

A12

Eva Desana

Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole

Spunti per una nuova nozione di impresa



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5453-6

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

Eva Desana

DALL'IMPRESA COMUNITARIA ALLA TUTELA DELL'IMPRESA
DEBOLE. SPUNTI PER UNA NUOVA NOZIONE DI IMPRESA.

Indice

Premessa p. 9

CAPITOLO I.

La nozione di imprenditore nel Codice civile del 1942 e la sua evoluzione nell'ordinamento interno

1.- La definizione unitaria di imprenditore e i suoi limiti p. 19

2.- L'ambito originario di applicazione del c.d. statuto dell'imprenditore p. 23

3.- Segue. La contrapposizione fra l'imprenditore e il professionista nell'impianto originario del Codice civile p. 28

4.- L'esercizio di attività economica p. 30

5.- Segue: la professionalità e l'organizzazione p. 35

6.- La tenuta della nozione unitaria: la parabola della nozione di piccolo imprenditore p. 48

7. Segue. Lo scopo di lucro p. 66

8.- L'attuazione del registro delle imprese e il progressivo avvicinamento delle nozioni di impresa p. 70

9.- L'ampliamento della nozione di imprenditore e di impresa: recenti suggestioni in tema di azienda e nuove regole in tema di segni distintivi e concorrenza sleale p. 74

CAPITOLO II

La nozione di impresa comunitaria e la sua evoluzione

- 1.- La nozione di impresa comunitaria. Il significato dell'art. 80 del Trattato C.E.C.A. p. 85
- 2.- Le ragioni dell'assenza di una definizione legislativa p. 90
- 3.- Le definizioni di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il criterio giuridico- formale p. 93
- 4.- Segue.- Il principio dell'unità economica p. 96
- 5.- Segue: La centralità dell'attività economica e l'irrelevanza dello status giuridico e delle modalità di finanziamento. Il caso "Höfner e Elser v. Macrotron" p. 109
- 6.- Segue. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte e l'esclusione dalla nozione di impresa delle attività non economiche fondate sul principio della solidarietà nazionale e senza scopo di lucro. Le sentenze "Poucet et Pistre" ed "Eurocontrol" p. 114
- 7.- Le pronunce successive: i casi "Cnamva" e "Albany", "Job Center" e "Inail" p. 119
- 8.- L'evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia di previdenza: il caso "Aok" e la recente sentenza "MMB" p. 130
- 9.- Della qualificabilità in termini di impresa comunitaria di alcune figure: i lavoratori dipendenti, gli esercenti attività sportiva, gli inventori e gli artisti p. 136
- 10.- Della qualificabilità in termini di impresa comunitaria dei professionisti intellettuali p. 142
 - 10.1.- Segue. *La posizione delle Istituzioni comunitarie: i consulenti in materia di proprietà industriale e gli spedizionieri doganali* p. 144
 - 10.2.- Segue. *La riconducibilità alla nozione di impresa comunitaria dei medici, dei dottori commercialisti e dei ragionieri e degli avvocati* p. 147
 - 10.3.- Segue. *La compatibilità del sistema tariffario italiano con la normativa comunitaria* p. 154

CAPITOLO III

Il superamento delle categorie tradizionali

1.- L'influenza della nozione comunitaria di impresa sulla definizione di imprenditore: la riconduzione del professionista intellettuale all'attività di impresa p. 169

1.1. Le società tra professionisti prima dell'abrogazione integrale della l. n. 1815 del 1939 p. 173

1.2.- Le prime aperture dei Giudici italiani e il d.lgs. n. 96 del 2001 p. 180

2.- L'accentuazione della natura "imprenditoriale" delle professioni intellettuali: la riforma delle professioni regolamentate p. 186

3.- L'equiparazione del professionista intellettuale all'imprenditore nella legislazione a tutela del consumatore. La nuova categoria del "*professione!*" p. 197

4.- Il rilievo dell' "impresa debole" p. 199

4.1.- Segue. Di alcuni interventi legislativi a tutela dell'impresa debole. La legge n. 192 del 2001 sulla subfornitura e la l. 129 del 2004 sull'affiliazione commerciale. p. 203

4.2.- La tutela dell'impresa debole attraverso il richiamo al canone della correttezza e buona fede nell'interpretazione del contratto p. 208

5.- Le microimprese, le piccole e medie imprese e le c.d. start up innovative p. 210

Qualche considerazione conclusiva p. 219

Premessa

Il Codice civile del 1942 rappresenta il culmine del processo di unificazione del diritto civile e del diritto commerciale e sancisce, se pur con qualche forzatura, la centralità della figura dell'imprenditore quale categoria ordinante di svariate realtà che vi vengono ricondotte, volutamente contrapposta ad altre (in particolare il professionista intellettuale)¹. Nella definizione generale di imprenditore sono così confluite, da un lato, le figure del coltivatore diretto, dell'artigiano, del piccolo commerciante, dall'altro, le grandi società per azioni quotate, tutte accomunate dal minimo comune denominatore dell'esercizio di un'attività economica con l'organizzazione di fattori produttivi e, almeno tendenzialmente, caratterizzate dal perseguimento dello scopo di lucro.

Mentre la scelta di dare vita a un unico codice non ha condotto a sostanziali ripensamenti negli anni che sono seguiti, ma al contrario sembra aver favorito una compenetrazione reciproca fra diritto commerciale e diritto civile, in cui il primo ha apportato la sua ventata innovatrice e il secondo ha fornito le sue

¹ Sulla nozione di imprenditore e sulla teoria generale dell'impresa si segnalano le seguenti opere: T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962; G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2001; R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960; V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2002; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1974, G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, R. FRANCESCHELLI, *Impresa e imprenditori*, 3 ed., Milano, 1970; F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato Galgano*, vol. II, 1978, p. 1; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990; G. GHIDINI, *Lineamenti di diritto dell'impresa*, Milano, 1978; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1965; P. G. JAEGER, *La nozione di impresa dal codice allo statuto*, Milano, 1985; N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965; G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 109; P. MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Torino, 1981; V. PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1974; T. RAVÀ, *La nozione giuridica di impresa*, Milano, 1984; P. SPADA, voce "Impresa", in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1992, p. 68.

salde basi teoriche², la nozione unitaria di imprenditore è stata sottoposta a un fenomeno di progressiva frantumazione e di sfaldamento.

Si è così assistito al sempre più pervasivo innesto, nel sistema delineato dal Codice Civile, di ulteriori previsioni, frequentemente contenute in leggi speciali, volte a identificare e regolare le diverse e molteplici sfaccettature della realtà imprenditoriale, sia sotto il profilo del soggetto che esercita l'attività di impresa, sia sotto quello dei rapporti che l'imprenditore intrattiene sul mercato con i suoi diversi interlocutori (imprese, professionisti, consumatori).

Quanto al primo profilo, il riferimento è all'impresa familiare³ e all'azienda coniugale⁴, introdotte dalla riforma del diritto

² Nella sua celebre *Prolusione* al Corso di diritto commerciale, letta nell'Università di Bologna nel 1888, Cesare Vivante auspicava l'unificazione dei due Codici, constatando che l'autonomia del Codice di Commercio non avesse più ragione di esistere: «Oggidi in cui v'è un solo potere legislativo, che s'ispira agli stessi principi di eguaglianza e di libertà per ogni ramo del diritto privato; — in cui la riforma delle leggi civili può seguire agevolmente i progressi economici; — quell'autonomia non ha più ragione di essere. Finché essa dura, continuerà il contrasto fra il nostro sistema legislativo e l'unità della nostra vita economica: il diritto subirà un'influenza storica che non lascia più tracce nella società moderna, su cui pur scende la sua disciplina. Intanto quella separazione è un ostacolo, ognora più sensibile, alla formazione di un diritto cosmopolita, mentre pare che lo favorisca; è cagione di continue soperchierie a danno dei cittadini, costretti a subire la legge che i commercianti si vennero elaborando a tutela dei propri interessi; nuoce al progresso scientifico e legislativo del diritto privato: del diritto commerciale, perché esso trae uno scarso beneficio dalla dottrina giuridica tradizionale, e del diritto civile, perciò gli manca l'elemento che può rinnovarlo secondo la necessità della vita reale; nuoce infine all'esercizio pratico perché è cagione di inestricabili difficoltà processuali».

³ La figura, introdotta nell'art. 230 *bis* del Codice civile dalla riforma del diritto di famiglia, attuata con la l. n. 151/1975 è volta a tutelare il lavoro dei famigliari: si tratta di un'impresa individuale in cui collaborano con l'imprenditore in modo continuativo il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo a cui sono riservate particolari tutele a livello patrimoniale e gestorio. In particolare spetta al famigliare innanzitutto il diritto al mantenimento secondo le condizioni patrimoniali della famiglia, nonché una quota degli utili in proporzione all'apporto lavorativo prestato e, in caso di cessazione della collaborazione, una quota degli incrementi di valore dell'azienda da liquidarsi in denaro. Sotto il profilo amministrativo ogni famigliare ha diritto di voto con riguardo ad alcune specifiche materie, quali l'impiego degli utili e gli atti di straordinaria amministrazione. Tali previsioni devono considerarsi inderogabili ancorché l'istituto abbia un valore residuale, trovando applicazione solo qualora l'attività dei famigliari non sia inquadrabile in un diverso rapporto societario o di lavoro (*ex multis*, R. COSTI, *Lavoro e impresa nel*

di famiglia, alla legislazione in materia di impresa agricola, culminata nella relativa riforma del 2001⁵ che ne ha dilatato la nozione, consegnandoci una realtà dinamica, sottratta al fallimento in ragione del suo oggetto, ma caratterizzata da forme organizzative, in molti casi, decisamente evolute; alle regole adottate per incentivare e sostenere le medie e piccole imprese, tra cui si possono ricordare gli interventi operati dalla l. 29 aprile 1981, n. 240⁶ e dalla legge 5 ottobre 1991, n. 317⁷, e le ulte-

nuovo diritto di famiglia, Milano, 1976; M. GHIDINI, *L'impresa familiare*, Padova, 1977; G. OPPO, *Dell'impresa familiare*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro - Oppo - Trabucchi, I, 1, Padova, 1976-1977, p. 479; V. PANUCCIO, *L'impresa familiare*, Milano, 1981; L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, Milano, 1996, G. AMOROSO, *L'impresa familiare*, Padova, 1998).

⁴ L'istituto è regolato dall'art. 177 c.c. e si bipartisce nell'azienda gestita da entrambi i coniugi e costituita dopo il matrimonio e in quella costituita da un solo coniuge prima del matrimonio, ma successivamente gestita da entrambi. Nel primo caso entrambi i coniugi assumono la figura di imprenditori con potere di gestione e rappresentanza disgiunta per gli atti di ordinaria amministrazione e congiunta per quelli di straordinaria. Nella seconda fattispecie i coniugi assumono entrambi la veste di imprenditori, ma la comunione non riguarda l'impresa, ma solo gli utili. Sull'istituto v. *ex multis*, G. AULETTA, *Impresa ed azienda coniugale*, in *Banca, borsa*, 1984, I, p. 442 e *Id*, *Scritti giuridici*, Milano, 2001, vol. VIII, p. 167; BONFANTE - COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 520; R. COSTI, *Lavoro e impresa*, cit.; G. MARASÀ, *Impresa coniugale*, in *Digesto, Sez. Comm.*, vol. VII, p. 150; A. PAVONE LA ROSA, *Comunione coniugale e partecipazione sociale*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 19; A. PISANI MASSAMORMILE, *Comunione legale fra coniugi e circolazione giuridica*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di FUCILLO, Milano, 1997, p. 204.

⁵ Riformata dal d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, adottato a norma dell'articolo 7 della l. delega 5 marzo 2001, n. 57; sull'imprenditore agricolo post riforma, v. *ex multis*, R. ALESSI, *L'impresa agricola*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, già diretta da Bigiavi, 2011; V. BUONOCORE, *Il "nuovo imprenditore agricolo", l'imprenditore ittico e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur. comm.*, 2002, II, pag. 5; G. BONFANTE - G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 459; A. IANNARELLI - A. VECCHIONE, *L'impresa agricola*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Buonocore, Torino, 2008; con riferimento alle ulteriori novità introdotte dal d.lgs n. 99 del 2004, v. le riflessioni critiche di V. BUONOCORE, *L'imprenditore agricolo e la "professionalità" concessa per legge*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 277. Sull'impresa agricola prima della sua riforma, si rinvia, in particolare, a M. BIONE, *L'imprenditore agricolo*, in *Trattato Galgano*, vol. II, Padova, 1978, p. 522 e R. ALESSI, *L'impresa agricola*, Milano, 1990.

⁶ Si tratta della l. 21 maggio 1981 n. 240, intitolata «Provvidenze a favore dei consorzi e delle società consortili tra piccole e medie imprese nonché delle società consortili miste».

⁷ L.5 ottobre 1991, n. 317, «Interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese», che ha la finalità di promuovere lo sviluppo, l'innovazione e la com-

riori recenti normative, racchiuse nella legge-quadro 11 novembre 2011 n. 180⁸, o per incentivare le c.d. *start up* innovative, introdotte *ex novo* dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179; il riferimento è ancora ai provvedimenti sull'imprenditoria femminile, di cui alla l. n. 155/1995⁹, agli interventi volti a favorire le iniziative imprenditoriali dei giovani¹⁰, alle leggi quadro sull'artigianato

petitività delle piccole imprese, costituite anche in forma cooperativa, con particolare riguardo: a) alla diffusione e allo sviluppo delle nuove tecnologie; b) allo sviluppo e all'attività di consorzi e di società consortili tra piccole imprese nonché dei consorzi, delle società consortili e delle cooperative di garanzia collettiva fidi, costituiti da piccole imprese industriali, artigiane, commerciali turistiche e di servizi; c) alla diffusione di nuove strutture e strumenti finanziari per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese; d) alla creazione, allo sviluppo e all'ammodernamento delle piccole imprese localizzate nelle aree colpite da crisi di settori industriali nell'ambito di specifiche azioni di risanamento e sviluppo decise in sede comunitaria; e) agli investimenti delle piccole imprese innovative».

⁸ La legge n. 180 del 2011, intitolata «Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese», detta specifiche disposizioni in materia di micro, piccole e medie imprese e di politiche pubbliche, istituisce un Garante per tali imprese e prevede il varo di un disegno di legge annuale che deve contenere, tra l'altro, norme di immediata applicazione, al fine di favorire e promuovere tali intraprese, rimuovere gli ostacoli che ne impediscono lo sviluppo, ridurre gli oneri burocratici, e introdurre misure di semplificazione amministrativa. Quanto alla definizione di piccola e media impresa, l'art. 5 della legge n. 180 rinvia a quelle contenute nella Raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 124 del 20 maggio 2003, su cui ci si soffermerà *infra* nel terzo capitolo.

⁹ Si tratta di un insieme di disposizioni che, pur non individuando una vera e propria categoria di impresa, sono dirette ad agevolare l'imprenditoria femminile, applicandosi alle società cooperative e di persone con il 60% di donne e alle società di capitali con i due terzi di donne detentrici delle quote di partecipazione presenti nell'organo amministrativo oltre alle imprese individuali di cui sia titolare una donna. Per queste realtà sono previsti contributi in conto capitale e a fondo perduto fino al 50% delle spese di impianto e innovazione e contributi fino al 30% delle spese di acquisizione dei servizi (v. G. BONFANTE, *Commento sub art. 2082 c.c.*, in *Commentario al Codice civile*, in corso di pubblicazione per i tipi della Zanichelli, p.14).

¹⁰ In questo quadro si inserisce la disciplina della s.r.l. semplificata, introdotta dall'art. 3 del d.l. 1 del 24 gennaio 2012, come convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, rubricato «Accesso dei giovani alla costituzione di società a responsabilità limitata»; esso ha introdotto l'art. 2463-*bis* c.c. che consente la costituzione della società a responsabilità limitata semplificata anche unipersonale da parte di persone fisiche che non abbiano compiuto i trentacinque anni di età alla sua data. Caratteristiche peculiari del modello sono la standardizzazione dell'atto costitutivo, redatto per atto pubblico in conformità al modello tipizzato con il D.M. 23 giugno 2012, n. 138, e il capitale sociale pari almeno ad 1 euro e inferiore all'importo di 10.000 euro, nonché la necessità di scegliere l'amministratore fra i soci; per facilitarne la na-

che si sono succedute (la n. 860 del 1956 e la n. 443 del 1985), alla normativa in tema di grandi imprese (la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, di cui alla legge 8 luglio 1999, n. 270 e il d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza, convertito con modificazioni in l. 18 febbraio 2004, n. 39) e di società quotate, queste ultime ormai oggetto di una vera e propria disciplina speciale racchiusa principalmente nel d.lgs. n. 58 del 1998, alla regolamentazione delle società bancarie e assicurative, anch'esse destinatarie di un *corpus* di norme *ad hoc*; alla recente introduzione del contratto di rete, ad opera dell'art. 3 del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, e successivamente modificato dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 e dal d.l. n. 179 del 2012, contratto con il quale più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa¹¹.

scita il legislatore ha esentato i soci dal pagamento del diritto di bollo e di segreteria per l'iscrizione nel registro delle imprese e dal pagamento degli onorari notarili. Al riguardo v. *ex multis*, anche per ulteriori riferimenti e per i numerosi profili critici, P. REVIGLIONE, *La società semplificata a responsabilità limitata; un buco nero nel sistema delle società di capitali*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2012, 4, p. 7, riferito però alla regolamentazione originaria dell'istituto contenuta nel d.l.

¹¹ Sul contratto di rete, v. *ex multis*, AA.VV., *Il contratto di rete*, Bologna, 2009 a cura di F. CAFAGGI; AA.VV., *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. IAMICELI, Torino, 2009; F. CIRIANNI, *Il contratto di rete*, in *Il notariato*, 2010, p. 442; G. MARASÀ, *Contratti di rete e consorzi*, in *Il Corriere del merito*, 2010, p. 9; G. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 862; M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla l. n. 122/2010*, in *Notariato*, 2011, p. 64; M. MALTONI – P. SPADA, *Il contratto di rete*, *Studio notarile* n. 1-2011/1; C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contratti*, 2009, p. 961; P. ZANELLI, *Reti di impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contratto e Impr.*, 2010, p.

Senza contare il recente e prepotente ingresso nel nostro ordinamento dell'impresa sociale, disciplinata dal d.lgs. n. 155/2006, che ha indubbiamente influito sul dibattito intorno ai requisiti stessi dell'impresa e, in particolare, al perseguimento dello scopo di lucro¹².

In questo modo, le diverse figure di imprenditore si sono moltiplicate, introducendosi, seppure a determinati fini, requisiti ulteriori a quelli individuati dalla nozione codicistica, cosicché l'interprete è indotto a interrogarsi sulla capacità delle categorie tradizionali di ordinare una realtà imprenditoriale sempre più variegata e cangiante e a domandarsi se la tradizionale nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. non sia in gran parte obsoleta e non sia venuto il momento di elaborare «una nuova sistemazione fondata non più sull'impresa, bensì sull'attività economica»¹³.

In parallelo, merita anche segnalare la bipartizione operata dal d.lgs. n. 231 del 2001 fra imprese individuali e imprese collettive, queste ultime soltanto, parrebbe, assoggettate alle disposizioni in tema di responsabilità amministrativa degli enti¹⁴, nonché la recente istituzione dei cosiddetti Tribunali delle imprese, o meglio delle sezioni specializzate presso alcuni Tribunali e Corti d'appello¹⁵, chiamati a giudicare, oltre che sulle ma-

951; G.M. TRIMARCHI, *Gli strumenti agevolativi per le imprese in rete*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, p. 32.

¹² Su cui *infra*, nel capitolo primo.

¹³ G. BONFANTE, *Commento sub art. 2082 c.c.*, cit., 4. Sul tema, su cui si tornerà nel terzo capitolo, v. P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica. Appunti per una nuova sistemazione di attività, soggetti, statuti*, in AA.VV., *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici in Italia dopo la crisi: i risultati di una ricerca*, Milano, 2012.

¹⁴ L'art. 1 della legge, infatti, fa espresso riferimento alla responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato e precisa al 2° comma che «Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica». Va però precisato che secondo la non condivisibile pronuncia di Cass., 15 dicembre 2010, n. 15657, in *Società*, 2011, 1075 e segg. «le norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica utilizzata dall'art. 1, comma secondo, d.lgs. n. 231 del 2001 per identificare i destinatari delle suddette disposizioni».

¹⁵ L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa è stata disposta dall'art. 2 del d.l. n. 1 del 2012 che, in verità, lungi dall'istituire un vero e proprio

terie industrialistiche, già affidate alle sezioni specializzate dal d.lgs n. 168 del 2003, sulle controversie che coinvolgono le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, le società cooperative e le mutue assicuratrici¹⁶. Il primo intervento accentua la distinzione fra imprese individuali e collettive, imponendo soltanto alle seconde l'onere di adottare modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di specifici reati, pena, in difetto, la responsabilità amministrativa dell'ente per quelli perpetrati nel suo interesse o a suo vantaggio dai soggetti c.d. apicali e dalle persone sottoposte alla loro direzione e vigilanza; con un'opzione di fondo criticabile se si considera che gli ingenti costi di costruzione e adozione dei modelli sono così posti in capo non solo alle imprese di medie e grandi dimensioni, tipicamente esercitate in forma di società di capitali, ma a qualunque impresa, finanche piccola, che assuma la veste di società di persone.

Il secondo intervento, che si muove in una direzione per certi versi simile a quella intrapresa con l'istituzione del c.d. processo societario dal d.lgs. n. 5 del 2003, ben presto abrogato, introduce un ulteriore elemento di differenziazione fra società di persone, da una parte, e società di capitali e cooperative, dall'altra, le prime assoggettate alle ordinarie regole vigenti per il riparto di competenze e le seconde, invece, soggette al giudizio delle sezioni specializzate e alla corresponsione di oneri

Tribunale delle imprese, ha previsto la devoluzione di determinate controversie alle sezioni specializzate già precedentemente investite della cognizione delle cause in materia di proprietà industriale e intellettuale, modificando conseguentemente il d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 e aggiungendo quindi un'ulteriore specializzazione a tali sezioni.

¹⁶ Più precisamente, il riferimento è alle società di cui di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento. Le materie di competenza delle sezioni specializzate che si aggiungono a quelle già devolute alla loro cognizione sono elencate nel 2° comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2003, così come modificato dal d.l. n. 1 del 2012.

maggiori in caso di ricorso all'Autorità giudiziaria¹⁷.

Quanto al profilo dei rapporti che l'imprenditore intrattiene sul mercato con i suoi diversi interlocutori (imprese, professionisti, consumatori), è sufficiente accennare alla copiosa legislazione, in larga parte di derivazione comunitaria, dettata a tutela del consumatore, confluita nel d.lgs. n. 206 del 2005 (Codice di Consumo), che, prescrivendo regole peculiari a favore di chi in tale veste agisca, si riflette, di necessità, anche sull'operato della controparte contrattuale, chiamata in concreto ad utilizzare strumenti diversi a seconda della "natura" del suo interlocutore¹⁸. Ma anche, su un versante opposto, alle molteplici previsioni dettate dal legislatore a tutela della cosiddetta "impresa debole", ovvero dell'imprenditore che, in situazioni particolari, si

¹⁷ Al diverso trattamento, che dovrebbe essere legato alla maggior complessità delle regole vigenti per tali tipi di società, si accompagna un aumento del contributo unificato; il d.l. 1 del 2012 è, infatti, intervenuto anche sul d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, stabilendo che «Per i processi di competenza delle sezioni specializzate di cui al decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni, il contributo unificato di cui al comma 1 è raddoppiato. Si applica il comma 1 -bis». Sul punto sarebbe stato però preferibile distinguere fra le diverse società, assoggettando ad un contributo unificato maggiore soltanto le realtà imprenditoriali lucrative di dimensioni medio - grandi, di regola organizzate in forma di società per azioni e in accomandita per azioni, utilizzando parametri di tipo occupazionale o patrimoniale.

¹⁸ E' noto che l'ingresso nel nostro ordinamento dapprima della disciplina delle clausole vessatorie contenuta nella Direttiva del Consiglio 93/13/CEE e poi di quella delle garanzie nella vendita dei beni di consumo ha di fatto imposto agli imprenditori (e, più in generale, ai professionisti) di approntare due diversi modelli contrattuali a seconda, appunto, che la controparte sia un imprenditore o un consumatore; a mero titolo esemplificativo basti ricordare che mentre nei rapporti fra imprenditori e professionisti la validità della pattuizione sul foro esclusivo è subordinata alla semplice c.d. doppia firma (ovvero alla specifica approvazione per iscritto richiesta dall'art. 1341 c.c.), nelle relazioni contrattuali in cui sia parte un consumatore, ai sensi dell'art. 33 del Codice del consumo, n. 206 del 2005, si presume abusiva la clausola che ha per oggetto o per effetto quello di «u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore», indipendentemente dal fatto che tale clausola sia stata sottoscritta dal consumatore. Al fine di escludere l'applicazione di siffatta disciplina occorre invece dimostrare o che tale pattuizione sia stata, ai sensi dell'art. 34 dello stesso Codice, oggetto di specifica trattativa individuale, ovvero dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

trovi nel ruolo di contraente debole, bisognoso di interventi correttivi che incidono fortemente sull'autonomia privata delle parti¹⁹.

Infine e per altro verso, non si può tacere dei copiosi interventi delle istituzioni comunitarie e, in particolare della Corte di Giustizia, che hanno contribuito a delineare i caratteri della nozione comunitaria di impresa, facendovi rientrare anche figure che, almeno in alcuni ordinamenti, erano sempre state collocate fuori dei suoi confini o, quantomeno, sulla cui riconducibilità alla nozione vi erano dubbi. Il riferimento è, in particolare, al professionista intellettuale, tradizionalmente escluso dal novero degli imprenditori, ma "elevato" al rango di imprenditore almeno per quanto riguarda la regolazione della concorrenza. Tali orientamenti, come meglio si vedrà, hanno indubbiamente influito sulla individuazione dei tratti salienti della figura di imprenditore, in parte contribuendo a ridisegnarla.

Di alcuni di tali interventi occorre dare conto, al fine di verificare l'attualità ed effettività della nozione codicistica di impresa, o – *rectius* – di imprenditore e, più in generale l'evoluzione della relativa figura.

Si tratta di un compito non semplice, posto che la stessa definizione di impresa non è mai stata, e non è, cosa di poco conto, così come aveva avvertito un illustre maestro del diritto commerciale, alludendo alle difficoltà di procedere ad una sua ricostruzione dogmatica, essendo essa il precipitato di un fenomeno economico poliedrico²⁰, così come è stato rilevato, più di recente, da chi ha osservato che, «alla domanda 'che cosa è l'impresa per il giurista' si può dare una risposta solo se si collocano domanda e risposta nello spazio e nel tempo»²¹.

¹⁹ Il riferimento è ai temi che si tratteranno nel capitolo III, paragrafo 4.

²⁰ A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 1.

²¹ A. MAZZONI, *L'impresa fra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 649, ove si legge altresì che l'impresa «non è un'idea che nasce, come Minerva dal cervello di Giove, già vestita dell'elmo, della lancia e della corazza forniti dall'assemblaggio di nozioni (o di spezzoni) del diritto preesistente».

CAPITOLO I

La nozione di imprenditore nel Codice civile del 1942 e la sua evoluzione nell'ordinamento interno

1.- La definizione unitaria di imprenditore e i suoi limiti

Il Codice civile del 1942, con la sua entrata in vigore, ha posto fine all'estenuante dibattito che agitava la dottrina sulla opportunità o meno di far convergere in un unico testo codificato i due campi del diritto privato, il civile ed il commerciale, sancendosi finalmente l'unificazione dei due settori, con un progressivo allontanamento dalle suggestioni dei vicini francesi e dalla loro influenza¹.

Quali che siano state le ragioni di tale scelta - al riguardo ci si interroga se essa sia stata frutto di un colpo di mano di regime o se più semplicemente abbia accolto gli auspici di autorevole dottrina² - fatto sta, si è osservato, che nel momento in cui fu decisa «era nell'aria e forse anche nella logica delle cose» e la commercializzazione del diritto privato era giunta a un grado tale di maturazione che la sopravvivenza di un codice di commercio autonomo poteva apparire inutile³.

Veniva così smantellata l'artificiale barriera rappresentata dal compimento di un atto di commercio, bussola per l'individuazione del diritto applicabile, quello commerciale⁴ o

¹ L'unificazione costituì «un grosso passo in avanti rispetto all'individualistico e francesizzante Codice del 1865» (P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2009, 244). In argomento v. G. AULETTA, *L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in Aa.Vv., 1882-1982. *Cento anni dal Codice di commercio*, Milano, 1984; G.B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1.

² C. VIVANTE, *Prolusione*, cit., *passim*.

³ G. COTTINO, *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 386-387.

⁴ Osservava C. VIVANTE, nella *Prolusione*, cit., che il diritto commerciale trovava applicazione «a chiunque piglia parte in un atto commerciale» con il non commendevole risultato di imporre «a tutti i cittadini, senza temperarli, gli usi che

quello civile e per l'assoggettamento delle relative controversie ai tribunali di commercio, quesiti che invece tutt'oggi impegnano i nostri vicini francesi, chiamati a decidere se un atto rientri o meno nell'elenco degli *actes de commerce* di cui all'art. L110-1 del *Code de Commerce*⁵.

Altra significativa novità era rappresentata, come si è detto, dall'assunta centralità della figura dell'imprenditore, di cui il Codice civile del 1942 offriva e offre, all'art. 2082, una definizione volutamente ampia, atta a ricomprendere figure, fra loro anche sensibilmente diverse, ma che il legislatore vedeva accomunate da un substrato condiviso, costituito, seppur con gradazioni diverse, da alcuni requisiti minimi, riconducibili alla professionalità e economicità dell'attività, all'organizzazione dei fattori di produzione, e, almeno normalmente, al perseguimento

il commercio, specie il grande commercio, si è venuto creando per proteggere i propri interessi» posto che vennero chiamati a compilare il nuovo Codice «gli industriali, i banchieri, gli assicuratori, i rappresentanti delle grandi società ferroviarie, le Camere di commercio, tutrici, anch'esse, del grande commercio, gli uomini che nella professione, nell'insegnamento erano abituati a difenderne gli interessi [...]». Intanto quest'errore di metodo ha condotto a stridenti ingiustizie. Io ho presenti nella memoria e segnate nel margine del mio codice numerose disposizioni, che furono dettate dalla più evidente soperchieria delle imprese commerciali a pregiudizio dei cittadini. Voi crederete, ad. es., che chi è derubato di un titolo al portatore, rimasto irreperibile per un certo numero d'anni, possa chiederne un duplicato all'istituto emittente. Ebbene non è così; la prescrizione non corre a beneficio del proprietario ma dell'impresa debitrice: se il possessore del titolo derubato non si presenta, essa è liberata: così l'impresa specula sul furto, e guadagna ciò che il ladro non ebbe coraggio di esigere [...]».

⁵ Il citato articolo, come modificato dall'art. 17 dell'*Ordonnance* n. 2009-866 del 15 luglio 2009, contiene un'elencazione di atti che la legge reputa «*actes de commerce*», e in particolare, «1° *Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre*; 2° *Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux*; 3° *Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières*; 4° *Toute entreprise de location de meubles*; 5° *Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau*; 6° *Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics*; 7° *Toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement*; 8° *Toutes les opérations de banques publiques*; 9° *Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers*; 10° *Entre toutes personnes, les lettres de change*». Un'ulteriore elencazione è contenuta nel successivo art. L110-2.

dello scopo di lucro (seppur, quest'ultimo requisito, nei termini che si vedranno).

La *reductio ad unum* così operata segnava il transito da una prospettiva obiettiva, quella del Codice del Commercio che s'imperniava sull'atto di commercio, a quella soggettiva, che ruotava intorno al soggetto, di cui, appunto, si forniva una definizione nell'art. 2082 c.c. Un ruolo marginale era riservato all'attività d'impresa che non veniva definita, ma i cui caratteri si evincevano quale precipitato di quelli del suo "titolare", mentre, per la prima volta, venivano delineati dal legislatore i contorni dell'azienda, quale complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio della sua attività (così declamata all'art. 2555 c.c.).

L'imprenditore succedeva al mercante medievale⁶ e al commerciante della legislazione napoleonica e rispetto a quest'ultimo, abbracciava anche l'industriale; veniva così esaltata la sua funzione creatrice di ricchezza, produttiva e innovativa, in contrapposizione all'attività del mercante e del commerciante, essenzialmente consistenti, queste, nell'intermediazione nella circolazione dei beni⁷. La sostituzione dell'imprenditore al commerciante, compreso nella nuova definizione, acquistava una duplice valenza: «si trattava, da un lato, di porre l'accento sull'aspetto socialmente utile, piuttosto che sull'aspetto speculativo, dell'attività dell'imprenditore [...]. Dall'altro di elaborare un concetto di imprenditore che fosse funzionale alle esigenze di un'economia controllata e (che) valesse ad individuare i soggetti – i produttori appunto – cui applicare il sistema dei controlli»⁸.

L'unificazione, come si è detto, trovava un suo ancoraggio

⁶ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 37, data la comparsa del mercante professionale alla maturità medievale (tra l'XI e il XII secolo), epoca in cui riprende campo l'intermediazione della moneta, testimonianza più concreta della vivacità economica e della diffusa fiducia che inizia a diffondersi in tale epoca.

⁷ G. BONFANTE – G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 410.

⁸ F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, cit., p. 1. Si noti che in Francia, accanto all'elencazione degli *actes de commerce*, il Codice di commercio all'art. L121-1 definisce i commercianti, «*commerçants*» come «*ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*».

nella constatazione degli elementi comuni delle diverse attività. Nello stesso tempo, però, le indubbie e svariate articolazioni del fenomeno imprenditoriale si erano conquistate alcuni spazi, cosicché la riconduzione di tutte le figure nella nozione generale era temperata dalla previsione di alcune specifiche disposizioni dettate per il piccolo imprenditore (art. 2083 c.c.), per l'imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.) e per l'imprenditore commerciale, quest'ultimo, invero, individuato più in via residuale – in chi pur rientrando nella definizione di cui all'art. 2082 c.c. non fosse riconducibile alle altre categorie – che attraverso un'elencazione delle attività (art. 2195 c.c.), dotata di mera valenza esemplificativa⁹. Infine, venivano dettate alcune frammentarie disposizioni sugli enti pubblici economici, ove avessero «per oggetto esclusivo e principale un'attività commerciale» all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese e esonerati dal fallimento (art. 2221 c.c.)¹⁰.

⁹ L'art. 2195 c.c., elencando le attività che comportano in capo a chi le esercita l'obbligo di iscrizione, dopo aver indicato le attività industriali, di intermediazione, di trasporto, bancaria e assicurativa vi comprende anche le "altre attività ausiliarie delle precedenti".

¹⁰ Sull'impresa pubblica, si segnalano: M.T. CIRENELI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; ID, *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, v. 8, p. 1992; G. COTTINO, *Ascesa e tramonto dello stato imprenditore: morte e resurrezione?* in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, Torino, 1998; in giurisprudenza, v. Appello Torino, 15 febbraio 2010, in *Società*, 2010, p. 643 che ha affermato che «La qualificazione di un soggetto come pubblico o privato, al fine di stabilire se lo stesso sia o meno assoggettabile a procedura concorsuale, impone una valutazione di prevalenza della sostanza rispetto alla forma giuridica esteriore. In quest'ottica, è irrilevante la circostanza della partecipazione all'ente - nella specie un consorzio - di enti pubblici locali, dovendosi invece avere riguardo al modulo organizzativo e di funzionamento adottato e ritenere prevalente la natura privatistica qualora l'ente utilizzi la struttura di una persona giuridica privata, con gestione ispirata a criteri di economicità, con autonomia negoziale, gestionale, contabile, finanziaria e patrimoniale e senza che l'ente pubblico possa incidere sull'attività della società con poteri autoritativi o discrezionali. Nel condurre la valutazione in questione, assume poi rilievo determinante l'attività concretamente svolta ove sia interamente indirizzata al libero mercato e, nell'ottica di un approccio che dia rilievo all'aspetto funzionale piuttosto che a quello tipologico, alla natura degli interessi protetti che la cui rilevanza pubblica, potrebbe giustificare la deroga alla disciplina privatistica».