

Diritto Commerciale

Nell'articolo 41 della Costituzione italiana viene promossa e sostenuta l'attività economica. L'ordinamento infatti fornisce regole e discipline che tendono a favorire l'attività d'impresa e prosperare le attività economiche.

Le regole del diritto commerciale sono caratterizzate da due profili principali:

- **Speciali**: ossia sono specifiche al diritto commerciale e si distinguono dalle regole presenti nelle altre parti caratterizzanti il diritto.
- Hanno una portata **sovranazionale**

Il diritto commerciale nasce alla fine del '700, quando i mercanti si organizzano in corporazioni e si danno delle regole proprie, che all'inizio erano delle consuetudini, per organizzare i loro scambi. Queste regole erano diverse dalle regole classiche provenienti dal diritto commerciale romano.

Per esempio, i romani stipulavano i contratti commerciali in forma scritta, mentre i mercanti avevano sviluppato forme più semplici come il contratto orale.

Nel diritto romano la responsabilità era di tipo *parziale*, ossia si divideva tra le parti del contratto, mentre per i mercanti la responsabilità diventa di tipo *solidale*.

Da qui nasce il cosiddetto "*ius mercatorum*" → il diritto dei mercanti.

Una importante innovazione è **il fallimento**. Nel diritto romano, se un soggetto diventava insolvente, ed aveva più creditori, la regola applicata era quella della *priorità*.

Nel diritto commerciale moderno, se un imprenditore diventa insolvente, il fallimento ha l'effetto di congelare la situazione, e vige la regola della "*par condicio creditorum*".

Questa regola ha alla base la tutela di coloro che entrano in contratto con l'imprenditore, per semplificare loro il dovere di indagare sulla sua insolvenza o meno.

In questo periodo si ha anche la nascita delle prime società in nome collettivo → SNC.

Con l'affermazione dei grandi stati sovrani, il diritto commerciale diventa nazionale e codificato. Il primo codice di commercio risale al 1865 – Il codice napoleonico – codice di commercio francese.

Oggi le norme del diritto commerciale sono contenute nel Codice Civile.

Il diritto commerciale deve basare su alcune fatti-specie (=oggetto della disciplina).

Per esempio, la nozione di imprenditore descrive una fattispecie a cui si applicano determinate regole specifiche.

Nozione generale di Imprenditore:

"È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi"

L'imprenditore → svolge un'attività organizzativa per svolgere un'attività economica con lo scopo di produrre beni e servizi. È il soggetto che sopporta il rischio d'impresa, ma gode anche dei profitti dell'attività.

Per essere imprenditore, bisogna ci sia la produzione di un valore aggiunto.

Attività economica organizzata → un "minimo" di organizzazione ulteriore rispetto alla mera organizzazione personale (es. "*piccolo imprenditore*").

Attività economica → a scopo di lucro: l'utile generato viene distribuito tra i soci, ottenendo un profitto personale.

Non è un elemento essenziale per l'attività d'impresa il conseguimento di un profitto.

Professionalmente → attività svolta in modo abituale e non occasionale.

Essa non deve essere svolta continuamente, ma anche solo stagionalmente (imprenditore di uno stabilimento balneare).

È anche possibile che essa sia svolta come attività professionale secondaria.

Bisogna distinguere tra due tipi di **imprese illecite**:

1. **Imprese illegali:** soggetti che svolgono attività economica priva delle autorizzazioni richieste dall'ordinamento
Chi la svolge diventa un imprenditore perché conclude contratti, offre beni e servizi e tutto ciò sono atti giuridici validi a tutela del cliente.
2. **Imprese immorali:** contrarie all'ordine pubblico. Chi svolge questo tipo di impresa accudisce la qualifica di imprenditore solo per quanto riguarda le conseguenze negative (es. è indisposto al fallimento).

19.09.2019

Una operazione, un singolo affare può essere considerato attività d'impresa?

Se un'attività è un acquisto e rivendita di un singolo bene e avviene occasionalmente allora no, ma se questa attività dovesse essere un'operazione più complessa, come per esempio la costruzione di un ponte o di un edificio, è una sola operazione, ma dal punto di vista pratico consiste in una serie di attività che devono concatenarsi e dura nel tempo tanto da considerare questa singola operazione come **attività d'impresa**.

- *Al fine della produzione o scambio di beni e servizi.*

Su questo aspetto vi sono diverse controversie che si concentrano su un particolare esempio, che fa emergere in modo evidente un problema, ossia lo stipulatore di borsa (= fa delle scommesse sull'andamento dei prezzi). Questa è un'attività che non produce beni e servizi né li scambia, ma che nel vecchio Codice di Commercio era considerata un'attività d'impresa.

Con il fatto che successivamente il Codice di Commercio è stato inglobato dal Codice civile questa categoria è scomparsa, e non sembra più essere considerata un'attività d'impresa. Infatti, anche il Diritto Tributario ha sposato questa interpretazione perché a livello fiscale i redditi di questa attività vengono qualificati come redditi diversi, quindi in una categoria ben diversa da quella dell'impresa.

Tuttavia, se togliamo questa categoria dal recinto degli imprenditori, li togliamo anche dall'applicazione di tutte le norme dedicate agli imprenditori → in particolare l'applicazione delle procedure concorsuali.

IMPRESA PER PROPRIO CONTO

L'altro aspetto riguardo al quale non c'è un'interpretazione univoca riguarda **l'impresa per proprio conto**. L'impresa per proprio conto è quel soggetto che produce beni e servizi per la propria utilità. Quindi non da destinare al mercato.

| Assolutamente questa non è attività d'impresa perché: | Questa è un'attività d'impresa perché: |
|---|--|
| La destinazione dei beni al mercato non è esplicitata nell'articolo 2082 ma è sottintesa | Se il legislatore avesse voluto avrebbe scritto che un requisito fondamentale per essere imprenditori è la destinazione al mercato |
| Il soggetto non rispetta il requisito dell'economicità perché il soggetto produce beni solo per egli stesso | Riguardo all'economicità possiamo considerare il risparmio di spesa. Se produco un bene che io poi consumo, risparmio quanto avrei speso per acquistarlo. |
| | Inoltre, se noi considerassimo la destinazione del mercato come implicita nell'art 2082 significherebbe che per non essere imprenditore basterebbe dichiarare di non voler destinare al mercato dei beni e servizi che produco per esentarmi dall'essere imprenditore. |

Dal punto di vista pratico bisognerebbe esaminare caso per caso, perché se ci riferiamo al soggetto che coltiva il proprio orto e mangia ciò che coltiva insieme alla sua famiglia, siamo d'accordo di non essere di fronte a un imprenditore. Ma se consideriamo un'edile che costruisce un edificio dichiarando di volerlo destinare alla propria abitazione, ma conseguentemente decide di venderlo → quindi se avesse voluto venderlo dall'inizio sarebbe stato imprenditore, ma così non lo è? Possiamo far dipendere la qualifica di

imprenditore a seconda degli intenti dichiarati? No. Si va ad analizzare l'attività in sé. Se è un'operazione complessa, coordinata, organizzata, tale da presentare tutte le caratteristiche dell'attività d'impresa, allora sì.

CATEGORIE DI IMPRENDITORE

Gli imprenditori si possono distinguere in base alla:

1. **Tipo di attività esercitata, ossia l'oggetto della sua attività.**
 - a) Imprenditore agricolo
 - b) Imprenditore commerciale
2. **Dimensioni dell'attività**
3. **Natura del soggetto che esercita l'attività**

IMPRENDITORE AGRICOLO – art. 2135 del C.c.

Questo soggetto non è sempre stato imprenditore. Nel vecchio codice di Commercio questo soggetto non c'era. Il soggetto che svolgeva l'attività agricola era disciplinato dal Codice Civile e quindi non aveva la qualifica di imprenditore, ma era un soggetto che meramente godeva dei frutti del terreno.

Ora invece dopo l'unificazione del Codice Civile e del Codice di Commercio è entrato nella categoria di imprenditore rimanendo però ben separato da tutti gli altri.

L'art 2135: *colui che svolge un'attività agricola essenziale e anche può svolgere un'attività agricola per connessione.*

Le **attività agricole essenziali** sono tre:

- a) *Coltivazione del fondo*
- b) *Silvicoltura*
- c) *Allevamento di animali*

Coltivazione del fondo - Inizialmente si parlava di coltivazione della terra e di allevamento di bestiame, perché nel 1942 la coltivazione era strettamente della terra, ma il progresso tecnologico anche in campo agricolo ha portato a delle coltivazioni che con la terra hanno poco a che fare. Questo cambiamento denota il fatto che è agricoltore colui che partecipa in tutto o in parte a **un ciclo biologico** vegetale o animale.

Silvicoltura – rappresenta la cura del bosco, praticare l'imboschimento, pulire l'area boschiva, irrigarla in caso di necessità.

Allevamento – non più di bestiame, ma si è passato a un altro tipo di allevamento, di animali: di gatti di razza, di cavalli da corsa, di bacco da seta, itticultura.

Queste trasformazioni sono state effettuate anche per tenere il passo con lo sviluppo tecnologico che ha coinvolto questo settore nel corso degli anni.

L'agricoltore può anche svolgere **un'attività agricola per connessione**. Le attività agricole per connessione sono le attività di trasformazione, di manipolazione, di valorizzazione, di conservazione del prodotto agricolo.

Es. la trasformazione di uva in vino, di latte in formaggi e la successiva commercializzazione. Queste sono delle attività che noi potremmo considerare commerciali, ma queste attività rimangono attratte dalla sfera agricola se presentano una stretta connessione con l'attività agricola essenziale. Questa connessione deve essere di due tipi: *soggettiva* e *oggettiva*.

Connessione soggettiva – chi svolge l'attività agricola di connessione *deve essere* lo stesso soggetto che svolge l'attività agricola essenziale.

Connessione oggettiva – l'attività agricola per connessione si può considerare tale se utilizza prevalentemente i prodotti, gli strumenti dell'attività agricola essenziale.

Esempio: chi coltiva l'uva è possibile produca anche del vino. Questa produzione di vino dovrebbe essere un'attività di tipo commerciale, ma il soggetto rimane imprenditore agricolo se il vino lo *fa prevalentemente* con l'uva che lui coltiva.

Un allevatore di mucche. Se un allevatore di mucche produce vino, sarà imprenditore agricolo quando alleva le mucche, ma sarà imprenditore commerciale quando produce il vino. Ciò perché l'attività di produrre vino non è connessa con l'attività essenziale di allevare mucche.

Se l'allevatore di mucche decide di produrre formaggio, ma si fornisce anche del latte acquistato in posti differenti, e li utilizza entrambi per produrre formaggio, ma il latte proveniente dalle sue mucche è inferiore rispetto al latte che compra per produrre il formaggio, allora la sua attività di produrre formaggio lo porta ad essere un imprenditore commerciale, poiché per esser agricola bisogna utilizzare *prevalentemente* gli elementi della propria attività agricola essenziale.

AGRITURISMO

Disciplinata a livello regionale da legislazioni specifiche.

Rimane della sfera agricola fintato che l'attività di ricezione, alloggio, somministrazione di prodotti alimentari viene fatta prevalentemente con i frutti dell'attività agricola essenziale del soggetto che ne è titolare.

IMPRENDITORE COMMERCIALE – art. 2195 del C.c.

L'articolo 2195 elenca 5 tipologie di attività commerciali:

- **Industriale diretta alla produzione di beni e servizi**

“industriale” in senso contrario rispetto al termine “agricolo”. Ossia è un tipo di attività non agricola.

- **Intermediaria nella circolazione di beni**

Acquista e vende i beni senza sottoporli a nessun tipo di trasformazione

- **Bancaria o assicurativa**

Raccolta di risparmio e sottoporre ad assicurazione

- **Di trasporto**

Via terra, mare, aria – ossia destinato a tutte le tipologie di trasporto.

- **Attività ausiliarie delle precedenti**

Grazie alla definizione numero 5 possiamo far rientrare nell'attività commerciale quasi tutto ciò che non è agricolo.

Tuttavia, se si riesce a trovare delle categorie che non rientrano né nell'impresa agricola né in quella commerciale siamo di fronte a un terzo genere? Facendo riferimento al vecchio Codice di Commercio, qualcuno dice che vi sono ancora le così dette IMPRESE CIVILI – *agenzie investigative, agenzie matrimoniali*. L'interpretazione maggioritaria è concorde però nel ritenere che l'impresa civile non esiste più.

2. Dimensione

Il legislatore individua solamente il **piccolo imprenditore**, definito *dall'articolo 2083 del C.c.*

“è piccolo imprenditore il coltivatore di fondo, l'artigiano, il piccolo commerciante e colui che svolge l'attività economica prevalentemente con il lavoro proprio e quello della propria famiglia⁴”

Sembrerebbe individuare quattro tipi di piccolo imprenditore. In realtà l'elemento che differenzia il piccolo imprenditore è uno solo ed è **la prevalenza del lavoro proprio (4° punto)** su tutti gli altri fattori.

A questa conclusione si arriva facendo delle considerazioni sui primi 3.

Il coltivatore si sa chi è facendo riferimento all'art. 2135. Quando si deve parlare di artigiano, si ha più difficoltà perché non esiste da nessuna parte una definizione di artigiano. Noi lo sappiamo per altre vie, in particolare perché esiste la *legge 4* sull'artigianato che va a definire il soggetto destinatario di quel termine. “piccolo commerciante” è di nuovo un termine molto vago di cui non si ha una definizione.

Quindi questi 3 termini rappresentano delle situazioni conosciute nella prassi, ma non definite allo stato giuridico in cui nella stragrande maggioranza c'è la caratteristica di *piccolo imprenditore*.

La prevalenza deve essere l'elemento essenziale su tutti gli altri fattori, anche il rischio d'impresa, anche il fallimento.

Esempio: l'artigiano 99% è un piccolo imprenditore perché per la *legge 4* è definito in tale modo che il lavoro proprio sia prevalente sugli altri fattori. Ma non è detto lo sia sempre.

L'artigiano orafo, che lavora l'oro, ha dei costi ingenti nell'acquisto della materia prima (oro, gemme, diamanti). Quindi può darsi che il lavoro da lui svolto non sia tale da prevalere sugli altri fattori. Invece se

l'artigiano si limitasse a lavorare materiale altrui, portato quindi dal cliente, in questo caso lui si limita a creare un bene prevalentemente del suo lavoro, quindi in questo caso è un piccolo imprenditore.

La *legge 4* è stata creata per andare a tutelare e incentivare quelle attività di carattere manuale, artistico legate alla tradizione che si rischiava venissero abbandonate. Tutte le regole dedicate all'artigiano sono quindi dedicate alla protezione di queste eredità. Sono agevolazioni di carattere fiscale, tributario, accesso ai finanziamenti. La prima *legge 4* sull'artigianato dava la definizione di artigiano e aggiungeva un'apostile: "*è artigiano a tutti i sensi di legge colui che...*". La legge sull'artigianato attuale, del 1985, non ha poi ripreso questa formula. Essa rimane quindi confinata all'interno di questa legge.

Una seconda precisazione riguarda le società – *le società possono essere piccoli imprenditori?*

Fino al 2007 eravamo molto propensi a dire di no, ciò perché in precedenza la vecchia **Legge Fallimentare**, dichiarava che "*non sono mai piccoli imprenditori le società commerciali*". Ora questo comma della Legge Fallimentare non c'è più. Non c'è scritto da nessuna parte che le piccole società non possono mai essere piccoli imprenditori. (Tuttavia, è difficile che lo siano per la diversa complessità e organizzazione intrinseca delle società).

Fino alla riforma del Diritto Fallimentare c'era una grande problema della coesistenza dell'articolo 2083 con la Legge Fallimentare. Perché l'articolo 2083 mi definiva il piccolo imprenditore sulla base di un requisito di carattere qualitativo "*prevalenza del lavoro proprio su tutti gli altri*". La legge Fallimentare mi diceva che era piccolo imprenditore chi stava al di sotto di certi limiti, quindi requisiti di carattere quantitativo. In particolare, l'articolo 1 della vecchia legge Fallimentare presentava tre cose:

1. "*Sono esonerati dal fallimento i piccoli imprenditori, cioè coloro che sono riconosciuti in sede di accertamento dell'imposta di ricchezza mobile titolari di un reddito inferiore al livello minimo*"
2. "*Coloro che hanno investito nell'attività d'impresa un capitale inferiore a 900.000 lire*"
3. "*non sono mai piccoli imprenditori le società commerciali*".

Il primo a cadere è stato il primo comma quando è stata abolita l'imposta di ricchezza mobile. E di conseguenza il secondo comma ha perso significato, prima di tutto perché non è mai stato aggiornato.

Quindi per lungo tempo è stato in vigore solo il terzo comma. Dopo anni e anni è intervenuta la riforma del diritto Fallimentare, abolendo definitivamente il terzo comma, cambiando il primo articolo:

*"Sono esonerati dal fallimento i piccoli imprenditori i quali stanno al di sotto di questi parametri:
attivo patrimoniale minore di 300.000 euro
ricavi inferiori a 200.000 euro
debiti inferiori a 500.000 euro"*

Ora dopo un'ulteriore rivisita si è tolto il riferimento ai "piccoli imprenditori". Quindi non sono soggetti al fallimento coloro che stanno al di sotto dei limiti sopracitati.

Un altro articolo che ci mette lo zampino in questo contrasto è l'articolo 2221 – "*i piccoli imprenditori sono esonerati dal fallimento*", **fatto salvo le leggi speciali**. ← aggiunto in seguito per ripacificare il tutto. La legge fallimentare è una legge speciale.

Una terza precisazione riguarda l'impresa familiare – *l'impresa familiare è un piccolo imprenditore?*

Impresa familiare → spesso viene confusa con il piccolo imprenditore. L'impresa familiare è quell'attività d'impresa a cui prestano la loro opera il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini (parenti acquisiti) entro il secondo grado → si potrebbe essere indotti a pensare, dunque, che l'impresa familiare sia una piccola impresa, ma in realtà essa viene disciplinata nel Codice Civile dall'articolo **230 bis**.

L'impresa familiare è nata per esigenze completamente diverse rispetto alla mera classificazione delle categorie d'imprenditore: essa è nata a metà degli anni settanta con la riforma del diritto di famiglia per rispondere all'esigenza specifica di tutelare i familiari che lavoravano insieme all'imprenditore: era frequente che l'imprenditore si avvallesse dei propri familiari per portare avanti l'attività d'impresa. I familiari dell'imprenditore non godevano né dei diritti dei lavoratori dipendenti (perché non erano formalmente assunti dall'imprenditore) né dei diritti dei soci (non si formava una società). Spesso l'imprenditore sfruttava il lavoro dei familiari, nei confronti dei quali non era obbligato giuridicamente a riconoscere alcun diritto (stipendio, ferie, malattia, partecipazione agli utili ecc.).

Il legislatore ha cercato di porre rimedio a questa situazione: non era possibile obbligare l'imprenditore ad assumere i propri familiari, dal momento che molte attività sopravvivevano proprio perché non erano obbligate a sostenere i costi legati all'assunzione dei dipendenti (ciò avrebbe portato alla cessazione di moltissime attività d'impresa); non era possibile neppure creare una società, poiché la creazione di una struttura societaria è resa possibile soltanto da una coesione di intenti (non si può obbligare un soggetto a creare una società con un altro soggetto).

- si è scelto di creare la figura dell'impresa familiare, definita come quell'*attività d'impresa a cui prestano la loro opera il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado*.

Questi soggetti dispongono di alcuni diritti sia di carattere amministrativo sia patrimoniale. I **diritti di carattere patrimoniale** sono:

- diritto al mantenimento
- diritto alla partecipazione agli utili
- diritti sui beni acquisiti con gli utili
- diritto di prelazione in caso di trasferimento dell'azienda (questo diritto è a metà tra il carattere patrimoniale e quello amministrativo) → in caso l'imprenditore dovesse cedere l'azienda, è obbligato a preferire un familiare piuttosto che un soggetto terzo

I **diritti di carattere amministrativo** comprendono quelli di partecipazione ad alcune decisioni.

L'impresa familiare è individuale, quindi solo il titolare è il vero imprenditore ed è responsabile delle azioni dell'impresa verso terzi: le decisioni di ordinaria amministrazione spettano al titolare, mentre i familiari partecipano alle decisioni di carattere straordinario (cambiamento della sede dell'impresa, modifica della tipologia produttiva).

La fonte di questi diritti non è un contratto stipulato con il titolare dell'impresa, ma la prestazione svolta (attività lavorativa).

L'impresa familiare può essere una piccola impresa, ma deve rispettare l'articolo 2083 del Codice Civile: essa viene considerata piccola impresa, solo se il lavoro prestato dall'imprenditore e dai suoi familiari è il fattore prevalente su tutti gli altri fattori. Esistono anche imprese familiari non piccole.

3. Natura del soggetto che esercita l'attività

Vi sono diverse classificazioni:

- **distinzione tra impresa individuale e impresa collettiva** → La forma più frequente in cui l'attività d'impresa può essere svolta da più soggetti è la forma societaria (vi sono delle forme societarie particolari in cui vi è un solo socio → società unipersonali e quindi non collettive). Esistono tuttavia anche altre forme di imprese collettive, come le associazioni, le fondazioni, gli enti.
- **distinzione tra impresa privata e impresa pubblica** → secondo l'articolo 2221, vengono esonerati dal fallimento anche gli enti pubblici: anche gli enti pubblici possono svolgere attività d'impresa. Vi sono diverse modalità con cui i soggetti pubblici possono svolgere attività d'impresa:
 1. *imprese organo* → in cui l'attività economica è accessoria rispetto a fini istituzionali che l'ente si propone di raggiungere cioè i fini pubblici;
 2. *enti pubblici economici* → enti pubblici che svolgono come attività principale l'attività d'impresa
 3. *società a partecipazione pubblica* → società di capitali di diritto comune, di cui lo Stato o altro ente pubblico detiene una partecipazione che può essere totalitaria (azionariato di Stato), di maggioranza o di minoranza (società mista).

L'articolo 2082 tralascia alcuni aspetti per quanto riguarda la nozione d'imprenditore:

1. liceità
2. professioni intellettuali
3. imputazione dell'attività
4. momento di inizio e di fine dell'attività d'impresa
5. capacità

Liceità

L'articolo 2082 non contiene alcun riferimento al fatto che l'attività d'impresa debba essere lecita. All'interno delle imprese illecite si distinguono:

- **imprese immorali** → l'oggetto dell'attività è illecito (sfruttamento della prostituzione, spaccio di sostanze stupefacenti ecc.)

- **imprese illegali** → attività lecite, ma esercitate con la violazione di qualche norma (ad esempio, l'attività bancaria svolta senza l'autorizzazione della banca d'Italia).

Vi sono diverse visioni: alcuni sostengono che chi svolge un'attività illecita non possa essere considerato imprenditore (la liceità potrebbe essere quindi sottintesa all'articolo 2082), altri, invece, sostengono che la qualifica d'imprenditore possa essere assegnata anche a coloro che svolgono attività illecite. Per risolvere questo dilemma, è possibile appellarsi ad un principio generale dell'ordinamento, secondo il quale da un'attività illecita non può derivare alcun beneficio: quindi, il soggetto che svolge un'attività illecita acquisisce la qualifica d'imprenditore, ma non può beneficiare di alcuna tutela che viene di norma garantita all'imprenditore (ad esempio, la tutela della concorrenza).

Professioni intellettuali

Le professioni intellettuali *realizzano dei servizi attraverso il loro intelletto e le loro conoscenze* (medici, avvocati, commercialisti, consulenti del lavoro ecc.). I professionisti intellettuali non sono imprenditori. Secondo alcuni, i servizi professionali non sono veri e propri servizi e non vengono concepiti come servizi in senso tecnico (secondo questa interpretazione, la qualifica d'imprenditore dipende dal servizio offerto).

Se un soggetto assume degli ingegneri aziendali o dottori in economia specializzati nella riorganizzazione aziendale, crea una struttura aziendale e quindi può essere qualificato a tutti gli effetti come imprenditore. Quindi la qualifica d'imprenditore non può dipendere dal servizio offerto.

L'attività delle professioni intellettuali rispetta i requisiti dell'articolo 2082, tuttavia i professionisti intellettuali non vengono considerati imprenditori, perché ciò viene imposto dal legislatore per una motivazione di carattere storico. Oggi vi sono diversi tipi di professioni intellettuali ed è possibile distinguere tra:

- **professioni protette** → sono professioni per il cui esercizio è obbligatorio e necessaria l'iscrizione ad un Ordine, Albo o Collegio (medici, avvocati, ingegneri). Queste erano le professioni intellettuali che un tempo si conoscevano.
- **professioni non protette** → sono professioni per il cui esercizio non è necessaria l'iscrizione ad alcun Ordine (grafici, pubblicitari, esperti in riorganizzazione aziendale).

Al tempo della nascita del Codice Civile, le uniche professioni intellettuali che si conoscevano erano quelle protette ed esse erano esentate dalla qualifica d'imprenditore, infatti gli Ordini, gli Albi o Collegi, prevedendo un esame per esercitare una determinata professione e richiedendo particolari requisiti, verificavano già le competenze dei singoli professionisti. Gli Ordini, Albi o Collegi compiono un controllo costante sugli iscritti, imponendo norme deontologiche (correttezza del comportamento) e verificando la loro formazione continua. Appariva dunque superfluo assegnare ai professionisti intellettuali la qualifica d'imprenditore per offrire tutela ai soggetti terzi che entravano in contatto con loro.

Oggi questa interpretazione appare anacronistica, infatti esistono numerose professioni in cui non vi sono Ordini e Albi e mancano del tutto i controlli. Qualche decennio fa, è stata data ai professionisti la possibilità di farsi pubblicità nel rispetto della concorrenza leale (possibilità che spetta anche agli imprenditori).

Vi sono alcuni casi in cui i professionisti intellettuali possono diventare imprenditori, infatti l'articolo 2238 del Codice Civile afferma che un professionista diventa imprenditore quando l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa (ad esempio, il medico che dirige la casa di cura in cui opera è sia professionista sia imprenditore oppure l'insegnante che gestisce la scuola privata in cui insegna).

Un caso anomalo è quello del farmacista: egli è un intermediario nella circolazione di beni (farmaci), ma non è responsabile dell'efficacia/inefficacia di un determinato medicinale → viene dunque considerato un imprenditore.

Imputazione dell'attività

Esercizio diretto dell'attività d'impresa

L'individuazione del soggetto a cui si imputa l'attività d'impresa non solleva particolari problemi quando gli atti d'impresa sono compiuti direttamente dall'interessato o da altri in suo nome. Un principio generale del nostro ordinamento stabilisce che il centro d'imputazione degli effetti dei singoli atti giuridici posti in essere è il soggetto il cui nome è stato validamente speso nel traffico giuridico. Il mandatario è un soggetto che opera nell'interesse di un altro soggetto (mandante) e può porre in essere i relativi atti giuridici sia spendendo il proprio nome (**mandato senza rappresentanza**) oppure spendendo il nome del mandante, se questi gli ha conferito il potere di rappresentanza (**mandato con rappresentanza**).

L'imputazione degli atti posti in essere dal mandatario è retta da principi contrapposti a seconda che il mandato sia o meno con rappresentanza, anche se in entrambi i casi l'interessato è il mandante.

Quando il mandatario agisce in nome del mandante tutti gli effetti negoziali si producono direttamente nella sfera giuridica di quest'ultimo.

Quando, invece, il mandatario agisce in proprio nome, allora egli acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.

→ La qualifica d'imprenditore è acquistata con pienezza di effetti dal soggetto il cui nome è stato speso nel compimento dei singoli atti d'impresa → Diventa imprenditore colui che esercita personalmente l'attività d'impresa compiendo in proprio nome gli atti relativi. Non diventa imprenditore il soggetto che gestisce l'impresa altrui quando operi spendendo il nome dell'imprenditore.

Quando gli atti d'impresa sono compiuti tramite rappresentanza, diventa imprenditore il rappresentato e non il rappresentante. Ad esempio, è il caso del genitore che gestisce l'impresa come rappresentante legale del figlio minore: gli atti d'impresa sono gestiti e decisi dal genitore, ma il minore è l'imprenditore.

Esercizio indiretto dell'attività d'impresa

L'esercizio dell'attività d'impresa può portare ad una dissociazione tra il soggetto a cui è formalmente imputabile la qualifica d'imprenditore e il reale interessato: si tratta del fenomeno dell'**esercizio dell'impresa tramite interposta persona**. In questo caso, vi è un soggetto (persona fisica o giuridica) che compie in proprio nome i singoli atti d'impresa (**imprenditore palese** o **prestanome**) e un altro soggetto (persona fisica o giuridica) che fornisce al primo i necessari mezzi finanziari, dirige l'impresa e fa propri tutti i guadagni (**imprenditore indiretto o occulto**).

Questo modo di operare non crea particolari problemi finché gli affari prosperano e i creditori sono pagati regolarmente dall'imprenditore palese. I problemi nascono quando gli affari vanno male e il soggetto utilizzato dall'imprenditore occulto (dominus) sia una persona fisica nullatenente o una società per azioni o a responsabilità limitata con capitale irrisorio (società di comodo o etichetta). I creditori, quindi, possono provocare il fallimento del prestanome che ha agito in proprio nome; data l'insufficienza del patrimonio del prestanome, il rischio della mancata remunerazione grava sui creditori. → il rischio d'impresa non viene supportato dall'imprenditore occulto, ma viene trasferito sui creditori.

Quali sono i rimedi?

- Parte della dottrina ha ritenuto di poter neutralizzare i pericoli per i creditori, escludendo che il principio della spendita del nome sia un requisito necessario ai fini dell'imputazione della responsabilità per debiti d'impresa. Non si può fare in modo che gli effetti giuridici derivanti da un atto ricadano su un soggetto qualunque non menzionato in quell'atto, anche perché ciò sarebbe pericoloso. Non è possibile cancellare il principio della spendita del nome.
- La **responsabilità cumulativa** dell'imprenditore palese e dell'imprenditore occulto è stata affermata a partire dall'idea che nel nostro ordinamento è espressamente sanzionata l'inscindibilità del rapporto potere-responsabilità → chi prende le decisioni risponde di quelle decisioni e quindi chi esercita il potere di direzione di un'impresa se ne assume necessariamente anche il rischio e risponde alle relative obbligazioni. Vi sono, tuttavia, delle situazioni stabilite per legge in cui questo rapporto tra potere e responsabilità viene spezzato: si tratta delle situazioni in cui vi sono soggetti responsabili delle azioni decise da altri (i soci di una società di persone che non sono amministratori rispondono delle operazioni decise dagli altri soci amministratori; mentre nelle società di capitali gli amministratori decidono operazioni delle quali è responsabile un altro soggetto, ovvero la società).
- Un'altra teoria si basa sulla figura dell'istitutore, cioè un soggetto che sostituisce l'imprenditore. Per l'istitutore è prevista una regola particolare, per cui, quando, l'istitutore agisce dimenticandosi di spendere il nome dell'imprenditore e agisce quindi in nome proprio, in qualche caso di quell'operazione risponde anche l'imprenditore.
Alcuni ritengono che questa regola possa essere allargata anche al rapporto tra imprenditore palese e imprenditore occulto. Vi è però una grande differenza, in quanto il rapporto tra istitutore e imprenditore è conosciuto da tutti, mentre quello tra imprenditore occulto e imprenditore palese non lo è (spesso non vi è alcun documento che collega l'imprenditore occulto al prestanome).
- Un ulteriore passo avanti è compiuto dalla cosiddetta **teoria dell'imprenditore occulto**, che è stata elaborata da *Bigiavi*. Questa teoria parte dall'articolo 147, 2° comma, della Legge fallimentare, ora confluito nell'attuale 4° comma dello stesso articolo. Tale norma completa già il principio posto dal primo comma (il fallimento di una società porta al fallimento in estensione dei soci illimitatamente

responsabili) e dispone che il fallimento della società si estenda anche ai soci la cui esistenza sia scoperta dopo la dichiarazione del fallimento della società e dei soci palesi → **fallimento del socio occulto di società palese**. Ciò è frequente soprattutto nelle società in accomandita, in cui vi sono alcuni soci con responsabilità limitata e altri con responsabilità illimitata → se gli accomandanti (limitatamente responsabili) dovessero violare alcune regole, potrebbero diventare illimitatamente responsabili.

Ad esempio, nel caso della società in accomandita, A, B e C sono illimitatamente responsabili, mentre D è limitatamente responsabile: In seguito al fallimento della società, falliscono A, B e C, ma se il curatore fallimentare venisse a scoprire in seguito che D aveva posto in essere dei comportamenti che lo avevano reso illimitatamente responsabile, allora fallirebbe anche lui → il socio occulto di una società palese fallisce.

Secondo Bigiavi, questa norma si può applicare anche al rapporto tra imprenditore occulto e prestanome, infatti la differenza consiste solamente nel numero di soggetti → **fallimento del socio occulto di società occulta** (tra imprenditore occulto e prestanome vi è un rapporto di società occulta). Questa teoria è stata criticata, ma la recente riforma della legge fallimentare ha aggiunto che dopo il fallimento di un imprenditore individuale, è possibile far fallire la società occulta a cui quest'impresa può riferirsi → se il prestanome fallisce, e se si può dimostrare che dietro il prestanome vi era un altro soggetto con un rapporto tale da poterlo qualificare come una società occulta, allora è possibile far fallire la società occulta e quindi anche l'imprenditore occulto.

- Vi è anche la **teoria dell'impresa fiancheggiatrice** (deriva dalla sentenza dei fratelli Caltagirone): quando il prestanome fallisce, fallisce anche l'imprenditore occulto, poiché quest'ultimo sta realizzando un'attività d'impresa autonoma, diversa dall'attività d'impresa, portata avanti dal prestanome, che consiste nel finanziare, coordinare e dirigere l'attività del prestanome. L'insolvenza del prestanome è quindi dovuta al fatto che l'imprenditore occulto non gli ha fornito i mezzi finanziari necessari per svolgere la sua attività. Anche l'imprenditore occulto è insolvente e fallisce. Al fallimento del prestanome, partecipano i suoi creditori, mentre al fallimento dell'imprenditore occulto partecipano i creditori di quest'ultimo (diversi da quelli del prestanome). Quando questa teoria è stata elaborata per la sentenza dei fratelli Caltagirone, questo problema non esisteva in quanto i creditori del prestanome erano gli stessi dell'imprenditore occulto e il prestanome aveva un credito nei confronti dell'imprenditore occulto.

Se i creditori dell'imprenditore occulto non sono gli stessi del prestanome, far fallire l'imprenditore occulto non gioverebbe ai creditori del prestanome, perché non possono partecipare al fallimento dell'imprenditore occulto (fra i creditori vi sono i creditori forti, come le banche che richiedono e ottengono garanzie e non soffriranno questa situazione).

Può esserci anche il caso in cui il prestanome fallisce e l'imprenditore occulto non sia insolvente, ma decide di non finanziare più il prestanome.

→ Quindi, questa teoria è ottimale per la sentenza per cui è stata elaborata, ma non si può applicare a tutte le situazioni.

MOMENTO D'INIZIO E DI FINE DELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA

Alcuni sostengono sia necessario fare una distinzione tra impresa individuale e società.

Impresa individuale → **effettività dell'esercizio dell'attività**

Società → **sono imprenditori fin dalla loro nascita** perché vengono create per svolgere in comune l'attività d'impresa.

Oggi sembra più corretta l'interpretazione che non distingue tra imprenditore individuale e società, principalmente per l'introduzione di società unipersonali (=società con un unico socio) [Riforma del diritto societario del 2004].

Inoltre, vi è stata l'introduzione delle società tra professionisti con lo scopo di svolgere l'attività professionale, e quindi non svolgono l'attività d'impresa. quindi non è più così vero che le società nascono esclusivamente per svolgere l'attività d'impresa.

L'unico criterio da tenere in considerazione su quando inizia effettivamente l'attività d'impresa è **effettività dell'esercizio dell'attività**.

Dal punto di vista pratico ci sono delle difficoltà, poiché vi sono attività d'impresa che hanno bisogno di atti propedeutici per l'inizio dell'attività. Quindi dal punto di vista pratico è più difficile seguire questo tipo di criterio.

Per semplicità si utilizza il **REGISTRO DELLE IMPRESE** → ci fornisce una scorcio. Nel momento in cui l'imprenditore viene iscritto nel registro delle imprese io ho la certezza che esistono diversi elementi che fanno pensare che questo soggetto andrà a svolgere l'attività d'impresa, e soprattutto una data ben precisa da individuare.

N.B. non è vero che l'inizio dell'attività si ha con l'inizio dell'iscrizione nel Registro delle Imprese.

L'attività d'impresa inizia quando effettivamente viene svolta.

Tant'è vero che è sempre possibile dimostrare che l'attività d'impresa è precedente all'iscrizione al Registro delle Imprese.

Il discorso riguardo la fine dell'attività d'impresa è analogo. Si parte distinguendo tra impresa individuale e società, ma in questo caso ancora di più è importante individuare il momento della fine dell'esercizio dell'attività d'impresa, e quindi questa distinzione risulta inefficace.

Il momento della fine dell'impresa è sempre stato considerato un momento da individuare precisamente, attraverso una data. Ciò perché l'art.10 del Diritto Fallimentare indicava che l'imprenditore commerciale può essere fatto fallire entro un anno dalla cessazione dell'attività. (regola pensata per evitare che l'imprenditore logorasse il momento del fallimento ed evitasse così la procedura concorsuale).

Inoltre, il problema più grande si poneva per le società, perché in passato si intendeva che la società continuasse a esistere fino a quando esistevano delle posizioni giuridiche attive o passive che facevano capo alla società.

La società poteva anche essere sciolta, cancellata dal Registro delle Imprese, ma se dopo tre anni usciva fuori un creditore, questa società doveva renderne conto e quindi da considerarsi non estinta. [la riforma del diritto societario ha inserito un comma che dice che *qualunque cosa succeda se una società è stata cancellata dal Registro delle Imprese deve essere considerata estinta*"]

Anche qui se vogliamo individuare una data precisa – questa è la cancellazione dal registro delle imprese. Tuttavia, anche qui il criterio da osservare è quello della **ineffettività** sia per le imprese sia per le società, ossia la disgregazione della parte produttiva. Ossia è inequivocabile che non può più essere svolta l'attività d'impresa.

CAPACITÀ

Intesa come capacità di compiere determinati atti giuridici, che abbiano una valenza giuridica. Ciò che ci importa è che il soggetto che svolge queste operazioni sia in grado di compiere atti giuridici, ossia abbia la **capacità di agire** (=si acquisisce con il compimento del 18esimo anno di età), ma si può perdere in caso di interdizione o inabilitazione. Chi non possiede questa capacità giuridica è chiamato **incapace** (=non ha la capacità giuridica di compiere atti).

Vi sono tre tipologie di incapaci: *minore, interdetto e inabilitato*.

Se un incapace dovesse svolgere l'attività d'impresa diventa comunque imprenditore. In questo caso si va a combinare con le regole del diritto privato.

Un minore che svolge attività d'impresa, acquisisce la qualifica di imprenditore, ma tutte le attività verranno svolte dai soggetti che ne hanno la tutela.

Tuttavia, bisogna fare una distinzione perché per le attività di impresa agricola non vi sono regole speciali, quindi questa disciplina si rifà al diritto privato.

Per l'attività d'impresa commerciale vengono individuate delle regole specifiche che si affiancano a quelle del diritto privato.

In particolare, c'è un espresso divieto per l'incapace di *iniziare un'attività d'impresa*. l'unica eccezione a questa regola sta nella figura del **minore emancipato**, ossia colui che con un'autorizzazione del tribunale ha anticipato la propria capacità giuridica.

Tuttavia, gli incapaci possono continuare un'attività d'impresa. presupposto per la continuazione dell'attività d'impresa sono: a) che sia utile per l'incapace e b) l'incapace venga autorizzato dal tribunale. Per quanto riguarda il minore e l'interdetto ci sarà sempre un terzo a svolgere le operazioni imprenditoriali per lui. Mentre l'inabilitato può essere autorizzato dal tribunale a svolgere l'attività d'impresa in autonomia.

STATUTO DELL'IMPRENDITORE COMMERCIALE

→ Regole presenti sempre nel codice civile, che richiamano solamente agli imprenditori commerciali.

Possono essere individuate 4 macro-aree:

- a) **Pubblicità legale**
- b) **Le scritture contabili**
- c) **Rappresentanza commerciale**
- d) **Le procedure concorsuali.**

Un tempo la distinzione tra imprenditore commerciale e imprenditore agricolo era molto netta su ciascuno di questi punti. In realtà oggi questa separazione si sta assottigliando perché inizialmente l'imprenditore agricolo era esentato dalle regole della pubblicità legale, ora invece no. Le scritture contabili, civilisticamente l'imprenditore agricolo non è tenuto a tenerle, ma fiscalmente il discorso è differente.