza, ma anche altri valori. Esempio lampante è quello dell'informazione, che prima dei social viaggiavano solo mediante radio, giornali, e tv, rispetto alla quale nel 1991, con la Legge Mammì, si sono posti steccati minimi della proprietà combinata di televisioni, giornali e radio. Ci sono poi altre norme, dette *Golden Power*, nate nel 2012 e poi rafforzate con il Covid, che impongono a qualsiasi impresa che ne acquisisce un'altra, avente un rilievo tecnologico strategico per il paese, di chiedere al Governo il permesso di effettuare l'operazione, non per tutelare la concorrenza, ma per far sì che non sfuggano dal paese imprese troppo importanti per noi. Ciò è nato soprattutto nel periodo emergenziale perché, vista la crisi delle imprese, c'era più la possibilità, da parte dei soggetti esteri, di venire a fare "shopping" in Europa. Un caso emblematico è quello della Pirelli, comprata da tempo da un gruppo cinese, per cui è stata attivata la norma di Golden Power, per vietare alla società cinese di controllare Pirelli.

## Le limitazioni alla concorrenza

La libera iniziativa privata e la conseguente libertà di concorrenza si legano anche all'interesse generale, e vengono consacrate dalla Costituzione e dal codice civile, seppur ammettendo ipotesi di **compressione** delle stesse da parte dei poteri pubblici, per fini sociali e ambientali, purché sia disposta dal legislatore (*principio della riserva di legge*). Oggi, lo Stato controlla l'accesso sul mercato di certe categorie di imprenditori, ha ampi poteri di indirizzo e ha la possibilità di imporre *prezzi di imperio* (calmieri) su istanza del CIP (*Comitato interministeriale prezzi*). Inoltre, lo Stato ha la possibilità di dare vita a **monopoli pubblici**, o *legali*, purché si risponda a fini di utilità generale. Oggi, i monopoli pubblici si riducono sempre più, perché in contrasto con l'art. 102 TFUE e con la legge Antitrust (che vedremo). Esistono, e continueranno ad esistere, *monopoli fiscali*, che assicurano un'entrata allo Stato (tabacchi, lotterie, Gratta e Vinci, ecc.). Sotto il regime di *monopolio legale*, la legge Antitrust non trova applicazione, ma è comunque necessario tutelare gli utenti, e il legislatore, all'art. 2597 c.c. impone al monopolista l'**obbligo a contrarre** e la **parità di trattamento**. Quindi, chiunque chieda al monopolista la prestazione che forma oggetto dell'impresa deve essere soddisfatto, e, se le richieste sono molte, suo obiettivo dev'essere quello di ripartire proporzionalmente la quantità disponibile. Poi, il monopolista deve predeterminare e rendere note le proprie condizioni contrattuali (spesso fissate in via legislativa), e può anche prevederne di distinte per i diversi utenti, purché questi siano messi in condizione di saperlo e di giovare di un beneficio se possono. Ogni altra deroga è *nulla*. Quanto detto vale solo ed esclusivamente per il monopolio legale, basato sulla *legge*, e non ovviamente per il *monopolio di fatto*, che concreta attività lesive della concorrenza, e attiva la legge Antitrust. La libertà di concorrenza subisce, poi, limitazioni a carico di soggetti legati da un determinato rapporto contrattuale, obbligandoli a *non fare concorrenza* (**divieti legali di concorrenza**). Citiamo l'*obbligo di fedeltà* del prestatore di lavoro nei confronti dell'imprenditore, il divieto di esercitare attività concorrenza posto a carico dei soci della società di persone e degli amministratori della società di capitali, il diritto di esclusiva reciproca nel contratto di agenzia, e il già discusso art. 2557 c.c. sul divieto di concorrenza per chi cede l'azienda.

Infine, la libertà di concorrenza subisce limitazioni *convenzionali*. L'art. 2596 c.c. consente, infatti, la stipulazione di accordi restrittivi, che siano *provati per iscritto*, circoscritti ad un determinato *ambito territoriale* o *tipo di attività*, e con una durata di *massimo cinque anni*. Allora, ogni accordo limitativo della concorrenza fra imprese italiane è valido, finché non ricorrono i presupposti (fra poco in esame) della legge Antitrust. È impossibile, però, che tutte le limitazioni pattizie ricadano al di sotto dell'art. 2596 c.c.. Infatti, possiamo certamente distinguere in due tipologie di *patti*. Innanzitutto, il **patto autonomo** è l'accordo limitativo della concorrenza che si presenta come un autonomo contratto, esclusivamente concentrato sulla limitazione della concorrenza, che può concretare sia restrizioni *unilaterali* che (ben più frequenti) *reciproche*. Tali accordi, fra poco analizzati, danno luogo ad intese o *cartelli*, ammesse se non in contrasto con la legge Antitrust; così, sarà il caso di più fabbricanti di tessuti che concordano la quantità globale da produrre e la quota spettante a ciascuno (*cartelli di contingentamento*), oppure che decidono chi opera dove (*cartelli di zona*), o ancora predeterminano i prezzi di vendita (*cartelli di prezzo*). È possibile, però, che le finalità di un cartello sia realizzino ricorrendo a modelli organizzativi (come un consorzio), determinando un prolungamento del patto di non concorrenza. Il **patto accessorio**, invece, è quella clausola accessoria di un altro contratto, che può prevedere restrizioni unilaterali e reciproche, sia fra imprenditori *in diretta concorrenza* (restrizione **orizzontale**), sia fra imprenditori che operano in ambito diverso (restrizione **verticale**). Alcuni di questi patti accessori formano oggetto di specifica disciplina, e prendono quindi il nome di *patti nominati* (clausola di esclusiva, patto di preferenza, patto di non concorrenza del prestatore di lavoro, patto di non concorrenza dell'agente). Ne consegue che, essendo questi patti legati ad un contratto principale, supereranno anch'essi il limite quinquennale e, allora, le premure dell'art. 2596 c.c. si applicheranno rigidamente solo alle clausole "innominate" con limitazioni della concorrenza *non funzionali* al contratto cui accedono.

## ANTITRUST

La disciplina **Antitrust** si lega a tre fattispecie che sono, come detto, *intese restrittive della concorrenza, concentrazioni di imprese, e abusi di posizione dominante*. Di tutte queste dobbiamo vedere la nozione, la disciplina sostanziale, e la disciplina procedurale. La disciplina Antitrust è in Italia rappresentata dalla **1.287/1990**.

### Intese restrittive della concorrenza e concentrazioni di imprese

Le **intese** (anche dette *cartelli*, art. 2 e art. 101 TFUE) sono gli accordi, oppure le pratiche concordate, oppure ancora le decisioni o deliberazioni di associazioni d'impresa, che abbiano come oggetto o effetto la restrizione della concorrenza. La disciplina Antitrust non utilizza concetti tecnici del diritto privato in modo rigoroso e stringente, ma vuole semplicemente cogliere il fenomeno economico. Per **accordi**, si intende probabilmente i contratti (art. 1321 c.c.); la giurisprudenza europea ha ritenuto che debbano essere considerati non solo gli accordi validi, ma anche quelli invalidi. Le **pratiche concordate** possono riferirsi a quelle pratiche imprenditoriali che non nascono da un accordo, ma sono concordate in quanto non spontanee. Immaginiamo, infine, una **delibera** di un'associazione di categoria in cui si adotta un tariffario, senza imporre alle associate di adottare quella tariffa, ma facilitando da parte di queste il mantenimento di uno stesso prezzo.

La stessa norma, rispetto alla disciplina sostanziale, prevede che l'intesa sia vietata se si ha una **restrizione consistente** nel mercato o in una *parte rilevante* di esso.

Inoltre, esistono intese **vietate** di per sé; l'art. 2 vieta quelle che fissano direttamente i prezzi, che impediscono la produzione e gli sbocchi, che ripartiscono i mercati, che applicano condizioni oggettivamente diverse, che subordinano la prestazione di contratti a contratti supplementari. Le intese vietate sono *nulle* ad ogni effetto (la nullità è accertata presso le Corti d'Appello che, parallelamente al processo amministrativo, può portare alla *nullità civilistica*) e chiunque (non solo l'Autorità) può agire in giudizio per farne accertare la nullità. L'Autorità garante (AGCM) *accerta* con **istruttoria** le infrazioni commesse, e può rimuovere gli effetti anticoncorrenziali, irrogando sanzioni pecuniarie *amministrative* (art. 15); potrebbe anche chiudere l'istruttoria senza accertare l'infrazione, quando l'impresa si impegna a fare cessare l'attività anticoncorrenziale, e può anche ridurre la sanzione se l'impresa collabora alla scoperta di un'intesa illecita (*programma di clemenza*). Trattandosi di un procedimento amministrativo, la sanzione è soggetta ad impugnazione presso il TAR del Lazio. Peraltro, l'attuazione di un'intesa anticoncorrenziale obbliga i partecipanti al risarcimento del danno, in solido, verso chiunque sia stato danneggiato. L'attuale disciplina agevola molto l'onere probatorio del danneggiato; si ritiene *definitivamente accertata* la violazione, quando il provvedimento dell'Autorità garante diventa incontestabile. L'*intesa* determina un danno emergente, consistente nel maggior costo di beni e servizi per gli acquirenti (*sovrapprezzo*). Se l'acquirente ha a sua volta rivenduto a terzi a prezzo maggiorato, si ritiene che l'*acquirente indiretto* abbia subito un danno da sovrapprezzo, e l'onere della prova si ribalta, facendo sì che è l'autore dell'illecito a dover dimostrare il contrario. Comunque, il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni dal momento della cessazione del comportamento illecito, ma il termine decorre solo dopo che il danneggiato sia venuto a conoscenza del fatto lesivo e dell'identità dell'autore della violazione.

Un elemento molto interessante è rappresentato dall'art. 4: il divieto delle intese restrittive della concorrenza è subordinato al suo effetto anticoncorrenziale, ma ha una possibile **eccezione**; l'AGCM può autorizzare *per un periodo limitato* intese o categorie di intese vietate, stante certe condizioni. Innanzitutto, la prima condizione *positiva* è che l'intesa comporti un *miglioramento* nelle condizioni d'offerta; la seconda condizione *positiva* è che tale miglioramento sia tale da portare un *beneficio* ai consumatori (quindi non solo a vantaggio delle imprese). Poi, la prima condizione *negativa* è che l'intesa vietata, eccezionalmente concessa, **non** contenga *restrizioni* funzionali a quel miglioramento, e la seconda condizione *negativa* è che **non elimini** del tutto la concorrenza.

Le **concentrazioni** (art. 5 e Reg. 139/2004) sono abbastanza semplici da immaginare, e altro non sono che imprese che si mettono insieme. In particolare, l'operazione di *concentrazione* si verifica con fusione, acquisto del controllo dell'impresa, o con l'impresa comune. In realtà, si è ben capito che esiste un minimo comun denominatore, che è l'**acquisto del controllo** da parte di un'impresa su un'altra impresa, che era prima indipendente. Questo *acquisto del controllo* può avvenire con mezzi tecnici diversi. Il primo mezzo tecnico è la **fusione**, declinabile anche nella *scissione* (perché anche con la scissione si può acquisire il controllo di un'altra impresa), e con l'acquisto del controllo si ha sia un controllo sui mezzi produttivi (*es. compro l'azienda intesa come complesso di beni*), che sulla società (*es. compro l'ente*). Il secondo mezzo tecnico attiene all'*impresa comune*, con cui ci riferiamo all'acquisto del controllo su un'impresa, da parte di *due* imprese (*es. Italo e FS conferiscono in una nuova società tutti i treni AV, nasce una nuova società, controllata da due scatole vuote*).

Con riguardo alla disciplina sostanziale, l'art. 6 prevede il divieto dell'attività in concentrazione se comportano la **costituzione** o il **rafforzamento** di una *posizione dominante* sul mercato nazionale, che riduca o rimuova *durevolmente* e *sostanzialmente* la concorrenza. È legittimo quindi dare luogo a concentrazioni, ma non appena queste hanno effetti negativi, divengono vietate.

Ci sono grossissime differenze fra i parametri di divieto per le intese e per le concentrazioni. Nelle concentrazioni si parla di restrizioni *sostanziali e durevoli*. Inoltre, sempre nel tema delle concentrazioni, si fa riferimento ad una **posizione dominante**, che è elemento cardine nel diritto dell'impresa; ma quando un'impresa si trova in *posizione dominante*? Per fare un'indagine concorrenziale in un mercato, bisogna comprendere, innanzitutto, in che mercato ci si trovi, cioè, si deve limitare *merceologicamente* il mercato rilevante. Per farlo, è necessario tener conto del criterio dell'*elasticità della domanda*, il cui grado, in dipendenza della differenza di prodotto, permette di stabilire l'ampiezza *merceologica* del mercato. Stabilito che un determinato mercato comprende diverse categorie di merci, bisogna capire l'ampiezza *geografica* del mercato, cioè l'area in cui è indifferente per le imprese far circolare il loro prodotto. Ebbene, identificato il **mercato rilevante**, occorre capire quali sono le imprese che competono in esso. Per capire se un'impresa è *dominante* o meno, si osserva la parte di mercato posseduta da essa: se la quota di mercato è inferiore al 30%, di regola, non c'è posizione dominante; se la quota di mercato è superiore al 60%, di regola, c'è posizione dominante; infine, se la quota di mercato è compresa fra il 30 e il 60%, è possibile che altri indici conducano alla posizione dominante. Tali indici possono attenersi, ad esempio, alla *maturità del mercato*, o alle *barriere all'ingresso*.

Questo presupposto della *posizione dominante* non c'è nel divieto delle **intese**, così come manca un riferimento al mercato nazionale, e vi è il solo ad una "parte rilevante". Quindi, per vietare una concentrazione, bisogna arrivare ad un livello molto alto di violazioni. Ma perché il diritto Antitrust preme così tanto sulle *intese*, ed è invece così difficile da attivarsi, accomodante, con le *concentrazioni*? Quando nel 1989 si inseriscono le concentrazioni, l'Europa aveva bisogno di far crescere dimensionalmente le sue imprese, in risposta all'evoluzione tecnologica ed economica che stavano vivendo gli States e il Giappone. Peraltro, anche nel seguito la concentrazione ha avuto dei benefici economici, determinati dalle economie di scala, e dalla capacità di competere nei mercati globali (*grandi imprese*). Quindi, le concentrazioni sono fondamentali per l'Europa, fintanto che non violino i principi succitati.

Sotto l'aspetto della disciplina procedurale, per le *concentrazioni*, il sistema è quello della **notifica preventiva per le operazioni sopra-soglia**; il legislatore vuole vedere *prima* le concentrazioni (non è concepibile che due imprese si fondano, e poi lo Stato gli imponga di dividerle), e a prevenire la concentrazione inadeguata sarà, quindi, un'autorità amministrativa indipendente istituita ad *hoc* per l'applicazione delle norme Antitrust, l'**AGCM** (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*), indipendente dal governo. L'AGCM riceve quindi comunicazione delle concentrazioni, ma non tutte. In Italia le concentrazioni sono migliaia ogni anno e, allora, si stabiliscono delle *soglie* di fatturato, puramente quantitative, in forza delle quali scatta o meno l'obbligo di notifica all'autorità Antitrust. Esiste poi la soglia UE, per il quale se il fatturato supera la soglia ITA, ma non la UE si ha notifica all'AGCM, ma se esso supera la soglia UE, si ha notifica alla *Commissione UE*. Se si è al di sotto della soglia ITA, comunque, non occorre nessuna notifica, e la concentrazione sarà legittima di base. Conclusa l'istruttoria, l'AGCM può vietare la concentrazione (*divieto*), così come consentirla (*permesso*), ma più spesso prescrive le misure necessarie per impedire che abbia luogo un'attività anticoncorrenziale (*provvedimento con modifiche*). Ove la concentrazione vietata sia proseguita, pesanti sanzioni incorrono, addirittura fino al 10% del fatturato. Per le *intese*, invece, non c'è la stessa esigenza di dare luogo a provvedimenti così incisivi e generale, perché l'intesa ha effetti sui soli interessi delle parti, e l'AGCM può intervenire quando luogo, non appena ha notizia di un'intesa a rischio, dando luogo all'istruttoria succitata.

### Abusi di posizione dominante

L'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario, poi, prendono in considerazione l'**abuso di posizione dominante** (art. 3 e 120 TFUE). Non è vietato in sé l'acquisto della *posizione dominante* sul mercato o in una parte di esso, ma è vietato lo **sfruttamento abusivo** di tale posizione, individuale o collettiva, con comportamenti lesivi dei concorrenti e dei consumatori, capaci di pregiudicare la concorrenza effettiva. Inoltre, lo sfruttamento abusivo si definisce come quel comportamento che l'impresa non avrebbe se non fosse in posizione dominante. Esistono due tipi di comportamenti abusivi, cioè, gli *abusi di sfruttamento* (verso la clientela) e gli *abusi escludenti* (verso i competitors). Quindi, il legislatore permette l'esistenza di posizioni dominanti (originarie od acquisite), ma non ne ammette l'abuso lesivo della concorrenza. Cioè, non ammette ancor più vantaggi derivanti dalla posizione dominante. Come visto in tema di *concentrazioni*, la posizione dominante ha rilievo sulla base del *mercato rilevante*, che non è sempre facile da individuare, anche a causa del fatto che l'AGCM si trova sovente a frammentare il mercato (*es. oggi il mercato delle banane si distingue da quello della frutta*). I comportamenti tipici che possono dar luogo ad abuso di posizione dominante sono identificati negli stessi comportamenti che formano oggetto di intese vietate. Non si possono imporre prezzi o altre condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose*, non si possono impedire la produzione, gli sbocchi, gli accessi al mercato, danneggiando i consumatori, non si possono applicare condizioni *oggettivamente diverse* per prestazioni equivalenti, e non si può subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di *prestazioni supplementari*, sconnesse dall'oggetto del contratto stesso.

Il divieto di abuso di posizione dominante non ammette eccezioni. Come con le intese, l'Autorità garante, previa *istruttoria*, ne ordina la cessazione prendendo le misure necessarie, ed infligge sanzioni pecuniarie identiche, e il soggetto danneggiato può chiedere il risarcimento dei danni in egual modo. Non si parla di nullità vista l'assenza di negozi giuridici.

È vietato, peraltro, anche l'*abuso dello stato di dipendenza economica* nella quale si trova un'impresa, cliente o fornitrice, rispetto ad una o più imprese anche non in posizione dominante (art. 9). Per **dipendenza economica** si intende quella situazione in cui un'impresa potrebbe determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. Il patto attraverso cui si realizza tale abuso è nullo, ed il tribunale può ordinare l'inibitoria del comportamento abusivo, prevedendo il risarcimento del danno. L'AGCM applica le norme dell'abuso di posizione dominante quando l'abuso di dipendenza economica rileva per la tutela della concorrenza e del mercato.

### Antitrust e nozione d'impresa

Quando parliamo di *Antitrust*, l'avvertenza che dobbiamo avere in mente è che non c'è una grande simmetria fra la nozione di imprenditore commerciale e l'ambito della disciplina Antitrust. È vero che l'azienda si riferisce alle imprese in generale, così come marchi e brevetti, e concorrenza sleale, ma per l'Antitrust, essendo esso nato su una via diversa rispetto alla nostra tradizione giuridica, si ha una disciplina che guarda all'impresa con occhi diversi, e include tra i propri destinatari **tutti** coloro che *di fatto* svolgono un'attività economica suscettibile di confrontarsi su un mercato. Infatti, è pacifico che ai *liberi professionisti* siano applicabili le norme Antitrust, ed è anche piuttosto frequente.

Nell'art. 1, comma 4, legge Antitrust, leggiamo che non solo la legge italiana è stata scritta a immagine e somiglianza delle norme dell'attuale TFUE e dei regolamenti ad esso connessi, ma ha anche espressamente subordinato la propria interpretazione ai principi delle norme europee.

## CONCORRENZA SLEALE

Si è capito che, nel nostro ordinamento, la libertà di iniziativa economica comporta la contemporanea presenza sul mercato di più imprenditori, in competizione, e quindi in **concorrenza**. Questa competizione può anche essere vigorosa, pesante, finalizzata ad accaparrarsi più clienti possibili, anche quelli degli altri, perché il danno che un imprenditore subisce a causa della sottrazione della clientela da parte di un concorrente **non** è *danno ingiusto* e nemmeno *risarcibile*. Ovviamente, però, il legislatore ritiene che tale concorrenza debba essere corretta, leale, che non concreti "colpi bassi", e fissa quindi delle regole di comportamento, che, se disattese, danno ad atteggiamenti sleali, illeciti, e vietati. Infatti, la legge prevede la specifica disciplina della **concorrenza sleale** (art. 2598-2601 c.c.), che recepisce l'art. 10bis della Convenzione di Unione di Parigi del 1883. Così, nello svolgimento della competizione fra imprenditori concorrenti, è vietato servirsi di mezzi e tecniche non conformi ai *principi della correttezza professionale* (art. 2598 c.c.). I fatti e gli atti che violano tale regola sono atti di **concorrenza sleale (illecito concorrenziale)**. L'illecito concorrenziale è represso e sanzionato anche *senza dolo o colpa*, e anche se non hanno arrecato un danno ai concorrenti (basta che siano *danni potenziali*), cioè, che l'atto sia *idoneo* a danneggiare l'altrui azienda. Capiamo subito la profonda differenza dell'illecito concorrenziale con l'illecito civile, che è sicuramente la radice del tema della concorrenza sleale, ma ha una disciplina *meno energica*: la disciplina della concorrenza sleale è **privilegiata**, nell'intento di evitare che pratiche scorrette alterino il corretto funzionamento del mercato. La concorrenza sleale, dunque, assolve ad un interesse generale, che in quanto tale non può essere limitato ai soli imprenditori concorrenti, ma anche ai *consumatori*, che non devono essere tratti in inganno dalle pratiche scorrette dei concorrenti sleali. Tuttavia, non possiamo dire che i consumatori sono *direttamente* tutelati dal Codice in questo tema: necessario e sufficiente perché un atto configuri concorrenza sleale è l'idoneità dello stesso a danneggiare **i concorrenti**, anche senza arrecare nessun danno ai consumatori, e anche causandogli vantaggio (*dumping*: vendita sottocosto per annientare un concorrente). Peraltro, legittimati a reagire contro gli atti di concorrenza sleale sono *solo* gli imprenditori, non il singolo consumatore. Ad ogni modo, seppur il Codice del '42, in questo tema, lasciò un piccolo vuoto normativo nella tutela del consumatore, oggi esistono specifiche norme contro la pubblicità ingannevole, nonché il d.lgs. 146/2007, altresì detto (e molto noto) *Codice del consumo*.

L'applicazione della disciplina della concorrenza sleale fa ricorso a due presupposti:

- La **qualità di imprenditore** del soggetto attivo e passivo (*parità di trattamento*). Invero, chi è leso nella propria attività d'impresa da un soggetto *non* imprenditore (e non concorrente) potrà ricorrere alla sola, più debole, disciplina dell'illecito civile, ottenendo eventualmente il solo risarcimento del danno subito. È poi certo che l'imprenditore risponde a titolo di concorrenza sleale anche per gli atti posti in essere da altri (art. 2598, comma 3, c.c., *concorrenza sleale indiretta*)
- L'esistenza di un rapporto di **concorrenza economica** fra i due. Nel valutare l'esistenza del rapporto di concorrenza, peraltro, si dovrà tenere conto della prevedibile *espansione territoriale* e del prevedibile *sviluppo merceologico* in prodotti complementari o affini dell'attività dell'imprenditore passivo (*concorrenza potenziale*). Così, saranno considerati concorrenti il produttore di acque minerali e il produttore di bibite. Inoltre, si ammette che sia applicabile la disciplina anche fra operatori che agiscono a livelli economici diversi (grossista e dettagliante, produttore e rivenditore, ...), cosicché l'attività incida sugli stessi consumatori (*concorrenza verticale*)

## Le fattispecie tipiche di concorrenza sleale

L'art. 2598 c.c. prevede che costituiscono atti di concorrenza sleale:

- A. Gli **atti di confusione**. È atto di concorrenza sleale ogni atto idoneo a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente. Ebbene, è lecito attrarre a sé l'altrui clientela, ma non con mezzi che traggono in inganno il pubblico sulla *provenienza* dei prodotti e sull'*identità* personale dell'imprenditore. Si ha **slealtà** perché si va a sfruttare il successo del concorrente, generando equivoci, e sviando la clientela altrui. Il legislatore prevede due pratiche di questo tipo:
- I. **Segni distintivi**: è atto di confusione l'uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con quelli *legittimamente* usati da altri imprenditori concorrenti. La confondibilità può attenersi ai segni distintivi tipici (ditta, marchio, insegna), e oltre alla disciplina della concorrenza sleale, il soggetto passivo potrà invocare anche quella dei segni distintivi. Se, però, la confondibilità attiene a segni distintivi *non* tipici (come un slogan), ci si può servire dei soli mezzi posti in essere dalla disciplina della concorrenza sleale. Requisito è comunque che entrambi siano usati **legittimamente**: ad esempio, il marchio privo di capacità distintiva, usato slealmente dal concorrente, non concreta atto di confusione.
  - II. **Imitazione servile**: si tratta della pedissequa *riproduzione* delle forme **esteriori** dei prodotti altrui, capace di indurre la clientela a pensare che i due prodotti provengano dalla stessa impresa. L'imitazione, però, deve riguardare elementi formali *non necessari e caratterizzanti*, che differenziano esteriormente un dato prodotto (es. copia esterna di una Ferrari Testarossa con un motore di pochi CV). Non si avrà, comunque, imitazione servile quando vengono imitate forme *standardizzate*.

Rientra poi nella categoria ogni *mezzo idoneo* a creare confusione con i prodotti o con l'attività di un concorrente (es. imitazione di mezzi pubblicitari, di cataloghi, dei locali, ecc.).

- B. Gli **atti di denigrazione e appropriazione di pregi altrui**: comune ad entrambe le fattispecie è la finalità di falsare gli elementi di valutazione comparativa del pubblico, spesso mediante la pubblicità. Con la **denigrazione** mette in cattiva luce il concorrente, ad esempio divulgando notizie false che lo possano screditare, o servendosi della cosiddetta *pubblicità iperbolica* (affermando, cioè, che il proprio prodotto è l'unico ad avere delle qualità o dei pregi non oggettivi). La **vanteria**, invece, incrementa artificiosamente il proprio prestigio, attribuendo ai propri prodotti qualità di altri (*pubblicità parassitaria*). Rientra, poi, nella categoria la *pubblicità per riferimento*, cioè si induce a far credere che i propri prodotti siano simili a quelli di altri, e la *pubblicità comparativa*, che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente, oppure i prodotti che offre, ma solo se dovesse essere ingannevole.
- C. **Ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda**: con il terzo comma si apre agli atti di concorrenza sleale che devono essere valutati dal giudice; in questa sede citiamo:
- *Pubblicità menzognera*: falsa attribuzione ai propri prodotti di qualità o pregi non appartenenti *ad alcun concorrente*
  - *Pratiche commerciali scorrette*
  - *Concorrenza parassitaria*: sistematica imitazione delle altrui iniziative imprenditoriali
  - *Boicottaggio*: rifiuto ingiustificato di un'impresa in posizione dominante di fornire i propri prodotti a determinati rivenditori, escludendoli dal mercato
  - *Dumping*: vedi sopra
  - *Storno di dipendenti*: operazione di raggio per sottrarre dipendenti chiave ad un concorrente
  - *Sottrazione di segreti commerciali*: divulgazione, acquisizione, utilizzazione di informazioni segrete dell'azienda concorrente

## Le sanzioni

Per reprimere l'atto di concorrenza sleale ci si serve dell'**inibitoria** (art. 2599 c.c.) e del **risarcimento del danno** (art. 2600 c.c.). Cominciando dall'*inibitoria*, con essa si pone fine alle turbe che subisce la propria attività. Con l'*azione inibitoria* si ottiene una sentenza che accerta l'illecito concorrenziale, e ne inibisce la continuazione per il futuro, nonché dispone i *provvedimenti reintegrativi* necessari per far cessare gli effetti di concorrenza sleale (rimozione e distruzione dei prodotti, imposizione di varianti, diffusione di annunci rettificativi, ecc.). L'azione inibitoria prescinde dal dolo o dalla colpa del soggetto attivo dell'atto di concorrenza sleale, e dall'esistenza di un danno patrimoniale attuale per la controparte. A questo punto, il concorrente leso può ottenere anche il *risarcimento dei danni*, con un certo vantaggio, perché la colpa del danneggiante **si presume** una volta accertato l'atto di concorrenza sleale. È possibile anche ottenere la pubblicazione della sentenza a spese del soccombente, per marchiarlo negativamente, come spesso accade.

L'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa dall'imprenditore o gli imprenditori lesi; legittimate sono anche le *associazioni di categoria*, così come la Camera di Commercio (art. 2601 c.c.).

## E noi consumatori?

Con attinenza al *Codice del consumo* e alla disciplina della concorrenza sleale, l'Italia si impegna oggi nella repressione di tutte le **pratiche commerciali scorrette fra imprese e consumatori**, interessandosi alla tutela del pubblico dei consumatori contro gli effetti distorsivi di pratiche commerciali illecite, affidandone il controllo amministrativo all'AGCM. *Pratica commerciale* è qualsiasi condotta posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita, o fornitura di un prodotto ai consumatori. Essa diviene **scorretta** quando non è conforme al grado di *diligenza* che il consumatore si attende sulla base dei principi di correttezza e buona fede, e quando è capace di *falsare* il comportamento del consumatore medio, inducendolo ad una decisione commerciale, che altrimenti non avrebbe preso.

Il *Codice del consumo* individua due categorie tipiche di pratiche commerciali scorrette:

- **Pratiche ingannevoli** (art. 21 cod. cons.): è *ingannevole* la pratica che contiene informazioni false o idonee a porre il consumatore in errore sugli elementi essenziali dell'operazione commerciale (prezzo, prodotto, qualifiche del professionista, ecc.), inducendolo a decisioni che altrimenti non avrebbe preso. È *ingannevole* anche la pratica che comporti confusione con i prodotti o i segni distintivi di un concorrente, oppure realizzata contro i codici di comportamento che il professionista ha dichiarato di rispettare. Ancora, è *ingannevole* la pratica che minaccia la sicurezza dei minori o induce il consumatore a condotta imprudente. Infine, è *ingannevole* l'omissione di informazioni determinanti per la scelta del consumatore
- **Pratiche aggressive** (art. 24 cod. cons.): è *aggressiva* la pratica che, con molestie o coercizione fisica e/o morale, riduce la libertà di scelta del consumatore, obbligandolo a prendere decisioni commerciali che altrimenti non avrebbe preso.

L'AGCM, d'ufficio o su istanza della parte, *inibisce* le pratiche commerciali illecite, ne elimina gli effetti, commina sanzioni pecuniarie, e può pubblicare la pronuncia, nonché dare luogo ad un'apposita dichiarazione rettificativa che interrompa gli effetti della pratica illecita. Nei casi meno gravi, l'AGCM si limita ad accordarsi con il professionista perché interrompa l'infrazione, mentre in casi di urgenza può anche sospendere la pratica commerciale. L'eventuale risarcimento del danno è, comunque, competenza del giudice ordinario.

È anche possibile ricorrere ai cosiddetti *Giuri di autodisciplina*, cioè, rivolgendosi ad organismi volontari e autonomi per ottenere l'inibitoria degli atti di **pubblicità ingannevole o comparativa**, astenendosi dall'adire l'AGCM. Dagli anni '60, infatti, i più importanti mezzi di pubblicità hanno dato vita ad un sistema di *autodisciplina*, che li impegna a non diffondere messaggi pubblicitari contrastanti le regole di comportamento fissate in un codice privato, *Codice di autodisciplina privata*, il cui organo giudicante è un organismo di giustizia privata con sede a Milano (il *Giuri*). Chiunque può promuovere l'azione dinnanzi al *Giuri*, le cui decisioni sono insindacabili. Il *Codice* privato e le decisioni del *Giuri*, tuttavia, sono vincolanti solo per i mezzi pubblicitari aderenti all'autodisciplina.

Autodisciplinarsi non può essere la soluzione, e infatti la legge prevede che la pubblicità debba essere *palese, veritiera e corretta*, nonché chiaramente riconoscibile come tale. Inoltre, sempre secondo la legge, è *ingannevole* qualunque pubblicità che in ogni modo, compresa la sua presentazione, induce o può indurre in errore le persone alle quali è rivolta, e che possa pregiudicare il loro comportamento economico, oppure ledere un concorrente. È severamente vietata, inoltre, ogni pubblicità *subliminale*, cioè, che muova l'inconscio. Come per le pratiche commerciali scorrette, si può essere aditi dall'AGCM, con analoghe sanzioni.

## LA PUBBLICITÀ COMMERCIALE

È giunta l'ora di dedicarsi allo *Statuto dell'imprenditore commerciale* (fatta eccezione per le procedure concorsuali, che non trattiamo). Si cominci, dunque, dal tema della **pubblicità commerciale**.

Coloro che operano sul mercato sentono la necessità di poter disporre di informazioni *veritiere* e *non contestabili* delle imprese con cui entrano in contatto. Invero, per le **imprese commerciali** (e oggi, anche per quelle *agricole*), così come per le *imprese societarie*, si è pensato ad un sistema di **pubblicità legale**. Si prevede, dunque, l'obbligo di rendere pubblici certi atti o fatti dell'impresa, rendendo accessibili tali informazioni (*pubblicità notizia*), e permettendo l'*opponibilità* a chiunque degli atti o dei fatti resi riconoscibili (*conoscibilità legale*).

Il **Registro delle Imprese** è lo strumento deputato alla *pubblicità legale* di cui sopra e, dopo essere presentato dal Codice del '42, sono stati molti i tentativi di razionalizzazione, oltremodo falliti. Nel 1993, però, si è raggiunto un punto di svolta con la **1.580/1993**, contenente norme di riordino delle Camere di Commercio. L'art. 8 della legge prevede l'istituzione del Registro delle Imprese, pienamente operante dal 1997, con la conseguente soppressione del *Busarl* e del *Busc*, cosicché anche le società di capitali e le società cooperative si iscrivono oggi nel Registro delle Imprese. L'attuale *Registro* non è più solo strumento di pubblicità legale delle imprese commerciali, ma anche strumento di *pubblicità notizia* per il piccolo imprenditore e per le società semplici (anche per l'imprenditore agricolo, che però è soggetto ormai pure a pubblicità legale). La tenuta del Registro delle Imprese è affidate alle **Camere di Commercio**, cessando così tale compito in capo alle cancellerie dei tribunali. Il *Registro* è pubblico, e oggi informatizzato per garantire completezza ed organicità della pubblicità, nonché tempestività delle informazioni su tutto il territorio nazionale.

## Il Registro delle Imprese

L'ufficio del Registro delle Imprese è istituito in ciascuna provincia presso le Camere di Commercio, retto da un *conservatore* nominato dalla Giunta. L'attività dell'ufficio è vigilata da un giudice delegato dal presidente del tribunale del capoluogo di provincia. Il *Registro* si compone di una sezione ordinaria e di diverse sezioni speciali.

Con riguardo alla **sezione ordinaria**, sono iscritti gli imprenditori che originariamente erano previsti dal Codice civile, non per forza coincidendo puntualmente con la categoria dell'imprenditore commerciale. Si tratta di:

- a) Imprenditori *commerciali* non piccoli (artt. 2195 e 2202 c.c.)
- b) Tutte le *società*, tranne la società semplice (art. 2200 c.c.)
- c) I *consorzi* fra imprenditori con attività esterna (art. 2162 c.c.)
- d) I *gruppi europei* di interesse economico con sede in Italia
- e) Gli *enti pubblici* che hanno per oggetto un'attività commerciale (art. 2201 c.c.)
- f) Le *società estere* con sede o attività principale in Italia
- g) Le *reti di imprese* dotate di soggettività giuridica

Invece, le **sezioni speciali** sono:

- i. Sezione speciale degli *imprenditori agricoli e dei piccoli imprenditori*: dal 1993, con funzione (originaria) di pubblicità notizia, si iscrivono in questa sezione gli imprenditori agricoli individuali, i piccoli imprenditori, le società semplici, e gli imprenditori artigiani (che, se non piccoli, si iscrivono anche nella sezione ordinaria).
- ii. Sezione speciale delle *società tra professionisti*: con funzione di pubblicità notizia, si iscrivono qui le società tra avvocati e le altre società tra professionisti.
- iii. Sezione speciale dei *soggetti che esercitano attività di direzione e coordinamento*
- iv. Sezione speciale delle *imprese sociali*
- v. Sezione speciale degli *atti di società di capitali in lingua straniera*: può essere utile pubblicare un atto per il quale è obbligatoria l'iscrizione o il deposito in lingua estera, facilitando, ad esempio, l'accesso a tali informazioni per un creditore straniero. Tale pubblicazione è facoltativa, e non sostituisce l'obbligo di pubblicazione dell'atto in lingua italiana.
- vi. Sezione speciale delle *start-up innovative e degli incubatori certificati*: è **start-up** la società di capitali o cooperativa costituita da non più di cinque anni, che ha ad oggetto lo sviluppo, la produzione, e la commercializzazione di prodotto o servizi innovativi. L'iscrizione in questa sezione è presupposto per accedere alla disciplina di favore delle *start-up*, e allo stesso scopo si iscrivono le società che sostengono la nascita di esse (**incubatori**).
- vii. Sezione speciale delle *PMI innovative*: si tratta di *piccole e medie imprese* che non presentano indici di propensione tecnologica equiparabili a quelli delle start-up, e che ricevono una disciplina meno vantaggiosa
- viii. Sezione delle *informazioni di trasparenza prevista dalla disciplina antiriciclaggio*, che si divide in:
  - o Sezione autonoma, in cui le persone giuridiche pubblicano il nominativo dei propri *titolari effettivi*, prevenendo l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e finanziamento del terrorismo
  - o Sezione speciale, che raccoglie le stesse informazioni, ma relative ai *trust* italiani

Le informazioni ivi contenute non sono sempre disponibili e pubbliche, perché è possibile che la Camera di Commercio riservi la consultazione ai privati che ne hanno interesse giuridico *rilevante*.

Capiamo ora quali sono gli **atti da registrare** (artt. 2196-2198 e 2200 c.c.), diversi a seconda della struttura soggettiva dell'impresa. Essi riguardano gli elementi di individuazione dell'impresa e dell'imprenditore, così come la struttura organizzativa delle società. Sono soggette a registrazione anche tutte le modifiche di tali atti, e non è consentita l'iscrizione di atti non previsti dalle legge (*principio di tipicità delle iscrizioni*).

Le *iscrizioni* devono essere fatte nel Registro delle Imprese della provincia in cui l'impresa ha sede, ed esso viene indicato negli atti e nella corrispondenza, agevolando le ricerche dei terzi (artt. 2199 e 2250 c.c.); essa è eseguita tramite *domanda* dell'interessato (art. 2189 c.c.), o *d'ufficio* se non ci provvede ad iscrizione obbligatoria (art. 2190 c.c.). Può essere disposta d'ufficio la **cancellazione** dell'impresa che ha cessato l'attività, se non lo fa già l'imprenditore. Comunque, prima di procedere ad iscrizione, l'ufficio del Registro deve **controllare** che il fatto o l'atto siano regolari, reali, e veri (*legalità formale*), e rimane controverso se esso debba anche verificarne la *validità* (*legalità sostanziale*), anche se, cioè, è espressamente non richiesto per gli atti notarili delle società per azioni.

L'**iscrizione** è eseguita senza indugio, entro dieci giorni dalla protocollazione della domanda, inserendo i dati nella memoria dell'elaboratore elettronico. Contro il provvedimento motivato di *rifiuto* dell'iscrizione, il richiedente può ricorrere entro otto giorni al *giudice del registro*, contro il quale si può ricorrere al tribunale.

L'inosservanza dell'obbligo di registrazione è punita con *sanzioni* amministrative pecuniarie (artt. 2194 e 2630 c.c.), e con *sanzioni indirette*, poiché non si attende un anno per l'eventuale apertura della liquidazione giudiziale.

Con attinenza agli *effetti* dell'iscrizione, questi dipendono da che sezione ci si stia riferendo. L'iscrizione nella **sezione ordinaria** ha sempre funzione di *pubblicità legale* e può anche avere:

- **Efficacia dichiarativa:** di regola, l'iscrizione ha semplicemente *efficacia dichiarativa*, cioè, rileva sul piano dell'opponibilità dell'atto o del fatto verso i terzi, dal momento della registrazione, cosicché i terzi non potranno eccepire l'ignoranza del fatto, e ogni prova al riguardo sarà inutile. L'*omissione* dell'iscrizione, invece, comporta un'efficacia **negativa**, perché impedisce che il fatto possa essere opposto ai terzi (ammenché si provi che i terzi erano a conoscenza dell'atto o del fatto).
- **Efficacia costitutiva:** in alcune ipotesi, *tassativamente previste*, è l'iscrizione ad essere presupposto perché l'atto sia produttivo di effetti, fra le parti e fra i terzi (*efficacia costitutiva totale*), o solo verso i terzi (*efficacia costitutiva parziale*). Esempio di efficacia costitutiva totale è l'iscrizione dell'atto costitutivo delle società di capitali, che prima della registrazione non esistono giuridicamente.
- **Efficacia normativa:** in altre ipotesi, l'iscrizione è presupposto per l'applicazione di un regime giuridico. Ad esempio, se la s.n.c. o la s.a.s. non si iscrivono, vengono ad esistenza, ma non hanno autonomia patrimoniale (*società irregolari*).

Per converso, l'iscrizione nelle sezioni speciali **non** produce alcuno degli effetti esposti, e ha solo funzione di *pubblicità notizia*. Con l'iscrizione in sezione speciale, quindi, si può prendere conoscenza dell'atto, ma non diviene esso opponibile ai terzi, dovendo provarne la conoscenza ogni volta. Come più volte si è asserito, la disciplina in esame è stata modificata per gli **imprenditori agricoli**, anche piccoli, e per le società semplici esercenti attività agricola; con il d.lgs. 228/2001, si è stabilito che per tali categorie di imprenditori l'iscrizione nella sezione speciale ha *anche* efficacia di **pubblicità legale**.

## LA RAPPRESENTANZA COMMERCIALE

È possibile che l'imprenditore si avvalga della collaborazioni di altri soggetti, stabilmente inseriti nella propria organizzazione attraverso un rapporto di lavoro subordinato (*ausiliari interni* o *subordinati*), oppure che collaborano in modo occasionale o stabile sulla base di rapporti contrattuali di vario tipo (mandato, spedizione, agenzia, ..., *ausiliari esterni* o *autonomi*). Il fenomeno della *rappresentanza* è regolato dagli artt. 1387 ss. c.c., ma si avvale di norme speciali quando si tratta di atti inerenti all'esercizio d'attività d'impresa posti in essere dalle tipiche figure di ausiliari interni (*institore, procuratore, commesso*), dando vita alla disciplina della **rappresentanza commerciale** (artt. 2203-2213 c.c.). Per gli ausiliari esterni, invece, si seguono le norme generali sulla rappresentanza, incentrate sul tema della *procura* (a cui non ci dedichiamo).

Institori, procuratori e commessi sono *automaticamente* investiti del potere di rappresentanza dell'imprenditore, che non si fonda sulla procura, ma costituisce *effetto naturale* della loro collocazione nell'impresa. La volontà del legislatore di evitare le problematiche che si hanno con la rappresentanza (scarsa tutela del terzo, *falsus procurator*, onere di verificare la rappresentanza in capo al terzo) si sposa col fatto che le norme sulla rappresentanza commerciale facilitano le contrattazioni di impresa: chi conclude affari con un ausiliario interno dovrà solo verificare se l'imprenditore ha modificato in seguito i suoi poteri naturali, null'altro.

### L'institore

È **institore** colui che è preposto dal titolare all'esercizio dell'impresa, o di una sede secondaria, o di un ramo particolare della stessa (art. 2203 c.c.). È il comunemente detto *direttore generale* dell'impresa, della filiale, o del settore.

L'*institore* è un lavoratore subordinato, con la qualifica di dirigente, e si trova al vertice della gerarchia del personale, in forza di un **atto di preposizione** dell'imprenditore; sarà vertice *assoluto* se preposto all'intera impresa (e quindi dipendente del solo imprenditore), oppure vertice *relativo* se preposto ad una filiale o ad un ramo dell'impresa (e quindi subordinato anche ad altro institore). Nulla vieta che ci siano più institori preposti contemporaneamente all'esercizio dell'impresa, che agiranno dunque *disgiuntamente*. Comunque, è importante che l'institore sia stato investito dall'imprenditore di un *potere di gestione generale*. **Congiuntamente all'imprenditore**, l'institore è tenuto ad adempiere agli obblighi di iscrizione nel Registro delle Imprese e di tenuta delle scritture contabili, così come può essere destinatario di sanzioni penali, seppur la liquidazione giudiziale attacchi esclusivamente l'imprenditore. Al *generale potere di gestione*, il legislatore fa corrispondere un altrettanto ampio e generale **potere di rappresentanza**:

- Rappresentanza **sostanziale**: anche in mancanza di espressa procura, l'institore può compiere in nome dell'imprenditore *tutti gli atti pertinenti all'esercizio d'impresa*, che pertengano dunque alle imprese di quel determinato tipo. Ovviamente, però, l'institore non può compiere atti estranei alla *gestione*; non può, quindi, cedere l'azienda, porla in affitto, cambiarne l'oggetto, e non può nemmeno alienare o ipotecare i beni immobili del proponente (salvo che l'oggetto dell'impresa sia proprio il commercio di immobili).
- Rappresentanza **processuale**: l'institore può stare in giudizio, sia come attore, che come convenuto, per le obbligazioni dipendenti da atti compiuti nell'esercizio dell'impresa a cui è preposto (art. 2204 c.c.); attenzione! Non solo per gli atti da lui compiuti, ma anche per quelli posti dall'imprenditore ("*impresa a cui è preposto*").

I poteri rappresentativi dell'institore possono essere serenamente ampliati o limitati dall'imprenditore, tanto all'atto di preposizione quanto dopo. Le limitazioni, tuttavia, divengono opponibili a terzi solo se la procura *institoria* originaria o il successivo atto di limitazione siano stati *pubblicati* nel Registro delle Imprese (art. 2206 c.c.). Se manca tale pubblicità

legale, la rappresentanza si reputa generale, ammenoché l'imprenditore provi che i terzi ne erano a conoscenza. Si è capito, dunque, che, anche se il legislatore parla spesso di "procura", questa non è affatto necessaria per far sì che l'istitutore acceda alla rappresentanza generale, e lo diviene, insieme alla pubblicità, solo se l'imprenditore voglia limitare i suoi poteri. Allo stesso modo funziona per la *revoca* (art. 2207 c.c.) dell'atto di preposizione (non chiamiamola procura), opponibile solo se pubblicata o provata come conosciuta.

L'art. 2208 c.c., infine, spiega che l'istitutore è *personalmente obbligato* se omette di far conoscere al terzo che tratta per il preponente. Inoltre, è personalmente obbligato *anche il preponente*, quando gli atti siano pertinenti all'esercizio dell'impresa cui è preposto. Il legislatore, quindi, prevede la massima tutela del terzo: se l'atto pertiene all'impresa, ma non è chiaro se l'istitutore ha agito per sé o per l'imprenditore, questi ultimi rispondono solidalmente.

## I procuratori

I **procuratori** sono coloro che, in base ad un rapporto continuativo, abbiano il potere di compiere per l'imprenditore gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, pur non essendo preposti ad esso (art. 2209 c.c.). Si tratta di ausiliari subordinati inferiori rispetto all'istitutore, poiché non posti a capo dell'impresa, o di un ramo, o di una sede, e con un potere decisionale *circoscritto* ad un determinato settore operativo. Si tratta, ad esempio, del dirigente del personale o del direttore del settore pubblicità (anche detti *funzionari*). Ai procuratori è estesa la disciplina della pubblicità e della revoca vista con l'istitutore. Quindi, in mancanza di specifiche limitazioni iscritte nel Registro delle Imprese, il procuratore ha potere generale di rappresentanza, ma solo rispetto ad una *specie di operazioni*. I procuratori, comunque, non hanno rappresentanza processuale, e non sono soggetti all'obbligo di iscrizione e tenuta delle scritture contabili. Infine, l'imprenditore non risponde degli atti posti in essere dal procuratore senza spendita del nome dell'imprenditore stesso.

## I commessi

I **commessi** sono ausiliari interni cui sono affidate mansioni *esecutive e materiali* che li pongono in contatto coi terzi, seguendo la definizione del linguaggio comune. Ai commessi è riconosciuto il potere di rappresentanza dell'imprenditore, molto più limitato però di quello di istitori e procuratori, poiché essi possono compiere atti che ordinariamente comporta la specie di operazioni cui sono incaricati (art. 2210 c.c.). Per l'appunto, i commessi non possono esigere il prezzo delle merci, né concedere dilazioni o sconti che non siano d'uso; non possono derogare alle condizioni generali di contratto poste dall'imprenditore, né esigere il prezzo fuori dei locali se preposti alla vendita nei locali d'impresa. L'imprenditore, naturalmente, può limitare o ampliare i poteri del commesso, ma non è previsto alcun sistema di pubblicità legale, e l'opponibilità verso i terzi richiederà la prova della loro conoscenza.

## LE SCRITTURE CONTABILI

La programmazione consapevole e razionale dell'attività d'impresa richiede una costante informazione ed un costante controllo sull'andamento degli affari. Tali informazioni e controlli sono facilitati da un ordinato sistema di *rilevazioni contabili*, che permettono di accertare la propria consistenza patrimoniale, nonché i costi sopportati e i ricavi realizzati, comprendendo se si conseguirà un *utile* o si subirà una *perdita*.

Le **scritture contabili** sono appunto i documenti che rappresentano, in termini quantitativi e/o monetari, i singoli atti dell'impresa, la situazione del patrimonio dell'imprenditore, e il risultato economico dell'attività. Esse contribuiscono a rendere razionale ed efficiente l'organizzazione e la gestione dell'impresa, al punto che sono spesso spontaneamente tenute da qualunque imprenditore. Il legislatore, però, all'art. 2214 c.c. eleva la tenuta delle scritture contabili ad **obbligo** per gli imprenditori che svolgono attività commerciale. Non vi è perfetta coincidenza, in realtà, fra i soggetti obbligati a tenere le scritture contabili e la categoria degli imprenditori commerciali. Infatti, dalla tenuta delle scritture contabili è **esonerato** il *piccolo imprenditore*, e quindi anche quelli che esercitano attività commerciale. Sono invece obbligate, seppur manchi una norma estensiva, le *società commerciali* (tutte tranne la società semplice), così come le imprese sociali, e gli enti pubblici che svolgono attività d'impresa in via secondaria, ma non gli enti del Terzo settore.

## Regolarità e controllo

Ma quali **scritture** devono essere *obbligatoriamente* tenute? Come osservato dai tecnici di contabilità, le scritture contabili necessarie possono variare a seconda del tipo di attività, delle dimensioni, e dell'articolazione territoriale dell'impresa. Il legislatore, ovviamente, non si è fatto trovare impreparato, e all'art. 2214 c.c. presenta il principio generale per cui l'imprenditore debba tenere tutte le scritture contabili che siano *richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa*. Ad ogni modo, è obbligatoria la tenuta di due libri contabili, *libro giornale* e *libro degli inventari*, e la corrispondenza dev'essere conservata (per dieci anni). Il **libro giornale** (art. 2216 c.c.) è un registro *cronologico-analitico*, in cui vengono indicate le operazioni relative all'esercizio dell'impresa nell'ordine in cui sono compiute. Il **libro degli inventari** (art. 2217 c.c.) è, invece, un registro *periodico-sistematico*, da redigere all'inizio dell'esercizio dell'impresa, e poi ogni anno, fornendo il quadro della situazione patrimoniale dell'imprenditore, cioè attività e passività,

anche *estranee all'impresa*. L'inventario si chiude con il **bilancio**, comprensivo dello *stato patrimoniale* e del *conto economico* (desunto dal libro giornale); si tratta di un prospetto contabile che riassume *con evidenza e verità* la situazione complessiva del patrimonio e gli utili conseguiti o le perdite sofferte. Nelle valutazioni di bilancio, l'imprenditore deve attenersi ai criteri della società per azioni.

Visto che, comunque, si è parlato di *tutte le scritture richieste*, la natura e le dimensioni dell'impresa potranno portare, ad esempio, alla stesura del *libro mastro*, del *libro cassa*, o del *libro magazzino*. Comunque, la scelta delle "altre scritture" è rimessa all'imprenditore, nei limiti segnati da norme tecniche e dalla prassi.

Per garantire la *veridicità* delle scritture contabili, impedendo che le stesse siano alterate, il legislatore ha pensato a regole *formali* e *sostanziali*, anche se quelle formali sono state nel tempo ridotte, al fine di agevolare la tenuta della contabilità con procedure informatiche. Poi, tutte le scritture contabili devono essere tenute *secondo le norme di un'ordinata contabilità* (art. 2219 c.c.), senza spazi in bianco, senza interlinee, senza abrasioni, ed in modo che anche le parole cancellate restino leggibili (*formalità intrinseche*).

Come accennato, è consentita la tenuta delle scritture contabili con sistemi informatici, richiedendo la firma digitale dell'imprenditore. L'inosservanza delle formalità indicate rende le scritture irregolari (e irrilevanti). Non è previsto, comunque, alcun controllo esterno, salvo per quanto consta le *società di revisione* per le s.p.a. (ne parleremo poi). Ugualmente, non sono previste sanzioni generali e dirette se si disattende l'obbligo di tenuta delle scritture contabili, se non quelle previste dalla legislazione tributaria. Comunque, l'imprenditore che non ha rispettato le regole di tenuta delle scritture contabili non può utilizzarle come mezzo di prova a suo favore, ed è assoggettato alle sanzioni penali per i reati di *banca rotta*.

### L'efficacia probatoria

Le *scritture contabili*, si è capito, sono destinate a rimanere nella sfera interna dell'imprenditore, e non sono quindi accessibili ai terzi, vista la tutela che ha l'interesse dell'imprenditore al **segreto**. Ci sono però delle eccezioni. Nelle società di capitali e nelle società cooperative, il bilancio dev'essere reso pubblico con deposito presso il Registro delle Imprese. Poi, nelle imprese soggette a controllo pubblico (società quotate in borsa, imprese bancarie, imprese assicurative, ...), il diritto al segreto non sussiste nei confronti dell'organo pubblico posto a vigilare su di esse.

Le scritture contabili, ad ogni modo, possono avere *rilevanza esterna*, sul piano processuale, potendo essere utilizzate come prova, sia a favore, che contro l'imprenditore. Siano o meno regolarmente tenute, i terzi se ne possono sempre servire come mezzo di prova contro l'imprenditore, senza però scinderne il contenuto, e quindi non solo nella parte favorevole al terzo (art. 2709 c.c.). Allora, l'imprenditore potrà provare con ogni mezzo che le sue scritture non rispondono a verità. Se, invece, è l'imprenditore a voler usare le sue scritture contabili contro i terzi, queste dovranno essere state tenute regolarmente, la controparte dovrà essere imprenditore, e la controversia dovrà attenersi a rapporti inerenti all'esercizio d'impresa. Comunque, sarà sempre il giudice a valutare il valore probatorio delle scritture contabili.

Per acquisire le *scritture* nel processo, il giudice può chiedere l'**esibizione** di singole scritture contabili, oppure di tutti i libri, ma solo per estrarne registrazioni concernenti la controversia. La **comunicazione** alla controparte di *tutte* le scritture può essere ordinata dal giudice solo in caso di scioglimento della società, comunione dei beni, e successione mortis causa

## I TITOLI DI CREDITO

I **titoli di credito** sono documenti destinati alla circolazione che attribuiscono il diritto ad una determinata prestazione, che può consistere nel pagamento in denaro (*es. cambiale, titoli di credito in senso stretto*), nel diritto alla riconsegna di merci depositate o viaggianti (*titoli di credito rappresentativi di merci*), o rappresentano una situazione giuridica complessa ed i relativi diritti (*es. azioni, titoli di partecipazione*). Alcuni, poi, vengono emessi ognuno per una distinta operazione economica (*titoli individuali*), mentre altri rappresentano frazioni di uguale valore nominale di un'unitaria operazione economica di finanziamento (*titoli di massa*). Peraltro, alcuni titoli di credito presuppongono un determinato rapporto giuridico per essere emessi (*titoli causali*), mentre altri ne ammettono varie esecuzioni (*titoli astratti*).

Si è già capito, quindi, che la famiglia dei titoli di credito è estremamente vasta, e il Codice civile detta una disciplina generale (artt. 1992-2027 c.c.) che non solo colma le lacune delle leggi speciali previste per alcuni titoli di credito (addirittura nella forma di *Regio Decreto*), ma fissa uno statuto generale anche per tutti i titoli di credito che la realtà economica continua a creare (*titoli atipici*).

I titoli di credito sono fondamentali in una realtà economica che si basa sul credito e sulla circolazione della ricchezza; con essi, invero, si semplifica e si velocizza la circolazione dei diritti di credito, evitando i rischi della ordinaria cessione del credito (artt. 1260 ss. c.c.). Ordunque, si scelgono per i titoli di credito le semplici e sicure regole previste per la circolazione dei **beni mobili**, elevando il documento (la *cartula* su cui i titoli sono scritti) ad equivalente materiale del diritto, con una geniale  *fictio juris*: si ritiene oggetto della circolazione il documento e non il diritto di credito, e nella realtà è l'opposto. Affermando che, nel titolo di credito, il diritto è **incorporato** nel documento, si ammette che:

- Chi acquista la *proprietà* del documento diviene **titolare** del diritto in esso menzionato, e lo diventa anche se acquista il titolo *a non domino*, purché sia in buona fede ed enti in possesso del titolo. È proprio questo il

principio dell'**autonomia in sede di circolazione**, fissato dall'art. 1994 c.c., che ricalca la celeberrima regola del *possesso vale titolo* (art. 1153 c.c.). Con tale principio si neutralizza il gravissimo rischio della cessione del credito, cioè, la situazione in cui chi cede il credito non ne è titolare, lasciando a bocca asciutta il cessionario. Così, il possessore in buona fede del titolo di credito acquista il relativo diritto, anche se lo acquista da chi non ne è titolare.

- Chi acquista un titolo di credito acquista un diritto determinato *esclusivamente* dal tenore letterale del documento, e che è *immune* alle eccezioni fondate sui rapporti fra debitore e precedenti possessori. Ecco i principi della **letteralità** e dell'**autonomia in sede di esercizio** (art. 1993 c.c.), con i quali si supera l'altro scoglio della cessione del credito, e cioè che il debitore ceduto opponga al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente. A chi acquista un titolo di credito sono opponibili solo determinate eccezioni, che vedremo.
- Chi ha conseguito il *possesso materiale*, è legittimato all'esercizio del diritto cartolare, potendo pretendere la prestazione dal debitore, senza dovere dimostrare l'acquisto della proprietà, e il debitore pagherà bene pagando al possessore qualificato del titolo, quandanche questi non ne sia titolare. Questa è la **funzione di legittimazione** del titolo di credito (art. 1992 c.c.), con cui si riducono le formalità richieste dalla disciplina della cessione del credito.
- I *vincoli* sul diritto menzionato in un titolo di credito (pegno, sequestro, pignoramento) devono essere effettuati sul titolo, e non hanno effetto se non risultano da esso (art. 1997 c.c.).

Ebbene, il titolo di credito è un documento necessario e sufficiente per la *costituzione*, la *circolazione* e l'*esercizio* del diritto *letterale ed autonomo* in esso incorporato.

### La creazione

La **creazione** ed il *rilascio* di un titolo di credito trovano giustificazione in un preesistente rapporto fra emittente e primo prenditore (**rapporto fondamentale**), nonché nell'accordo fra questi di fissare nel titolo di credito la prestazione dovuta (*convenzione esecutiva*). Il titolo di credito riproduce, allora, in forma semplificata e schematizzata l'obbligazione derivante dal rapporto fondamentale. Invece, la dichiarazione risultante dal titolo di credito costituisce il **rapporto cartolare**, ed il diritto dalla stessa riconosciuto al prenditore del titolo istituisce il *diritto cartolare* destinato a circolare. Se l'adempimento è richiesto dal primo prenditore, il debitore potrà ovviamente opporgli le eccezioni derivanti dal rapporto fondamentale, perché sono *a lui personali*. Per converso, se il titolo ha circolato, il debitore non può opporre quelle stesse eccezioni. È poi dibattuto se il rapporto cartolare si istituisca anche nel caso del primo prenditore (*teoria unitaria*), o se il rapporto cartolare sorga solo in seguito a circolazione del titolo (*teoria mista*); è, comunque, certo, che nei confronti del terzo acquirente l'emittente resta obbligato solo in base al rapporto cartolare.

La connessione che si instaura fra rapporto *fondamentale* e rapporto *cartolare* non è identica per tutti i titoli di credito e, invero, dicevamo che è possibile discernere fra **titoli astratti** e **titoli causali**. Un *titolo astratto* è quello che può essere emesso sulla base di un *qualsiasi rapporto fondamentale*, e che non contiene alcuna menzione dello stesso. Il contenuto del diritto cartolare, in un titolo astratto, è determinato solo dalla lettera del titolo, e ogni riferimento al rapporto sarebbe irrilevante. Così, chi ha emesso una cambiale si obbliga a pagare la somma indicata nel titolo (*letteralità completa*). Al contrario, un *titolo causale* è quello che può essere emesso solo in base ad un *determinato tipo di rapporto*. Il contenuto del diritto cartolare, in un titolo causale, è determinato non solo dalla lettera, ma anche dalla disciplina legale del rapporto obbligatorio richiamato nel documento. Così, le norme sulle obbligazioni emesse dalle società si applicano anche all'obbligazione che non le inserisce nella lettera (*letteralità incompleta*).

### La circolazione

Ciò che caratterizza i titoli di credito è che la *titolarità* del diritto cartolare (proprietario) e la *legittimazione* all'esercizio dello stesso (possessore) sono distinti. Ovviamente, la qualità di proprietario-titolare e quella di possessore-legittimato circolano congiuntamente, ma può accadere che vi sia una dissociazione delle due posizioni reali sul titolo.

È opportuno distinguere ora *circolazione regolare* e *irregolare*. Si ha **circolazione regolare** quando il titolo viene trasferito dal proprietario ad altri con un *valido negozio*. In una vendita, ad esempio, che è il rapporto fondamentale, si può convenire che il compratore pagherà mediante girata di assegno circolare a lui intestato. E questo esempio ci fa arrivare ad un quesito basilare in questo tema: in che momento il venditore diventa proprietario dell'assegno e del relativo diritto di credito? Per effetto dell'accordo o solo dopo la consegna dell'assegno con la girata? *Sufficit consensus* o serve la *traditio*? L'idea prevalente è che debba trovare applicazione il **principio consensualistico** espresso dall'art. 1376 c.c., e si deve, cioè, ritenere che (nella circolazione regolare) il solo consenso trasferisce la proprietà del titolo ed il conseguente acquisto della titolarità del diritto. Non mancano, però, opinioni dissenzienti, visto anche un intero blocco normativo (artt. 2002 c.c. ss. che induce alcuni a pensare che si tratti di contratti reali, che richiedono la *traditio* (non è di questa linea la giurisprudenza).

Con riguardo alla **circolazione irregolare**, tale si ha quando la circolazione del titolo non è sorretta da un valido negozio, come quando il titolo viene rubato; il ladro non diviene proprietario, e quindi nemmeno titolare, ma essendo possessore è legittimato a esercitare il diritto, e a far circolare ulteriormente il titolo. Chi ha perso il possesso, però, ha ovviamente diritto ad azione di rivendicazione, ma non verso il terzo contraente in buona fede (*acquisto a non domino*, art. 1994 c.c.), perché, se il titolo è circolato, il primo proprietario non può opporre nulla al terzo di buona fede (*autonomia in sede di circolazione*), e si limiterà a chiedere il risarcimento del danno a colui che gli ha sottratto il titolo.

### Titoli al portatore, all'ordine e nominativi

La legge di circolazione prevede che i titoli di credito si dividano in *titoli al portatore* (artt. 2003-2007 c.c.), *titoli all'ordine* (artt. 2008-2020) e *titoli nominativi* (artt. 2021-2027 c.c.). La tripartizione implica diverse forme per l'attribuzione della legittimazione cartolare; in tutti e tre la legittimazione presuppone il possesso, ma i titoli all'ordine e nominativi prevedono anche l'integrazione di specifiche indicazioni risultanti dal titolo. Per questo, i titoli al portatore sono detti a *legittimazione reale*, mentre gli altri a *legittimazione nominale*.

Sono **al portatore** i titoli di credito che recano la clausola "al portatore", anche se presentano un nome; per circolare, i *titoli al portatore* necessitano solo della **consegna** del titolo, e il possessore è legittimato all'esercizio del diritto grazie alla sola **presentazione** di esso (art. 2003 c.c.). L'emissione di titoli al portatore, contenenti l'obbligo di pagamento in danaro, è ammessa solo nei casi previsti dalla legge, essendo idonei a fungere dal surrogato della moneta. Per prevenire l'utilizzazione di titoli al portatore in operazioni di *riciclaggio*, il trasferimento di denaro tramite titoli al portatore di importo superiore a *mille euro* può essere posto in essere solo tramite banche, istituti di pagamento, e in generale intermediari abilitati. Per i titoli al portatore non è ammesso l'ammortamento, che vedremo.

I titoli **all'ordine** sono titoli intestati a persona determinata, che circolano mediante consegna del titolo accompagnato da **girata**; così, il possessore del titolo si legittima in base ad una *serie continua di girate* (art. 2008 c.c.). La *girata* è la dichiarazione scritta nel titolo (spesso sul retro) e sottoscritta, con la quale il *girante* (attuale possessore) ordina al debitore di adempiere verso un altro (*giratario*). La girata può essere *in pieno* (se contiene il nome del giratario; "per me pagate a ...", art. 2009 c.c.), oppure *in bianco* (se non contiene il nome del giratario, e chi riceve il titolo può riempire la girata col suo nome o di un altro, girare di nuovo il titolo, o trasmettere il titolo ad un altro senza riempire la girata, rendendo il titolo assimilabile ad un titolo al portatore). La girata non ammette condizioni, ed è nulla la girata parziale. La girata *trasferisce tutti i diritti inerenti al titolo* (art. 2011 c.c.). Se ci sono più girate, il possessore del titolo si legittima in base ad una *serie continua di girate*, di cui l'ultima a lui intestata. La girata non ha funzione di garanzia, quindi il girante non è responsabile verso i giratari per l'inadempimento dell'emittente debitore.

I titoli **nominativi** sono titoli intestati a persona determinata, che si caratterizzano per il fatto che l'intestazione deve risultare non solo dal titolo, ma anche da un apposito *registro* tenuto dall'emittente (*doppia intestazione*). Le azioni costituiscono la categoria più diffusa di titoli nominativi, anche se per esse valgono regole leggermente diverse dalla disciplina generale, che comunque prevede complesse procedure per il trasferimento, che richiede la cooperazione dell'emittente nel modificare il suo registro. Una prima procedura prevede il cambiamento contestuale delle due intestazioni, a cura e sotto la responsabilità dell'emittente (*trasnfert*). Sia l'alienante che l'acquirente possono chiedere il *trasnfert*, ma l'alienante deve esibire il titolo e provare la propria identità e la propria capacità, mediante certificazione di notaio o di agente di cambio, mentre l'acquirente deve esibire il titolo e dimostrare il suo diritto (cioè, l'acquisto del titolo, art. 2022 c.c.). Più snella procedura nel trasferimento *mediante girata*, in cui la doppia annotazione è eseguita da soggetti diversi in tempi diversi. La girata è fatta dall'alienante, mentre l'annotazione sul registro dell'emittente da quest'ultimo, e si rende necessaria solo quando l'acquirente vuole esercitare i relativi diritti. La girata, nei titoli nominativi, segue regole diverse rispetto a quella dei titoli all'ordine. Invero, la girata dev'essere datata, non può essere in bianco, e dev'essere autenticata da un notaio o da un agente di cambio (art. 2023 c.c.). Con la girata, il possessore diviene legittimato ad ottenere la legittimazione: può ottenere l'annotazione su registro dell'emittente, ma finché essa non avviene il trasferimento mediante girata *non ha effetti* verso di lui.

### Legittimazione ed eccezioni

L'art. 1992 c.c. prevede che il possessore di un titolo di credito ha diritto alla prestazione in esso indicata verso presentazione del titolo (*legittimazione attiva*), e il debitore è liberato anche se questi non è il titolare del diritto (*legittimazione passiva*). L'articolo non parla di buona fede del debitore, ma di assenza di dolo e colpa grave, e quindi la sua liberazione avviene anche quando è a conoscenza del difetto di titolarità, ma non ha mezzi di prova per contestarlo. Così, il debitore può rifiutare di pagare al titolare spossessato del titolo, evitando di dover pagare due volte.

Come si alludeva, l'art. 1993 c.c. elenca le eccezioni che il debitore cartolare può opporre al portatore del titolo. Tali eccezioni si distinguono in *eccezioni reali* (opponibili a qualunque portatore) e *eccezioni personali* (opponibili solo ad un determinato portatore). Sono **reali** le eccezioni di forma, quelle fondate sul contesto letterale del titolo, quelle legate alla falsità delle firma, quelle che lamentano difetti di capacità o rappresentanza, e quelle riferite alla mancanza di condizioni necessarie per l'esercizio dell'azione. Sono **personali**, invece, le eccezioni derivanti dal rapporto fondamentale o da altri

rapporti personali (*eccezioni personali fondate su rapporti personali*), e l'eccezione di difetto di titolarità (*eccezioni personali in senso stretto*). Le eccezioni in senso stretto, per evitare abusi, godono di un minor rigore: infatti, il legislatore ammette che esse possano essere opposte a portatori successivi, nel caso di possessori *in mala fede e colpa grave*, che conoscevano o dovevano conoscere il difetto di titolarità di un precedente possessore. Per estendere ad altri possessori le eccezioni personali fondate su rapporti personali, occorre che l'attuale possessore voglia *intenzionalmente* danneggiare il debitore, con dolo, ad esempio con un accordo fraudolento fra trasmettitore e ricettore del titolo, con l'intento di privare il debitore dell'eccezioni che avrebbe potuto opporre al primo.

### L'ammortamento

Per quanto abbiamo detto, la *perdita involontaria* del titolo dovrebbe precludere l'esercizio del diritto cartolare; il legislatore, però, non è così cattivo e, a favore di colui che perso il possesso del titolo (e quindi la legittimazione), sono apprestati rimedi che consentono di svincolare l'esercizio del diritto dal possesso del titolo. Per i titoli *all'ordine e nominativi* è previsto l'istituto dell'**ammortamento** (artt. 2016-2020 e 2027 c.c.), con il quale si può ottenere la dichiarazione giudiziale che il titolo originario *non è più strumento di legittimazione* (**decreto di ammortamento**). Chi ottiene l'ammortamento può allora esigere il pagamento su presentazione del decreto e può ottenere dall'emittente un duplicato del titolo perduto. L'ammortamento è ammesso solo in caso di smarrimento, sottrazione o distruzione del titolo, e si articola in due fasi. La prima, essenziale, è la **denuncia** al debitore della perdita del titolo, con il contestuale ricorso dell'ormai fu possessore al presidente del tribunale (per chiedere l'ammortamento) del luogo in cui il titolo è pagabile. Il ricorrente menziona allora i requisiti essenziali del titolo, e il presidente del tribunale, dopo le opportune verifiche, pronuncia con decreto l'ammortamento, con pubblicazione su Gazzetta Ufficiale e notifica al debitore. Solo con la *notifica* del decreto il debitore non è liberato, anche se paga al detentore del titolo, ma non può nemmeno pagare all'ammortante prima che trascorrono trenta giorni. In questi termini può avvenire la seconda fase, eventuale, che è quella dell'**opposizione** al decreto di ammortamento ad opera del terzo detentore, da proporsi dinnanzi allo stesso tribunale che ha pronunciato l'ammortamento, citando il ricorrente e il debitore. Per *opporci* bisogna aver prima depositato il titolo presso la cancelleria del tribunale. Si apre un giudizio di cognizione e, se l'opposizione è accolta, il decreto si revoca; se, invece, l'opposizione è respinta, il titolo si consegna al ricorrente.

L'ammortamento non è ammesso per i titoli *al portatore*, ma il possessore di esso che ne provi la distruzione ha diritto ad ottenere dall'emittente il rilascio di un duplicato. Nel caso di smarrimento o sottrazione, provando all'emittente quanto accaduto, si ha diritto alla prestazione, decorso il termine di prescrizione del titolo (evitando al debitore un doppio pagamento).

### Dematerializzazione e gestione accentrata dei titoli di massa

La circolazione dei titoli di credito si fonda sul trasferimento materiale del documento, che è un po' pericoloso; un titolo si può smarrire, può essere rubato. Inoltre, la rapidità di circolazione dei titoli di massa nominativi (azioni) è ostacolata dalle complesse formalità della duplice annotazione. Or dunque, il legislatore ha voluto rendere più sicuro il mercato, con meccanismi che consentono di ridurre il movimento materiale dei titoli. A tal fine risponde il *sistema di gestione accentrata* di strumenti finanziari rappresentati da titoli. L'attività di **gestione accentrata** di strumenti finanziari di emittenti privati è esercitata da società per azioni a statuto speciale, vigilate da Banca d'Italia e Consob, anche se l'unico sistema operante è quello della società *Monte Titoli*, che gestisce anche i titoli di stato (su disciplina del MEF). In questo modo, si consente di sostituire la circolazione documentale dei titoli con una circolazione **dematerializzata**, fondata su scritture contabili poste in essere dalla società di gestione.

Una vera e propria *dematerializzazione* dei titoli di massa è rappresentata dall'affidamento a sistemi elettronici di scritturazione delle funzioni giuridiche tradizionalmente assolte dal titolo di credito (d.lgs. 213/1998). Infatti, non possono essere più rappresentati da titoli gli strumenti finanziari (azioni, obbligazioni, ecc.) dei mercati regolamentati italiani, nonché quelli diffusi fra il pubblico in maniera rilevante (secondo il reg. BI-Consob), e nulla vieta di dematerializzare anche altri titoli.

## I MODELLI ORGANIZZATIVI

I **modelli organizzativi** delle imprese altro non sono che una struttura giuridica attraverso la quale l'impresa adotta delle regole organizzative tipiche del suo essere imprenditore.

La prima distinzione che viene fatta è tra *imprese individuali* e *imprese collettive*. Le imprese in Italia sono più di sei milioni, di cui più della metà sono *individuali*, cioè **imprese-persone fisiche**. Le altre, *collettive*, sono dette **imprese-non persone fisiche**. Il motivo per il quale le imprese individuali sono così tante sta nel fatto che è molto difficile separare il lavoro autonomo dall'impresa (probabilmente, nei 3.600.000 di imprese individuali ci sono moltissimi lavoratori autonomi).

Tra le imprese *collettive* la grande distinzione è fra imprese **private** (cioè, soggetti non persone fisiche, diversi dagli enti pubblici, quasi 3.000.000) e imprese **pubbliche** (enti pubblici, circa 3.000). Le imprese *private*, a loro volta, si dividono

in *enti di diritto privato* (enti che non hanno la vocazione principale di essere imprese, cioè, le associazioni, 26.000, e le fondazioni, 3.000, del Libro I) ed *enti di diritto dell'impresa* (enti creati apposta per essere imprese, come le società, 2.971.000, del Libro V). Ci dedichiamo agli enti del Libro V, che si distinguono, ancora, in **società** (oggi, 2.950.000) ed **enti non societari** (21.000).

Gli **enti non societari** sono:

- Il **consorzio** (20.000)
- Il **gruppo europeo di interesse economico** (G.E.I.E., 200)
- Le **reti d'impresa** (800)
- L'**associazione temporanea di imprese** (ATI, che, in realtà, non è un modello organizzativo d'impresa)

Invece, le **società** si dividono in:

- **Società lucrative**, che hanno come principale scopo la produzione di utili da distribuire ai propri soci in forma di dividendi, che sono 2.790.000. Le società *lucrative* si dividono, a loro volta, in **società di persone** (*società semplice*, oggi 90.000, *società in nome collettivo*, oggi 450.000, e *società in accomandita semplice*, oggi 450.000) e **società di capitali** (*società per azioni*, oggi 40.000, *società a responsabilità limitata*, 1.750.000, e *società in accomandita per azioni*, oggi 128). Con riferimento alle società per azioni, le *quotate* sono 400. Le società di capitali rappresentano una componente fondamentale e predominante del PIL italiano, specie attraverso le S.p.A., considerate paradigma delle società di capitali, nonostante le tante S.R.L., che sono una semplice derivazione concettuale.
- **Società mutualistiche**, che hanno come scopo l'erogazione di beni o servizi a prezzi vantaggiosi ai soci, e sono le *società cooperative* (150.000) e le *società consortili* (10.000, da non confondere con i consorzi).

## Il consorzio

Parlando di azienda, concorrenza, pubblicità, e scritture, abbiamo parlato di come deve *agire* l'impresa, ed è arrivato il momento di capire come deve *essere*. Prima, però, occorre parlare di *figure contrattuali* che sono, al contempo, imprese, e sono gli *enti non societari* (non le ATI).

Il **consorzio** è un contratto con cui più imprenditori istituiscono un'*organizzazione comune* per la disciplina o lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese (art. 2602 c.c.). È questa la disciplina molto generale del consorzio dopo la riforma del 1976 (l.377). Un *consorzio* può essere costituito al fine prevalente o esclusivo di disciplinare la reciproca concorrenza sul mercato fra imprenditori che svolgono la stessa attività (*consorzio anticoncorrenziale*), oppure, più imprenditori possono dar vita ad un consorzio per dare vita ad una cooperazione interaziendale, riducendo rischi e costi (*consorzio di coordinamento*). I primi, ovviamente, sollecitano controlli volti ad evitare che causino situazioni di monopolio (e al riguardo ci pensa l'Antitrust), mentre i secondi, che coadiuvano piccole medie e imprese, preservano la struttura concorrenziale e, difatti, il legislatore li guarda più positivamente. Ad ogni modo, i due condividono un'uniforme disciplina, tant'è che la distinzione fondamentale è quella fra consorzi *con attività interna* e *con attività esterna*. Invero, nei **consorzi con sola attività interna**, il compito del consorzio sta semplicemente nel regolare i rapporti fra i consorziati, e nel controllare il rispetto di quanto stabilito, e il consorzio non entra in contatto e non opera con i terzi; al contrario, nei **consorzi con attività esterna**, le parti prevedono l'istituzione di un *ufficio comune* (art. 2612 c.c.), che ha il compito di interagire con i terzi nell'interesse delle imprese consorziate. Questa distinzione, molto cara al legislatore, fa sì che gli artt. 2601-2611 c.c. siano dedicati alla *disciplina generale*, comune ad entrambe le tipologie, mentre gli artt. 2612-2615 *ter* sono diretti ai rapporti fra i consorzi e i terzi.

Cominciamo dalla disciplina generale. Il contratto di consorzio può essere concluso **solo fra imprenditori**; non sono richiesti altri requisiti, e quindi al consorzio può partecipare *qualsiasi* imprenditore. È richiesta la forma scritta *ad substantiam*, e nel contratto devono esserci specifiche indicazioni previste dall'art 2603 c.c. (oggetto del consorzio, obblighi assunti dai consorziati, ed eventuali contributi in danaro). Per sua natura, il consorzio è un *contratto di durata*, che può essere fissata dalle parti, ma, essendo ciò non necessario, nel silenzio il contratto ha validità **decennale** (nel caso di consorzio anticoncorrenziale, l'art. 2604 c.c. deroga al limite quinquennale del patto limitativo della concorrenza fissato dall'art. 2596 c.c.). Tendenzialmente, il consorzio è un contratto *aperto*, e non occorre che il subentro di un imprenditore sia accordato da tutti gli altri consorziati; ciò vale solamente, però, se nel contratto si predeterminano le condizioni di ammissione di nuovi consorziati, altrimenti (vista, anche qui, la non essenzialità di questo termine) il consorzio si presume chiuso, e l'accesso richiede il consenso di tutti i consorziati. L'art. 2610 c.c., poi, prevede che il **trasferimento dell'azienda** comporta l'automatico subentro dell'acquirente nel contratto di consorzio. Se, tuttavia, sussiste *giusta causa*, e il trasferimento è avvenuto *inter vivos*, i consorziati possono deliberare l'esclusione dell'acquirente entro un mese dalla notizia del trasferimento. Come tutti i contratti associativi, anche il consorzio prevede *recesso* ed *esclusione*. Le cause di recesso devono essere indicate nel contratto, e tipicamente si viene esclusi per inadempimento; però, anche i casi di recesso ed esclusione non sono elementi essenziali del contratto di consorzio, e se nulla è pattuito opera sempre la clausola dell'art. 2610 c.c.. Al consorziato *receduto* o *escluso* spetta la liquidazione della sua quota di partecipazione al fondo patrimoniale consortile. Infine, l'art. 2611 c.c. espone le cause di **scioglimento**

dell'intero consorzio, deliberabile con *giusta causa* a maggioranza dei consorziati, oppure, in mancanza della stessa, all'unanimità.

Per potersi parlare di consorzio dev'esserci **organizzazione comune**, con cui si porta a compimento il contratto e le decisioni relative. Allora, nei consorzi occorre determinare quali siano gli organi preposti a ciò, ma la disciplina non è molto dettagliata in questo tema. Ad ogni modo, ogni struttura organizzativa ha, di regola, un **assemblea**, cioè un organo con funzioni deliberative composto da tutti i consorziati, e un **organo direttivo**, con funzioni gestorie ed esecutive. Per quanto consta l'*assemblea* si prevede solo che le delibere relative all'oggetto del consorzio sono prese a maggioranza, mentre quelle di modificazione del contratto all'unanimità (art. 2606 e 2607 c.c.), ma è fatta salva la possibilità di disporre diversamente nel contratto. Le delibere adottate a maggioranza, poi, possono essere impugnate entro trenta giorni dinnanzi all'autorità giudiziaria. Niente si prevede per le regole procedurali dell'*assemblea*, anche se è chiaro che sia necessaria la convocazione, la riunione, la discussione, e la votazione. Con riguardo, invece, all'*organo direttivo*, le regole sono ancora meno, e l'art. 2605 c.c. prevede che il suo compito sia quello di controllare l'attività dei consorziati, accertando che adempiano alle obbligazioni assunte. Tutto il resto ricade nell'autonomia contrattuale. Ad ogni modo, la responsabilità verso i consorziati segue le regole del mandato (art. 2608 c.c.).

Concludiamo parlando dei **consorzi con attività esterna**. La disciplina speciale accorda l'esigenza di regolare i rapporti patrimoniali tra il consorzio ed i terzi, e fa sì che il consorzio con attività esterna sia considerabile impresa, e soggetto di diritto autonomo. Per questi è previsto un regime di *pubblicità legale*, poiché un estratto del contratto di consorzio dev'essere depositato presso il Registro delle Imprese, entro trenta giorni dalla stipulazione, così come tutte le modifiche. Al consorzio con attività esterna si applicano norme analoghe a quelle del bilancio d'esercizio per le S.p.A. (art. 2615**bis**), e l'organo direttivo trova una disciplina più chiara; infatti, il contratto deve specificare chi è il presidente, il direttore, e il rappresentante del consorzio, nonché quali poteri hanno, iscrivendo tutto nel *Registro*. Il consorzio (con attività esterna) può anche essere chiamato in giudizio nelle persone del presidente e del direttore (*rappresentanza processuale passiva*). L'art. 2614 c.c. prevede, poi, la formazione di un **fondo consortile**, costituito dai contributi iniziali e successivi dei consorziati, e dai beni acquistati con essi, divenendo un *patrimonio autonomo*, atto a garantire il soddisfacimento dei creditori *del consorzio* (e solo da questi è aggredibile, non i consorziati, salvo casi di recesso ed esclusione, e nemmeno i creditori particolari degli stessi). L'art. 2615 c.c., infine, distingue tra obbligazioni assunte **in nome del consorzio**, per le quali risponde esclusivamente il consorzio con il fondo consortile, e obbligazioni assunte dagli organi del consorzio **per conto dei singoli consorziati**, per le quali rispondono *solidalmente* sia il consorziato o i consorziati interessati che il fondo consortile (se il consorziato è insolvente, il debito si ripartisce fra tutti gli altri consorziati in proporzione della quota).

## Il G.E.I.E.

Il **Gruppo Europeo di Interesse Economico** (G.E.I.E.) è sempre un soggetto distinto dai sui membri, ed è sempre impresa. Si tratta di un ente che ha in seme la stessa natura del consorzio, ma le imprese consorziate sono imprese di diversi paesi dell'UE, e possono scegliere di avvalersi non già di un modello organizzativo di uno o dell'altro paese, ma di un modello organizzativo *transnazionale*, cioè, disciplinato dal diritto unionale, salva poi la facoltà dei singoli paesi dove il G.E.I.E. ha sede a disciplinare determinati dettagli.

## Le reti d'impres

Le reti d'impres hanno la stessa valenza del consorzio. Si tratta di un contratto associativo tra imprese, che serve *per fare rete*, per mettere in comune alcune fasi dell'impresa...è difficile trovare una natura diversa con quella del consorzio: spesso, infatti, il legislatore pone in essere istituti nuovi per far sì che si dia vita a realtà utili per il paese. Come il consorzio, le *Reti* possono non avere o avere *attività esterna*, e se la hanno sono soggetti giuridici autonomi dalle imprese della Rete, purché il contratto di Rete si iscriva nel Registro delle Imprese della località in cui la Rete ha sede.

## Le associazioni temporanee d'impresa

Le ATI non sono **mai** un autonomo soggetto giuridico, ma sono contratti di collaborazione, che hanno la natura del mandato con rappresentanza: quando esiste, ad esempio, un ente appaltante, questo può porre in essere un contratto d'appalto con un'impresa edile, ma può accadere che l'appalto necessiti anche di aspetti dell'elettricità, dell'idraulica, ecc.. Allora, visto che da sola l'impresa edile non è in grado di dare luogo alla costruzione, anziché dare vita ad una società, le diverse imprese specializzate fanno un'ATI, che non è un nuovo soggetto, ma un mandato con rappresentanza, conferito ad un'impresa capogruppo.

## Società consortili

Prima di parlare delle società, ci dedichiamo all'art. 2615**ter** c.c.: le società *commerciali* (tutte tranne la società semplice) e le società *cooperative* possono assumere come oggetto sociale gli scopi indicati nell'art. 2602 c.c., quelli del consorzio. Invece di presentarsi con l'etichetta di consorzio, si può assumere la struttura di una società, avvalendosi delle regole organizzative della società prescelta, dando vita a *s.p.a., s.r.l., s.a.p.a., s.n.c e s.a.s. consortili*.

## LA SOCIETÀ

Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili; così recita l'**art. 2247 c.c.**, dando la nozione di **contratto di società**, e fino al 1993 di società in generale, fino a quando, cioè, non si dava la possibilità di dare vita a società unipersonali (l's.r.l. nel 1993 e la s.p.a. nel 2003). Sia pure con qualche eccezione, le società sono enti associativi a base contrattuale, inquadrabili nell'ampia categoria dei contratti associativi, diversi dai contratti di scambio perché:

- Nei *contratti associativi*, le prestazioni di ciascuna parte possono essere di diversa natura e ammontare, mancando il presupposto di corrispettività, ed essendo finalizzate alla realizzazione di uno *scopo comune*, trovando corrispettivo nella partecipazione ai risultati dell'attività comune.
- Il contratto associativo è potenzialmente *plurilaterale* e *aperto*, e il numero di parti può variare liberamente.
- Il contratto associativo, e il contratto di società specialmente, è un *contratto di organizzazione di una futura attività*, che non esaurisce la sua funzione con l'esecuzione delle prestazioni, ma fissa delle basi organizzative. Fra le parti, dunque, nascono situazioni *strumentali*, e non finali.

Peraltro, la diversità con i contratti di scambio fa sì che nullità, annullabilità, risoluzione che colpiscono il vincolo di una parte non si estendono all'intero contratto. Qualificando la società come contratto, si estende ad essa la disciplina generale fin dove è compatibile, anche se è doveroso anticipare che le deroghe sono moltissime.

### I conferimenti

Dalla nozione di società si è capito che esse sono enti associativi che si caratterizzano per la presenza di tre elementi: i *conferimenti dei soci*, l'*esercizio in comune di un'attività economica (scopo-mezzo)*, e lo *scopo di divisione degli utili (scopo-fine)*. Analizziamoli uno ad uno.

I **conferimenti** sono le prestazioni cui le parti del contratto di società si obbligano, e costituiscono i contributi dei soci alla formazione del *patrimonio* iniziale della società, dotandola di un *capitale di rischio* iniziale. Col *conferimento*, il socio destina **stabilmente** parte della sua ricchezza personale all'attività comune, esponendosi al rischio d'impresa (non guadagnando niente se non vi è utile, anche perdendo tutto o quasi se vi è perdita). Se è vero che tutti i soci devono partecipare al *rischio d'impresa*, è anche vero che il conferimento può differire nella natura e nell'ammontare (si può conferire denaro, beni mobili, immobili, materiali, immateriali, prestazioni di lavoro, ecc.), e basta che il conferimento sia entità suscettibile di valutazione economica (l'art. 2247 c.c. parla genericamente di *beni o servizi*). Il principio generale espresso dall'art. 2247 c.c. troverà piena applicazione solo nelle società di persone e nelle s.r.l., quando ad esempio, nelle s.p.a., è fatto divieto di conferire prestazioni d'opera o di servizi (e capiremo più avanti perché).

Come ogni patrimonio, anche il **patrimonio sociale** è il complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi della società; inizialmente, questi si compone dei conferimenti, e subisce poi variazioni continue qualitative e quantitative. La consistenza del patrimonio, cioè, le attività e le passività, si accertano con la redazione annuale del bilancio, e il *patrimonio netto* è la differenza positiva delle due. L'*attivo* patrimoniale fa da garanzia principale (se per le obbligazioni sociali rispondono anche i soci) o essenziale (se il tipo di società prevede l'esclusiva risposta della società col suo patrimonio) dei creditori della società. Da non confondersi col patrimonio, è il **capitale sociale (nominale)**, che è un'entità numerica che esprime il valore in denaro dei conferimenti, quale risulta dalla valutazioni compiute nell'atto costitutivo della società. Esso rimane immutato nel corso della vita della società, finché non viene aumentato o ridotto con modifica dell'atto costitutivo. Si tratta di un *valore storico*, che assolve però due funzioni fondamentali:

- **Funzione vincolistica:** rappresentando l'ammontare dei conferimenti, e quindi delle attività patrimoniali che i soci si sono impegnati a non distrarre dall'attività d'impresa, il capitale sociale non può essere ripartito liberamente tra i soci, che possono ripartirsi solo la parte del patrimonio netto che supera l'ammontare del capitale sociale. La funzione *vincolistica* del capitale sociale si risolve per i creditori in un margine di garanzia patrimoniale supplementare, potendosi soddisfare su un valore almeno pari all'ammontare del capitale sociale.
- **Funzione organizzativa:** in tutte le società, il capitale sociale è termine di riferimento per accertare periodicamente se la società ha conseguito utile o perdite. Se si hanno attività per 600, passività per 300, e capitale sociale di 100, l'utile è pari a 200 (600-(300+100)), distribuibile tra i soci. Se le passività divengono 600, la perdita è di 100, e nulla è distribuito tra i soci. Peraltro, il capitale sociale funge da base di misurazione di alcune situazioni soggettive dei soci (diritto di voto, diritto agli utili, diritto alla quota di liquidazione), dipendenti in *misura proporzionale* dalla parte del capitale sociale sottoscritto.

### L'esercizio in comune di attività economica

L'**esercizio in comune di attività economica** è lo *scopo-mezzo* del contratto di società, e l'**oggetto sociale** è la specifica attività economica predeterminata nell'atto costitutivo (eventualmente modificabile). In tutte le società, l'oggetto sociale è attività economica o, meglio, attività *produttiva condotta con metodo economico*, finalizzata alla produzione o lo scambio di beni o servizi: è, cioè, *attività d'impresa*. È poi essenziale che l'attività produttiva sia esercitata *in comune*, sia, cioè, preordinata alla realizzazione di un risultato unitario e comune, giuridicamente imputabile al gruppo, di modo

che tutti i soci siano partecipi del risultato positivo o negativo di tale attività. Così, non è società quella fra due soggetti che acquistano un camion e lo usano a turno: è il *modo* di svolgimento dell'attività a qualificarla come *comune*, e non basta che l'attività si svolga nell'interesse comune, ma serve anche che i singoli atti siano prodotti secondo modalità che ne consentano l'imputazione al gruppo, agendo in nome e per conto della società tutta. Proprio questo ci farà comprendere, tra poco, la netta distinzione con l'associazione in partecipazione.

### Società e impresa: sì e no

L'attività delle società può avere tutti i caratteri propri dell'attività d'impresa, e la società sarà titolare di un'impresa collettiva, ma le società possono anche esercitare attività produttive *non imprenditoriali*? Esiste **società senza impresa**? L'art. 2247 c.c., effettivamente, non parla della *professionalità* (requisito fondamentale dell'attività d'impresa), dando vita alla figura controversa delle *società occasionali*, che certo ricevono la disciplina delle società, ma non dell'impresa. A dire il vero, si tratta di un tema parecchio marginale, ma non vuol dire che il tema della società senza impresa lo sia. Invero, l'attività dei professionisti intellettuali è attività economica, legalmente esclusa dal rango dell'attività d'impresa. Una società tra professionisti è allora qualificabile come società senza impresa? Si tratta di un tema per anni dibattuto e normato, il cui iter culmina con la l.183/2011, la quale contiene la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo modelli societari regolati nel Libro V del Codice civile. Ferma restando la libertà di mantenere in vita o costituire nuove *associazioni professionali* (i cosiddetti studi professionali), i professionisti che intendono esercitare in comune la loro professione protetta possono oggi optare per lo strumento giuridico della società. Peraltro, alla società possono partecipare anche soci non professionisti, purché i soci professionisti rappresentino la maggioranza dei due terzi delle deliberazioni o decisioni dei soci.

### Lo scopo-fine

L'ultimo elemento caratterizzante le società è lo scopo perseguito dalle parti, cioè, lo *scopo-fine*. L'art. 2247 c.c. cita solo lo scopo di divisione degli utili, che non è l'unico. Sicuramente, comunque, una società può svolgere attività d'impresa allo scopo di conseguire utili (*lucro oggettivo*), per poi essere trasmessi sotto forma di dividendo ai soci (*lucro soggettivo*). Sappiamo, però, che una società cooperativa ha uno *scopo mutualistico*, vuole, cioè, destinare ai soci beni, servizi, occasioni di lavoro *a condizioni vantaggiose*. Anche qui, però, ricorre l'idea dell'operare con metodo economico, al fine di realizzare uno *scopo economico* dei soci. Come si è visto, poi, una società può dare vita ad uno *scopo consortile*, ma anche la società consortile opera con metodo economico e per la realizzazione di uno scopo economico dei soci. Indubbiamente, possiamo distinguere fra società lucrative, mutualistiche, e consortili, ma su una cosa non c'è dubbio: le società operano con metodo economico per realizzare un risultato economico *a favore esclusivo* dei soci, sono un fenomeno *egoistico*, mosso dal desiderio di destinare ai suoi membri i variabili benefici patrimoniali.

È possibile, allora, distinguere le società dalle associazioni del Libro I del Codice civile, sia per l'*attività* (che nelle società è positivamente individuata, e dev'essere produttiva ed economica, esercitata con metodo lucrativo o quanto meno economico), sia per lo *scopo-fine* (che nelle società è estraneo all'istituzionale devoluzione ai terzi). Un gruppo associativo, quindi, è da qualificare come associazione quando svolge attività produttiva con metodo non economico, e gli utili conseguiti sono istituzionalmente devoluti a scopi altruistici. In breve, la linea di demarcazione tra i due fenomeni risiede nell'*autodestinazione* ai membri del gruppo (scopo lucrativo) o nell'*eterodestinazione* (scopo ideale). Ma questo vale anche al contrario? Cioè, non è da considerarsi società quella che non consegue scopo lucrativo? Il modello e la disciplina delle società sono sicuramente più vantaggiosi di quelli dell'associazione, ma sono considerate legittime solo le società "anomale" previste dalla legge. È allora possibile parlare di tramonto dello scopo lucrativo? Ebbene, forse no, perché nonostante esistano vari esempi di questa prassi (società sportive, impresa sociale, ecc.) si tratta pur sempre di eccezioni. D'altro canto, nulla vieta che si persegua *anche* lo scopo ideale oltre allo scopo lucrativo, come nelle *società benefit* che, oltre allo scopo lucrativo o mutualistico, perseguono una o più finalità di *beneficio comune*.

### Differenze fra società e figure affini

- **Associazione in partecipazione:** con il contratto di *associazione in partecipazione*, l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto (art. 2549 c.c.). Concettualmente, la distinzione è chiarissima: mentre nella società abbiamo conferimenti da parte di più soggetti, qui abbiamo un soggetto che ha già un'azienda che svolge attività d'impresa, che prende soldi da un altro soggetto, l'associato, in cambio di partecipare agli utili. In termini di risultato non c'è nessuna differenza, ma nell'*associazione in partecipazione* non c'è nessun conferimento, e quindi anche la costituzione di un patrimonio terzo rispetto alle parti.
- **Conorzio:** la diversità è netta, poiché il consorzio può svolgere attività esclusivamente interna, e manca anche l'*esercizio in comune* di un'attività economica.

- **Comunione di godimento:** si tratta della *comunione* costituita o mantenuta al solo scopo di godimento di una o più cose (art. 2248 c.c.). Qui, manca lo svolgimento dell'attività d'impresa, perché si ha un mero godimento di beni, anche se questi danno dei frutti.
- **Fondo comune di investimento:** un *fondo comune d'investimento* è un istituto che nasce nel campo degli investimenti; quando si hanno dei risparmi, per cercare di farli fruttare, si può decidere di comperare titoli di stato, azioni, obbligazioni, ecc. Negli anni '60 e '70 sono arrivati in Italia questi *patrimoni* (i fondi di cui stiamo parlando), creati attraverso degli apporti fatti dai sottoscrittori, normalmente in denaro, che vengono dati ad un gestore (banca o società di gestione del risparmio), che tiene questo danaro in un fondo comune, separato dal proprio patrimonio, e che serve per fare investimenti secondo una determinata politica. Questo fondo non dà luogo alla creazione né di un soggetto né di una struttura organizzativa autonoma e diversa rispetto a quella del gestore, e non può considerarsi società mancando l'esercizio dell'attività in comune, poiché è svolta esclusivamente dal gestore.
- **Impresa coniugale:** esiste un tipo particolare di *comunione d'impresa* (cioè, quell'impresa collettiva senza autonomia patrimoniale), istituito con la riforma del diritto di famiglia del 1975. Formano oggetto della comunione legale fra coniugi le aziende gestite da entrambi e costituite dopo il matrimonio. È questa l'*impresa coniugale*, e nulla vieta ai coniugi di costituire una società per l'esercizio di tale impresa collettiva. Attenzione però, perché i creditori d'impresa potranno soddisfarsi su tutti i beni della comunione, anche se estranei all'azienda. Insomma, manca un patrimonio proprio, ed è per cui illegittimo parlare di società.

### I tipi di società

L'attività delle società, come ogni gruppo associativo, solleva delle problematiche, specie in merito all'ordinamento interno della società e ai rapporti con i terzi. Nei *rapporti interni*, occorre capire come si forma la volontà del gruppo, sia nella gestione che nelle modifiche delle basi organizzative societarie. Poi, vanno definite le modalità di partecipazione del singolo socio alla formazione della volontà sociale (*diritti amministrativi*), nonché ai risultati dell'attività (*diritti patrimoniali*). Nei *rapporti esterni*, invece, andrà stabilito chi e con quali modalità rappresenta la società, nonché il funzionamento della responsabilità patrimoniale per le obbligazioni sociali. Non esistono risposte univoche; il legislatore fornisce otto tipologie di società, che possono distinguersi mediante diverse classificazioni. In primis, è possibile distinguere le società *lucrative* dalle società *mutualistiche* (cooperative e mutue assicuratrici). Ancora, la società semplice non può esercitare attività commerciale, e non è soggetta a pubblicità legale (salvo che eserciti attività agricola), mentre tutte le altre possono svolgere attività commerciale e non, ma sono sempre soggette ad iscrizione nel Registro delle Imprese. Altra distinzione è quella fra società dotate di personalità giuridica e non; hanno personalità giuridica le *società di capitali* e le *società cooperative*, ma ne sono prive le *società di persone*. Nelle società di capitali, è prevista un'organizzazione di tipo **corporativo**, basata sulla necessaria presenza di una pluralità di organi, le cui funzioni sono fissate per legge, e il loro funzionamento segue il *principio di maggioranza*, calcolato in attinenza alla partecipazione di ciascun socio al capitale sociale, non per teste. Poi, il singolo socio non ha potere diretto di amministrazione e controllo, e il peso di ciascun socio dipende da un criterio capitalistico, rendendo la partecipazione sociale liberamente trasferibile. Invece, nelle società di persone, non è prevista alcuna organizzazione di tipo corporativo, e ogni socio ha responsabilità **illimitata**, potendo amministrare la società, e richiedendo il consenso di *tutti i soci* per modificare l'atto costitutivo, nonché per cedere la propria partecipazione (vista la rilevanza dell'*intuitus personae*). In ultimo, è possibile distinguere fra società nelle quali per le obbligazioni sociali rispondono sia il patrimonio sociale sia i singoli soci personalmente ed illimitatamente (s.n.c. e s.s.), società (come la s.a.s. e la s.a.p.a.) in cui coesistono soci a responsabilità illimitata (*accomandatari*) e soci a responsabilità limitata (*accomandanti*), e società, infine, in cui per le obbligazioni sociali risponde solo la società col suo patrimonio (s.p.a., s.r.l., s.c.).

### Autonomia privata sì, ma fino a un certo punto

Chi costituisce una società può liberamente scegliere fra gli otto tipi di società previsti se l'attività non è commerciale (tutti, tranne la società semplice, se lo è). Alcune tipologie d'impresa (*bancaria, assicurativa, ...*) sono escluse deliberatamente dalle società di persone; ad ogni modo, la scelta di un tipo non è condizione essenziale per la validità di una società. L'art. 2249 c.c. stabilisce che, in caso di attività non commerciale, nel silenzio, si applica la disciplina della società semplice, e, in caso di attività commerciale, quella della società in nome collettivo: s.s. e s.n.c. formano quindi i *regimi residuali* dell'attività societaria. Peraltro, è possibile dare luogo a **clausole atipiche**, cioè assetti organizzativi della società parzialmente diversi da quelli offerti dal Codice civile; ovviamente, si tratta di una concessione di autonomia che ha discreti effetti nelle società di persone, ma, ad esempio, nelle s.p.a. risulta impossibile immaginare situazioni senza amministratori o sindaci. Invero, la clausola atipica non dev'essere incompatibile con la disciplina della società prescelta e, se lo è, essa è sanzionata come nulla. Dalla clausola atipica va tenuto distinto il *patto parasociale*, che è un accordo stipulato fra i soci *al di fuori dell'atto costitutivo*, che vincolano i soci presenti e non quelli futuri e, anche se consistono

in conferimenti societari, non intaccano in nessun modo l'integrità della società (una clausola atipica nulla, invece, comporta necessariamente un riallineamento alle regole del diritto).

Per converso, è inammissibile qualsivoglia **società atipica**, perché gli otto tipi di società costituiscono un numero chiuso, volendo assicurare la certezza dei traffici giuridici.

## Organizzazione

La società è un contratto, ma è anche una forma di *organizzazione* di una futura attività economica: dall'atto di autonomia privata (*società-contratto*) sfocia un'organizzazione di persone e di mezzi, che mirano ad attuare il contratto di società (*società-organizzazione*). Infatti, con la stipula del contratto di società, le parti contraenti divengono membri della nuova struttura organizzativa: divengono **soci**, titolari di situazioni soggettive particolari, attive e passive (diritto di voto, rappresentanza, amministrazione, utili, perdite, liquidazione, ecc.), che altro non sono che i **diritti sociali**. Il fatto che ogni socio goda di un determinato diritto non significa che l'interesse individuale sia superiore, ma nemmeno da bistrattare: l'interesse dell'individuo si subordina all'interesse comune del gruppo. Ciò significa che il sacrificio della posizione individuale deve sempre trovare fondamento nell'esigenza di una migliore realizzazione del risultato finale di comune interesse. È legittimo, quindi, il sacrificio dell'interesse *attuale* del socio in nome dell'interesse *finale* di tutti (e quindi anche del socio), ma non è legittimo il sacrificio del singolo socio a semplice vantaggio degli altri.

## S.S. E S.N.C.

La **società semplice**, la **società in nome collettivo**, e la **società in accomandita semplice** forgiarono la categoria delle *società di persone*.

La *società semplice* (artt. 2251-2290 c.c.) può esercitare solo attività **non** commerciale, e rappresenta il regime residuale di tale attività societaria, trovando applicazione se non risulta che le parti abbiano voluto servirsi di un altro tipo. La *società in nome collettivo* (artt. 2291-2312 c.c.) può esercitare sia attività commerciale che non, e rappresenta il regime residuale dell'attività commerciale societaria, trovando applicazione se non risulta che le parti abbiano voluto servirsi di altri tipi. Nella **s.n.c.**, tutti i soci rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali, e non è ammesso patto contrario. La *società in accomandita semplice* (artt. 2313-2324 c.c.) si caratterizza per la presenza di **soci accomandatari**, che rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali, e **soci accomandanti**, che rispondono limitatamente alla quota conferita. Ad ogni modo, la società semplice possiede una disciplina del tutto applicabile alle altre due, rappresentando il *prototipo normativo* delle società di persone (per quanto sia utilizzata molto poco). Avvicinandogli la disciplina della società in nome collettivo possiamo dare vita ad uno *statuto generale* delle società di persone, e tratteremo la **s.a.s.** separatamente. L'art. 2293 c.c. afferma che la società in nome collettivo è regolata residualmente dalle norme dettate dalla società semplice: seppur nella trattazione si osserverà maggiormente la più diffusa s.n.c., le norme della società semplice saranno fondamentali.

## L'atto costitutivo

L'art. 2295 c.c. parla dell'**atto costitutivo** della s.n.c.. La società in nome collettivo dev'essere costituita mediante stipulazione di un atto costitutivo, con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, iscritto nel Registro delle Imprese. Se manca l'iscrizione nel *Registro*, l's.n.c. diviene *irregolare*, e comporta l'applicazione delle sole norme della società semplice (*pubblicità normativa*). La disciplina della società di persone supplisce ad un vuoto di determinazione da parte dei soci nell'atto costitutivo: i soci che hanno l'amministrazione e la rappresentanza della società devono essere indicati nell'atto costitutivo, ma sappiamo che esistono norme del Codice che consentono di individuare chi siano i soci titolari del potere di amministrazione o di rappresentanza. Stesso discorso vale per i criteri di suddivisione degli utili, o per i conferimenti di ciascun socio. L'art. 2295 c.c. è quindi una norma *indicativa*, poiché il Codice consente di supplire ad un eventuale deficit insito all'atto costitutivo.

L'art. 2251 c.c. prevede che il contratto sociale non sia soggetto a forme speciali (*forma libera*), salvo quelle previste dalla natura dei beni conferiti (es. l'art. 1350 c.c. prevede l'atto pubblico per l'acquisto della proprietà di beni immobili, o per la locazione ultranovennale). La società potrebbe anche istituirsi per *fatta concludentia*, dando vita ad una **società di fatto** (ma necessariamente irregolare, vista la mancanza di un atto costitutivo iscritto).

L'art. 2252 c.c. si dedica alle **modificazioni del contratto sociale** che, nelle società di persone, richiedono l'unanimità dei consensi; ciò vale sia per le modificazioni *oggettive* al documento, sia per le modificazioni *soggettive* (cessione della propria quota).

## Partecipazione e invalidità

La partecipazione ad una società di persone richiede la *capacità d'agire*, ed è da considerarsi atto di straordinaria amministrazione. Le regole sono analoghe a quelle espresse in tema di capacità e impresa (art. 2294 c.c.).

È del tutto possibile che partecipane di una società di persone sia un'altra società. Per le società di capitali, tale partecipazione dev'essere deliberata dall'assemblea (escludendo la partecipazione per fatti concludenti) e gli amministratori dovranno specificarlo nella *nota integrativa* del bilancio. Se tutti i soci illimitatamente responsabili sono società di capitali, il bilancio segue le regole dettate in tema di s.p.a.. Ugualmente, non c'è alcuna norma che vieta la partecipazione di società di persone ad altre società di persone.

Il Codice non detta norme specifiche per il tema dell'**invalidità** del contratto sociale, e valgono le cause di nullità e di annullabilità della disciplina generale dei contratti (artt. 1418 e 1425 ss. c.c.). Va però distinto fra cause di invalidità che colpiscono l'*intero contratto di società*, e cause che colpiscono la *singola partecipazione*. Come in tutti i contratti associativi, l'invalidità della singola partecipazione determina quella dell'intero contratto solo quando tale partecipazione è *essenziale*, altrimenti, il contratto continua ad avere effetti per gli altri soci. Quanto all'invalidità dell'intera società, se questa non ha ancora dato inizio all'attività, non sussistono particolari problemi, e la sentenza di nullità opera *ex tunc*. Invece, se la società è già operante, la nullità sarà causa di scioglimento della società (che vedremo).

## I conferimenti

L'art. 2253 c.c. si dedica, poi, ai **conferimenti**, che possono essere di vario tipo (denaro, conferimento d'azienda, conferimento di proprietà, ecc.); l'obbligazione di conferimento sorge per la semplice partecipazione del socio alla società, e nessun problema sussiste se la materia del conferimento è analiticamente disciplinata nell'atto costitutivo. Nel caso, invece, di lacune, ci risponde il Codice. L'art. 2253, c.1, c.c. prevede che il socio sia obbligato ad eseguire i conferimenti individuati nel contratto sociale; poi, se i conferimenti non sono determinati nel contratto sociale, si presume che i soci siano obbligati a conferire in parti uguali fra loro quanto necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale. Se non è stabilito diversamente, i conferimenti devono essere fatti in denaro, ma per quanto consta la determinazione quantitativa del conferimento si scontrano due tesi. Si potrebbe pensare che i soci debbano fornire a titolo di conferimento via via quanto si rende necessario per lo svolgimento dell'attività d'impresa della società (quindi il conferimento si determina nel tempo). Tale tesi viene respinta da quella oggi prevalente: il socio non può essere obbligato a delle prestazioni continue nel tempo, ma si determina quella che è la necessità derivante dall'oggetto sociale a priori. Dopodiché, questa *necessità di partenza* si divide fra i soci.

Invece, può essere che il contratto specifichi sia il tipo di conferimento, che il conferimento di ogni socio: il primo tipo di conferimento è quello del trasferimento della **proprietà**. La società diviene proprietaria di un bene oggetto del conferimento, sulla base dell'idea per la quale la società abbia soggettività giuridica e autonomia patrimoniale (si è già parlato del *patrimonio* della società). Il *conferimento in proprietà* di beni può essere un conferimento che realizza immediatamente l'effetto traslativo oppure no: impegnandosi a conferire alla società in proprietà beni esattamente individuati non sussistono problemi particolari; diverso discorso è quando un socio si impegna a titolo di conferimento a corrispondere alla società beni non ancora specificati (finché non avviene la *specificazione*, l'effetto traslativo non si realizza). C'è, allora, da porsi il problema del rischio di perimento del bene: nel primo caso, il perimento della cosa grava su chi ne è proprietario, mentre, nel secondo, il rischio del perimento grava sul socio conferente (comportando un *inadempimento*). Le norme sulle garanzie e sul passaggio dei rischi sono quelle dettate in materia di compravendita. Per quanto riguarda il conferimento *in godimento*, il socio non realizza un effetto traslativo, e il rischio del perimento della res grava solo sul socio (comportando, ancora, un'inadempienza).

L'art. 2255 c.c. parla del **conferimento di crediti**: un socio può cedere un credito alla società a titolo di conferimento, comportando una problematica attinente all'adempimento del debitore ceduto. Il socio risponde dell'insolvenza del debitore ceduto nei limiti indicati dall'art. 1267 c.c. per il caso di "assunzione convenzionale della garanzia": il socio *garantisce* la solvenza, ma solo nei limiti del valore assegnato al suo conferimento.

È possibile conferire *servizi* nelle società di persone: con il **conferimento di servizi** (o *d'opera*), l'attività del socio (*socio d'opera*) diviene oggetto del conferimento; non si tratta di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo, ma è un rapporto societario, in cui il conferimento è una prestazione d'opera. È possibile che, ad esempio, per un infortunio, il conferimento non sia più esercitabile, e si ricadrà nell'inadempimento. Si discute se il valore dell'opera che il socio si impegna a conferire sia *capitalizzabile*, e se in caso di scioglimento l'opera debba essere restituita (e si tratta di un'opinione molto diffusa).

## Partecipazione agli utili e alle perdite

Ciascun socio ha diritto a partecipare agli **utili** (art. 2262 ss. c.c.) risultanti dal bilancio sociale approvato. Se, a bilancio, risultano utili, il socio ha *automaticamente* un diritto di credito verso la società. Il diritto soggettivo di credito, quindi, sorge **immediatamente**, senza dover deliberare la distribuzione degli utili (come nelle società di capitali). Quando si realizza una plusvalenza del patrimonio netto rispetto al capitale si ha la realizzazione degli utili.

Le parti spettanti ai soci nei *guadagni* e nelle *perdite* sono liberamente determinabili dai soci, anche in misura non proporzionale al valore della quota posseduta. C'è però un limite: l'art. 2265 c.c. vieta il **patto leonino**, cioè, si impedisce che il singolo socio sia escluso in radice da ogni partecipazione agli utili o alle perdite, ed è nulla tale clausola. Una

clausola che integra un patto leonino potrebbe essere quella in cui si fissa un livello altissimo di utile per permettere ad un socio di parteciparvi. Si ritiene che il patto leonino si ricollegli alla funzione lucrativa delle società (se le società hanno come caratteristica lo scopo di lucro, è evidente che sarebbe contrastante escludere un socio radicalmente). Fermo questo limite di carattere generale, se nulla è detto, le parti spettanti a soci nei guadagni e nelle perdite si presumono *proporzionali ai conferimenti* (art. 2263 c.c.). Se il valore dei conferimenti non risulta dal contratto, i conferimenti si presumono uguali. Se è determinata solo la parte di ciascuno dei guadagni, si presume che nella stessa misura debba determinarsi la partecipazione alle perdite. È infine disposto che la parte spettante al socio d'opera, se non determinata dal contratto, è fissata dal giudice secondo equità.

Mentre la quota di partecipazione agli utili assume rilevanza al momento in cui si approva il bilancio, la partecipazione alle perdite non rileva in sede di applicazione del bilancio: il singolo socio non può essere obbligato a prestazioni ulteriori nel corso della vita della società, e nemmeno quindi essere costretto a partecipare alle perdite. Le perdite incidono direttamente sul valore della singola partecipazione, riducendola proporzionalmente, cosicché, in sede di liquidazione, il socio si vedrà rimborsare una somma inferiore al valore originario del capitale conferito. Prima dello *scioglimento*, quindi, le perdite hanno un rilievo indiretto, e impediscono la distribuzione degli utili successivamente conseguiti, fin quando il capitale non sia stato reintegrato o ridotto in misura corrispondente.

### Responsabilità dei soci e della società

Nella s.s. e nella s.n.c., delle obbligazioni sociali risponde la società col proprio patrimonio (art. 2267 c.c.). Il patrimonio sociale, quindi, è la garanzia primaria di quanti concedono credito alla società. Primaria, non esclusiva, perché per le obbligazioni sociali rispondono *personalmente ed illimitatamente* anche i singoli soci. Nella società semplice, però, la responsabilità personale di tutti i soci è parzialmente derogabile: l'art. 2267 c.c. prevede, infatti, che delle obbligazioni sociali rispondono tutti i soci che *hanno agito in nome e per conto* della società e, **salvo patto contrario**, anche gli altri soci. Con apposito patto, quindi, è possibile escludere alcuni soci dalla responsabilità, ma il patto è opponibile ai terzi solo se portato a loro conoscenza con mezzi idonei. Nella società in nome collettivo, invece, la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci è **inderogabile**, e il patto contrario non ha effetto verso i terzi (art. 2291 c.c.). In entrambe le società, poi, la responsabilità per le obbligazioni sociali è estesa anche ai nuovi soci (art. 2269 c.c.). Lo scioglimento del rapporto sociale parziale (morte, recesso, esclusione) e la cessione della quota non fanno venir meno la responsabilità dell'*ex socio* per le obbligazioni sociali anteriori al verificarsi di tali eventi (art. 2290 c.c.). Il socio uscente non è responsabile per le obbligazioni sorte successivamente allo scioglimento del rapporto sociale, ma solo se porta ciò a conoscenza con mezzi idonei; certo, questo vale solo per le società semplici e le s.n.c. *irregolari*, perché l'art. 2300 c.c. prevede che, nella società in nome collettivo regolare, l'opponibilità ai terzi delle cause di scioglimento del rapporto sociale è soggetta al regime di pubblicità legale delle modificazioni dell'atto costitutivo.

Nella s.s. e nella s.n.c., i creditori sociali hanno più patrimoni su cui soddisfarsi: quello sociale e quelli dei singoli soci. La responsabilità della società e la responsabilità dei soci, tuttavia, non è sullo stesso piano. I soci sono responsabili in solito fra loro, ma solo in via *sussidiaria*, poiché godono del **beneficio di escussione** del patrimonio sociale. I creditori sociali, quindi, sono tenuti a tentare di soddisfarsi prima sul patrimonio della società, e poi eventualmente aggredire quello dei soci. Nella società semplice, il creditore sociale può rivolgersi direttamente a socio, e sarà questi a dover invocare la preventiva escussione del patrimonio sociale, indicando su quali beni il creditore possa agevolmente soddisfarsi (art. 2268 c.c.). Nella s.n.c., invece, il beneficio di escussione opera **automaticamente**: anche se la società è in liquidazione, i creditori sociali non possono pretendere il pagamento dai singoli soci se non *dopo* l'escussione del patrimonio sociale (art. 2304 c.c.). Tale è condizione per poter esercitare l'azione contro il singolo socio; non basta che il creditore abbia chiesto il pagamento alla società, ma deve aver esperito l'azione esecutiva sul patrimonio sociale infruttuosamente. Non è sempre necessario, però, ricorrere all'autorità giudiziaria, quando dimostri in qualunque modo che la società non ha beni aggredibili. Arrivati, però, al punto che i soci devono pagare, il creditore sociale potrà chiedere a ciascuno di essi il pagamento del proprio credito, anche integrale (essendo obbligati *solidalmente*). Il socio che ha pagato, allora, avrà *azione di regresso* verso gli altri, in misura delle quote di partecipazione **alle perdite** (che si presume uguale a quella agli utili, ma può essere distinta).

Il patrimonio della società è insensibile alle obbligazioni personali dei soci, ed intangibile dai loro creditori, che non possono, in alcun modo, aggredire direttamente il patrimonio sociale. Se il creditore è anche debitore della società, non può compensare il suo debito con il credito che vanta (art. 2271 c.c.), perché andrebbe ad attaccare il patrimonio sociale. Il creditore, però, non è del tutto lasciato a sé stesso poiché può far valere i suoi diritti sugli utili spettanti al socio debitore, e compiere atti conservativi della quota allo stesso spettante (*es. sequestro conservativo*). Nella società semplice, il creditore particolare può chiedere la **liquidazione della quota**, provando però che i beni del debitore siano insufficienti a soddisfarlo (art. 2270 c.c.). La richiesta è causa di esclusione, e la società sarà tenuta a versare una somma di denaro, che rappresenta la quota del socio debitore, al creditore. Per la società in nome collettivo, invece, il creditore particolare non può chiedere la liquidazione *finché dura* la società (art. 2305 c.c.). Se i soci dovessero prorogare la durata, e la proroga è

espressa (iscritta nel *Registro*), il creditore ha tre mesi per opporsi giudizialmente; se la proroga, invece, è tacita, si applica la disciplina dell'art. 2270 c.c..

Si diceva, che il patto contrario al principio responsabilità patrimoniale solidale (art. 2291 c.c.) non ha effetto *fra i terzi*, ma ne ha fra i soci: se nell'atto costitutivo si dispone che un socio non ha responsabilità per le obbligazioni, il creditore potrà comunque attaccarlo, avendo diritto ad agire in regresso per recuperare l'intero ammontare eventualmente pagato.

### Lo svolgimento dell'attività sociale

L'art. 2257 c.c. e l'art. 2258 c.c. concernono la disciplina dell'attività sociale, cioè la **gestione** della società. Si tratta di norme che delincono, descrivono, e fissano la centralità del socio nella vita sociale. Si afferma che, salvo diverse pattuizioni, l'**amministrazione** della società spetta a ciascuno dei soci *disgiuntamente* dagli altri: se nulla è detto, la società è amministrata da ciascun socio, adottando le decisioni inerenti all'attività sociale. L'atto costitutivo può stabilire che i *soci amministratori* siano solo alcuni, ma ciò deve risultare. *Disgiuntamente* vuol dire che ciascuno dei soci **autonomamente** può decidere le operazioni d'impresa della società (assunzioni, acquisti, ecc.), senza consultare gli altri soci. Il legislatore, in tal modo, vuole privilegiare la rapidità della decisione imprenditoriale, rispetto ad un'esigenza di ponderazione; il motivo è che la società di persone è un modello societario concepito dal legislatore per attività d'impresa di piccole dimensioni, sia sul piano oggettivo dell'attività, sia sul piano soggettivo dell'ampiezza della compagine sociale. Una realtà imprenditoriale ridotta, per il legislatore, suggerisce la scelta di favorire la rapidità delle decisioni, in un contesto caratterizzato dal fatto che il legame fra i soci è molto stretto. Le società di persone si ritiene, infatti, derivino dalle antiche *compagnie medievali*, ove i partecipanti dividevano anche la vita quotidiana (*affectio societatis*). A dire il vero, si prevede anche che rispetto alle operazioni gestorie che un altro socio amministratore intenda compiere, gli altri soci possono **opporvi** (prima, ovviamente, che l'operazione sia compiuta). In questo caso, entra in gioco la collettività dei soci, che risolve il contrasto decidendo a maggioranza, calcolata secondo la quota di partecipazione agli utili. Tale maggioranza decide sull'opposizione, e non sull'operazione (anche se l'opposizione è rigettata, il socio non è obbligato a dare luogo all'operazione).

L'amministrazione *disgiuntiva* non può essere del tutto priva di ponderazione, e si stabilisce allora che, a livello di atto costitutivo, si possa prevedere un'**amministrazione congiuntiva** (art. 2258 c.c.). Se i soci si accordano per tale tipo di amministrazione, ma nulla hanno determinato sulle modalità di svolgimento di essa, l'amministrazione congiuntiva è all'*unanimità* (se tutti i soci non sono d'accordo, può esservi una paralisi dell'attività societaria). Per singoli atti, però, può essere prevista l'amministrazione congiuntiva *a maggioranza*, calcolata secondo la quota di partecipazione agli utili. All'art. 2252 c.c. si è parlato dell'unanimità dei consensi (*per teste*) necessaria per le modifiche al contratto sociale; qui, la maggioranza si calcola *per quote d'interesse*. Il motivo di tale distinzione è ravvisato da una motivazione di carattere sistematico: nella disciplina delle società di persone, le questioni che attengono alla **struttura** della società richiedono il voto per testa (e, infatti, anche l'esclusione si vota così); quando, invece, sono in gioco questioni di carattere **patrimoniale**, il voto è per quote d'interesse, visto il coinvolgimento del solo interesse patrimoniale.

Comunque, anche se c'è un'amministrazione congiuntiva, a maggioranza o all'unanimità, il singolo amministratore può svolgere l'atto di gestione se vi è forte esigenza di evitare un danno alla società.

Or dunque, la *gestione* è il potere di decidere le operazioni sociali, con riguardo alle operazioni *interne*, cioè, di dare vita all'*amministrazione interna*. Diversa è l'amministrazione *esterna*, cioè, la **rappresentanza**, che riguarda il potere di agire all'*esterno* in nome della società, compiendo atti giuridici con effetti in capo alla società (art. 2266 c.c.). La società agisce all'esterno attraverso i suoi *rappresentanti legali*. La rappresentanza è il potere di dare luogo ad un atto giuridico i cui effetti si producono nella sfera di un altro soggetto: qui, il rappresentante della società manifesta la sua volontà con i terzi, ma essa produce effetti nella sfera della società. Quindi, quando si acquista un macchinario, l'amministrazione attiene alla decisione di comprarlo, mentre la rappresentanza è il compimento dell'atto di compravendita. In mancanza di diversa disposizione del contratto, la rappresentanza spetta a *ciascun* amministratore. Quindi, il potere di rappresentanza si struttura in maniera analoga a quello di amministrazione: se l'amministrazione è disgiuntiva, lo è anche la rappresentanza (*firma disgiunta*), se è congiuntiva all'unanimità, i contratti devono essere sottoscritti da tutti (*firma congiunta*), ecc.. Tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale possono essere compiuti in nome della società da ciascun socio con il potere di rappresentanza. A livello di atto costitutivo è possibile prevedere diverse regolamentazioni del potere di gestione e del potere di rappresentanza. La rappresentanza, ad esempio, può essere lasciata solo ad alcuni soci amministratori (*dissociazione soggettiva*), oppure si potrebbe stabilire la firma congiunta anche con un'amministrazione disgiunta. Qualsivoglia limitazione al potere di rappresentanza deve risultare nel Registro delle Imprese per quanto riguarda le s.n.c. (art. 2298 c.c.), a meno che si provi che i terzi ne erano a conoscenza, mentre, per le s.s., l'opponibilità ai terzi dipende dall'utilizzo di mezzi idonei per la loro conoscibilità. Solo attraverso i rappresentanti la società diviene parte di obbligazioni, e se il rappresentante dovesse stipulare un contratto con oggetto estraneo a quello sociale, la società potrà eccepire ciò al terzo.

## Soci amministratori e non

Che ogni socio illimitatamente responsabile sia investito del potere di amministrazione ha carattere del tutto dispositivo. L'atto costitutivo può riservare l'amministrazione solo ad *alcuni* soci, distinguendo quindi fra *soci amministratori* e *soci non amministratori*. I soci amministratori possono essere nominati mediante atto costitutivo, o anche con *atto separato*, e tale distinzione ha rilievo nel tema della *revoca* della facoltà d'amministrare (2259 c.c.). La revoca dell'amministratore nominato nel contratto sociale implica la modifica di quest'ultimo, deliberata all'*unanimità*, e solo per giusta causa (potendo adire l'autorità giudiziaria se questa non sussiste). Invece, l'amministratore nominato per atto separato è revocabile *secondo le norme del mandato*, senza bisogno della giusta causa. Ogni socio, comunque, può chiedere la revoca per giusta causa *in ogni caso*. Nell'ambito delle società di persone, vi sono due regole fondamentali secondo le quali si declina il potere di decisione dei soci, rappresentate dalle modifiche dell'atto costitutivo (*all'unanimità*, salvo patto contrario), e dalle decisioni patrimoniali adottate a maggioranza per quote d'interesse. Anche la revoca degli amministratori subisce questo discorso (e resta dibattuto), e anche il tema del bilancio (da approvare a maggioranza per quote d'interesse). *Si tenga a mente* che amministratore e socio sono due cose diverse, *distinte e autonome*, e, quindi, l'amministratore revocato conserva la sua qualità di socio.

È chiaro, comunque, che il rapporto derivante dall'amministrazione sia un rapporto *sui generis*, che prende spunto dal mandato, ma non ne è assimilabile.

Con attinenza ai **diritti** e agli **obblighi** degli amministratori, l'art. 2260 c.c. rimanda alle norme sul mandato, anche se i poteri dell'amministratore sono certamente più ampi di quelli del mandatario o dell'istitutore. Invero, l'amministratore può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale, senza limiti attinenti all'*ordinaria amministrazione*, o all'alienazione di beni immobili (come per l'istitutore, art. 2207 c.c.). L'unico limite incontrato è quello del divieto di modificazione del contratto sociale e atti relativi. Numerosi sono poi i **doveri**: nelle s.n.c., l'amministratore deve redigere il bilancio, tenere le scritture contabili (art. 2302 c.c.), provvedere agli adempimenti pubblicitari (artt. 2296 e 2301 c.c.), nonché rilevare e rispondere alle crisi. Sono a lui dirette, poi, specifiche sanzioni penali. Gli amministratori sono poi solidalmente *responsabili* verso la società (art. 2260 c.c.), con l'obbligo di risarcire i danni arrecatigli (a meno che dimostrino di non avere *colpa*). *L'azione di responsabilità*, volta a reintegrare il patrimonio sociale danneggiato dal comportamento illecito degli amministratori, si prescrive in cinque anni (art. 2949 c.c.), e può essere esercitata (secondo la giurisprudenza) dai soci che hanno la rappresentanza legale, cioè dai soli soci amministratori. Il legislatore non ne parla, ma si ritiene che gli amministratori siano responsabili anche verso i singoli soci, per i danni ad essi arrecati in via diretta e immediata (rinviando alla disciplina della società per azione).

Ai soci *non amministratori*, l'art. 2261 c.c. concede ampi poteri di **informazione e controllo**; il socio non amministratore, invero, ha diritto ad avere notizie dello svolgimento degli affari sociali, a consultare i documenti relativi all'amministrazione (contabilità, contratti, corrispondenza, ecc.), e ad ottenere il *rendiconto* degli affari sociali al compimento o ogni anno (nelle s.s.).

Nelle società in nome collettivo, il **bilancio d'esercizio**, cioè, il documento composto da stato patrimoniale e conto economico, debba essere redatto secondo gli stessi criteri e principi che vedremo nelle società per azioni. Elemento importante è quello concernente l'*approvazione* del bilancio: il progetto di bilancio è predisposto dagli amministratori, ma l'approvazione segue il criterio per il quale le decisioni con impatto patrimoniale deve seguire la maggioranza per quote d'interesse.

Nella società in nome collettivo (ma non nella società semplice), **tutti** i soci (amministratori e non) non possono esercitare *per conto proprio o altrui* un'attività **concorrente**, e non possono partecipare come soci *illimitatamente* responsabili ad altre società concorrenti. Non è vietato, comunque, partecipare a società non in concorrenza, o comune in concorrenza ma responsabilità *limitata*. La violazione del divieto espone il socio al risarcimento dei danni nei confronti della società, e legittima gli altri soci a richiederne l'*esclusione*. Il divieto non è però assoluto, perché può essere rimosso dagli altri soci, e si presume il consenso quando la situazione concorrenziale preesisteva.

## Scioglimento del singolo rapporto sociale

Il *singolo* socio può cessare di far parte della società per *morte, recesso, o esclusione*. L'idea di base è quella di conservare l'ente societario, perché il venir meno di uno o più soci non determina lo scioglimento della società, ma solo la necessità di definire i rapporti patrimoniali fra i soci superstiti e l'uscente, con la **liquidazione della quota**. Addirittura, quest'idea conservativa vale se il socio rimane da solo, avendo sei mesi per trovare altri che si associano (art. 2272 c.c.). Peraltro, derogando alla disciplina generale dei contratti associativi, l'essenzialità della partecipazione venuta meno viene valutata dai soci superstiti.

Cominciamo dalla **morte**. *Ex lege*, la morte del socio produce lo *scioglimento del rapporto* fra il *de cuius* e la società, e i soci superstiti sono obbligati a liquidare la sua quota agli eredi entro sei mesi (artt. 2284 e 2289 c.c.). Ci sono però delle alternative; in primis, i soci superstiti possono decidere lo **scioglimento anticipato della società**, e quindi gli eredi non avranno diritto alla liquidazione della quota, ma dovranno attendere la conclusione delle operazioni di liquidazione della società, per partecipare con i superstiti alla divisione dell'attivo che residua. Oppure, i soci possono decidere di *continuare*

la società con gli eredi, decidendo all'*unanimità*, stante il consenso (anche con fatti concludenti) degli eredi. È possibile (seppur sia dibattuto) poi che si inseriscano particolari clausole, quali:

- **Clausola di consolidazione:** agli eredi viene liquidato il valore della quota, che viene però senz'altro acquisita dagli altri soci.
- **Clausola di continuazione:** si ha in via preventiva il consenso al trasferimento della quota *mortis causa*, senza liquidazione o scioglimento anticipato. Le alternative sono, però, tre:
  - a. *Continuazione facoltativa:* gli eredi possono scegliere di non aderire alla società, e chiedere la liquidazione
  - b. *Continuazione obbligatoria:* gli eredi sono obbligati ad entrare in società, e se non vi danno consenso dovranno risarcirne il danno
  - c. *Successione:* gli eredi subentrano automaticamente, con l'accettazione, senza alcuna dichiarazione di volontà

Per quanto consta il **recesso**, si tratta dello scioglimento del rapporto sociale per *volontà* del socio (art. 2285 c.c.). Se la società è a *tempo indeterminato* (o per tutta la vita di uno dei soci), ogni socio può recedere *liberamente*, e il recesso dev'essere comunicato a tutti gli altri soci con preavviso trimestrale (trascorso tale termine il recesso ha effetto). Se la società è a *tempo determinato*, il recesso è ammesso solo se sussiste *giusta causa* (es. reazione ad un illegittimo comportamento degli altri soci che incrina la reciproca fiducia). La volontà di recedere per giusta causa dev'essere portata a conoscenza degli altri soci, con effetto immediato, rendendola più comoda, se utilizzabile, anche nelle società a tempo indeterminato. È, comunque, vietato privare il socio della facoltà di recedere a livello di atto costitutivo.

Concludiamo con l'**esclusione**, che può essere *di diritto* (art. 2288 c.c.) o *facoltativa* (art. 2286 c.c.). È **escluso di diritto** il socio *fallito* (dal giorno stesso della dichiarazione di fallimento), e il socio il cui creditore abbia *ottenuto la liquidazione della quota* (dal momento in cui essa è avvenuta, quindi, *medio tempore*, il socio continua a partecipare). È **escluso facoltativamente**, cioè, con delibera degli altri soci, il socio per *gravi inadempienze* (mancata esecuzione dei conferimenti, comportamento ostruzionistico, violazione del divieto di concorrenza, ecc.), *interdizione* (anche temporanea per condanna), *inabilitazione*, e *sopravvenuta impossibilità di esecuzione del conferimento per causa non imputabile agli amministratori* (perimento della cosa o infortunio del socio d'opera). L'esclusione è deliberata a maggioranza dei soci, calcolata per teste (escluso il socio che si va escludendo), e la deliberazione, comunicata al socio escluso, ha effetti dopo trenta giorni, entro i quali il socio escluso si può opporre dinanzi al tribunale, ottenendo una *sospensiva*, o venendo poi espulso ed eventualmente reintegrato nel seguito. Chiaramente, se la società è composta da due soci questo non può avvenire, e si ricorre quindi all'autorità giudiziaria o, con apposita clausola compromissoria, all'arbitrato.

Comunque si sciolga il rapporto, il fu socio o gli eredi hanno diritto ad una somma di denaro che rappresenti il valore della quota, alla, cioè, **liquidazione**. Attenzione, non ai beni conferiti in proprietà, e nemmeno in godimento. Il valore della quota deve tenero conto della situazione patrimoniale della società (art. 2289 c.c.), che rappresenti l'effettivo e reale valore economico della quota (anche gli utili), e il pagamento dev'essere effettuato entro sei mesi (o tre se richiesto dal creditore).

## Scioglimento della società

Secondo l'art. 2272 c.c., la società si **scioglie** per:

- *Decorso del termine* fissato nell'atto costitutivo, che è prorogabile, sia espressamente che tacitamente (quando, ad esempio, i soci continuano a compiere le operazioni sociali, art. 2273 c.c.).
- *Conseguimento dell'oggetto sociale* o *sopravvenuta impossibilità di conseguirlo*. È ostacolo che rende impossibile il conseguimento anche l'insanabile discordia fra i soci che comporta una paralisi assoluta e definitiva dell'attività sociale (altrimenti si ricorrerà ad esclusione).
- *Volontà di tutti i soci*, a meno che l'atto costitutivo non preveda lo scioglimento a maggioranza
- *Venir meno di tutti i soci* senza subentro di nuovi soci entro sei mesi
- Altre cause previste dal contratto sociale

Tutte le cause di scioglimento operano **automaticamente**, per il solo fatto di verificarsi, e ogni socio può agire giudizialmente per il loro accertamento, ma gli effetti decorrono comunque dal verificarsi della causa. A questo punto, la società entra in **stato di liquidazione**, e nella s.n.c. ciò deve essere indicato negli atti e nella corrispondenza. La società però non si *estingue* subito, perché prima bisogna soddisfare i creditori sociali, e poi distribuire fra i soci l'eventuale residuo attivo. Così, essendo che l'attività della società deve ormai dedicarsi alla sola definizione dei rapporti in corso, gli amministratori sono limitati al compimento di *affari urgenti* (art. 2274 c.c.), e i **liquidatori** non possono intraprendere nuove azioni, rispondendo personalmente e solidalmente della violazione di detto divieto (art. 2279 c.c.). In capo ai soci, sorge il diritto di nominare i liquidatori (dando avvio al procedimento di liquidazione, art. 2275 c.c.), e il diritto alla liquidazione della quota (una volta estinti i debiti, art. 2282 c.c.). Resta fermo l'obbligo di eseguire i conferimenti ancora dovuti nei limiti in cui i fondi disponibili siano insufficienti per sanare i debiti (art. 2280 c.c.). Come si accennava, i creditori personali non possono più ottenere la liquidazione della quota, ma dovranno attendere che la liquidazione si

concluda. La liquidazione, comunque, non menoma la capacità d'agire della società, e i soci possono sempre autorizzare o ratificare gli atti urgenti compiuti dai soci e le nuove operazioni effettuate dai liquidatori, estirpando i limiti posti. Al contempo, lo stato di liquidazione può essere revocato, e la società torna alla normale attività (con decisione all'*unanimità*).

Il *procedimento di liquidazione* è disciplinato dagli artt. 2275-2282 c.c. e dagli artt. 2309-2312, ma non si tratta di una disciplina inderogabile: le modalità della liquidazione possono essere determinate liberamente a livello di atto costitutivo. Comunque, il procedimento legale di liquidazione inizia con la nomina di uno o più *liquidatori*, richiedendo il consenso di tutti i soci, salvo patto contrario, e salva la nomina del presidente del tribunale in caso di disaccordo. Per giusta causa, e comunque dal tribunale (su domanda del singolo socio), i liquidatori possono essere **revocati** dai soci all'*unanimità*. La nomina dei liquidatori e la loro revoca, comunque, va iscritta nel Registro delle Imprese (art. 2309 c.c.). Accettando la nomina, il liquidatore prende il posto degli amministratori, che devono consegnarli i beni e i documenti sociali, presentando il bilancio. Liquidatori e amministratori redigono l'**inventario** (*bilancio d'apertura della liquidazione*), fissando nel tempo le eventuali responsabilità degli amministratori, che escono di scena. I liquidatori, allora, definiscono i rapporti che si ricollegano all'attività sociale, procedendo a convertire in denaro i beni, a pagare i creditori, e a ripartire poi il residuo tra i soci (*tutti gli atti necessari*), e spetta loro la rappresentanza legale della società, pure in giudizio (art. 2278 c.c.).

Estinti tutti i debiti sociali, la liquidazione volge al termine. I liquidatori devono restituire ai soci i beni conferiti *in godimento*, così come sono, e se sono periti a causa imputabile agli amministratori, i soci possono essere risarciti dei danni a carico del patrimonio sociale (salva l'azione di responsabilità). L'eventuale residuo attivo, convertito in danaro a meno che si sia convenuto che la restituzione sia fatta in natura), va ripartito fra i soci. Il *saldo attivo* va a rimborsare il valore nominale dei conferimenti (valutato nel contratto sociale o, in mancanza, secondo il valore che avevano al momento dello stesso). L'eventuale eccedenza è ripartita fra tutti i soci, in proporzione della partecipazione agli utili (art. 2282 c.c.). Se al momento della conversione in denaro dei conferimenti, si riscontra una *perdita*, e i conferimenti non possono più essere restituiti totalmente: ai soci viene dato ciò che risulta dal valore del conferimento tolta la perdita in misura della quota di partecipazione alle perdite.

Nella s.n.c., i liquidatori devono poi redigere il *bilancio finale* e il **piano di riparto** (art. 2311 c.c.), con cui si propone la divisione fra i soci dell'attivo residuo. Comunicati ai soci, bilancio e piano di riparto sono approvati se non impugnati entro due mesi dai soci. Se impugnati, i liquidatori possono chiedere che le questioni relative alla liquidazione (bilancio) siano tenute separate da quelle attinenti alla divisione, restandone estranei. Approvato il bilancio, i liquidatori sono liberi verso i soci, ma, devono chiedere la **cancellazione** della società dal Registro delle Imprese. La maggioranza designa poi i soci a cui i liquidatori consegnano le scritture contabili e i documenti che non spettano ai singoli soci, che verranno conservati per dieci anni. La *cancellazione* può anche essere disposta d'ufficio, verificata l'assenza di attività sociale, e ha inizio con essa il termine di un anno entro il quale va richiesta la liquidazione giudiziale (tempo fa nota come *fallimento*).

Con la cancellazione, la società è **estinta**, anche se vi sono ancora creditori insoddisfatti; l'art. 2312 c.c., però, dispone che questi potranno agire nei confronti dei soci, e anche dei liquidatori se il mancato pagamento è imputabile a loro colpa o dolo.

## S.A.S.

La **società in accomandita semplice** (art. 2313-2324 c.c.) è una *società di persone*, che si differenzia dalla s.n.c. per la simultanea presenza di **soci accomandatari** (che rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali) e **soci accomandanti** (che rispondono limitatamente alla quota conferita, cioè non rispondono alle obbligazioni sociali, ma al limite perdono l'investimento). Sul piano dell'amministrazione, poi gli *accomandanti* sono deliberatamente esclusi. La disciplina ricalca nettamente quella della s.n.c., seppur con qualche importante differenza. Con una s.a.s., si consente l'aggregazione di soggetti che intendono gestire gli affari sociali e si rispetta la volontà di finanziare l'attività con rischi e poteri limitati, essendo comune soci. Peraltro, la s.a.s. è l'unica società di persone che consente l'esercizio in comune di un'impresa commerciale con limitazione del rischio, rendendola facilmente oggetto di abuso (ad esempio, gli accomandanti scelgono un accomandatario nullatenente). Allora, si ha sia l'esigenza di evitare un uso anomalo e distorto della s.a.s., sia quella di non estraniare del tutto i soci accomandanti dall'attività sociale. Procediamo.

## Costituzione e ragione sociale

Per la *costituzione* della s.a.s. vale la disciplina precedentemente esposta, ma l'atto costitutivo dovrà, chiaramente, indicare quali sono i soci accomandatari e quali gli accomandanti. Anche l'atto costitutivo della s.a.s. è soggetto ad iscrizione nel Registro delle Imprese, e l'omessa registrazione comporta l'*irregolarità* della società (che vedremo).

Significative deviazioni attengono, invece, alla **ragione sociale** (art. 2313 c.c.), che dev'essere formata col nome di almeno uno dei soci *accomandatari* (più "s.a.s."); non può essere inserito il nome di un accomandante, e in tal caso, presupponendone il suo consenso o la sua tolleranza, è soggetto a sanzioni pesanti; invero, l'accomandante che viola tale

divieto risponde di fronte ai terzi *illimitatamente e solidalmente*. Diviene, cioè, un socio accomandatario “monco”, perché responsabile tanto quanto gli altri, ma privato comunque dei poteri di amministrazione.

L'*incapace* può partecipare come accomandatario secondo le regole sopra espresse con l'art. 2294 c.c., ma, se dovesse essere accomandante, il rappresentante legale non assume qualità di amministratore. Con attinenza alla partecipazione di un'altra società e alla disciplina dei conferimenti, si rimanda alla disciplina già vista per le altre società di persone.

### Accomandanti e amministrazione

L'art. 2318 c.c. prevede che i soci *accomandatari* hanno gli stessi diritti e obblighi dell'amministratore della s.n.c., e solo a loro l'amministrazione può essere conferita. Sono invece tassativamente esclusi i soci accomandanti (art. 2320 c.c.), seppur portatori di diritti e poteri amministrativi *in senso lato*. Infatti, i soci accomandanti hanno diritto di concorrere con gli accomandatari alla nomina e alla revoca degli amministratori, se questi sono stati nominati con *atto separato*. Al riguardo, è necessario il consenso di *tutti* gli accomandatari, e di tanti accomandanti che rappresentino la maggioranza del capitale da essi sottoscritto (art. 2319 c.c.). È necessario, invece, il consenso di tutti i soci per la revoca dell'amministratore nominato nell'atto costitutivo. Per quanto consta la partecipazione all'attività comune, gli accomandanti possono trattare o concludere affari in nome della società in forza di una **procura** speciale per singoli affari, possono prestare la loro opera manuale o intellettuale sotto la direzione degli accomandatari, e possono dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni, nonché compiere atti di ispezione e controllo (nei limiti del divieto di ingerenza).

Per quanto riguarda i poteri di controllo degli accomandanti, è previsto che *in ogni caso* hanno diritto di avere comunicazione annuale del bilancio, del conto dei profitti e delle perdite, di controllarne l'esattezza, e di concorrere all'approvazione del bilancio. Questi sono i confini entro cui l'accomandante può muoversi, nel rispetto del **divieto di immistione** (art. 2320 c.c.): gli accomandanti non possono compiere atti di amministrazione, né trattare o concludere affari in nome della società senza una procura speciale per singoli affari. L'accomandante che viole tale divieto assume responsabilità illimitata e solidale *per tutte le obbligazioni sociali*. Come per il tema della ragione sociale, l'accomandante non diviene socio accomandatario, non acquista poteri amministrativi a seguito della violazione del divieto, ma perde solo il beneficio della responsabilità *limitata*.

Con riguardo alla posizione della società rispetto alle obbligazioni contratte dall'accomandante in violazione del divieto di immistione, si applicano le norme sulla rappresentanza: se non risulta una procura generale o speciale, responsabile verso il terzo è solo l'accomandante. La violazione del divieto di immistione può comportare *esclusione* del socio, a meno che l'atto di ingerenza sia stato autorizzato o ratificato dagli amministratori.

### Trasferimento e scioglimento

Per **trasferire** la loro partecipazione sociale, i soci *accomandatari* ricevono la disciplina dettata in tema di s.n.c.: se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il trasferimento per atto fra vivi necessita del consenso di **tutti** i soci, e la trasmissione *mortis causa* richiede il consenso degli eredi. Per i soci *accomandanti*, invece, l'art. 2322 c.c. prevede che la loro quota sia liberamente trasferibile per causa di morte, mentre *inter vivos* è necessario il consenso dei soci che rappresentino la **maggioranza del capitale sociale**.

La duplice categoria di soci che caratterizza la s.a.s. è immancabile: essa si scioglie (oltre alle cause viste per la s.n.c.) quando restano solo accomandatari o solo accomandanti, con un termine di sei mesi per sostituire il socio o i soci venuti meno (art. 2323 c.c.). In questi sei mesi, se a venir meno sono tutti gli accomandanti, la società rimane attiva normalmente, ma, se sono venuti meno tutti gli accomandatari, viene nominato un **amministratore provvisorio** (che può essere un accomandante, i cui poteri sono limitati all'*ordinaria amministrazione*). L'amministratore provvisorio, però, non diviene accomandatario, e non risponde illimitatamente per le obbligazioni sociali (a meno che abbia ecceduto l'ordinaria amministrazione). Passati sei mesi, senza nessun ricalzo, la società diviene tacitamente una s.n.c. irregolare, sempreché vi siano almeno due soci. Liquidazione ed estinzione seguono le regole dettate per la s.n.c., ma, cancellata la società, i creditori insoddisfatti possono adire gli accomandanti solo nei limiti della loro quota di liquidazione (essendo soci a responsabilità *limitata*).

### Società in accomandita irregolare

È *irregolare* la s.a.s. il cui atto costitutivo non è stato iscritto nel Registro delle Imprese; l'omessa registrazione non impedisce la nascita della società e, con una ragione sociale adeguata, resta ferma la distinzione fra accomandanti e accomandatari (art. 2317 c.c.). Leggendo la norma, ci si accorge che il divieto di immistione diviene più incisivo, e, cioè, gli accomandanti, anche con una procura, non devono fare nulla all'esterno. Per il resto, la disciplina è comune a quella della s.n.c. irregolare, che riassumiamo in tre punti:

- a. I creditori sociali possono agire direttamente nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, dovendo **chiedere** la preventiva escussione del patrimonio sociale (come con la s.s.). In un regolare, il beneficio d'escussione opera automaticamente.

- b. I creditori particolari del socio possono chiedere sempre la liquidazione della quota del debitore, provando che gli altri beni siano insufficienti. In una regolare, il creditore non può.
- c. Si presume che ciascun socio (anche accomandante) che agire per la società abbia la rappresentanza sociale, anche in giudizio.

## PER DUBBI O SUGGERIMENTI SULLA DISPENSA



**FRANCESCO MUCIACCIA**

[francesco.muciaccia@studbocconi.it](mailto:francesco.muciaccia@studbocconi.it)

[@francesco\\_muccc](https://www.instagram.com/francesco_muccc)

+39 3341313774

## PER INFO SULL'AREA DIDATTICA



**VITTORIA NASONTE**

[vittoria.nasonte@studbocconi.it](mailto:vittoria.nasonte@studbocconi.it)

[@\\_vittorian\\_](https://www.instagram.com/_vittorian_)

+39 3274441476



**ELENA CACIOLI**

[elena.cacioli@studbocconi.it](mailto:elena.cacioli@studbocconi.it)

[@elenacaciolii\\_](https://www.instagram.com/elenacaciolii_)

+39 3928931605



TEACHING DIVISION



## NOSTRI PARTNERS

**700+**  
**CLUB**



**ETHAN**  
SUSTAINABILITY

**DELIVERY VALLEY**

NO GENDER KITCHEN

**LA PIADINERIA**

