

Dispensa di Diritto Commerciale

Primo parziale

A cura di James Robert Dosio

Appunti dal manuale Campobasso vol.1,
vol.2 cap.1, 2, 3, vol.3 cap.19
dell'anno 2024-25



Diritto Commerciale

Manuale Campobasso Volume 1

.....	1
Diritto Commerciale	2
Manuale Campobasso Volume 1	2
Introduzione	7
Evoluzione storica del diritto commerciale.....	7
Il diritto commerciale attuale	9
Diritto commerciale e diritto delle imprese	9
Organizzazione dei tre volumi	10
Capitolo 1: L'imprenditore	10
Il sistema legislativo. Imprenditore e imprenditore commerciale	10
Nozione generale di imprenditore	11
L'attività produttiva	11
L'organizzazione	12
Impresa e lavoro autonomo	12
Economicità dell'attività.....	12
La professionalità.....	12
Attività d'impresa e scopo di lucro	12
Il problema dell'impresa per conto proprio.....	12
Il problema dell'impresa illecita	13
Impresa e professioni intellettuali	13
Capitolo 2: Le categorie di imprenditori	13
Imprenditore agricolo e imprenditore commerciale	13
L'imprenditore agricolo – le attività agricole essenziali	14
Attività agricole per connessione	14
L'imprenditore commerciale	14
Il problema dell'impresa civile.....	15
Il piccolo imprenditore e l'impresa familiare.....	15
Il piccolo imprenditore nel codice civile	15
Il piccolo imprenditore e la disciplina concorsuale. L'impresa minore	16
L'impresa artigiana.....	16
L'impresa familiare.....	16

L'impresa societaria	17
Le imprese pubbliche	17
Attività commerciale di associazioni e fondazioni. Imprese del terzo settore	18
L'impresa sociale	18
Capitolo 3: L'acquisto della qualità di imprenditore	19
Premessa.....	19
Imputazione dell'attività di impresa	19
Esercizio indiretto dell'attività d'impresa – l'imprenditore occulto	19
Critica. L'imputazione dei debiti d'impresa	20
Una tecnica per reprimere gli abusi	20
Inizio dell'impresa.....	20
Attività di organizzazione e attività di esercizio	21
La fine dell'impresa.....	21
Incapacità e incompatibilità	21
L'impresa commerciale dell'incapace	21
Capitolo 4: Lo statuto dell'imprenditore commerciale	22
Premessa.....	22
La pubblicità delle imprese commerciali.....	22
Il registro delle imprese	23
Efficacia dichiarativa.....	24
Efficacia costitutiva ed efficacia normativa	24
La pubblicità delle società di capitali e delle cooperative.....	24
Obbligo di tenuta delle scritture contabili.....	24
Scritture contabili obbligatorie. Regolarità e controllo	25
La rilevanza esterna delle scritture contabili. L'efficacia probatoria	26
Ausiliari dell'imprenditore commerciale e rappresentanza	26
L'institore	27
I procuratori.....	27
I commessi	27
Capitolo 5: L'azienda	28
La noione di azienda. Organizzazione e avviamento.....	28
Elementi costitutivi dell'azienda	29
L'azienda tra concezione atomistica e unitaria. Azienda e universalità di beni.....	29
La circolazione dell'azienda. Oggetto e forma dei negozi traslativi.	29
La vendita dell'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante.	30
La successione nei contratti aziendali.....	31

I crediti e i debiti aziendali	31
Usufrutto e affitto d'azienda	32
Capitolo 6: I segni distintivi	32
Il sistema dei segni distintivi	32
La ditta. Formazione e contenuto del diritto.	33
Il trasferimento della ditta	34
Ditta e nome civile. Ditta e nome delle società.....	34
Il marchio. Nozione e funzione.	34
I tipi di marchio	35
Requisiti di validità del marchio	35
Marchio registrato	37
Il marchio di fatto	38
Il trasferimento del marchio	38
L'insegna. Nozione e disciplina.	38
Capitolo 7: Le opere dell'ingegno, le invenzioni industriali	39
Le creazioni intellettuali	39
Principi ispiratori della disciplina.....	39
Il diritto d'autore. Oggetto e contenuto.	39
Trasferimento del diritto di utilizzazione economica. Tutela	40
Le invenzioni industriali. Oggetto e requisiti di validità.	41
Il diritto al brevetto	42
L'invenzione brevettata	42
Brevetazione internazionale. Brevetto europeo. Brevetto europeo con effetto unitario	43
L'invenzione non brevettata	43
I modelli di utilità	43
Disegni e modelli.....	44
Capitolo 8: La disciplina della concorrenza	44
Concorrenza perfetta e monopolio	44
La disciplina antimonopolistica italiana ed europea.	45
Le singole fattispecie. Le intese restrittive della concorrenza.	46
Abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica.	47
Le concentrazioni.....	48
Limitazioni pubblicistiche della concorrenza e monopoli legali.	48
Obbligo di contrarre del monopolista	49
Divieti legali di concorrenza.....	49

Limitazioni convenzionali della concorrenza	50
Libertà di concorrenza e disciplina della concorrenza sleale.	51
Ambito di applicazione della disciplina della concorrenza sleale.....	52
Gli atti di concorrenza sleale. Le fattispecie tipiche.	52
Atti di confusione	52
Atti di denigrazione e appropriazione dei pregi	53
Gli altri atti di concorrenza sleale	53
Le sanzioni	53
Pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori.	54
Pratiche commerciali ingannevoli	54
Pratiche commerciali scorrette	54
La pubblicità ingannevole e comparativa.....	55
Capitolo 9: i consorzi tra imprenditori	55
Nozione e tipologia	55
Il contratto di consorzio	56
I consorzi con attività interna. L'organizzazione consortile.	56
I consorzi con attività esterna.	56
Le società consortili.	57
Capitolo 10: Il gruppo europeo di interesse economico	58
Caratteri generali.	58
La disciplina.....	58
Capitolo 11: Le associazioni temporanee di imprese.....	59
La collaborazione temporanea ed occasionale tra imprese.	59
Le associazioni temporanee per la partecipazione ad appalti pubblici.	59
Capitolo 12: le reti di imprese.....	60
Nozione.	60
Il contratto di rete.....	61
L'organizzazione della rete	61
Reti con attività esterna.	61
LIBRO TERZO	62
Capitolo 19: I titoli di credito in generale	62
Premessa.....	62
Funzione e caratteri essenziali dei titoli di credito.....	62
La creazione del titolo di credito: rapporto cartolare e rapporto fondamentale.	63
Titoli di credito astratti e causali.	63
La circolazione dei titoli di credito.....	64
La legge di circolazione. I titoli al portatore.....	64

I titoli all'ordine.....	64
I titoli nominativi	65
L'esercizio del diritto cartolare. La legittimazione.	65
Le eccezioni cartolari.	65
L'ammortamento	66
Documenti di legittimazione e titoli impropri.	66
Dematerializzazione e gestione accentrata dei titoli di massa. Rinvio.	67
LIBRO SECONDO.....	68
Capitolo 1: le società	68
Il sistema legislativo.....	68
Il contratto di società.....	68
I conferimenti	69
Patrimonio sociale e capitale sociale.	69
L'esercizio in comune dell'attività economica.	70
Società e impresa. Le società occasionali.	70
Società occasionali.....	70
Società tra professionisti.....	71
La società tra avvocati	73
Lo scopo fine della società.....	73
Società e associazioni. L'impresa sociale, La società benefit.	73
Società e comunione	75
Società e comunione di impresa.	76
L'impresa coniugale.	76
TIPI DI SOCIETÀ. Nozione. Classificazione.	77
Personalità giuridica e autonomia patrimoniale.....	78
La soggettività delle società di persone.	78
Tipo di società e autonomia privata.	79
Contratto di società ed organizzazione.	80
Capitolo 2: La società semplice e la società in nome collettivo.	80
Le società di persone.....	80
La costituzione della società: atto costitutivo, forma e contenuto.....	81
Società di fatto. Società occulta.....	82
La società apparente.	83
La partecipazione degli incapaci.	83
Partecipazione di una società in una società di persone.	83
L'invalidità della società.....	84

Ordinamento patrimoniale. I conferimenti.....	85
La disciplina dei conferimenti.	85
Il socio d'opera.	85
Patrimonio sociale e capitale sociale.	86
Partecipazioni dei soci agli utili e alle perdite.	86
La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali.	87
Responsabilità della società e responsabilità dei soci.	88
I creditori personali del socio.....	88
Attività sociale. Modello legale e altri modelli statutari.	89
Amministrazione della società.....	89
Amministrazione e rappresentanza.	90
I soci amministratori.	90
I soci non amministratori.	91

Introduzione

Nel nostro diritto privato è possibile identificare un sistema di norme riferite agli imprenditori, soggetti che esercitano professionalmente attività economica organizzata volta alla produzione o allo scambio di beni e servizi (2082 cc). Il motivo per l'esistenza di questa disciplina si trova nelle scelte del costituente, che ha inserito tra i diritti la **proprietà privata e la libertà di iniziativa economica** (41 e 42 cost). Queste opzioni rendono il nostro paese uno che ha scelto l'economia di mercato, basata sui seguenti principi:

- Libertà di produrre e scambiare beni con un'ottica di massimizzazione del lucro personale
- Libertà di coesistenza di una pluralità di operatori economici

Notiamo che queste libertà, nella nostra concezione, rimangono parte della sfera del diritto privato, a differenza di altri stati in cui la collettivizzazione dei mezzi di produzione rende anche questi argomenti parte del diritto pubblico.

Nel nostro sistema il fenomeno imprenditoriale costituisce il l'asse portante dello sviluppo economico e l'utilizzazione delle risorse produttive. Questo porta il legislatore a creare un ambiente giuridico propizio allo sviluppo di imprese e garantire un ordinato e razionale funzionamento di esse. La normativa disciplina quindi sia i rapporti economici dell'impresa che l'impresa unitaria.

- Disciplina dei rapporti: obbligazioni e contratti → tutela dei crediti e rapidità di circolazione dei beni
- Attività unitariamente considerata: statuto dell'imprenditore,

Diritto commerciale (moderno): parte del diritto privato che ha per oggetto e regola l'attività delle imprese (non solo il commercio, perché ci sono imprese non commerciali, le agricole ex. 2195).

Il diritto commerciale si distingue dal diritto privato in due modi:

- Diritto speciale perché si distingue dalle norme generali
- Diritto tendente all'uniformità internazionale (anche nell'ottica della globalizzazione)

Evoluzione storica del diritto commerciale

La formazione di un primo sistema di norme del diritto commerciale risale all'epoca medioevale, in particolare al tramonto del sistema feudale. Con la formazione dei comuni e le aggregazioni dei mercanti sottoforma delle *Corporazioni di arti e mestieri* ritroviamo un primo diritto dei mercanti distinto da quello romano e canonico (lo

ius comune). Alcune caratteristiche degne di nota sono processi accelerati, l'importanza degli usi locali, la risoluzione delle controversie da parte dei consoli (che decidono in base a usi, equità, tutela del credito e l'adempimento delle obbligazioni).

Queste regole con il tempo entrano a fare parte degli statuti delle corporazioni, e la loro applicazione si estende anche a coloro che non sono iscritti alle corporazioni. Si forma quindi uno *ius mercatorum* distinto e contrapposto rispetto allo *ius civile*.

Le regole per le obbligazioni diventano più severe, con l'imposizione di interessi naturali e meno tolleranza per la *datio in solutum*. Questo spesso contrastava con le regole ereditate dei romani. Nascono allo stesso tempo nuovi contratti (assicurazione e cambio) e istituti (scritture contabili, disciplina degli ausiliari e della concorrenza), e si affermano le prime società (società in nome collettivo e in accomandita semplice). Nasce il fallimento, che richiede a tutti i creditori di partecipare proporzionalmente e non più in ordine cronologico (tipico del diritto comune). Vediamo già qui il concetto di specialità (formale per gli strumenti e organi impiegati e sostanziale per i principi applicati). Il diritto commerciale come sviluppato nei comuni si diffonde rapidamente in ogni zona dell'Europa continentale, prova della sua innata vocazione internazionale di uniformazione.

Con l'avvento degli stati nazionali, si passa a un periodo di grande intervento statale nell'economia, in particolare tramite il mercantilismo. Qui vediamo retrocedere i passi fatti dalle corporazioni e l'affermarsi di una minuziosa disciplina pubblicistica. Con la formazione degli imperi coloniali vediamo la formazione delle prime società per azioni, e di riflesso le prime borse valori. Al contempo, la necessità di protezione dell'industria portano alla prima disciplina dei brevetti industriali.

Nell'epoca delle grandi codificazioni nell'Ottocento viene mantenuta la storica distinzione tra diritto commerciale e civile, che segna il definitivo superamento della struttura corporativa della società. In Italia vediamo replicata la distinzione francese con il codice civile del 1865 e il codice del commercio del 1865 e poi 1882. Anche se la distinzione giurisdizionale verrà abolita nel 1888, si mantiene la disciplina separata, con il codice del commercio che regola solo gli atti di commercio e l'attività dei commercianti.

Si elimina l'impostazione soggettiva basata sulla qualificazione come mercante, partendo invece dal concetto di atto di commercio (art. 3 cod. comm. 1882), classificando i soggetti che compiono abitualmente questi atti come commercianti (art. 8). Questo cambio riflette un cambiamento sociale, la marginalizzazione degli storici commercianti e artigiani a seguito della rivoluzione industriale. Tramite l'enumerazione degli atti di commercio si includono per la prima volta anche banchieri, industriali, e varie imprese necessarie per la catena di valore anche se non direttamente produttive.

Notiamo che il codice di commercio introduce la presunzione che contratti conclusi dai commercianti anche se non enumerati si qualificano come tali (presunzione *iuris tantum*).

In questo modo il gruppo di soggetti tenuto alle scritture contabili, il fallimento e la pubblicità si espande notevolmente, con l'eccezione espressa degli artigiani e agricoltori e degli enti pubblici. Per i contratti è presente una doppia disciplina, ovvero in entrambi i codici, anche se i principi ispiratori sono del tutto diversi (civile di ispirazione romana, commerciale a favore di rapida conclusione dei contratti e tutela del credito). Importante notare che la disciplina commerciale si applica a tutti gli atti di commercio, anche se non eseguiti da coloro che si qualificano come commercianti.

Il sistema dualistico si è concluso con la riforma legislativa del 1942 (dovuto in parte all'ideologia corporativista del regime fascista).

- a) Scompare la categoria di atti di commercio e commerciante che viene sostituito dall'imprenditore commerciale
- b) Superata la contrapposizione tra industria e commercio e artigianato e agricoltori. Si sostituisce al commerciante l'imprenditore commerciale (2195 cc) ma si includono nel diritto commerciale ogni tipo di impresa. Viene riconosciuta quindi una nozione generale di imprenditore (2082 cc) che comprende anche impresa agricola (2135 cc), artigiana (2083 cc) e pubblica (2093 cc). È introdotta una disciplina dell'impresa in generale di carattere pubblicistico (2084-2092) e lavoristico (2094-2134 cc) ma anche di diritto privato (azienda 2555-2562 cc, segni distintivi 2563-2574 cc e concorrenza 2595-2620 cc). L'imprenditore commerciale è quindi una sottocategoria, ma mantiene un suo statuto speciale, articolato nelle disposizioni sul registro

delle imprese (2188-2202 cc), scritture contabili (2214-2220 cc), rappresentanza commerciale (2203-2213 cc), il fallimento e le altre procedure concorsuali (rd 16-3-1942 n. 267).

- c) Unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti, permettendo però alcune fattispecie contrattuali specifiche per gli imprenditori, e i contratti tipici di impresa (ad esempio la subfornitura). Scompare la contrapposizione di principio fra atti civili e commerciali. Generalmente nell'unificazione prevalgono i principi storici del diritto commerciale, ad esempio la solidarietà tra i coobbligati (1294 cc). Essenzialmente viene completato il processo di commercializzazione del diritto privato.

Il diritto commerciale attuale

Ci sono stati notevoli cambiamenti storico-culturali dall'entrata in vigore del cc del 1942 ad oggi: la caduta del regime fascista, la Costituzione del 1948 (che tutela la libertà di impresa ma introduce fini sociali all'attività economica privata e pubblica, e tutela dei lavoratori ex 46 cost). Ci sono state grandi innovazioni anche nel campo economico, la statalizzazione e successiva privatizzazione delle grandi imprese pubbliche. Inoltre, si sono affermate le grandi imprese, e con esse la necessità di tutelare molte categorie di soggetti diversi.

Chiaramente tutti questi cambiamenti hanno influito sul diritto, in prima istanza con l'abolizione delle norme corporative fasciste. Gli interventi normativi hanno prevalentemente riguardato le grandi imprese, scarsamente disciplinate dal testo originale del 1942.

1. Differenziazione tra società per azioni quotate e no (società quotate hanno stringenti requisiti per la società di revisione, controllo pubblico sotto la CONSOB).
2. Introduzione di organismi di investimento collettivo quali i fondi comuni di investimento e le società di investimento a capitale variabile (SICAV), introducendo anche una nuova disciplina del mercato dei valori mobiliari sotto il controllo di CONSOB.
3. La storica visione del fallimento e le procedure concorsuali ha lasciato posto all'obiettivo più sostenibile di mantenere in vita, ove possibile, le aziende (in particolare di grandi dimensioni). In un primo momento l'amministrazione straordinaria è stata introdotta per le sole grandi imprese, ma con il passare del tempo si è arrivati a una riforma più drastica, l'introduzione del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12-01-2019, n- 14). Lo stesso termine fallimento è stato sostituito dalla "liquidazione giudiziale".
4. Nel 1990 è stata introdotta una disciplina organica a tutela della concorrenza.

Notiamo anche due punti per concludere con questa introduzione:

- a) Sono stati introdotti molti nuovi contratti commerciali, in certi casi poi tipizzati (quali il *leasing*, *factoring* e *franchising*).
- b) Tendenza all'uniformità sovranazionale (già raggiunta in parte per il diritto della proprietà industriale tramite la Convenzione dell'Unione di Parigi del 1883, e l'accordo TRIPS del 1994). In particolare, troviamo il diritto dell'Unione Europea riguardante il mercato comune europeo, perseguito tramite due strategie: disciplina antimonopolistica comune (direttamente applicabile dall'unione alle imprese, con l'introduzione di nuove forme societarie, la società europea e società cooperativa europea), e le direttive armonizzazione che mirano a portare il diritto dei singoli stati in sintonia tra di loro (in particolare riguardanti le società di capitali). Il diritto consuetudinario internazionale si è anche affermato in vari ambiti, tra cui la contrattazione elettronica, con delle prassi che con il tempo hanno assunto valore normativo vincolante.

Diritto commerciale e diritto delle imprese

Il diritto commerciale (diritto privato delle imprese) non è tutto il diritto delle imprese: gli interessi coinvolti spesso vanno oltre il privato, tra cui:

- a) Diritto del lavoro
- b) Diritto tributario
- c) Diritto pubblico (ad esempio per controllo e sviluppo di settori strategici a livello nazionale, tutela dell'ambiente o per mantenere occupazione ad alti livelli)

Per questo ci sono molti interventi normativi di incentivazione e sostegno a vari settori e regolamentazione più dettagliata per certi settori. Questi aspetti sono da tenere in uguale considerazione con il diritto commerciale studiato qui.

Organizzazione dei tre volumi

La trattazione nel manuale è suddivisa in tre volumi:

1. Tipologie di impresa, statuto dell'imprenditore e dell'imprenditore commerciale (escluse procedure concorsuali)
2. Diritto delle società
3. Contratti di impresa, titoli di credito e procedure concorsuali (non solo i contratti tipicamente commerciale, ma anche quelli che lo erano storicamente prima della fusione dei codici nel 1942).

Capitolo 1: L'imprenditore

Il sistema legislativo. Imprenditore e imprenditore commerciale

Art. 2082.

È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

Il codice civile distingue tra diversi tipi di impresa e imprenditori in base a tre criteri di selezione:

- a) Oggetto dell'impresa (imprenditore agricolo ex 2135 vs. imprenditore commerciale ex 2195)
- b) La dimensione dell'impresa (piccolo imprenditore ex 2083 vs. imprenditore medio-grande)
- c) La natura del soggetto che esercita l'impresa (impresa individuale, società e impresa pubblica)

I tre criteri si cumulano tra di loro per avere una descrizione complessiva di una impresa (anche se la disciplina per ciascuno dei tre criteri non è omogenea).

Il codice detta una serie di norme applicabili a tutte le imprese e gli imprenditori: lo statuto generale dell'imprenditore. Lo statuto è suddiviso in:

- Disciplina dell'azienda (2555-2562)
- Disciplina dei segni distintivi (2563-2574)
- Concorrenza e consorzi (2595-2620)
- Disposizioni sparse sui contratti presenti nel quarto libro
- Disciplina della concorrenza e del mercato nella legge 287/1990
- Codice della crisi e l'insolvenza (d.lgs. 14/2019) in certe parti

È successivamente individuabile lo statuto dell'imprenditore commerciale (che tuttavia si applica anche a società con scopi non commerciali e non si applicano per imprenditori commerciali piccoli e pubblici). Questo corpo include:

- Iscrizione nel registro delle imprese (2188-2202) con effetti di pubblicità legale
- Disciplina della rappresentanza commerciale (2203-2213)
- Scritture contabili (2214-2220)
- Liquidazione giudiziale e concordato preventivo (codice della crisi, e amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi)

Le disposizioni per il piccolo imprenditore e l'imprenditore agricolo sono poche e scarse (definizione più che altro negativa per escludere norme per imprenditori commerciali). Per imprenditori di questa categoria anche commerciali è escluso l'obbligo delle scritture contabili ma rimane con variazioni l'obbligo di iscrizione al registro delle imprese. Cambiano le procedure concorsuali (includendo nella categoria anche le "imprese minori").

La distinzione tra impresa individuale, società e pubblica serve più che altro ai fini di determinare l'ambito di applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale (società diverse dalla semplice devono essere iscritti al registro anche se non commerciali). Gli enti pubblici sono sottratti in gran parte dalla disciplina commerciale e la liquidazione giudiziale (sempre).

Nozione generale di imprenditore

Art. 2082.

È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

Chiaramente questa definizione ha origini ispirate all'economia, ma questo non significa che i concetti sono del tutto sovrapposti. Nell'economia l'imprenditore è l'intermediario tra chi dispone di fattori produttivi e chi domanda prodotti e servizi. In questa attività l'imprenditore svolge un ruolo coordinante e assume il rischio dell'attività. L'assunzione del rischio legittima il suo potere e giustifica l'acquisizione dei profitti. Il movente dell'attività imprenditoriale è infatti l'ottenimento del massimo profitto. Mentre gli economisti definiscono i tratti tipici dell'attività imprenditoriale, è compito del diritto trovare dei criteri minimi per qualificare un imprenditore come tale.

Dall'articolo 2082 si ricava che l'impresa è attività caratterizzata da uno **specifico scopo** (produzione o scambio di beni e servizi) con **particolari modalità di svolgimento** (organizzazione, economicità, professionalità).

Si discute se ci siano altri requisiti quali:

- Scopo di lucro
- Destinazione dei beni e servizi al mercato
- Liceità dell'attività svolta

Notiamo che i requisiti dell'articolo sono solo per la nozione civilistica di imprenditore (possono esserci lievi distinzioni con le nozioni contenute in altri rami quali tributario o europeo). Esistono le nozioni di imprese e non solo il 2082.

L'attività produttiva

Chiamiamo l'attività dell'impresa produttiva perché incrementa l'utilità dei beni spostandoli nel tempo o nello spazio.

Art. 810.
(Nozione).

Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti.

Per qualificare una attività come tale non importa la natura dei beni o servizi, quindi, può essere **anche** di godimento (non mero godimento perché non c'è la produzione di beni e servizi). Locare un immobile non è attività di impresa, ma se si aggiungono servizi collegati quali pulizie e cambio biancheria sì. Un altro esempio può essere l'investimento delle proprie risorse in azioni, obbligazioni e titoli di stato con intenti di speculazione o investimento. Queste attività possono quindi dare vita ad una impresa (commerciale) se sono presenti i requisiti di organizzazione e professionalità. Per questo saranno imprese le società di investimento (che investono denaro per conto dei soci) e le società finanziarie (che erogano credito). Anche le società *holdings* saranno qualificate come imprese commerciali (si potrebbe giungere ad una diversa conclusione quanto a gestire l'attività di coordinamento è una persona fisica, per la difficoltà nel dimostrare la professionalità dell'attività svolta).

L'organizzazione

Non è concepibile attività senza programmazione e coordinamento e senza impiego coordinato di fattori produttivi. Tipico invece è la creazione di un apparato produttivo, di persone e macchinari, coordinato dall'imprenditore che in questo campo gode di una certa supremazia (2086 e 2094). Questo è specchiato nella definizione di azienda come complesso di beni organizzati dall'imprenditore (2555).

Oggi è chiaro che l'attività può essere organizzata anche senza soggetti subordinati (anche solo con il fattore capitale), e similmente non per forza deve essere presente un apparato strumentale fisico (anche solo finanziari).

Impresa e lavoro autonomo

Quando non vengono utilizzati né fattori altrui né il lavoro di altri soggetti rimane il dubbio se il soggetto possa qualificarsi come imprenditore. Questo problema è importante per professionisti d'opera manuale (elettricisti, idraulici) e servizi personalizzati (mediatori, agenti del commercio). Campobasso ritiene di no, perché non è presente l'organizzazione, mentre altri affermano di sì dicendo che si qualifica ex. 2083 e il requisito del 2082 non è vincolante. Campobasso sostiene l'argomentazione con l'inclusione del termine "prevalentemente" nella formulazione del 2083, che postula molteplicità di elementi organizzati.

Economicità dell'attività

Campobasso sostiene che anche l'economicità è un requisito e non semplicemente sinonimo di attività produttiva. Notiamo che l'economicità non è solo il fine dell'attività ma anche il modo con cui è svolta (si distinguono infatti aziende di produzione ed erogazione). Per economico intendiamo che l'attività sia condotta almeno con l'obiettivo di coprire i costi con i ricavi (autosufficienza economica). Questo è da determinare oggettivamente in un quadro complessivo e non nei singoli atti. Non saranno quindi imprenditori coloro che forniscono beni e servizi gratuitamente o quasi.

La professionalità

L'ultimo dei requisiti è la professionalità: che l'attività sia svolta in maniera abituale e non occasionale. Questo non implica che sia in maniera continuata senza interruzioni (stagionali), o che l'attività di impresa sia l'unica o la principale. È possibile che ci sia un'impresa per un unico affare. La professionalità è accertata tramite indici esteriori ed oggettivi (potrebbe essere indicatore, ad esempio, l'acquisto di beni immobili da adibire come uffici).

Attività d'impresa e scopo di lucro

Questo è il primo dei requisiti addizionali, che chiaramente è tipico dell'attività ma non è chiaro se rappresenta un requisito essenziale. Campobasso risponde di no se come scopo ci riferiamo al lucro soggettivo (la qualificazione dipende da criteri esterni e oggettivi). Chi dice altrimenti comunque afferma che il lucro deve essere astratto; quindi, oggettiva (questo però rischia di sovrapporsi con il requisito di economicità, nettamente diversa nella teoria ma non nella pratica). Per il fatto che la nozione di imprenditore è unitaria (anche pubblica ex 2093) concludiamo che serva solo economicità perché le imprese pubbliche non mirano a un profitto vero e proprio. Le società hanno sempre scopo di lucro (2247), sia oggettivo che soggettivo (dividendi), mentre le società cooperative si distinguono per lo **scopo mutualistico**. L'impresa sociale è definita invece come attività di impresa senza scopo di lucro.

Il problema dell'impresa per conto proprio

Può essere considerato imprenditore che produce beni e servizi volti non al mercato ma all'uso e il consumo personale?

La destinazione al mercato non è richiesta da alcun dato legislativo, ma la dottrina comunque si schiera contro questa ipotesi. Principale motivo per questo è la definizione economica di imprenditore come intermediario, e il fatto che i requisiti imposti implicano che ci sia sempre almeno un terzo da tutelare. Questo non esclude che l'impresa possa fornire solo in parte o in maniera potenziale servizi e beni ai terzi.

Notiamo che ci sono vari casi da non qualificare in questa fattispecie, in particolare la cooperativa con produzione rivolta ai soci, che rimane autonoma e valida come impresa, e le imprese pubbliche volte alla produzione di beni per l'ente di appartenenza dietro corrispettivo.

Sono invece da considerare imprese per conto proprio la coltivazione di terreni per soddisfare i propri bisogni e la costruzione di appartamenti non destinati alla rivendita. Tuttavia, anche le imprese per conto proprio se soddisfano altri requisiti dell'impresa quale l'economicità possono essere soggette alla regolamentazione dell'impresa (ad esempio il costruttore in economia per la tutela del credito può essere qualificato come imprenditore commerciale). Sempre prevale la potenzialità di vendita rispetto alle intenzioni dell'attore.

Il problema dell'impresa illecita

Questo problema emerge quando l'attività svolta è contro norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume. Oltre agli esempi classici quale il commercio di stupefacenti, si ricorda ex 2084 che è illecita qualsiasi attività svolta senza autorizzazione se richiesto (attività bancaria, commercio all'ingrosso o al minuto).

Per quanto è chiaro che l'illiceità vada sanzionata, rimane il dubbio se la qualifica di impresa vada rimossa, considerando che anche una impresa illecita può compiere atti giudici validi e leciti (basta che non contribuiscano alla causa del contratto). In breve, i creditori meritevoli di tutela possono esistere anche quando l'attività principale è illecita (quindi l'esposizione a liquidazione giudiziale può sembrare più ragionevole).

Per questi motivi per illiceità causata da mancata autorizzazione (impresa illegale) si può applicare in pieno il complesso normativo per l'imprenditore (commerciale) sia sfavorevole che favorevole ad esso. Per chi opera un'attività ad oggetto illecito (impresa immorale), si applicheranno solo le disposizioni a tutela dei terzi e non quelle favorevoli. Lo stesso discorso si applica per le imprese mafiose, ovvero imprese del tutto lecite di per sé, ma inserite in un contesto illecito per lo scopo per cui la loro attività viene utilizzata.

Impresa e professioni intellettuali

Dal testo dell'articolo 2238 si può desumere che la qualifica di imprenditore è esclusa per chi esercita professioni intellettuali se non inserita in un contesto imprenditoriale più ampio (eg. medico che gestisce una clinica). In questi casi, comunque, si applicheranno entrambe le normative allo stesso soggetto in base all'attività svolta.

Questa regola si applica non solo per il lavoro di un solo professionista, ma anche per chi opera in una grande organizzazione con molti collaboratori (si pensi ai grandi studi legali). Generalmente questo fatto si giustifica dalla dottrina per la mancanza di organizzazione, dato che anche le cospicue attività ausiliarie si qualificano come esterne alla professione intellettuale stessa. Queste professioni sono tutelate dal legislatore, spesso anche limitando l'accesso tramite requisiti di iscrizione ad albi o a svolgere esami di abilitazione. Si aggiunge anche la disciplina contrattuale specifica, tramite il contratto d'opera intellettuale, con criteri specifici per la determinazione del compenso.

Notiamo che non si qualificano come professioni intellettuali solo quelle che richiedono registrazione ad uno specifico albo.

Capitolo 2: Le categorie di imprenditori

Imprenditore agricolo e imprenditore commerciale

L'imprenditore agricolo (2135) e l'imprenditore commerciale (2195) sono le due categorie che il codice distingue in base all'oggetto dell'attività. Il rilievo normativo della distinzione è tuttavia profondamente diverso. L'imprenditore commerciale è tenuto a una lunga serie di obblighi fondata sull'iscrizione nel registro delle imprese (con ruolo di pubblicità legale), tenuta delle scritture contabili, e assoggettamento alla liquidazione giudiziale e le altre procedure concorsuali.

La nozione di imprenditore agricolo invece ha un valore essenzialmente negativo (restringere l'ambito di applicazione della disciplina dell'imprenditore commerciale). La disciplina specifica presente in precedenza è stata gradualmente ridotta, oggi infatti gli imprenditori anche agricoli sono soggetti all'obbligo di tenuta delle scritture contabili, pubblicità legale con iscrizione al registro delle imprese (d.lgs. 228/2001) in una sezione speciale.

Anche se è esclusa la liquidazione giudiziale o l'amministrazione straordinaria, è possibile l'applicazione del concordato minore e le misure preventive quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Rimane il dubbio se si possa individuare una terza categoria di imprese, le **imprese civili**, che non trovano definizione né nell'impresa agricola né in quella commerciale (una seconda definizione negativa).

L'imprenditore agricolo – le attività agricole essenziali

Art. 2135.

(Imprenditore agricolo).

È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Al secondo comma si specifica che le attività connesse sono considerate tali se riguardano la trasformazione o l'alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura.

Ci sono due grandi categorie di attività agricole:

- Attività agricole essenziali
- Attività agricole per connessione

Rispetto al 1942 l'agricoltura in recenti decenni si è trasformata, con la diffusione di metodi industriali nell'agricoltura classica, e l'affermarsi di coltivazioni artificiali e fuori terra spesso svolte al chiuso (serre per funghi e ortaggi ma anche allevamenti a batteria).

La scelta di mantenere l'esclusione dalla liquidazione giudiziale delle spesso grandi imprese agricole ha destato molte perplessità tra giudici ed esponenti della dottrina.

Si sono formate due scuole di pensiero:

- Produzione fondata su ciclo biologico o naturale – **specificato dal legislatore per incentivare attività agricola**
- Metodo di produzione dell'agricoltore (uso del terreno e delle sue risorse) – **Campobasso è d'accordo**

Con il criterio del solo ciclo biologico rientrano quindi coltivazione in serre, vivai e floricultura, selvicoltura se viene coltivato il bosco e allevamenti in batteria se viene seguito l'intero ciclo vitale. Rientrano anche nell'allevamento di animali gli animali non destinati alla consumazione.

Si includono anche allevamenti ittici e l'**imprenditore ittico** nella classificazione di imprenditore agricolo.

Attività agricole per connessione

La categoria di attività agricole per connessione si suddivide in due sottotipi:

- Trasformazione e alienazione dei prodotti agricoli ottenuti prevalentemente da un'attività agricola essenziale
- Le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse impiegate nell'attività agricola.

Sono entrambe attività oggettivamente commerciali, ma vengono considerate agricole quando esercitate insieme a una delle tre attività essenziali. È fondamentale che il soggetto sia *in primis* un imprenditore agricolo (i prodotti altrui non valgono chiaramente). Questa definizione è derogata in parte per quanto riguarda i consorzi e le cooperative di imprenditori agricoli, anche se l'unione stessa non esegue attività (regole recentemente estese alle società di persone e le srl). Non basta tuttavia la connessione soggettiva, è necessaria una connessione oggettiva: non più si richiede che l'attività rientri nel normale processo produttivo o ne sia accessorio, ma solamente il criterio della **prevalenza dell'attività agricola**. Non dipendono quindi le tecniche impiegate (eg. viticoltore con tecniche industriali).

L'imprenditore commerciale

Si considera imprenditore commerciale (ex 2195) coloro che appartengono alle seguenti categorie:

- Attività industriale di produzione di beni e servizi (dato che tutte le imprese ex 2082 producono beni e servizi il fattore distintivo sarà la qualificazione industriale della produzione, che **il legislatore definisce come non agricolo**)
- Attività intermedia nella circolazione dei beni (il commercio da intermediario)
- Attività di trasporto per terra, acqua o aria
- Attività bancaria o assicurativa

- Altre attività ausiliarie alle precedenti (agenzia, mediazione, commissione, spedizione, pubblicità commerciale, anche se si possono contare come produttive di servizi)

Il dubbio rimane per le attività ausiliarie a imprese non commerciali (mediatori agricoli). Notiamo che le ultime tre categorie specificate possono sempre essere inclusi all'interno dei primi due (produzione industriale di servizi). Diventa fondamentale quindi comprendere cosa significa "industriale" e "intermediazione".

Il problema dell'impresa civile

È importante l'eventuale esistenza di questa categoria perché imprenditori non commerciali sono sottratti dallo statuto dell'imprenditore commerciale e la liquidazione commerciale.

Le imprese civili (se esistono) potrebbero includere:

- Attività di produzione di beni senza trasformazione di risorse (eg. miniere)
- Attività di produzione di servizi non di trasporto, bancarie, assicurative o ausiliarie che non utilizzano direttamente risorse (agenzie matrimoniali, investigative, agenzie per il collocamento di domestici e più in generale attività ausiliarie a imprese non commerciali)
- Dato che per attività intermediaria si intende acquisto e vendita di beni, non si qualificherebbe come commerciale anche chi vende beni di sua proprietà, e chi eroga credito con mezzi propri (impresa finanziaria da distinguere da bancaria).

La teoria dell'impresa civile **non è condivisa dalla dottrina prevalente**, che attribuisce altre definizioni al concetto di industriale (inteso come non agricolo) e intermediario (equivalente di scambio). Altro motivo per cui è improbabile che il legislatore abbia voluto escludere certe imprese dalla categoria di commerciali è il fatto che gli esempi proposti spesso erano considerati come imprese commerciali sotto l'abrogato codice del commercio del 1882. La distinzione, inoltre, porterebbe a distinzioni ingiuste tra diversi tipi di imprenditori (tra l'altro ingiustificate sotto un qualsiasi piano logico-morale).

È perciò preferibile definire le imprese commerciali come non agricole, rimuovendo anche il problema del quinto punto, cioè la definizione delle imprese ausiliarie di attività commerciali.

Il piccolo imprenditore e l'impresa familiare

Il codice definisce il piccolo imprenditore contrapponendolo a quello medio-grande. Il piccolo imprenditore è sottoposto allo statuto generale dell'imprenditore (eccezione ex 1330 per il consenso dato dall'imprenditore poi morto). È invece esonerato **anche se commerciale** dalla tenuta di scritture contabili, mentre l'iscrizione al registro delle imprese ha solo funzione di pubblicità notizia. Il piccolo imprenditore è esonerato dalla liquidazione giudiziale e le altre procedure concorsuali, ma può usufruire delle procedure da sovraindebitamento (e in caso di insuccesso nella composizione negoziata può utilizzare il concordato liquidatorio semplificato).

Nel codice civile il piccolo imprenditore ha più che altro una definizione negativa, a differenza dell'elaborata disciplina in leggi speciali che tratta di materia finanziaria, lavoristica e tributaria.

La qualificazione come piccolo imprenditore non sempre è stata chiara perché definita diversamente nella disciplina codicistica, fallimentare e speciale.

Il piccolo imprenditore nel codice civile

Art. 2083.

(Piccoli imprenditori).

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.

L'ultima parte dell'articolo definisce un criterio generale per trovare chi è o non è piccolo imprenditore: la prevalenza del lavoro proprio o familiare. Questo criterio viene interpretato come generale (e quindi categorie specifiche non possono mancare di questo requisito).

- a) L'imprenditore deve contribuire con il proprio lavoro

- b) Il suo lavoro e dei famigliari che collaborano deve rappresentare la maggioranza del lavoro e **del capitale investito**. Questa prevalenza lavorativa deve essere intesa come qualitativa funzionale e non quantitativa.

Il piccolo imprenditore e la disciplina concorsuale. L'impresa minore

La definizione data dalla legge fallimentare era in aperto contrasto con la disciplina codicistica (con criteri quantitativi precisi, spesso diventati svalutati o ritenuti in parte illegittimi dalla Corte costituzionale). In questa situazione anche nel fallimento si faceva riferimento al codice, ma i requisiti erano difficili da accertare nella pratica (spesso sfuggivano a conseguenza anche penali gli imprenditori per questi fatti).

Il codice della crisi ha ripreso i criteri quantitativi, distinguendo definitivamente tra definizione codicistica e fallimentare, introducendo anche una diversa nomenclatura. È stato abrogato l'articolo 2221 che affermava che il piccolo imprenditore non è soggetto al fallimento.

Non è soggetto alla liquidazione giudiziale l'imprenditore che soddisfa i seguenti requisiti:

- Attivo patrimoniale inferiore ad euro 300'000 nei tre anni precedenti (al deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale)
- Aver avuto nei tre anni (come sopra) ricavi inferiori a 200'000 euro
- Avere un ammontare di debiti non scaduti inferiore a 500'000 euro.

Questi valori sono aggiornati dal ministero in base ai valori ISTAT con cadenza triennale. L'onere della prova per dimostrare tutti e tre i criteri è a carico del debitore.

Questo si applica anche alle società commerciali se rispettano i limiti.

L'impresa artigiana

L'impresa artigiana è disciplinata da una apposita legge speciale, che fino a poco tempo fa derogava perfino la definizione codicistica di piccolo imprenditore.

La legge 860/1956 permetteva sia alle imprese individuali che alle società di essere sottratti alla liquidazione giudiziale se i beni prodotti erano di natura "artistica o usuale" anche utilizzando lavoro subordinato e macchinari senza limiti di dimensione e numero.

Oggi è stata sostituita dalla legge 443/1985, che contiene una nuova definizione basata su:

- Oggetto dell'impresa (produzione di beni anche semilavorati, o di servizi)
- Ruolo dell'artigiano (lavoro personale, anche manuale nel processo produttivo)

Continuano ad esserci limiti per il numero di dipendenti in base al settore, ma devono sempre essere diretti personalmente dall'imprenditore artigiano (che può essere tale per una sola impresa).

La qualifica può essere estesa anche a società cooperative o in nome collettivo, con il requisito che la maggioranza del lavoro sia svolto dai soci partecipanti al processo produttivo. Questo è stato esteso anche a sas e srl.

È scomparso ogni riferimento a natura "artistica o usuale" dei beni o servizi prodotti.

La nuova definizione non stabilisce come criterio la necessità del lavoro proprio o familiare; quindi, si stacca definitivamente dalla definizione codicistica di piccola impresa ex 2083. La nuova legge non più concede direttamente privilegi a questa categoria, ma semplicemente le identifica fissando dei principi direttivi seguiti poi dalle regioni nelle loro disposizioni a favore dell'artigianato.

Per sottrarre l'artigiano allo statuto dell'imprenditore commerciale servirà quindi la qualifica codicistica ex 2083 a prescindere dallo status di imprenditore artigianale.

L'impresa familiare

Per famiglia si intende coniuge o parte dell'unione civile, parenti entro al terzo grado (fino ai nipoti) e gli affini fino al secondo grado (fino ai cognati): la **famiglia nucleare**. L'istituto ha avuto grande successo soprattutto ai fini tributari perché permette la frammentazione del reddito dell'impresa fra i parenti dell'imprenditore.

La definizione dal 230-bis, nato per tutelare il lavoro spesso non riconosciuto dei componenti famigliari, è distinta da quella di piccola impresa. La tutela riconosciuta ai membri della famiglia che partecipano in maniera continuativa nell'impresa o nella famiglia (lavoro domestico equiparato a quello nell'impresa) è la seguente:

- Diritto al mantenimento
- Diritto di partecipazione agli utili
- Diritto sui beni acquistati con gli utili e sugli incrementi di valore dell'azienda
- Diritto di prelazione sull'azienda in caso di divisione ereditaria
- Partecipazione alle decisioni in merito alla gestione straordinaria.

Il più grande problema interpretativo che ha sollevato questo istituto è l'impatto sulla titolarità dell'impresa, in particolare il suo carattere individuale. Oggi la dottrina sostiene che l'impresa resti individuale, e i diritti dei familiari si presentano più che come diritti di proprietà come diritti di credito nei confronti del titolare. Gli atti di amministrazione ordinaria rimangono quindi in capo all'imprenditore, e restano sempre validi giuridicamente (potranno invece essere risarciti i danni per decisioni prese in contrasto con la disposizione sulla gestione straordinaria "collettiva"). Si ritiene che l'imprenditore agisca con i terzi *in proprio* e non come rappresentante della famiglia (quindi resta solo lui responsabile), proprio come la sua responsabilità individuale in caso di esposizione a liquidazione giudiziale.

L'impresa societaria

Il terzo e ultimo criterio di differenziazione delle imprese riguarda la natura giuridica del soggetto titolare dell'impresa. Sono previste imprese individuali, societarie e pubbliche. Anche tale distinzione impatta sull'ambito di applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale.

Imprese individuali: imprenditori commerciali non piccoli devono iscriversi al registro delle imprese con valore di pubblicità legale, sono tenuti alle scritture contabili e alle procedure concorsuali.

Per le imprese collettive la situazione è invece più complessa. Le società sono le forme tipiche per esercitare collettivamente l'attività di impresa. La società semplice può essere utilizzata per attività esclusivamente non commerciale, mentre le altre possono svolgere sia attività agricola che commerciale (2249). Le società diverse da quella semplice infatti si definiscono commerciali.

Le più grandi distinzioni nell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale alle società commerciali rispetto agli imprenditori individuali sono le seguenti:

- L'iscrizione al registro delle imprese e la tenuta delle scritture contabili è un obbligo per tutte le società commerciali al di là dell'attività svolta (fermo l'esonero dalla liquidazione giudiziale)
- Nelle snc e sas parte della disciplina è applicata solo ai soci a responsabilità illimitata (tutti snc, accomandatari nella sas)

Le imprese pubbliche

Attività di impresa può essere svolta dallo stato e altri enti pubblici.

- a) Lo stato o altro ente pubblico territoriale possono svolgere direttamente attività d'impresa con proprie strutture prive di distinzione soggettive ma dotate di autonomia decisionale e contabile (attività naturalmente accessoria rispetto ai fini istituzionali)
- b) La pubblica amministrazione può dar vita ad enti di diritto pubblico il cui compito esclusivo o principale è l'esercizio di attività d'impresa (enti pubblici economici come banche pubbliche, INA, ENEL, IRI, ENI). Molti di questi sono stati privatizzati.
- c) Lo stato può anche esercitare attività di impresa tramite strutture di diritto privato generalmente tramite spa a partecipazione pubblica (totalitaria, di maggioranza o di minoranza). Queste sono soggette a liquidazione giudiziale e seguono tutte le regole ordinarie per società di diritto privato.

Regole peculiari sono dettate dagli articoli 2093 e 2201 per enti pubblici economici e attività d'impresa di enti statali. Enti pubblici economici sono sottoposti allo statuto generale dell'imprenditore e dell'imprenditore commerciale, con l'eccezione dell'esonero dalla liquidazione giudiziale (sostituita dalla liquidazione coatta amministrativa).

Rimane dibattuto se gli enti con imprese accessorie siano sottoposte allo statuto generale e commerciale per diverse interpretazioni da un esonero ex 2093.3. Campobasso ritiene che vadano trattate da imprese a tutti gli effetti.

Attività commerciale di associazioni e fondazioni. Imprese del terzo settore

Associazioni e fondazioni, insieme agli altri enti con scopo benefico possono esercitare attività d'impresa (certamente con economicità e non scopo di lucro). L'attività commerciale può essere anche l'esclusivo o principale oggetto dell'ente.

Il codice del terzo settore (d.lgs. 117/2017) introduce regole speciali per l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale agli enti del terzo settore:

- a) Iscrizione solo per scopo principale o esclusivo e impresa commerciale
- b) Tutti tenuti a redigere il bilancio ma solo principale o esclusivo e commerciale sono tenuti alle scritture contabili del codice. Essenzialmente non sono imprenditori commerciali chi non svolge attività in via principale o esclusiva

Campobasso non è d'accordo:

- La base per la decisione è analogia con l'articolo 2201 sulle imprese-organo (ma non va bene perché è una disposizione eccezionale)
- Il 2201 si limita a prevedere l'esonero dalla registrazione e non dall'intero statuto. Il codice del terzo settore non esclude dalla liquidazione giudiziale, quindi, non dovrebbe escludere dallo statuto dell'imprenditore commerciale.

Il CCI risolve la questione affermando che l'apertura della liquidazione nei confronti di un'impresa collettiva comporta l'apertura anche nei confronti degli associati a responsabilità illimitata.

L'impresa sociale

Costituiscono un sottoinsieme di ETS, automaticamente acquistano il carattere con l'iscrizione nel registro delle imprese. Gli ETS che esercitano attività di impresa, tuttavia, non per forza si qualificano come imprese sociali. Non è un nuovo tipo di ente ma solo una qualifica di un ente di diritto privato possono assumere in determinate circostanze. Saranno quindi disciplinate dal codice del terzo settore e dalla disciplina specifica delle imprese sociali. È necessario un impegno a promuovere il bene comune, e non può esserci scopo di lucro.

- 1) Attività di impresa deve essere prevalente
- 2) Oggetto di benessere sociale e particolari modalità di esercizio (assistenza sociale e sanitaria, istruzione, tutela dell'ambiente, microcredito, accoglienza dei migranti)
- 3) Assenza di scopo di lucro (non è proibito un avanzo di gestione, ma deve essere reinvestito o donato, e il patrimonio dell'impresa non sarà mai distribuito a soci o associati)
- 4) Gestione trasparente, responsabile e partecipativa

Particolari regole per mantenere il carattere sociale disciplinano fusione, acquisizione o scissione riguardante una impresa sociale (come per la cessione dell'azienda).

È stato con la legge del 2017 attenuato il divieto di lucro, permettendo una distribuzione di utili solo in misura tale da rivalutare le partecipazioni dei soci ai costi della vita tramite aumento gratuito del capitale o dividendi.

Le finalità di benessere sociale vengono favorite dal legislatore tramite benefici fiscali e il privilegio di potersi organizzare in qualsiasi forma di ente privato (qualsiasi tipo societario). Non possono essere imprese sociali amministrazioni pubbliche, organizzazioni di mera erogazione, e società costituite da un solo socio persona fisica.

- a) Devono iscriversi in una apposita sezione del registro delle imprese
- b) Devono tenere scritture contabili e pubblicare bilancio sia di esercizio che sociale
- c) In caso di insolvenza sono sottoposte alla liquidazione coatta amministrativa invece che alla liquidazione giudiziale

Costituirsi per atto pubblico contenente oggetto sociale, enunciato di mancanza di scopo di lucro, denominazione con la locuzione "impresa sociale", regole e requisiti dei componenti delle cariche sociali, modalità di ammissione ed esclusione e prevedere forme di coinvolgimento dei lavoratori e destinatari (eg. in imprese più grandi membri al Cda)

- d) La nomina di uno o più sindaci per controllo di legalità della gestione (anche fiscalità), fatte salve disposizioni più rigorose previste dalla forma societaria
- e) Possono offrire la sottoscrizione al pubblico di quote o titoli di debito
- f) Sono sotto la vigilanza del ministero del lavoro

Capitolo 3: L'acquisto della qualità di imprenditore

Premessa

La risposta immediata all'interrogativo sul momento di acquisto della qualità di imprenditore sembra essere fornita dall'articolo 2082 stesso: per essere imprenditore è necessario l'**esercizio** di attività d'impresa. Tuttavia, nella pratica questa regola non è né appagante né sufficiente, perché per poter affermare che un dato soggetto è imprenditore l'attività di impresa deve essere imputabile e giuridicamente riferibile a lui. L'articolo 2082 non ci dice niente a riguardo dell'inizio e la fine dell'attività di impresa, e niente a riguardo dell'impresa iniziata da persone con capacità d'agire limitata o assente.

Imputazione dell'attività di impresa

Lo statuto generale dell'imprenditore non si pone particolari problemi quando gli atti di impresa sono compiuti direttamente dall'interessato o da altri nel suo nome.

È principio generale del nostro ordinamento che l'imputazione di atti giuridici individuali è sempre in capo al soggetto il cui nome è stato speso nell'atto. Questo criterio di imputazione di posizioni sia attive che passive risponde ad esigenze di certezza giuridica ed è osservabile bene nel caso del mandato senza rappresentanza.

La validità di atti posti in essere dal mandatario dipende sulla presenza o meno della rappresentanza, concessa per procura (atto unilaterale rivolto ai terzi in cui si conferisce il potere). Con la rappresentanza gli atti hanno validità solo nella sfera giuridica del mandante, viceversa senza procura (anche se il terzo era a conoscenza del mandato).

Il legislatore non stabilisce un diverso principio per il diritto di impresa; quindi, la qualità di imprenditore si attribuirà anch'essa con la spendibilità del nome. È imprenditore chi agisce personalmente compiendo atti spendendo il suo nome. Quando gli atti di impresa sono compiuti da un rappresentante il rappresentato e non il rappresentante ottiene la qualifica (e quindi nelle imprese commerciali sarà soggetto alla liquidazione giudiziale).

Esercizio indiretto dell'attività d'impresa – l'imprenditore occulto

Come per il mandato senza rappresentanza per singoli atti giuridici, si possono trovare i medesimi problemi in casi di dissociazione tra soggetto formalmente imputabile e il reale interessato. Questo è il fenomeno di esercizio di impresa per persona interposta.

Quando l'impresa va bene non c'è problema, ma in caso di problemi di debito si creano grandi difficoltà specialmente se come spesso accade il prestanome o imprenditore palese è nullatenente (oppure è una società di capitali con capitale irrisorio, la cd società di comodo).

Se le obbligazioni sono imputate solo nei confronti del prestanome si porterà a un trasferimento del rischio nei confronti dei creditori. Quali sono i rimedi a questa situazione fraudolenta?

Parte della dottrina sostiene che deve essere superato il principio della spendibilità del nome, altri sostengono che c'è responsabilità cumulativa per il *dominus* (cioè l'imprenditore occulto) a partire dal principio di responsabilità associato al potere.

Un ulteriore passo è fatto dalla teoria dell'imprenditore occulto, basata sull'articolo 256.4 del CCI:

4. Se dopo l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio nei confronti del quale la procedura è già stata aperta o del pubblico ministero, dispone l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti dei medesimi.

L'istanza può essere proposta anche dai soci e dai loro creditori personali.

Questa norma prevede la liquidazione anche del socio occulto di società palese. La teoria procedeva dicendo anche che la regola si applica per analogia per il socio occulto di società occulta (finta come impresa individuale), oggi incluso esplicitamente nel 256.5.

Da qui si arriva al principio che sarà esposto a liquidazione giudiziale chiunque a cui possa attribuirsi concretamente una società (quindi anche un socio cd tiranno di una società di capitali, e un azionista sovrano).

Critica. L'imputazione dei debiti d'impresa

Campobasso critica entrambe le teorie esposte in precedenza. Parte da due presupposti di entrambe come teorie di imputazione dei debiti d'impresa:

- Criterio formale della spendibilità del nome
- Criterio sostanziale del potere di direzione

Campobasso critica il secondo criterio affermando che nella disciplina societaria l'imputazione dei debiti è sempre scollegata rispetto al potere di gestione (anche nelle snc). Inoltre, il collegamento tra responsabilità per le obbligazioni e potere di gestione nelle società di capitali è stata smentita nella disciplina delle srl e spa unipersonali affermando ulteriori requisiti specifici per rimuovere l'autonomia patrimoniale della società. Prosegue spiegando che nei commi 4 e 5 il principio vero e proprio di spendibilità del nome non è derogato ma solo tramite regole specifiche si disciplina il caso di soci già esistenti ma nascosti. Essenzialmente dice che chi è chiamato imprenditore occulto in realtà è già socio.

Nella fattispecie di imprenditore occulto/imprenditore palese non esiste società, perché mancano tutti i requisiti (l'imprenditore palese è semplicemente imprenditore individuale mandatario senza rappresentanza), quindi non si può applicare per analogia il 256.4 CCI. Lo stesso ragionamento si può applicare per la società per azioni di comodo, che può essere ritenuta solo responsabile quando è presente un **abuso** del potere di controllo (2497.1).

In conclusione, è vero che la spendibilità del nome non è l'unico criterio per l'imputazione dei debiti, ma ogni deroga si basa su criteri formali e oggettivi e non solo sul dominio di fatto. Con questo criterio certo si rischia la certezza del credito, ma allo stesso tempo il dominio di fatto li pone in una situazione ugualmente squilibrata ma a loro vantaggio.

Una tecnica per reprimere gli abusi

Ci sono vari metodi di tutela per gli abusi e la frode dell'imprenditore interposto che tuttavia si discostano dalla criticata teoria dell'imprenditore occulto, diverse delle quali sono in applicazione e **non in deroga al principio della spendibilità del nome**.

Una di queste è che nel caso del socio tiranno, l'attività di finanziamento e coordinamento della gestione possono a loro volta essere considerati attività d'impresa autonoma (impresa di finanziamento o gestione *a latere*). In questo modo risponderanno per le obbligazioni da loro contratte sempre che si accerti l'insolvenza della loro impresa (anche possibile la liquidazione).

Inizio dell'impresa

La qualità di imprenditore si acquista con l'effettivo inizio dell'attività di impresa, non con la pianificazione o l'intenzione, ed è valida a prescindere dalle intenzioni e anche se l'attività è iniziata in violazione di norme amministrative. La stessa iscrizione al registro delle imprese non è necessaria per la qualifica come imprenditore commerciale.

Una deroga a questo principio per il caso delle società (e gli enti pubblici economici) è sostenuto da dottrina e giurisprudenza. La società acquisterebbe qualità di imprenditore solo al momento della sua costituzione. **Nota: nel caso di società la persona giuridica della società stessa diventa imprenditore non i soci o l'amministratore.**

Campobasso non ritiene condivisibile questa teoria perché non sono presenti norme che derogano il 2082, quindi il requisito dell'esercizio effettivo non viene meno.

Attività di organizzazione e attività di esercizio

Nel determinare l'inizio dell'attività, bisogna determinare se l'attività vera e propria è preceduta da una fase organizzativa comunque documentata. Senza questa fase prima di qualificarsi come imprenditore sarà necessario affermare la natura professionale dell'attività. Quando si crea una stabile organizzazione aziendale si potrà desumere che sia iniziata l'attività senza compimento di un ciclo produttivo.

Rimane controversa la possibilità di iniziare l'attività già nella fase organizzativa. Campobasso pensa di sì, perché anche l'attività di organizzazione si qualifica come imprenditoriale, che porta a una analoga esigenza di tutela del credito. Chiaramente anche qui ci sarà un criterio di numero e/o significatività per determinare la qualifica di imprenditore in base a solo essi (importante qui può essere la qualifica, ad esempio se è all'interno di uno schema societario).

La fine dell'impresa

L'abrogata normativa fallimentare affermava che l'imprenditore commerciale poteva essere dichiarato fallito dopo entro un anno dalla cessazione dell'impresa (generalmente preceduta da una lunga fase di liquidazione). Veniva ritenuto dalla giurisprudenza che la cessazione era coincidente con la disgregazione del complesso aziendale (in linea quindi con un principio di effettività). Per l'imprenditore individuale era riconosciuto dalla giurisprudenza che l'attività poteva cessare anche senza aver riscosso tutti i crediti e pagato tutti i debiti.

Per le società invece non era possibile la cessazione fino alla fine del pagamento dei debiti, anche dopo la rimozione dal registro delle imprese, una discrepanza poi dichiarata incostituzionale dalla Consulta.

Art. 33 Cessazione dell'attività (CCI)

1. La liquidazione giudiziale o controllata può essere aperta entro un anno dalla cessazione dell'attività del debitore, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo.
3. In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta comunque salva la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del comma 1.

Il sistema in vigore si riassume in questo modo: se un imprenditore iscritto non si cancella, il termine annuale non decorre, se si cancella, si applica ma per imprese individuali è fatta salva la possibilità di dimostrare il proseguimento dell'attività dei creditori o PM.

La cancellazione dal registro delle imprese quindi non è sufficiente, è necessaria anche la cessazione dell'attività mediante la disgregazione del complesso aziendale (soluzione estesa anche alle società di persone dalla Cassazione). Se prosegue una società di capitali, la cui esistenza dipende dall'iscrizione, ci troveremo nell'ipotesi della società di fatto.

Per gli imprenditori non iscritti ci sarà il duplice requisito di cessazione dell'attività e conoscenza dei terzi di questo fatto (non è chiaro chi e come). Importante notare che l'accesso alle procedure concorsuali ora dipende dall'iscrizione al registro delle imprese; quindi, chi ha già rimosso l'iscrizione non avrà più accesso al concordato minore, ad esempio, e non potrà evitare la liquidazione giudiziale.

Incapacità e incompatibilità

È requisito per diventare imprenditore la piena capacità d'agire (no minori o interdetti, anche minore con raggiri). Il divieto è istituito anche per legge per certe categorie di professioni (incompatibili) quali dipendenti dello stato, avvocati e notai. Questo non comporta la negazione della qualità di imprenditore commerciale, ma espone i soggetti a sanzioni amministrative e aggravamento delle sanzioni penali per bancarotta nella liquidazione giudiziale.

Non costituisce divieto anche la proibizione di esercitare attività di impresa a seguito della condanna per bancarotta (perseguibile però penalmente).

L'impresa commerciale dell'incapace

È possibile l'esercizio di una impresa per conto e nell'interesse di un incapace seguendo le regole sulla rappresentanza. L'attività agricola non è specificatamente disciplinata, a differenza dell'impresa commerciale che presenta norme con carattere derogativo.

Il tutore o curatore possono compiere atti dell'ordinaria amministrazione liberamente, ma per atti di straordinaria amministrazione devono richiedere l'intervento del giudice. È presente quindi un divieto assoluto di iniziare una attività commerciale se minore, interdetto o inabilitato. È possibile solo la continuazione di attività già esistente se nell'interesse del soggetto e autorizzato dal giudice competente. Chiaramente nell'esercizio dinamico di una impresa commerciale sono frequenti atti di straordinaria amministrazione; quindi, l'autorizzazione deve essere intesa come piena e generale, quindi un ampliamento dei poteri (si pensi al minore che eredita impresa dei genitori).

Per il minore l'impresa può essere pienamente continuata con autorizzazione del giudice, perfino con esercizio provvisorio in attesa della decisione se consentito. Identiche sono le regole per l'interdetto.

Per l'inabilitato vigono in gran parte le stesse regole, ma se autorizzato può esercitare personalmente l'attività d'impresa con consenso del curatore per atti di straordinaria amministrazione.

Il minore emancipato può compiere tutti gli atti, anche iniziare una nuova impresa. Simile il caso dell'amministrato di sostegno che richiederà il consenso per gli atti stabiliti dal giudice.

Autorizzazione e revoca sono iscritti nel registro delle imprese (2198). Quando esercitata in questa maniera l'impresa, il titolare e imprenditore è sempre il soggetto rappresentato, che quindi sarà esposto alle conseguenze patrimoniali della liquidazione giudiziale. Ci sono vari rimedi interpretativi per evitare che incapaci, in particolare il minore, siano esposti alle conseguenze penali della liquidazione, in particolare nei casi in cui il responsabile sarebbe il rappresentante (333 CCI per i reati concorsuali dell'istitutore). Rimane valida però l'esclusione da professioni e le altre incapacità personali derivanti dall'apertura della liquidazione giudiziale.

Capitolo 4: Lo statuto dell'imprenditore commerciale

Premessa

Notiamo che nonostante la specialità presente già nello statuto dell'imprenditore commerciale, all'interno di esso ci sono discipline ancora più dettagliate a livello settoriale, prevalentemente contenute in leggi esterne rispetto al codice civile (esempi includono il settore bancario, assicurativo, imprese editoriali, revisione contabile, società di gestione di organismi di investimento collettivo, SICAV, società di intermediazione mobiliare).

La pubblicità delle imprese commerciali

Coloro che operano sul mercato avvertono la necessità di un luogo dove ritrovare informazioni veritiere e non contestabili, necessarie per conferire certezza alla contrattazione e evitando l'instaurarsi di controversie.

Questa esigenza è soddisfatta dal legislatore tramite il regime di pubblicità legale, cioè, rendere pubblico certi atti o fatti della vita dell'impresa. Ricordiamo che la pubblicità legale si distingue dalla mera pubblicità per informazione (pubblicità notizia), dato che attribuisce alla pubblicità conseguenze giuridiche precise (in particolare **opponibilità ai terzi**).

Il registro delle imprese è lo strumento di pubblicità previsto per le imprese commerciali non piccole e le società commerciali. Il regime è rimasto senza attuazione fino al 1993, quindi una legge pose fine al lungo e disgiunto regime transitorio. Il registro delle imprese è entrato in funzione definitivamente nel 1997, facendo cessare il registro delle ditte, Busar e Busc. Le differenze principali tra il nuovo regime e quello transitorio sono le seguenti:

- Non è solo come previsto dal codice strumento di pubblicità legale per le imprese commerciali, ma anche di pubblicità notizia (poi anche legale) per imprese agricole, piccoli imprenditori e società semplici (istituito contestualmente il Rea per informazioni aggiuntive non contenute nel registro). È stata anche introdotta la società tra avvocati e tra professionisti.
- La tenuta del registro delle imprese è presso la camera di commercio
- Il registro è tenuto tramite tecniche informatiche.

Il registro è pubblicamente consultabile presso le camere di commercio, che rilasciano anche copie e certificati tramite corrispondenza.

Il registro delle imprese

L'ufficio del registro delle imprese è istituito in ciascuna provincia presso la camera del commercio, retto da un conservatore sotto la sorveglianza di un giudice delegato dal presidente del tribunale locale.

Il registro è formato da una sezione ordinaria e varie sezioni speciali. Nella sezione ordinaria si includono:

- a) Imprenditori commerciali non piccoli
- b) Tutte le società esclusa la semplice
- c) Consorzi tra imprenditori con attività esterna
- d) GEIE con sede in Italia
- e) Enti pubblici con scopo esclusivo o principale attività commerciale (2201 cc), non quindi imprese-organo (contestato da parte della dottrina). Gli ETS sono soggetti a iscrizione solo se svolgono attività commerciale in maniera principale o esclusiva.
- f) Società estere con sede dell'amministrazione o oggetto principale della loro attività in Italia
- g) Reti di imprese dotate di soggettività

Ci sono poi le sezioni speciali istituite per legge speciale:

- 1) Sezione speciale degli imprenditori agricoli (originariamente solo per pubblicità-notizia). È presente un albo speciale per imprenditori artigiani (ma artigiani non piccoli sono tenuti anche all'iscrizione nell'ordinaria come imprenditori commerciali).
- 2) Sezione speciale per società tra avvocati e professionisti (pubblicità-notizia)
- 3) Sezione speciale per soggetti che esercitano attività di direzione e coordinamento (=per i gruppi)
- 4) Sezione speciale per le imprese sociali
- 5) Sezione speciale per atti in lingua straniera (traduzione di atti, serve sempre in italiano, la traduzione se discordante può valere per l'affidamento dei terzi)
- 6) Sezione speciale per le startup innovative e degli incubatori certificati (non più di 5 anni di attività, prodotti o servizi innovativi o ad alto valore tecnologico, ad esempio con un brevetto o forza lavoro qualificata, limite di produzione di 5'000'000 annuali e non aver distribuito ancora utili). Chi si iscrive accede a vantaggi civilistici, tributari e laburistici.
- 7) Sezione speciale delle PMI innovative (requisiti dimensionali con fatturato max 50'000'000 e bilancio max 43'000'000, requisiti di innovazione meno elevati, non è richiesto che sia di recente costituzione). I vantaggi sono limitati rispetto alle startup innovative.
- 8) Sezione delle informazioni di trasparenza previste dalla disciplina antiriciclaggio, formato dalla sezione autonoma (persone giuridiche pubblicano i titolari effettivi) e sezione speciale (stesse informazioni ma per trust italiani e istituti affini). Queste informazioni sono disponibili all'autorità giudiziaria e investigativa.

I fatti e gli atti da pubblicare nel registro sono stabiliti per legge (e dal cc in articoli 2196, 2197, 2198 e 2200). Riguardano essenzialmente:

- a) Elementi di individuazione dell'imprenditore e l'impresa (ditta, oggetto, sede, inizio e fine attività)
- b) Struttura e organizzazione delle società

Devono essere registrate anche modifiche dei dettagli appena segnati, **non sono consentiti registrazioni atipiche** (non previste).

Le registrazioni sono nella provincia della sede, e negli atti e la corrispondenza deve essere specificato il registro (2199 e 2250). L'iscrizione avviene per domanda dell'interessato, anche se può essere eseguita anche d'ufficio da parte del giudice (anche la cancellazione dell'iscrizione avvenuta, e la cancellazione per cessazione dell'attività, che in caso di società di persone può comportare anche la trasmissione degli atti al tribunale per la liquidazione).

Prima dell'iscrizione è necessario un controllo di legalità formale (non sostanziale, anche se la dottrina è dibattuta, perché l'ufficio dovrebbe rilevare cause di nullità degli atti). Per gli atti delle società per azioni sottoposte al controllo notarile di legalità l'ufficio può e deve controllare solo la regolarità formale della documentazione presentata. Allo stesso modo quando l'iscrizione è richiesta in base a un atto pubblico o una scrittura privata autenticata, la competenza del controllo di legalità resta esclusivamente nelle mani del pubblico ufficiale che ha ricevuto o autenticato l'atto, quindi l'ufficio procede direttamente all'iscrizione.

L'iscrizione avviene in maniera elettronica entro 10 giorni dalla presentazione della domanda, mentre in caso di rifiuto è possibile ricorrere entro otto giorni al giudice del registro, la cui decisione per decreto può essere appellata presso il tribunale (stessa cosa per iscrizione o cancellazione d'ufficio del giudice del registro).

L'inosservanza dell'obbligo di registrazione è punita con sanzioni pecuniarie amministrative e con la sanzione indiretta del mancato termine annuale per l'apertura della liquidazione giudiziale.

La pubblicazione nella sezione ordinaria comporta la **pubblicità legale**, quindi avrà il valore di pubblicità dichiarativa, costitutiva e normativa.

Efficacia dichiarativa

Il primo rilievo dell'iscrizione (sempre applicabile) riguarda l'opponibilità verso i terzi. Fatti e atti iscritti sono opponibili dal momento della registrazione (efficacia positiva immediata) e l'ignoranza non potrà essere eccepita. La mancata iscrizione ha invece **efficacia negativa**, ovvero che l'onere della prova spetta all'imprenditore di dimostrare la conoscenza dei fatti da parte del terzo (tramite un atto con valore di prova, ad esempio corrispondenza).

In alcuni casi, espressamente previsti, il legislatore prevede conseguenze maggiori a seguito dell'iscrizione.

Efficacia costitutiva ed efficacia normativa

Ha efficacia costitutiva totale (presupposto perché l'atto sia produttivo di effetti) l'iscrizione dell'atto costitutivo di società capitali (2231 e 2463) e società cooperative (2519). Un esempio di efficacia costitutiva parziale è invece la registrazione della deliberazione della riduzione del capitale reale di una snc (2306), che rimane senza registrazione improduttiva di effetti nei confronti dei creditori.

In altri casi l'iscrizione è presupposto per l'applicazione di un dato regime giuridico (le snc e sas si considerano ss per quanto riguarda l'autonomia patrimoniale senza la registrazione, la cd **società irregolare**).

L'iscrizione nelle sezioni speciali invece ha generalmente la mera funzione di pubblicità notizia (e certificazione anagrafica). Rimane quindi l'onere della prova per quanto riguarda la conoscenza dei terzi dei fatti contenuti nel registro. L'unica deroga è il caso di imprenditori agricoli anche piccoli e società semplici di attività agricola per cui vale anche come pubblicità legale (d.lgs. 228/2001).

La pubblicità delle società di capitali e delle cooperative

Dal 1° ottobre 1997 la doppia disciplina della pubblicità sia nel registro delle imprese che nel Busarl o Busc è stata soppressa. Così finalmente ha trovato attuazione il principio del legislatore del 1942 che mirava alla sola registrazione nel registro delle imprese per le società di capitali e le società cooperative.

Restano delle differenze, tuttavia, rispetto alla regolare iscrizione:

- Mentre per la disciplina generale gli atti iscritti sono immediatamente opponibili (efficacia positiva immediata ex 2193.2) per le sole società di capitali l'opponibilità diventa piena decorsi 15 giorni;
- Restano ferme le disposizioni del vecchio regime che comportano obbligo di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale di certi atti (eg. convocazione dell'assemblea delle spa).

Obbligo di tenuta delle scritture contabili

La programmazione dell'attività d'impresa richiede una costante informazione e un costante controllo sull'andamento degli affari, facilitati dalla disciplina sul sistema di rilevazione contabile dei fatti aziendali. È altresì fondamentale registrare con cadenza regolare (generalmente annuale) lo stato patrimoniale dell'impresa stessa. Chiaramente queste registrazioni sono auspicabili per ogni imprenditore, ma per tutti gli imprenditori che esercitano attività commerciale si trasforma in **obbligo giuridico ex 2214**.

Art. 2214.

(Libri obbligatori e altre scritture contabili).

L'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve tenere il libro giornale e il libro degli inventari.

Deve altresì tenere le altre scritture contabili che siano **richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa** e conservare ordinatamente per ciascun affare gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché le copie delle lettere, dei telegrammi e delle fatture spedite.

Le disposizioni di questo paragrafo non si applicano ai piccoli imprenditori.

Non vi è tuttavia sovrapposizione tra i soggetti individuati dal Codice civile e la categoria degli imprenditori commerciali. La disciplina del codice non si applica ai piccoli imprenditori (anche se esercitano attività commerciale) ex 3° comma.

È invece discusso se le società che non esercitano attività commerciale siano tenute alla scrittura (manca una norma analoga al 2200 per la registrazione al registro delle imprese). Una serie di articoli parlando nel dettaglio delle scritture non fanno però distinzione tra l'attività svolta dalle società quindi si ritiene che questo si possa considerare criterio di estensione.

Gli enti pubblici e gli enti di diritto privato che svolgono attività commerciale in maniera secondarie e accessoria sono tenuti anch'essi alle scritture (tranne ETS). L'obbligo è invece espresso per tutte le imprese sociali.

Scritture contabili obbligatorie. Regolarità e controllo

Il problema più delicato che il legislatore ha dovuto affrontare è stato fissare quali scritture sono obbligatorie e la loro cadenza. L'articolo 2214 stabilisce che l'obbligo si applica alle scritture "richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa", stabilendo che in ogni caso sono necessari il **libro giornale** e il **libro degli inventari**. Infine, devono essere conservati gli originali della corrispondenza commerciale.

Il libro giornale è un registro **cronologico-analitico**, che contiene le operazioni svolte giorno per giorno (2216). Notiamo che basta l'ordine della registrazione e non l'immediatezza della stessa (e che non devono essere singolarmente riportate). Il libro giornale può anche essere articolato in libri parziali.

Il libro degli inventari è invece un registro **periodico-sistematico**, redatto all'inizio dell'impresa e poi con cadenza annuale. Il libro degli inventari contiene attività e passività anche estranee all'attività d'impresa, chiudendosi con il bilancio di profitti o perdite (risultato del conto economico). La redazione del bilancio è disciplinata in maniera dettagliata per quanto riguarda le società per azioni (2423-2435 *bis*), con norme che fissano contenuto e criteri di valutazione. Si considera che la disciplina generale fa rinvio alla disciplina delle spa dove compatibile.

Altre scritture che potrebbero essere richieste sono il libro mastro (divisione operazioni sistematica), libro cassa (entrate e uscite in denaro) e il libro magazzino (che registra le entrate e le uscite di merci).

Generalmente la tenuta di tali scritture viene lasciata alla discrezionalità dell'imprenditore (con atteggiamento favorevole, ad esempio, in sede di procedura concorsuale). Ci sono tuttavia richieste contabili esterne a quelle civili (ad esempio libri tributari o del diritto del lavoro).

Per garantire la veridicità delle scritture è richiesto l'adempimento a specifici requisiti di forma e sostanza. Gli unici requisiti veri attualmente in vigore (sono stati ridotti per favorire flessibilità) sono la numerazione dei fogli, con "norme di ordinata contabilità" (2219, essenzialmente senza spazi bianchi, abrasioni e con cancellatura sempre leggibile). Si possono conservare anche libri in forma digitale.

La mancanza dei requisiti di forme e sostanza fa sì che le scritture siano irregolari e dunque giuridicamente irrilevanti.

Le scritture contabili e la corrispondenza commerciale devono essere conservati per 10 anni (2220).

La contabilità non è di per sé soggetta a controlli, ma per certe categorie di società sono state progressivamente introdotte misure di vigilanza.

Ad oggi tutte le società per azioni devono sottoporsi al controllo di una società di revisione esterna (con altri casi che verranno studiati nel secondo volume).

Le uniche sanzioni civili per mancanza di tenuta sono indirette: non le avranno a disposizione come mezzo di prova a favore (2710) ed è soggetto a sanzioni penali per il reato di bancarotta semplice o fraudolenta in caso di apertura della liquidazione giudiziale (322 e 323 CCI).

La rilevanza esterna delle scritture contabili. L'efficacia probatoria

Le scritture contabili sono destinate in via di principio a restare nella sfera interna dell'imprenditore, tuttavia, ci sono eccezioni a questo principio.

Il bilancio delle società di capitali e delle società cooperative deve essere reso pubblico tramite il deposito presso il registro delle imprese. Inoltre, non può essere opposto il segreto all'organismo di vigilanza per le imprese soggette a vigilanza (spa quotate, bancarie, assicurative). In generale non è opposto alla pubblica amministrazione, per motivi tributari o di repressione dei reati.

L'ipotesi più significativa di rilevanza delle scritture contabili è **in sede processuale** (dato che sono ammissibili sia a favore che contro l'imprenditore ex 2709-2711). Le scritture anche irregolari possono essere usate come mezzo di prova, senza scinderne il contenuto (usare solo la parte favorevole al terzo). Si potrà dimostrare, però, che le scritture non corrispondono alla verità.

Sono più complesse le condizioni purché l'imprenditore possa utilizzare le scritture come prova contro i terzi (in deroga alla generale disciplina a favore delle prove documentali). Devono ricorrere tre condizioni:

- Che siano tenute regolarmente
- La controparte sia anch'essa imprenditore
- La controversia sia relativa a rapporti inerenti all'esercizio d'impresa

Il modo di acquisizione è una richiesta del giudice di esibizione di singole scritture (ovvero dei libri ma solo per i contenuti rilevanti). Ci sono tre casi in cui il giudice può richiedere la comunicazione a controparte di tutte le scritture: controversie legate allo scioglimento di una società, alla comunione dei beni o alla successione *mortis causa*.

Ausiliari dell'imprenditore commerciale e rappresentanza

Gli ausiliari dell'imprenditori possono essere lavoratori subordinati (ausiliari interni o subordinati) oppure collaboratori esterni stabili in base a rapporti contrattuali quale spedizione, agenzia, mediazione (ausiliari esterni o autonomi).

Il fenomeno della rappresentanza è regolato da norme speciali per effetto del rinvio operativo dell'art. 1400, quando riguarda atti inerenti all'esercizio d'impresa posti in essere da alcune figure tipiche ausiliarie interni: **istitori, procuratori e commessi**.

Nella disciplina generale della rappresentanza (1387 e ss.) non basta il contratto di mandato con cui è affidata il compito ma è necessaria la **procura**, l'atto unilaterale con cui è conferito il potere di rappresentanza. Il potere di rappresentanza esiste nei limiti fissati dalla procura e presuppone che questa sia conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere (1392).

Il terzo che contratta con il rappresentante è tenuto ad accertare quindi l'esistenza del potere tramite la produzione della procura (1393), anche perché la responsabilità del difetto del potere ricade su di lui. Il contratto con *falsus procurator* anche se concluso in buona fede con il terzo non comporterà alcuna conseguenza nei confronti del "rappresentato". Il risarcimento del danno potrà essere chiesto solamente al *falsus procurator* (1398).

Queste regole si applicheranno per collaboratori esterni, anche se stabili (esempio il contratto di agenzia ex 1752).

Il sistema di rappresentanza commerciale, definito dagli articoli 2203-2213, presenta i seguenti principi ispiratori:

- a) Istitori, procuratori e commessi sono automaticamente dotati di potere di rappresentanza in virtù della loro posizione
- b) Il potere è un effetto naturale della loro posizione e non dipende da un atto di procura
- c) Per modificare la rappresentanza sarà necessario uno specifico atto, opponibile solo se portato a conoscenza dei terzi (nelle modalità previste).

Le tre figure poi si differenziano per la loro collocazione nell'impresa, ma la generale tutela dei terzi rimane uguale. Il terzo dovrà solo controllare se l'imprenditore ha modificato il potere e non se lo ha conferito.

L'institore

Colui che è preposto dal titolare all'esercizio dell'impresa (2203.1) o di una sede secondaria o un ramo di essa (2203.2). Nel linguaggio comune, è il direttore generale dell'impresa o una sua filiale o ramo.

Di regola è un lavoratore subordinato con la qualifica di dirigente, contraddistinto dalla posizione apicale nella gerarchia del personale in virtù di un **atto di preposizione dell'imprenditore** (può essere vertice assoluto o relativo dell'impresa). È possibile che ci siano più institori che agiscano disgiuntamente (2203.3). Rimane fondamentale che il potere del quale sia dotato è generale e non specifico.

L'institore per la sua posizione è tenuto agli stessi obblighi dell'imprenditore per il registro delle imprese e le scritture contabili (2205), e si applicheranno anche le stesse sanzioni penali in caso di liquidazione giudiziale (anche se l'apertura e gli effetti personali si applicano solo all'imprenditore).

Al potere generale di gestione è corrisposto un potere generale di rappresentanza (2204).

CHIARIMENTO BOH

La formulazione ampia stabilisce che può compiere "tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa", che può essere difficile da determinare in caso di un ramo o una filiale dell'impresa (generalmente si preferisce il criterio delle imprese **di quel determinato tipo** e non della singola impresa).

Chiaramente non sono permessi atti che esulano dall'esercizio d'impresa (ad esempio la cessione dell'azienda), ed è proibito alienare o ipotecare beni immobili del preponente senza autorizzazione specifica. La rappresentanza processuale è sia attiva che passiva (attore e convenuto, solo per atti svolti nell'esercizio dell'impresa **non solo da lui**). La rappresentanza è modificabile sia in positivo che in eccesso (per quella processuale ci sono dubbi sulla passiva, Campobasso sostiene di sì), ma è valido solo se pubblicato nel registro delle imprese (senza pubblicità si presume generale). La procura si ritiene superflua se non nella limitazione (e quindi non ci sono i requisiti di forma ex 1392, notiamo che la rappresentanza rimane **volontaria e non legale**). La stessa disciplina di pubblicità si applica per la revoca (2207).

Nella rappresentanza generale il rappresentante deve sempre rendere nota la sua qualifica per garantire che il terzo sappia che il rapporto che avrà sarà con il rappresentato (1388). Il rappresentante che non fa ciò obbliga solo sé stesso. Nella disciplina dell'institore la disciplina viene parzialmente derogata in quanto nel caso di mancata notifica della qualifica di rappresentante, il preponente risulterà obbligato in solido se l'atto è pertinente all'esercizio dell'impresa.

I procuratori

Articolo 2209

Le disposizioni degli articoli 2206 e 2207 si applicano anche ai procuratori [2196, n. 5], i quali, in base a un rapporto continuativo, abbiano il potere di compiere per l'imprenditore gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa [2204], pur non essendo preposti ad esso (1).

I procuratori sono ausiliari subordinati di livello inferiore, differenziati dall'institore perché:

- Non sono posti a capo dell'impresa, un ramo o una sede
- Il loro potere decisionale è circoscritto ad un settore operativo specifico

Esempi possono essere direttore del settore acquisti o il dirigente del personale. I procuratori sono investiti di rappresentanza generale in un settore operativo limitato al loro. Per mancato richiamo, desumiamo che il procuratore:

- 1) Non ha potere di rappresentanza processuale
- 2) Non è soggetto agli obblighi di registrazione e scritture contabili
- 3) Non trova applicazione il 2208 (si applica il 1392 per la *contemplatio domini*)

I commessi

I commessi sono ausiliari subordinati ai quali sono conferite mansioni esecutive e materiali che li pongono in contatto con i terzi (eg. commesso in negozio).

La rappresentanza anche qui non espressa sarà chiaramente molto limitata rispetto a institori e procuratori.

Articolo 2210 (comma 1)

I commessi dell'imprenditore, salve le limitazioni contenute nell'atto di conferimento della rappresentanza, possono compiere gli atti che ordinariamente comporta la specie delle operazioni di cui sono incaricati [1835].

Salva espressa autorizzazione, i commessi:

- a) Non possono esigere il prezzo delle merci delle quali non facciano la consegna, né concedere dilazioni e sconti che non siano d'uso,
- b) Non hanno il potere di derogare condizioni contrattuali dell'imprenditore,
- c) Non possono esigere prezzo di vendita al di fuori dei locali predisposti (o all'interno se non in cassa).

I commessi sono legittimati a ricevere per conto dell'imprenditore dichiarazioni che riguardano l'esecuzione di contratti e reclami relativi a inadempienze. È riconosciuta la legittimazione a richiedere provvedimenti cautelari nell'interesse dell'imprenditore (2212). L'imprenditore può ampliare o limitare tali poteri (senza un regime di pubblicità legale, opponibili quindi se portati a conoscenza con mezzi idonei o con la prova della conoscenza). Campobasso sostiene che questa disciplina è applicabile anche ai piccoli imprenditori commerciali con deroga del requisito di pubblicità.

Capitolo 5: L'azienda

La nozione di azienda. Organizzazione e avviamento.

Art. 2555
(Nozione)

L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

Da questa definizione sintetica emerge il rapporto tra impresa e azienda sotto il profilo giuridico: l'azienda è l'apparato strumentale di cui l'imprenditore si avvale per esercitare la sua attività.

Nella nozione di azienda va posto accento sul dato dell'organizzazione, anche se cambiano i beni materiali che la compongono resterà sempre un complesso caratterizzato da un'unità di tipo funzionale. Il rapporto di strumentalità e complementarità tra i singoli elementi fa sì che il valore del complesso di beni sarà sempre maggiore delle singole parti. Questo valore maggiore è chiamato **avviamento**.

L'avviamento di una azienda è generalmente rappresentato dalla sua attitudine volta a consentire la realizzazione di un profitto.

Si può quindi distinguere tra:

- Avviamento oggettivo (non dipende dall'imprenditore, ad esempio la possibilità di produzione di una fabbrica)
- Avviamento soggettivo (avviamento dovuto alle doti dell'imprenditore e alla sua abilità di espandere e mantenere la clientela)

L'unità dell'azienda e il mantenimento della stessa è un fattore essenziale nella disciplina normativa del trasferimento dell'azienda (2256-2262). Notiamo che la disciplina nel libro V si esaurisce proprio in queste fattispecie, mentre sono presenti riferimenti variegati per altri casi specifici (eg. segni distintivi o disciplina della concorrenza). La definizione di azienda è relativa, perché lo stesso legislatore in altre normative introduce nozioni differenziate.

Il trasferimento a titolo definitivo o temporaneo è sottoposto a una normativa specifica in deroga al diritto comune (diverso quindi dal trattamento di singoli beni o complessi non finalizzati allo svolgimento dell'attività d'impresa).

Il passaggio di un'azienda comporta peculiari effetti *ex lege* (divieto di concorrenza, successione nei contratti aziendali) volti a conservare l'unità economica e il valore dell'avviamento dell'azienda. Questi interessi si sovrappongono anche con interessi generali di non disgregare aziende già sviluppate.

Elementi costitutivi dell'azienda

Sono elementi costitutivi tutti i beni volti all'esercizio dell'impresa (mobili, immobili, fungibili, infungibili, materiali, immateriali). Per classificare un bene come parte dell'azienda sarà fondamentale quindi la destinazione funzionale e non il titolo giuridico (reale o obbligatorio). Beni di proprietà dell'imprenditore non destinati a scopo economico sono quindi esclusi (eg. abitazione di proprietà), mentre beni di terzi impiegati nell'attività con titolo idoneo ne faranno parte (eg. beni in *leasing*).

È dibattuto invece il significato del termine bene. Alcuni sostengono che si possano includere anche servizi (lavoro subordinato, primo tra tutti), crediti e debiti, e lo stesso avviamento (che notiamo non è né bene né diritto, ma solo una caratteristica suscettibile di valutazione economica). Campobasso preferisce la definizione in base al concetto di "cose" utilizzabili nel concreto per l'esercizio dell'impresa. La successione nei contratti è un effetto naturale che tuttavia si può escludere, non fa parte del complesso di beni.

L'azienda tra concezione atomistica e unitaria. Azienda e universalità di beni

Le teorie unitarie considerano l'azienda un bene unico, nuovo e distinto rispetto ai suoi componenti, un bene immateriale o un'universalità di beni (qualificazione sostenuta tuttora in giurisprudenza). Si ritiene che il titolare dell'azienda abbia sulla stessa un diritto di proprietà unitario destinato a coesistere sui diritti che vanta sui singoli beni (dispone quindi degli strumenti di tutela della proprietà per il complesso anche se non è titolare di tutti i beni singoli).

La teoria atomistica sostiene il contrario, affermando che anche quando le norme fanno riferimento a proprietà o usufrutto dell'azienda lo fanno con significato atecnico. Campobasso ritiene che nonostante la scarsa rilevanza normativa della disputa, la scelta della teoria atomistica sia di base da preferire. Fa notare che questa teoria non si contrappone con l'interesse di mantenere l'unità dell'azienda stessa, concludendo che il migliore equilibrio tra le due teorie sia proprio la concezione come **universalità di beni**.

Il nuovo scoglio da affrontare è se la disciplina dell'universalità di mobili, che accomuna questa fattispecie con quella dei beni immobili, è applicabile all'azienda.

L'applicabilità diretta e generale è da escludere. Ci sono infatti notevoli differenze:

- Non sono solo beni mobili
- Non sono tutti di proprietà dell'imprenditore

Queste differenze sicuramente non escludono però l'applicazione per analogia del regime dell'universalità di mobili. Grazie a questo strumento, possiamo affermare che:

- L'insieme dei beni è sottratto dall'applicazione della norma "possesso vale titolo" (ovviamente non si pone neanche il problema per beni immobili e mobili registrati)
- L'usucapione è di 20 e non 10 anni (1160 al posto di 1161)
- L'azione di manutenzione può essere usata (1170)

La circolazione dell'azienda. Oggetto e forma dei negozi traslativi.

L'azienda può formare oggetto di atti di disposizione, quali vendita, conferimento in società, donazione, costituzione di diritti reali minori o diritti personali a favore di terzi.

È fondamentale distinguere tra la vendita di singoli beni aziendali e l'azienda perché varia il regime giuridico applicato. Non è sempre facile verificare questo, anche perché le parti potrebbero ricorrere a pratiche per far apparire una cessione di azienda come solo dei beni (ad esempio dividendo il trasferimento in più parti minori per evitare il subingresso dell'acquirente nei contratti di lavoro), oppure far apparire trasferimento d'azienda ciò che in realtà non lo è (per eludere limiti posti al trasferimento del marchio e della ditta).

La qualificazione si basa non sul *nomen* del contratto ma sul risultato realmente perseguito (perché gli effetti prodotti dal contratto incidono anche su terzi). Certamente è valido il trasferimento d'azienda anche quando si tratta di solo un ramo, purché questo ceppo abbia una sua organicità operativa. Il criterio essenziale è che il complesso trasferito sia potenzialmente idoneo ad essere utilizzato per l'esercizio di una **determinata** attività d'impresa (non per forza la stessa dell'alienante).

Le forme da osservare sono fissate dall'articolo 2556, che porta a una grande distinzione tra forma *ad substantiam* richiesta e forma per la sola prova o opponibilità ai terzi.

Per la forma *ad substantiam* l'articolo è chiaro (e valido per tutti i tipi di azienda): la forma necessaria per il trasferimento dei singoli beni.

Articolo 2256

Per le imprese soggette a registrazione [2195, 2560] i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda [2565, 2573] **devono essere provati per iscritto** [2725], salva l'osservanza delle **forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda** o per la particolare natura del contratto.

I contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, **a cura del notaio rogante o autenticante** [2188].

Da qui troviamo che per il trasferimento di beni immobili sarà necessaria a pena di nullità la forma scritta (1350) e per il conferimento in spa sarà sempre necessario l'atto pubblico (2328).

Inoltre, per le società soggette alla registrazione, sarà sempre necessaria la forma scritta (*ad probationem*). Sarà poi necessario depositare i contratti al registro (in forma di scrittura privata autenticata o atto pubblico), obbligo a cura del notaio. Data la finalità di ordine pubblico (antiriciclaggio e antimafia) si sostiene che anche gli imprenditori non soggetti a registrazione nella sezione ordinaria siano soggetti a questo obbligo. Questa iscrizione ha sempre valore di pubblicità dichiarativa e non legale.

La vendita dell'azienda e il divieto di concorrenza dell'alienante.

Oltre agli effetti previsti dal contratto, l'alienazione dell'azienda prevede *ex lege* effetti ulteriori che riguardano il divieto di concorrenza dell'alienante (2557), i contratti (2558), i crediti (2559) e i debiti aziendali (2560).

Articolo 2257.1

Chi aliena l'azienda deve astenersi, per il periodo di **cinque anni** dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che per **l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze** sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta.

Articolo 2257.4

Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela [2135].

Questa norma bilancia la necessità dell'acquirente di godere dell'avviamento soggettivo (clientela) e la libera iniziativa economica dell'alienante. Il divieto è derogabile e ha un carattere relativo (solo se la nuova attività è idonea a sviare clienti).

Articolo 2257.2

Il patto di astenersi dalla concorrenza [2125, 2573] in **limiti più ampi di quelli previsti** dal comma precedente è valido, **purché non impedisca ogni attività professionale** dell'alienante. Esso non può eccedere la durata di cinque anni dal trasferimento [2596].

Articolo 2257.3

Se nel patto è indicata una durata maggiore o la durata non è stabilita, il divieto di concorrenza vale per il periodo di cinque anni dal trasferimento [1339].

Notiamo che il divieto è valido anche la vendita coattiva, quindi anche per la liquidazione giudiziale. Rimane più incerta la dottrina sulle seguenti circostanze:

- Divisione ereditaria con assegnazione dell'azienda a uno degli eredi

- Scioglimento di una società con assegnazione dell'azienda sociale a uno dei soci quale quota di liquidazione
- Vendita dell'intera partecipazione sociale o di una partecipazione di controllo in una società

Nei primi due casi non c'è stato trasferimento da un erede o da un socio ad un altro, quindi, rimane da escludere il divieto, anche se l'avviamento soggettivo sicuramente viene valutato nel calcolo del valore dell'azienda (potrà quindi essere applicato, ma solo per analogia). Nel caso della vendita del pacchetto azionario che porti a un risultato sostanzialmente coincidente con la vendita dell'azienda parte della giurisprudenza e dottrina sostiene che si possa applicare per analogia la disciplina della cessione per quanto riguarda il divieto di concorrenza, purché ricorrano i requisiti del 2257.

Il divieto ricordiamo riguarda la creazione di una nuova impresa e quindi ci sono vari metodi impiegati per cercare di aggirare il divieto (entrare come amministratore in una società già esistente, oppure iniziare l'attività avvalendosi di un prestanome). Qui il requisito per la concorrenza diventa lo sviamento dei clienti e non la concorrenza diretta esclusivamente. È meglio dato la difficoltà di prova che il contratto di cessione includa una disciplina dettagliata tramite una consentita estensione pattizia (ex 2257.2).

La successione nei contratti aziendali

Per mantenere l'unità economica dell'azienda è prevista una disciplina agevolata per il subentro dell'acquirente nei rapporti contrattuali in corso al momento dell'alienazione. Il legislatore parte dal presupposto che l'acquirente abbia un interesse a succedere in tali rapporti e quindi prevede deroghe alla disciplina generale prevista dagli articoli 1406 e ss.

Articolo 2258

Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa **che non abbiano carattere personale** [1406, 1722, n. 4, 1902, 2112, 2610].

Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto [1373] entro tre mesi dalla notizia del trasferimento [2964], se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante [1918].

Il subentro è quindi un effetto *ex lege* della cessione senza espressa dichiarazione di volontà dei contraenti (diverso dalla disciplina generale che richiede il consenso del contraente ceduto). La disciplina muta radicalmente quando il contratto è concluso con un imprenditore e ha ad oggetto prestazioni inerenti all'esercizio d'impresa. Il consenso non è più necessario e il trasferimento produce effetti dal momento stesso in cui diventa efficace il trasferimento dell'azienda. La protezione offerta al terzo è molto limitata: può recedere entro tre mesi ma con efficacia solo *ex nunc* e **solo con giusta causa**. Notiamo poi che il recesso non comporta il ritorno ai contraenti originali ma solo l'estinzione dello stesso. Resta la possibilità di chiedere risarcimento dei danni per mancata tutela nella scelta dell'acquirente ma la soglia della prova non sarà facilmente raggiunta.

La medesima *ratio* è applicata alla cessione di altri contratti inerenti all'azienda: lavoro subordinato, consorzio, edizione, locazione di immobile produttivo. La disciplina non si applica per contratti di **carattere personale** (in cui secondo Campobasso l'identità dell'imprenditore alienante era fondamentale per la formazione del consenso, non si applica il semplice criterio dei contratti *intuitu personae*).

I crediti e i debiti aziendali

La disciplina precedentemente esposta si applica solo a contratti a prestazioni corrispettive **non integralmente eseguiti** (nessuno ha eseguito la propria prestazione). Se invece l'imprenditore ha già adempiuto e dispone di credito nei confronti del terzo oppure rimane un debito da parte sua da pagare troverà applicazione la disciplina specifica del 2559 e 2560 e non la cessione ex 2258.

Limitata è la deroga concessa per i crediti aziendali ex 2259: le formalità di notifica per rendere la cessione opponibili a terzi è sostituita dall'iscrizione del trasferimento nel registro.

Più ampia è la disciplina dei debiti, dato che il trasferimento dell'azienda, purché mantenga intatta gran parte del patrimonio, modifica il soggetto passivo ben più rilevante a livello di identità nel rapporto obbligatorio. Rimane fermo il principio per cui non è possibile mutamento del debitore senza consenso del creditore (non è liberato senza il consenso ex 2560.1, Campobasso dice che va specificato anche che è liberato l'alienante). È

derogato invece **per le aziende commerciali** il principio secondo cui un soggetto è responsabile solo per obbligazioni da lui assunte (l'acquirente entra direttamente nelle passive dei debiti nei libri contabili obbligatori ex 2560.2, anche senza patto di accollo, rispondendo subito in solido). Disciplina più favorevole per i debiti di lavoro in cui il principio è valido anche per obbligazioni non nei libri obbligatori.

La disciplina nota parla dei rapporti tra i soggetti della trasmissione e i terzi ma non del rapporto interno tra alienante e acquirente. Nel silenzio delle parti si considera che ci sia un accollo interno *ex lege* in aggiunta a quello esterno? Prevale oggi il pensiero che i debiti non si trasferiscano in autonomia ma sia necessario a tale scopo un accordo espressamente pattuito. In mancanza l'acquirente riceverà i crediti e trasferirà all'alienante quanto riscosso e pagherà i debiti come garante *ex lege* per poi applicare l'azione di regresso nei confronti dell'alienante. Campobasso pensa che sia iniquo la differenza di trattamento per debito rispetto a credito. La cassazione la pensa diversamente.

Usufrutto e affitto d'azienda

La costituzione di un usufrutto sul complesso di beni che forma un'azienda prevede una disciplina diversa da quella generale: comporta il riconoscimento di particolari poteri-doveri fissati dall'articolo 2561 (sia per garantire autonomia all'usufruttuario che per tutelare l'unità del complesso per quando torna al concedente).

Articolo 2561

L'usufruttuario dell'azienda deve esercitarla **sotto la ditta** che la contraddistingue [2550, 2557, 2558, 2559, 2563].

Egli deve gestire l'azienda **senza modificarne la destinazione** e in modo da **conservare l'efficienza dell'organizzazione** e degli impianti e le normali dotazioni di scorte [981].

Se non adempie a tale obbligo o cessa arbitrariamente dalla gestione dell'azienda, si applica **l'articolo 1015** [*cessazione dell'usufrutto per abuso dell'usufruttuario*].

La **differenza tra le consistenze d'inventario all'inizio e al termine dell'usufrutto** è regolata in danaro, sulla base dei valori correnti al termine dell'usufrutto [2112].

Il potere dovere include anche la possibilità di disporre dei beni nei limiti segnati dalle esigenze di gestione, anche per il capitale fisso (non solo per scorte e capitale circolante). Verrà redatto un inventario e per crescita o perdita del patrimonio ci sarà un indennizzo a fine usufrutto. La disciplina dell'usufrutto si applica anche per l'affitto d'azienda come per **l'espresso rinvio dell'articolo 2562**. L'affitto si distingue dalla locazione di immobili produttivi perché è riferito a un complesso di beni. Nella pratica spesso è difficile qualificare un contratto come una o l'altra fattispecie.

Si applicano a entrambi i contratti le norme di divieto di concorrenza (2257) e successione nei contratti aziendali (2258, notiamo che in questo caso ritornano al concedente al termine dell'usufrutto). Si applica **solo all'usufrutto** la disciplina del 2559 sui crediti. Per i debiti invece risponderà solo il nudo proprietario o il locatore, salvo i debiti di lavoro espressamente accollati anche al titolare del diritto di godimento (2112.5).

Capitolo 6: I segni distintivi

Il sistema dei segni distintivi

L'attività di impresa è attività di relazioni sul mercato, che di regola vede coesistere più imprenditori che producono beni o servizi identici o simili. Per questo motivo ogni imprenditore utilizzerà uno o più segni distintivi che lo aiuteranno a farsi distinguere sul mercato.

La ditta, l'insegna e il marchio sono i tre principali segni distintivi previsti.

- Ditta: persona dell'imprenditore nell'esercizio dell'attività d'impresa (nome commerciale);
- Insegna: individua i locali in cui viene esercitata l'impresa;

- Marchio: individua e distingue i beni e i servizi prodotti.

Notiamo che esistono anche segni distintivi atipici, tra cui notiamo di crescente importanza è il nome a dominio del sito internet dell'attività (tutelato sia con la disciplina per analogia dei segni tipici che della concorrenza sleale).

Anche se diversi i tre segni distintivi svolgono lo stesso scopo di attirare e mantenere la clientela, e quindi comportano l'equilibrio di vari interessi:

- Interesse dell'imprenditore di usare segni e precludere agli altri di usare segni simili
- Interesse dell'imprenditore di cedere liberamente i segni per guadagnare sul valore che la loro attività ha permesso di attribuirgli
- Interesse dei fornitori e clienti di non essere tratti in inganno dai segni per quanto riguarda l'identità dell'imprenditore
- Interesse generale ad una concorrenza ordinata e leale

Dei tre segni il più importante è senza dubbio il marchio, disciplinato dagli articoli 2659-2574 e il **codice della proprietà industriale** (d.lgs.30/2005), seguito da ditta (regolato da artt. 2563-2567) e insegna (2568).

Dalle tre discipline è possibile identificare tuttavia principi ispiratori comuni:

- a) L'imprenditore gode di ampia libertà nella formazione dei propri segni distintivi (tenuto a seguire però verità, novità e capacità distintiva)
- b) L'imprenditore ha diritto d'uso esclusivo dei suoi segni distintivi (diritto non assoluto ma relativo e strumentale alla realizzazione della funzione distintiva)
- c) L'imprenditore può trasferire ad altri i propri segni distintivi (con limiti per evitare che i clienti vengano ingannati).

I tre segni sono quindi tutelati dal piano patrimoniale, ma non in maniera assoluta. Abbiamo quindi la proprietà di un bene immateriale, ma non piena: una proprietà **industriale** (art 1 c.p.i.).

La ditta. Formazione e contenuto del diritto.

La ditta è il nome commerciale dell'imprenditore, lo individua come soggetto di diritto nell'esercizio dell'attività d'impresa. È un segno distintivo **necessario**, se manca coinciderà con il nome civile dell'imprenditore (può essere però liberamente scelta ex 2563.1, con i soli requisiti espressi della **verità e novità**, anche se parte della dottrina ritiene che si applichino anche i requisiti di liceità e capacità distintiva tipici del marchio).

Il limite di verità della ditta ex 2563 ha contenuto differente nei due casi:

- Ditta originaria: deve contenere almeno il cognome o la sigla dell'imprenditore, che tuttavia non dovranno essere modificati in caso cambi il nome civile dell'imprenditore.
- Ditta derivata: trasferita da un altro imprenditore, l'articolo 2563.2 stabilisce che non è necessario aggiungere o modificare il cognome (la verità resta come verità **storica**)

La disciplina della novità (2564) è più consistente.

Articolo 2564

Quando la ditta è uguale o simile a quella usata da altro imprenditore e può creare confusione [2598 n. 1] per l'oggetto dell'impresa e per il luogo in cui questa è esercitata, deve essere **integrata o modificata con indicazioni idonee a differenziarla** [7, 2292] (1).

Per le imprese commerciali [2195] l'obbligo dell'integrazione o modificazione spetta a chi ha iscritto la propria ditta nel registro delle imprese in epoca posteriore.

Questi principi si applicano anche quando la ditta corrisponde al nome dell'imprenditore (ditta patronimica) e quando è stato tollerato in passato l'uso di una ditta confondibile (dice la cassazione, ma la prevalente dottrina è contraria). Il secondo comma è generalmente interpretato per permettere la prova contraria della conoscenza dell'uso da parte dell'altro imprenditore per derogare il dispositivo.

Il diritto all'uso esclusivo e il corrispettivo obbligo di differenziazione sussistono solo se i due imprenditori sono in rapporto concorrenziale tra di loro. La giurisprudenza interpreta concorrenza in senso ampio considerando le future possibilità di espansione geografica e settoriale. Il giudizio si applica sempre anche sulla ditta utilizzata effettivamente e non solo sulla ditta ufficiosa, mentre per la confondibilità si considera il nucleo essenziale e non parole marginali aggiunte. La novità, infine, si applica anche rispetto ad altri segni (non posso fare ditta simile a un marchio già esistente).

Il trasferimento della ditta

La ditta è trasferibile ma solo insieme all'azienda (2565.1), con necessità (*inter vivos*) dell'espresso consenso dell'alienante (per testamento si trasferisce sempre tranne per testamento contrario). Il collegamento con l'azienda permette di godere dell'avviamento e tutela i clienti per il collegamento con l'azienda unitaria. Chiaramente sono meno tutelati i collaboratori aziendali quali fornitori o finanziatori che dipendono dalla persona dell'imprenditore. In particolare, sono esposti per il fatto che non deve essere aggiunto il nuovo cognome e si può trasferire con un solo ramo dell'azienda (purché dotato di organica unità).

La giurisprudenza offre un rimedio sottoforma della responsabilità in solido per i debiti contratti spendendo la ditta derivata qualora il terzo abbia potuto ritenere di contrarre con il cedente (portando un onere all'alienante in caso di impresa non commerciale di informare del trasferimento).

Ditta e nome civile. Ditta e nome delle società

Il nome civile è attribuito per legge, unico e non liberamente modificabile (6). Principi opposti regolano invece la formazione della ditta (innanzitutto un individuo può avere più ditte): ha una valutazione patrimoniale, è trasferibile, e disponibile. La distinzione è fondamentale per le società (interpretazione dell'articolo 2567).

La ragione sociale (di persone) o denominazione (di capitali) sono disciplinati da articoli appositi, in cui troviamo un riferimento all'articolo 2564 (divieto di utilizzare ditta uguale o simile al concorrente), ma non sono richiamati i riferimenti al trasferimento. Questo potrebbe indurre a pensare che la ragione o denominazione non è trasferibile, ma qui cadremmo nell'errore di equiparare ditta e ragione sociale.

La ragione o denominazione va equiparata al nome, quindi sarà obbligatorio averlo (si applica per rinvio il 2564) e deve essere incluso nella ditta, che può essere originaria o derivata (distinte dal nome e trasferibili con l'azienda).

Il marchio. Nozione e funzione.

Il marchio è il segno distintivo dei prodotti e dei servizi dell'impresa, disciplinato diversamente dagli ordinamenti nazionali, comunitario e internazionale.

La disciplina dei marchi contenuta nel codice civile e il codice della proprietà industriale (d.lgs. 30/2005) è stata modificata varie volte con interventi di armonizzazione e accordi internazionali in materia. Il marchio nazionale è affiancato dal marchio dell'Unione europea che permette di ottenere un marchio unico regolato e tutelato a livello di tutti i paesi dell'Unione europea.

Il marchio internazionale è disciplinato dalla Convenzione di Parigi del 1883 e l'Accordo di Madrid del 1891 (integrato dal Protocollo del 1989).

Tali normative basate sulla registrazione del marchio, riconoscono al richiedente che risponda a determinati requisiti di validità il diritto all'uso esclusivo dello stesso (permettendo al marchio di assolvere la sua funzione di identificazione). Il marchio, infatti, non è un segno distintivo essenziale ma è sicuramente il più importante a livello economico e per la formazione della clientela, dato che svolge un ruolo essenziale di collegamento tra produttori e consumatori.

Il marchio non si esaurisce però nel suo ruolo di differenziazione tra prodotti, ha anche un ruolo di identificazione della provenienza (anche se limitato rispetto al passato). È caduto il divieto di circolazione separata rispetto all'azienda e si è riconosciuta la legittimità del **couso** dello stesso marchio da parte di più imprenditori tramite la **licenza di marchio non esclusiva**. Notiamo che per preservare la funzione identificativa è fondamentale che tra diversi produttori sia mantenuta omogeneità dei caratteri essenziali.

Sicuramente però il marchio **non è garanzia** di un determinato standard qualitativo. Resterà a discrezione dell'imprenditore modificare le qualità dei suoi prodotti, mantenendo invariato il marchio. Il legislatore si preoccupa solo di evitare che il pubblico sia tratto in inganno sull'origine e le qualità del prodotto. Per i marchi

celebri, spesso associati dai consumatori a uno standard di qualità e sfruttati per finalità pubblicitarie, il legislatore ha concesso una più ampia tutela del diritto di utilizzazione esclusiva.

I tipi di marchio

Una prima distinzione si basa sulla natura dell'attività svolta dal titolare del marchio:

- Fabbricante del prodotto (prodotti con parti distintamente prodotte possono presentare anche più marchi di fabbrica)
- Commerciante (sia grossista che rivenditore finale)

Se si applicano più marchi si applica la regola del 2572 e 20.3 c.p.i.: il rivenditore può apporre il proprio marchio ma non può sopprimere quello del produttore. I marchi possono essere utilizzati anche dai produttori di servizi, con forma pubblicitaria tipicamente (sulle divise del personale o sui materiali per la produzione del servizio).

Un'altra distinzione è tra marchi speciali e generali. Un imprenditore può utilizzare un solo marchio per tutti i suoi prodotti (marchio generale) ma può anche servirsi di più marchi, per evidenziare al consumatore le differenze tra i diversi prodotti. È possibile utilizzare entrambe queste opzioni (ad esempio nel caso dei produttori di automobili).

Rispettati i requisiti di validità, l'imprenditore può creare marchi di sua fantasia:

- Denominativo (solo parole), può coincidere con il nome dell'imprenditore o con la ditta
- Figurativo (solo figure, lettere, cifre, disegni e loghi)
- Misto tra denominativo e figurativo
- La forma stessa del prodotto (marchio di forma o tridimensionale, con il divieto però di registrare una forma necessaria, ad esempio il concetto stesso di bottiglia, o ornamentale, che è tutelata sotto il brevetto per modelli industriali)

Marchio di certificazione: non utilizzato dal soggetto registratore, ma concesso a produttori e commercianti che si impegna a rispettare norme statutarie specifiche e consentire controlli di qualità. Generalmente indicano origine geografica, natura o qualità di determinati prodotti, come "Prosciutto di Parma".

Marchio collettivo: registrato da enti pubblici o associazioni di categoria degli imprenditori per distinguere prodotti dei membri dell'associazione da quelli di altre imprese, anch'esso concesso in uso in cambio del rispetto di condizioni predeterminate.

Notiamo che questi ultimi marchi sono simili alle indicazioni geografiche protette e denominazione d'origine protetta e controllata. Questi sono similmente concessi in automatico ai produttori che presentano i requisiti stabiliti dalle autorità amministrative (o dalla legge).

Requisiti di validità del marchio

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

Liceità; non deve contenere segni contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (art 14.a c.p.i.), segni protetti dalla legge o trattati, segni lesivi del diritto d'autore o proprietà industriale. Inoltre, è proibito utilizzare il ritratto di un soggetto senza il consenso di lui o gli eredi dopo la morte.

La tutela del diritto al nome (8.2 e 8.3 c.p.i.) dipende dalla notorietà del soggetto, se noto è richiesto il consenso, se no può essere inserito anche senza consenso (purché non leda la fama, il credito o il decoro dell'avente diritto). L'ufficio ha la facoltà di subordinare la registrazione al consenso.

Verità (14.b c.p.i.)

- b) i segni idonei ad ingannare il pubblico, in particolare sulla **provenienza geografica, sulla natura o sulla qualità** dei prodotti o servizi, ovvero sulla tipologia di marchio, nonché i segni evocativi, usurpativi o imitativi di indicazioni geografiche e di denominazioni di origine protette in base alla normativa statale o dell'Unione europea, inclusi gli accordi internazionali di cui l'Italia o l'Unione europea sono parte;

Originalità: si sovrappone con la necessità di una capacità distintiva. Sono quindi escluse:

- denominazioni generiche
- indicazioni descrittive delle caratteristiche o della provenienza (esclusi i vini)
- i segni diventati di uso comune nel linguaggio corrente, in generali prefissi e suffissi (super, extra, lusso).

La *ratio* è evitare che si formino situazioni di monopolio su simboli nel lessico comune che identificano il prodotto in generale (sarà quindi possibile usare parole generiche o luoghi geografici disconnessi dal prodotto, quali calze “aeroplano”). Per lo stesso motivo, parole straniere genericamente non note possono essere utilizzate anche se descrittive nella loro lingua (eg. ginger per un cocktail allo zenzero). È possibile utilizzare combinazioni o alterazioni di parole di uso comune descrittive (“Amplifon”). In questi casi però ci sarà un **marchio debole** imitabile facilmente senza ripercussioni tramite alterazioni simili considerate distinte (“Udifon”).

Si definiscono invece marchi **forti** quelli dotati di accentuata capacità distintiva, generalmente di pura fantasia (qui anche marchi diversi sono considerati simili, eg. “Buondi” e “Bonnj”).

La distinzione in concreto tra marchi deboli e forti non è sempre agevole da riconoscere, dato che anche marchi inizialmente deboli possono in un secondo momento considerarsi forti se acquistano una certa notorietà (*secondary meaning*). Si riconosce infatti che il *secondary meaning* può permettere a un segno originariamente privo di originalità di essere registrato, oppure trasformare un marchio nullo in valido.

Novità: si distingue dall'originalità perché richiede che il soggetto sia il primo a registrarlo.

Art. 12 Codice della proprietà industriale

1. **Non possono costituire oggetto** di registrazione come marchio d'impresa i segni che alla data del deposito della domanda:

- a) **siano identici o simili ad un segno già noto come marchio** o segno distintivo di prodotti o servizi fabbricati, messi in commercio o prestati da altri per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza tra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o i servizi **possa determinarsi un rischio di confusione** per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. [...]
- b) siano identici o simili a un segno già noto come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio usato nell'attività economica, o altro segno distintivo adottato da altri, se a causa della identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra l'attività d'impresa da questi esercitata ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è registrato possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. L'uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso, o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità. L'uso precedente del segno da parte del richiedente o del suo dante causa non è di ostacolo alla registrazione;
- c) siano identici ad un marchio **già da altri registrato** nello Stato o con efficacia nello Stato in seguito a domanda depositata in data anteriore o avente effetto da data anteriore in forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza per prodotti o servizi identici [...]

Riassumendo, non si può registrare un marchio già noto o registrato per prodotti simili (anche non simili se il marchio è celebre).

- e) siano identici o simili ad un marchio già da altri registrato nello Stato o con efficacia nello Stato, in seguito a domanda depositata in data anteriore o avente effetto da data anteriore in forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza per prodotti

o servizi identici, affini o non affini, quando il marchio anteriore goda nell'unione Europea, o nello Stato, di rinomanza e quando l'uso di quello successivo senza giusto motivo **trarrebbe indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza** del segno anteriore o

recherebbe pregiudizio agli stessi;

f) siano identici o simili ad un marchio già notoriamente conosciuto ai sensi dell'articolo 6 bis della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, per prodotti o servizi identici, affini o non affini, quando ricorrono le condizioni di cui alla lettera e).

Il difetto dei requisiti appena elencati comporta la nullità del marchio (25 c.p.i.), che può riguardare anche una parte dei prodotti (27), con due eccezioni:

- nullità per difetto di novità non può essere dichiarata se il richiedente era in buona fede e il titolare del marchio abbia tollerato l'uso per 5 anni (convalida del marchio ex. 28 c.p.i.)
- nullità per difetto di originarietà in caso di sopravvenuto *secondary meaning* (in seguito all'uso ha acquisito capacità distintiva prima della domanda).

Marchio registrato

La disciplina differenzia tra i marchi registrati presso l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi e non registrati (e tra gli stessi registrati tra celebri e non celebri).

La registrazione può essere richiesta sia per la propria impresa ma anche per chi propone di utilizzarlo in imprese di cui ha controllo o che lo usano con il suo consenso (19 c.p.i., non ci sono quindi ostacoli per il gruppo). La registrazione permette un uso esclusivo **su tutto il territorio nazionale** (20.2). Ci sono limitazioni espresse all'articolo 21, tra cui: non possono impedire che venga utilizzato da terzi con funzione descrittiva, e non possono impedire che venga usato il marchio da terzi che lo usano per prodotti di altri paesi dell'Unione Europea. Il diritto di esclusiva non copre solo prodotti identici ma anche affini (per lo stesso bisogno o bisogni complementari). Per marchi celebri però questo rischia di portare a "usurpazione" dell'altrui fama (eg. abbigliamento con "Coca-Cola"). Oggi, infatti, la tutela per marchi celebri si estende oltre i prodotti affini se il terzo cerca di approfittare del valore del marchio famoso o arreca pregiudizio allo stesso producendo prodotti scadenti. Il diritto di esclusiva funziona anche per ditte e insegne, denominazioni o ragioni sociali, nome a dominio o altri segni distintivi (22).

Il diritto di esclusiva decorre dal giorno di presentazione della domanda all'Ufficio brevetti (15.2), quindi anche prima del lancio del prodotto in certi casi. Ogni marchio simile o uguale presentato dopo sarà *ex lege* nullo (25). La registrazione nazionale è presupposto per accedere a strumenti di tutela internazionali. La registrazione del marchio europeo è invece separata e la richiesta è presentata presso l'Ufficio dell'Unione Europea per la Proprietà Intellettuale ad Alicante.

La registrazione nazionale dura 10 anni ed è rinnovabile per un numero illimitato di volte (tutela pressoché perpetua salvo cause di nullità sopravvenute o decadenza).

Dal marchio si decade per:

- 1) volgarizzazione (quando diviene denominazione generica, eg. Biro, tuttavia deve essere accaduto per attività o inattività del titolare, non senza il suo coinvolgimento)
- 2) sopravvenuta ingannevolezza dello stesso
- 3) mancata utilizzazione entro 5 anni dalla registrazione
- 4) mancato pagamento dei diritti di rinnovo passati 6 mesi dalla scadenza
- 5) marchio di certificazione e collettivo se il titolare omette controlli previsti dalle disposizioni specifiche.

Il marchio è tutelato sia civilmente che penalmente tramite l'**azione di contraffazione**, che è volta a ottenere l'inibitoria per comportamenti lesivi e la rimozione degli effetti degli stessi. Il giudice può ordinare anche la pubblicazione della sentenza, considerata particolarmente grave per il discredito commerciale che comporta. Resta fermo il diritto al risarcimento se esiste dolo o colpa (anche tramite restituzione degli utili in alternativa al

lucro cessante). È possibile anche il trasferimento o la cancellazione di un nome a dominio lesivo tramite l'azione di rivendica.

È possibile anche tutelarsi ulteriormente tramite la creazione di una serie di marchi protettivi, simili a quelli esistenti, dato che in settori di consumatori esperti anche una piccolissima differenza si considera abbastanza per evitare confondibilità. In tale modo è ampliato l'ambito di esclusiva e l'azione di contraffazione può essere esercitata anche nei confronti di chi usa un marchio identico a quello di protezione (per cui non si applica la decadenza per non uso).

Il marchio di fatto

La registrazione del marchio non è il solo fatto costitutivo del relativo diritto: l'ordinamento tutela anche chi usa il marchio senza registrarlo (2571 cc e 12.1.a c.p.i.). Chi ha utilizzato un marchio non registrato può continuare a usarlo nonostante la registrazione altrui nei limiti in cui anteriormente se n'è avvalso. La tutela del marchio di fatto dipende quindi dall'uso effettivo e dalla notorietà raggiunta.

Il titolare di marchio non registrato potrà impedire l'uso per prodotti uguali **ma non affini**. Non potrà inoltre impedire che un concorrente registri il marchio, e in quel caso sarà limitato ai territori in cui operava prima. È dubbio se esista diritto di esclusiva per il titolare del marchio di fatto nei territori dove già lo utilizzava. Non godrà certamente di tutela internazionale, e le azioni a difesa di esso saranno per la concorrenza sleale e non per i segni distintivi.

Il trasferimento del marchio

Il marchio è trasferibile sia a titolo definitivo che a titolo temporaneo (licenza di marchio), monetizzando quindi il valore economico determinato dalla capacità attrattiva ai clienti. La disciplina a partire dal 1992 scinda la sua circolazione da quella dell'azienda (anche se si presume trasferito quando è alienata l'azienda ex 2573.2).

Non è prevista forma specifica eccetto la trascrizione per opponibilità ai terzi. È possibile il trasferimento del marchio per solo alcuni prodotti, caso in cui ci sarà contitolarità del marchio.

La novità più grande è la possibilità di licenza di marchio **non esclusiva**, permettendo quindi la circolazione di prodotti con lo stesso marchio ma di diversa provenienza. Il legislatore, tuttavia, tutela il consumatore da pericoli di inganno di questa fattispecie, prevista con più frequenza nei contratti di *franchising* e *merchandising*, contratto in cui titolare di un marchio celebre dà in licenza il marchio per la produzione di prodotti non affini (in primo luogo con il principio ex 2573.1 che la licenza non deve portare a inganno sui caratteri del prodotto). La licenza non esclusiva è inoltre subordinata alla condizione che il licenziatario si obblighi a produrre prodotti con caratteristiche qualitative uguali a quelle dei prodotti messi in commercio dal concedente, e in violazione di tale obbligo il titolare si può avvalere dalle azioni previste dal codice della proprietà industriale.

La violazione di tali regole espone alla sanzione della decadenza del marchio per sopravvenuto uso ingannevole, sanzione che può colpire anche il concedente.

L'insegna. Nozione e disciplina.

L'insegna contraddistingue i locali dell'impresa, o secondo una più ampia nozione, l'intero complesso industriale. L'articolo 2568 stabilisce che è applicabile alla stessa il primo comma del 2564 (non simile o uguale a quella già utilizzata da un altro imprenditore, con conseguente obbligo di differenziazione). L'articolo 22 del c.p.i. estende all'insegna il principio di unitarietà dei segni distintivi (non potrà essere uguale o simile all'altrui marchio).

Campobasso ritiene che per la formazione dell'insegna si debba applicare per analogia i principi base del marchio e la ditta (lecita, vera, originale). In questo senso non è permissibile una insegna generica, salvo originarietà grafica. Nulla è disposto sul trasferimento dell'insegna, nel dubbio per analogia Campobasso considera che sia trasferibile separatamente rispetto all'azienda (lecita quindi anche l'uso non esclusivo, ad esempio per *franchising*).

Capitolo 7: Le opere dell'ingegno, le invenzioni industriali

Le creazioni intellettuali

Le opere creative che utilizziamo quotidianamente sono creazioni intellettuali, mentre i mezzi con i quali li utilizziamo sono invenzioni tecniche.

Le opere dell'ingegno (idee creative in campo culturale) e invenzioni industriali (idee creative nel campo della tecnica) costituiscono le due grandi categorie di creazioni intellettuali tutelate dal nostro ordinamento.

Le opere dell'ingegno sono tutelate dal diritto d'autore (2575-2783 e legge 633/1941) e le invenzioni industriali sono tutelate da brevetti per invenzioni industriali (2584-2591 e codice della proprietà industriale l. 30/2005) e brevetti per modelli di utilità e registrazione per disegni e modelli (2592-2594 e codice della proprietà industriale).

Diritto d'autore e brevetti industriali formano anche oggetto di una articolata disciplina internazionale.

Non fanno parte di per sé del diritto d'impresa perché possono essere create da chiunque, ma il loro sfruttamento economico è generalmente sotto forma di impresa portando al loro collocamento nel Libro V del codice (invenzioni industriali, tra l'altro, sono generalmente frutto di copiosi investimenti).

Principi ispiratori della disciplina

La disciplina legislativa delle creazioni industriali, pure diversamente articolata per le opere dell'ingegno e le invenzioni industriali, si fonda su identici principi ispiratori, che sono il punto di equilibrio tra incentivazione della ricerca e la produzione di idee creative e evitare la creazione di monopoli culturali e tecnologici.

Il primo obiettivo è perseguito riconoscendo all'autore il diritto di sfruttamento economico esclusivo dell'opera, sia direttamente, sia tramite la cessione a terzi (equiparato a proprietà su beni immateriali). Il secondo obiettivo è perseguito escludendo l'esclusiva a creazioni significative per la collettività (art. 45 c.p.i. elenca una serie di invenzioni non brevettabili, tra cui materia controversa è la protezione dei farmaci). Per le creazioni intellettuali protette gli interessi sono bilanciati anche dalla regolamentazione del diritto di esclusiva volta a rendere pubblico il progresso conseguito e limitare gli effetti monopolistici.

Mentre nel diritto d'autore si acquista per la sola creazione dell'opera, per avere il diritto di esclusiva per una invenzione industriale è necessaria la registrazione del brevetto (2584, 2592 e 2593), che da un verso tutela l'invenzione in maniera piena, comporta che la stessa sia resa pubblica (51 c.p.i., deve essere abbastanza descritta da poter essere replicata), con la conseguente circolazione delle idee e nuovi progressi (per questo spesso la brevettazione non è la strada scelta dalle grandi industrie).

Il diritto di esclusiva è inoltre **limitato nel tempo**, fino a settanta anni dopo la morte per il diritto d'autore, venti per le invenzioni industriali, dieci per i modelli di utilità e cinque per disegni e modelli. Decorso questo tempo, l'opera è liberamente riproducibile e sfruttabile.

Inoltre, il legislatore garantisce che le nuove invenzioni siano utilizzate in maniera vantaggiosa per lo Stato, creando un obbligo di produzione tale da non risultare in sproporzione con i bisogni del Paese (art 69 c.p.i.). trascorsi tre anni dal brevetto senza attuazione può essere concessa in licenza obbligatoria per l'uso non esclusivo a favore di ogni interessato che ne faccia richiesta dietro equo compenso.

Il diritto patrimoniale è quindi **funzionale e limitato**.

Il diritto d'autore. Oggetto e contenuto.

Il diritto d'autore è disciplinato dagli artt. 2575-2583 del cc e dalla legge 633/1941 (più volte modificata per adeguarla al progresso tecnologico e la normativa internazionale e comunitaria).

Art. 2575

Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo (1) che appartengono alle **scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia**, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione
[2424, n. 4, 2579, 2580].

Notiamo che in aggiunta a questi tipi elencati troviamo i programmi di **software** ricavati dall'articolo 2 della nuova l. aut.

Tali opere sono protette indipendentemente dal loro pregio, dalla loro utilità e dalla loro liceità (o moralità). Unica condizione richiesta è che abbiamo un minimo carattere creativo e che presentino originalità oggettiva rispetto ad opere preesistenti dello stesso genere (tuttavia una rielaborazione può contare).

Fatto costitutivo del diritto è la creazione dell'opera (2576), senza che ci sia divulgazione. La tutela è suddivisa in diritto morale e patrimoniale.

Il diritto morale si suddivide in una serie di diritti minori:

- pubblicare o non pubblicare (diritto di inedito)
- se pubblicare con il proprio nome o in anonimo
- opporsi a modificazioni e ogni altro atto a danno dell'opera che potrebbe portare pregiudizio alla sua reputazione (20 l. aut.)
- ritirare l'opera dal commercio per gravi motivi morali, previo indennizzo (2582)

Questi diritti sono inalienabili e irrinunciabili (salvo il ritiro durante la vita dell'autore sono esercitabili anche dagli eredi). Il diritto al ritiro è rinunciabile (interessi economici in gioco).

Salvo disposizioni di libera utilizzazione per scopi culturali ed educativi, l'autore ha diritto a utilizzazione economica esclusiva, articolato in una serie di facoltà elencate dagli articoli 13-18 *bis* della legge d'autore (riproduzione, trascrizione, diffusione, distribuzione, noleggio, traduzione) tutti estendibili a parti dell'opera se dotati di autonomo carattere creativo (eg. personaggi).

Diversamente dal diritto morale, il diritto patrimoniale di autore ha durata limitata. L'opera dell'ingegno può essere frutto dell'attività creativa di una sola persona (acquisto a titolo originario da parte di questo individuo anche se realizzata su commissione o in esecuzione di lavoro subordinato, caso in cui rimangono solo diritti morali all'autore e patrimoniale al committente o datore di lavoro), ma se realizzata in collaborazione ci sono regole specifiche più dettagliate.

- Opera collettiva (contributi autonomi e separabili coordinati da un soggetto apposito). Il direttore o coordinatore ha diritto d'autore sul complesso, editore ha diritti economici mentre i singoli autori hanno diritti morali e in parte economici sulla propria parte.
- Opera in collaborazione (contributi omogenei e non distinguibili o divisibili). In tal caso si instaura tra gli autori il regime di comunione, con diritti morali gestiti in autonomia (tranne per la pubblicazione e modifiche eventuali, sostituibile da autorizzazione del tribunale in caso di ingiustificato rifiuto).
- Opera composta (contributi eterogenei e distinti, ma opera indivisibile), tipicamente opere liriche e musica. Anche tali opere cadono in comunione, ma data la rilevanza diversa dei contributi, è identificato dalla legge il soggetto a cui è riservato il diritto di utilizzazione economica e la quota di ciascuno dei componenti.

Diritti connessi o affini al diritto d'autore sono poi riconosciuti a determinate categorie di soggetti (eg. produttori di dischi, interpreti di opere d'ingegno, autori di progetti di ingegneria). A tali soggetti è riconosciuto un diritto ad un equo compenso anche per gli utilizzi senza scopo di lucro.

Trasferimento del diritto di utilizzazione economica. Tutela

Il diritto di utilizzazione economica è liberamente trasferibile sia tra vivi che a causa di morte (2581). Il trasferimento tra vivi deve essere provato per iscritto, tipicamente nei contratti di:

- 1) edizione (118-135 l. aut., concede in esclusiva a un editore il diritto di pubblicare **per stampa** l'opera, per conto e a spese dell'editore stesso, con un compenso per l'autore rappresentato da una percentuale del ricavato dalla vendita). Il contratto può riguardare un'opera non ancora creata e può prevedere sia un determinato numero di edizioni che lasciare all'editore la scelta in un dato periodo (a termine). La durata del contratto non può superare i **venti anni**.

- 2) rappresentazione ed esecuzione (136-141 l. aut.). L'autore concede, di regola **non in esclusiva** il solo diritto di rappresentare opere in pubblico, mentre l'altra parte si impegna a fare ciò a proprie spese. La disciplina ricalca il contratto di edizione.

Il diritto d'autore è protetto con specifiche sanzioni civili, amministrative pecuniarie e penali a carico di chi compie comportamenti lesivi (tra cui contraffazione o plagio, riproduzione non autorizzata). Il titolare sia del diritto morale che patrimoniale possono adire il giudice affinché accerti il diritto in capo a loro e inibisca la violazione temuta o in atto. In questo caso possono richiedere le sanzioni tipiche della rimozione e della distruzione salvo il risarcimento del danno. In deroga all'articolo 2059, il risarcimento in questo caso può essere anche per danni non patrimoniali, con la possibilità di pubblicazione della sentenza.

Relative controversie sono risolte da sezioni specializzate in materia d'impresa. L'Italia ha sottoscritto due convenzioni sulla protezione internazionale del diritto d'autore: la Convenzione di Berna del 1896 e la Convenzione Universale sul diritto d'autore di Ginevra del 1952 (trattano del principio di assimilazione, che permette a cittadini stranieri una tutela analoga ai cittadini locali, e la protezione minima comune con spinta all'omogenizzazione delle discipline).

Le invenzioni industriali. Oggetto e requisiti di validità.

Le invenzioni industriali sono disciplinate dagli artt. 2584-2591 del codice e dal codice della proprietà industriale, e sono idee creative che appartengono al campo della **tecnica**. Consistono in una soluzione originale ad un problema tecnico, suscettibile di applicazione pratica nella produzione di beni o servizi. Il diritto di utilizzazione si acquista mediante la concessione del **brevetto** da parte dell'Ufficio italiano brevetti e marchi. Possiamo distinguere tre grandi categorie di creazioni brevettabili:

- 1) invenzioni di prodotto
- 2) invenzioni di procedimento (ex 2585 possono essere nuovi metodi di produzione di beni già noti, nuovi processi di lavorazione o nuovi dispositivi meccanici)
- 3) invenzioni derivate (46.4 c.p.i.) che si presentano come derivazioni di precedenti invenzioni. Possono consistere in combinazioni di invenzioni già esistenti, invenzioni di perfezionamento e invenzioni di traslazione (nuovi usi di processi o beni già esistenti).

Per scelta legislativa non sono considerate invenzioni per favorire la libera utilizzazione i seguenti:

- scoperte scientifiche e matematiche
- piani, principi e metodi di attività intellettuali (giochi)
- la presentazione di informazioni

Notiamo che per l'informatica non è brevettabile il software ("scoperta scientifica") mentre l'hardware sì. Non sono altresì brevettabili i trattamenti chirurgici o terapeutici umani (ex 45.4 c.p.i.), e neppure le varietà vegetali, razze animali e procedimenti biologici di produzione di animali o vegetali. Queste ultime "agricole" sono brevettabili sotto una sezione apposita del c.p.i.

I trovati che non ricadono sotto questi divieti devono soddisfare ulteriori condizioni: devono essere **leciti, nuovi**, devono implicare una **attività inventiva** e devono essere idonei ad avere una **applicazione industriale**.

È **nuova** l'invenzione che "non è compresa nello stato della tecnica", cioè tutto ciò che è accessibile al pubblico, in Italia o all'estero, al momento del deposito del brevetto (46 c.p.i.). Manca del requisito di novità l'invenzione **già divulgata** (ci sono tutele però se è stata divulgata in maniera abusiva ad esempio da dipendenti).

Si considera inoltre non nuova un'invenzione non pubblica per cui è già stata depositata domanda di brevetto.

L'attività inventiva è definita dall'articolo 48 c.p.i.:

1. Un'invenzione è considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica.

Si prescinde quindi da ogni grado di progresso che l'invenzione realizza, purché il trovato sia espressione di attività inventiva. È invenzione anche una innovazione minima, purché non sia conseguibile da un tecnico medio facendo ricorso alle sue competenze (giudizio di non ovvietà).

Anche il requisito dell'industrialità è da intendersi oggi in senso ampio, dato che il campo di applicazione può essere anche agricolo (ricordiamo che per le imprese questo è considerato l'opposto di industriale).

Il diritto al brevetto

La tutela giuridica dell'invenzione ha valore morale quanto patrimoniale. Il diritto morale di essere riconosciuti inventori si acquista con il solo fatto dell'invenzione (62), mentre il diritto di conseguire brevetto è trasferibile (63) e questo avrà funzione costitutiva per godere in esclusivo dei diritti di utilizzazione economica.

Non sempre però l'autore dell'opera detiene il diritto di richiedere brevetto, fattispecie tipica del lavoro dipendente. Il lavoratore ha sempre il diritto morale di essere riconosciuto autore (2590) ma l'assegnazione dei diritti economici si distingue in tre casi:

- a) L'attività inventiva è prevista come oggetto del contratto e prevede una specifica retribuzione per tale attività (invenzione di servizio). Le invenzioni da loro realizzate appartengono economicamente al datore di lavoro, che acquista a titolo originario il diritto di richiedere brevetto (64). La *ratio* quasi sicuramente è il fatto che il datore di lavoro ha sostenuto i costi ed i rischi dell'attività di ricerca.
- b) L'invenzione è fatta all'interno del lavoro subordinato, ma non è prevista retribuzione specifica (invenzione aziendale). I diritti patrimoniali anche qui sorgono a titolo originario al datore di lavoro, ma con diritto all'equo premio al lavoratore qualora l'invenzione fosse utilizzata sia con brevetto che segretamente.
- c) L'invenzione rientra nel campo di attività dell'impresa ma è indipendente dall'attività del lavoratore. In tal caso i diritti economici spettano al **lavoratore**. Al datore di lavoro è previsto invece un **diritto di prelazione** da esercitarsi entro tre mesi dalla notizia del conseguimento del brevetto (chiaramente con giusto compenso).

La delineata disciplina trova applicazione anche alle invenzioni per le quali sia stato richiesto un brevetto entro un anno dalla cessazione del rapporto di lavoro (se non prova l'ex lavoratore che l'invenzione è disconnessa dalla sua attività).

Queste distinzioni valide per i pubblici dipendenti, non si applicano ai professori universitari o ricercatori. In tale caso sarà sempre il ricercatore titolare dei diritti morali e patrimoniali, mentre l'istituto avrà solo la possibilità di partecipare ai proventi (inventore avrà sempre la maggioranza dei proventi). Il c.p.i. ha tuttavia specificato che questa eccezione non si applica alle ricerche finanziate da privati.

Lo svolgimento di attività inventiva può essere anche affidato a lavoratori autonomi o gruppi di ricerca tramite appositi contratti di ricerca, in cui di regola i diritti sono del committente (manca disciplina specifica).

L'invenzione brevettata

Il brevetto per invenzione industriale è concesso dall'Ufficio italiano brevetti e marchi sulla domanda corredata **a pena di nullità** (76) dalla descrizione dell'invenzione "in modo sufficientemente chiaro e completo da consentire a persona esperta di attuarla;" nonché dai disegni necessari alla sua intelligenza (51). Ogni domanda deve avere ad oggetto una sola invenzione e deve specificare ciò che si intende debba formare oggetto di brevetto.

L'ufficio brevetti è tenuto ad accertare la regolarità formale della domanda, la liceità, oltre a svolgere una indagine preventiva volta ad accertare gli altri requisiti (novità, attività inventiva, industrialità del trovato). Non accerta se il richiedente è titolare del diritto di richiedere il brevetto.

Il brevetto per le invenzioni industriali dura **20 anni** dalla data di deposito della domanda (60). Il diritto di esclusiva può essere perso prima del termine in caso sia dichiarata nullità del brevetto (generalmente per un problema della domanda o titolarità del diritto di richiesta) o sopravvenga una causa di decadenza.

Il brevetto conferisce la facoltà esclusiva di attuare l'invenzione e trarne profitto nel territorio dello Stato, salve specifiche forme di libera utilizzazione (per scopi privati e non commerciali, sperimentazione e studio). L'esclusiva di commercio si estingue con la prima vendita (il compratore può rivendere liberamente). Per un brevetto di processo, il titolare potrà impedire solo il commercio di prodotti con lo stesso metodo ma non prodotti identici con metodo diverso (dovrebbe fare un altro brevetto per il prodotto). Per i brevetti di

perfezionamento su prodotto già brevettato, è limitato il diritto al commercio, ma l'inventore originale dovrà concedere in licenza obbligatoria la sua invenzione.

Il brevetto è liberamente trasferibile sia fra vivi che *mortis causa* indipendentemente dal trasferimento dell'azienda.

Il titolare del brevetto può concedere altresì licenza d'uso dello stesso, con o senza esclusiva di fabbricazione, un contratto non regolato che può includere contenuti liberi anche per il compenso. Generalmente è proprio questo contratto che viene utilizzato dalla grande industria per mettere a disposizione di imprese di altri paesi brevetti fondamentali, dando luogo a forme di dipendenza tecnica ed economica.

L'invenzione brevettata è tutelata con sanzioni civili e penali, in particolare l'azione di contraffazione per sfruttamenti abusivi, con il risultato dell'inibitoria, sequestro, rimozione o distruzione (salvo risarcimento del danno, patrimoniale e morale). Può inoltre richiedere la restituzione degli utili, e la pubblicazione della sentenza. La competenza giurisdizionale è della sezione speciale imprese.

Brevettazione internazionale. Brevetto europeo. Brevetto europeo con effetto unitario

L'esclusiva garantita nel territorio italiano può essere estesa con vari strumenti.

La convenzione di Unione di Parigi del 1883 per la protezione della proprietà industriale riconosce a chi ha richiesto il brevetto per invenzione uno degli Stati dell'Unione priorità per ciascuno degli altri paesi (deve sempre fare richiesta, ma per la novità si conta la data del primo deposito nazionale, purché le successive domande siano depositate entro 12 mesi).

La *Patent Cooperation Treaty* di Washington del 1970 ha consentito una notevole semplificazione della procedura (una sola domanda all'Ufficio centrale inoltrata ai singoli paesi).

L'inventore può inoltre conseguire il brevetto europeo, regolato dalla convenzione di Monaco di Baviera del 1973, che si caratterizza da una procedura ancora più snella: una domanda unica e un unico ufficio che rilascia brevetti (a Monaco). Unica altresì è la disciplina per i requisiti e il rilascio. Il contenuto del diritto di esclusiva rimane regolato, tuttavia, dalla legislazione nazionale di ogni stato aderente alla Convenzione. Non è un brevetto autonomo ed unitario, ma un titolo equivalente per gli effetti ad un brevetto nazionale.

L'istituzione di un brevetto autonomo ed unitario valido in tutta l'Unione Europea ha dovuto invece attendere a lungo, fino al 2011, quando gli organi europei hanno superato conflitti passati su lingua e competenza giurisdizionale. 25 paesi hanno creato un nuovo sistema, con un organo giurisdizionale apposito. Il **brevetto unitario europeo** rilasciato dallo stesso Ufficio europeo di Monaco, con carattere sovranazionale, unitario e autonomo. La legge applicata con estensione a tutta l'unione è quella dello stato di residenza dell'inventore. Per ottenere questo tipo di brevetto non è necessario conseguire prima il brevetto nazionale. Il **tribunale unificato dei brevetti** ha sedi principali a Monaco, Parigi e Milano, ed è entrato in pieno vigore nel 2022.

L'invenzione non brevettata

L'inventore può astenersi dal brevettare la propria creazione e sfruttarlo in segreto, con il rischio che qualcuno pervenga al medesimo risultato e lo brevetti acquistando diritto di esclusiva. La disciplina entrata in vigore nel 1979 offre parziale tutela anche a questi soggetti. L'articolo 68.3 del c.p.i. dispone che chiunque ha fatto uso dell'invenzione nella propria azienda nei 12 mesi precedenti alla domanda altrui di brevetto può continuare ad utilizzare l'invenzione nei limiti del **preuso**. Il preutente potrà trasferire questo diritto solo insieme all'azienda, restando a suo carico la prova del preuso e la sua ampiezza dello stesso.

Tale tutela opererà tra l'altro in caso di preuso segreto, la cui abusiva violazione configura anche atto di **concorrenza sleale** (99 c.p.i.). Se invece il precedente utilizzatore ha divulgato il suo uso, l'invenzione mancherà del requisito di novità e quindi potrà essere esperita l'azione di nullità dello stesso.

I modelli di utilità

I modelli di utilità sono creazioni intellettuali applicate all'industria di minor rilievo rispetto alle invenzioni industriali, tipicamente disciplinati dagli articoli 2592-2594 cc e dal codice della proprietà industriale. I modelli industriali sono distinti in **modelli di utilità e disegni e modelli**.

I modelli di utilità sono nuovi trovati destinati a conferire particolare **funzionalità** (efficacia o comodità di applicazione) a macchine, strumenti o oggetti. I disegni o modelli invece sono nuove idee destinate a migliorare l'**aspetto** dei prodotti industriali o artigianali, il vasto campo dell'**industrial design**.

In sostanza uno riguarda funzionalità e l'altra estetica.

Distinguere tra i due spesso non è semplice, infatti il legislatore permette agli inventori di ottenere una doppia tutela per innovazioni che ne presentino i requisiti (40 c.p.i.).

La tutela dei modelli di utilità continua a fondarsi sull'istituto della brevettazione per rinvio esplicito (2594), anche se i requisiti di novità e originalità vanno adattati allo specifico minor rilievo dell'idea creativa. Il punto più importante di divergenza riguarda la durata: **dieci anni per i modelli di utilità**. Notiamo sempre che è possibile presentare domanda per entrambi i brevetti.

Sia i modelli di utilità che le invenzioni industriali mirano a risolvere un problema tecnico, e le invenzioni stesse possono riguardare un prodotto preesistente (invenzioni di perfezionamento). Il legislatore senza dubbio non è stato chiarissimo, infatti resta la possibilità di conversione nel caso venisse registrato come modello un'invenzione degna di brevetto vero e proprio (76.3 c.p.i.).

Disegni e modelli

Il d.lgs. 95/2001 recependo una direttiva UE ha significativamente alterato la disciplina. Sono registrati presso l'Ufficio brevetti e marchi disegni e modelli "che siano nuovi ed abbiano carattere individuale". Non può essere quindi ad un disegno o modello già divulgato e deve suscitare un'impressione generale diversa da ogni altra immagine o modello. Non si richiede più che sia atto a dare uno "speciale ornamento" ad un prodotto. È possibile, inoltre, la registrazione di vari componenti di un prodotto purché godano anche le parti dei singoli requisiti.

Non possono essere registrati disegni o modelli contro l'ordine pubblico e il buon costume, oppure stemmi e segni che rivestono interesse pubblico o protetti dallo stato.

La registrazione dura **cinque anni dalla domanda**, ma può essere **prorogata per periodi di cinque anni fino a 25 anni**.

La registrazione di disegno o modello conferisce diritto esclusivo di utilizzo, con estensione *ex lege* a ogni altro modello o disegno confondibile. È stato abrogato il **divieto di cumulo** con il diritto d'autore, permettendo la tutela più estesa quando il disegno o modello "presentino di per sé carattere creativo o valore artistico", quindi anche con durata maggiore della tutela.

Ai disegni e modelli nazionali si sono affiancati disegni e modelli comunitari con registrazione presso l'Ufficio dell'Unione Europea per la proprietà intellettuale. Il regolamento 6/2002 riconosce anche tutela ai disegni non registrati per tre anni (vietando imitazioni pedissequae da parte di terzi).

Capitolo 8: La disciplina della concorrenza

Concorrenza perfetta e monopolio

Contemporanea presenza sul mercato di una pluralità di operatori economici in competizione tra loro per rispondere alla domanda di beni e servizi proveniente dalla collettività, con conseguente frazionamento dell'offerta frazionamento dell'offerta, fa sì che nessuna impresa decide il prezzo di beni e servizi.

Piena modalità dei fattori produttivi garantisce una produzione efficace. Piena modalità di domanda è garantita per i consumatori, e non ci sono ostacoli all'ingresso di nuovi operatori. Questo è il modello ideale di mercato teorizzato dagli economisti: **la concorrenza perfetta**.

Modello perfetto perché permette una graduale riduzione di costi e prezzi, eliminazione di imprese meno competitive e progresso tecnologico stimolato senza interventi statali.

La realtà tuttavia è radicalmente diverso. In settori strategici della produzione (materie prime, macchinari, manufatti ad alta tecnologia) la linea di tendenza è opposta. Ci sono anche grandissime barriere all'entrata in molti settori.

Le imprese di produzione industriale di massa diventano perciò sempre meno numerose e sempre più grandi, dando luogo a situazioni di **oligopolio**, un mercato controllato da poche imprese. Gli operatori già presenti spesso preferiscono accordi tra di loro rispetto all'incerta cooperazione, stringendo quindi **intese** in cui dividono il mercato di sbocco, fissano i prezzi e le quantità da produrre globalmente. In certe situazioni estreme si ritrova perfino il caso di una sola azienda che controlla la produzione, il cd **monopolio di fatto**.

In questa situazione l'affermazione generale di libera iniziativa e concorrenza dell'articolo 41 della Costituzione non può più bastare per fronteggiare il mercato in crisi. È fondamentale una disciplina legislativa apposita volta all'impedire la formazione ed il perpetuarsi di situazioni di monopolio e quasi monopolio.

Concentrazioni e pratiche limitative della concorrenza sono fenomeni che sovente rispondono ad esigenze oggettive del sistema economico e che non si pongono necessariamente in contrasto con la libera concorrenza. Anzi, concentrazione in grandi imprese per riduzione dei costi e miglioramento dei servizi spesso è un grande vantaggio per l'economia. Allo stesso modo accordi tra le imprese di un settore spesso sono utili per evitare di recare danni alla collettività, danni provocati spesso da concorrenza sfrenata.

In generale, quindi, è necessario vigilare sulla concorrenza senza prendere né eccessive precauzioni né permettere la formazione di oligopoli e monopoli dannosi.

Non può poi essere trascurato un ulteriore ordine di fattori che può comportare compressioni della libera iniziativa e il modello concorrenziale: il pubblico interesse (citato anche dall'articolo 41 al secondo comma). Se la libera concorrenza generalmente coincide con questo interesse, ci sono situazioni in cui lo Stato può esercitare la sua prerogativa di limitare il libero mercato nell'interesse generale (generalmente per servizi essenziali).

La ricerca di un equilibrio di questi interessi sta alla base di ogni disciplina della concorrenza. Fissato il principio di libertà di concorrenza, il legislatore italiano:

- a) Consente limitazioni legali della stessa per finalità di utilità sociale (41.3 Cost.) ed anche la creazione di monopoli legali in specifici settori di interesse generale (43 Cost.);
- b) Ricollega la stipulazione di determinati contratti divieti di concorrenza fra le parti (per garantire svolgimento efficace del contratto e tutela degli interessi patrimoniali in gioco)
- c) Consente limitazioni negoziabili della concorrenza ma ne subordina la validità al rispetto di condizioni che non comportino un radicale sacrificio della libertà di iniziativa economica attuale e futura (2596)
- d) Assicura l'ordinato svolgimento della concorrenza tramite la repressione degli atti di concorrenza sleale (2598-2601)

Fino a pochi anni fa era assente una disciplina **antimonopolistica** presente invece in quasi tutti gli ordinamenti economicamente avanzati. In passato la lacuna era parzialmente colmata dall'applicazione diretta del diritto comunitario, prima di essere colmata definitivamente dalla legge 287/1990, norme per la tutela della concorrenza e del mercato, con disposizioni settoriali specifiche per l'editoria e la radiotelevisione. Recentemente la normativa è stata aggiornata con disposizioni di origine sempre comunitaria per i risarcimenti di chi è stato danneggiato da un'intesa o dall'abuso di posizione dominante.

La disciplina antimonopolistica italiana ed europea.

La libera iniziativa e competizione non può risultare in comportamenti che pregiudichino la struttura concorrenziale del mercato. È questo il principio cardine degli artt. 101-102 del TFUE e i regolamenti CE 1/2003 e CE 139/2004 (disciplina direttamente applicabile in Italia con obiettivo di competizione libera sul mercato europeo).

Questi stessi principi sono applicati dalla normativa applicabile sul territorio nazionale (la legge 287/1990). La legge ha istituito l'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato, con competenza su tutti i settori economici (prima bancario era sotto Banca d'Italia). Per settore assicurativo e comunicativo l'AGCM è affiancata dalle autorità settoriali.

L'AGCM è dotata di ampi poteri di indagine e ispettivi, adotta provvedimenti antimonopolistici necessari e irroga le sanzioni amministrative e pecuniarie previste dalla legge. Contro i provvedimenti può essere proposto ricorso giudiziario, con competenza esclusiva del Tar Lazio (art. 33). Azioni di nullità e risarcimento danni, oppure per provvedimenti di urgenza, vanno invece promossi davanti al giudice ordinario, con competenza concentrata presso le sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli.

I fenomeni considerati pericolosi dalla legislazione europea e nazionale sono gli stessi: intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni (interpretate sempre in conformità con i principi dell'ordinamento comunitario ex art. 1.4).

Il diritto europeo vige per condotte che portano a effetti perturbativi sul commercio tra gli stati membri o alterano il gioco della concorrenza a livello di mercato interno, anche se spesso i casi sono tali da far applicare entrambe le discipline. Per il coordinamento tra le discipline si adotta dal 2017 il principio della **doppia barriera**, ovvero che l'autorità italiana applica entrambe le discipline, salva la possibilità della Commissione di occuparsi di casi di particolare rilievo.

Il principio di conformità al diritto europeo incide anche nell'interpretazione dell'articolo 8 della legge 287/1990 che definisce l'ambito soggettivo di applicazione: imprese private, pubbliche e a prevalente partecipazione statale, con esclusione di monopoli legali e quelle che gestiscono servizi di interesse economico generale (la disciplina considera nella sua ampia definizione di impresa **anche esercenti di professioni intellettuali e i liberi professionisti**).

Le singole fattispecie. Le intese restrittive della concorrenza.

Sono tre le fattispecie rilevanti per la disciplina antimonopolistica: intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante, concentrazioni.

Le intese (o **cartelli**) sono comportamenti concordati da imprese volti a limitare la propria libertà di azione sul mercato (ad esempio accordi con cui si fissano prezzi uniformi o si contingenta la produzione). Sono considerate in particolare intese:

- a) Accordi tra imprese (anche se non vincolanti)
- b) Deliberazioni di consorzi, di associazioni di imprese e di altri organismi simili
- c) "pratiche concordate" fra imprese. Una espressione volutamente ampia per comprendere tutti gli accordi meno formali di quelli enumerati precedentemente (rientra ogni comportamento parallelo consapevolmente adottato)

Non tutte le intese anticoncorrenziali sono tuttavia vietate. Sono solo vietate intese che "abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza" (art 2.2). Sono quindi lecite le cd **intese minori**, che non incidono sull'assetto concorrenziale del mercato. La legge elenca cinque tipi di intesa espressamente vietate (sempre art 2.2):

- a) **fissare** direttamente o indirettamente **i prezzi** d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
- b) **impedire o limitare la produzione**, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
- c) **ripartire i mercati** o le fonti di approvvigionamento;
- d) **applicare**, nei rapporti commerciali con altri contraenti, **condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti**, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

Rientrano non solo accordi tra produttori ma anche tra produttori e distributori (accordi verticali). Il divieto non ha carattere assoluto: ci sono esenzioni temporanee per chi soddisfa condizioni fissate per legge (essenzialmente se migliora l'offerta, la distribuzione o generalmente sono vantaggiose per i consumatori). Questo strumento è spesso impiegato a livello europeo.

Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto, con legittimazione estesa a tutti per far accertare la nullità stessa, anche prima degli effetti restrittivi della concorrenza. L'autorità, accertate le infrazioni, adotta provvedimenti, oppure concludere l'istruttoria senza sanzioni se il produttore si accorda di discontinuare la pratica in autonomia. Ci sono specifici programmi di clemenza (applicabili alle intese orizzontali segrete).

Le intese possono essere preventivamente comunicate.

Le parti sono inoltre obbligate ad un risarcimento del danno anche nel caso dell'abuso di posizione dominante (non concentrazioni). Il risarcimento è dovuto a qualsiasi soggetto danneggiato, anche se non ha rapporti commerciali con l'autore dell'illecito. La regola generale è solidità nell'obbligazione (tranne per casi con un

ruolo marginale di una delle parti o nei programmi di clemenza). Sono favoriti i danneggiati tramite una serie di presunzioni e mezzi di ricerca delle prove per allievare il quasi impossibile onere della prova del danno subito. La violazione del diritto antimonopolistico si ritiene **definitivamente accertata** quando il provvedimento diventa incontestabile.

Quando la violazione consiste in un cartello si presume il danno salva prova contraria. L'illecito tipicamente fa insorgere un danno emergente che consiste in maggiorazione dei costi di beni e servizi per gli acquirenti, ma anche a terzi acquirenti indiretti (vittime del cambio del prezzo generale per l'effetto distorsivo). Nel caso di acquirente indiretto si ha inversione dell'onere della prova (il violante dimostra che non ha causato danno, in caso di prova raggiunta si potrà chiedere solo il lucro cessante).

Ciascuna parte può chiedere al giudice di ordinare alla controparte l'esibizione delle prove rilevanti, un **ordine di esibizione** (tipico del *common law*) che può avere ad oggetto anche intere categorie di prove, anche dal fascicolo dell' AGCM (generalmente pubblicate solo al termine della procedura amministrativa). In nessun caso è ammissibile la confessione nell'ambito di programmi di clemenza.

Il diritto al risarcimento si prescrive in cinque anni dal momento della cessazione del comportamento illecito, ma il termine inizia solo dal momento in cui il danneggiato viene a conoscenza del fatto lesivo e dell'identità dell'autore della violazione (art. 8).

Abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica.

Il secondo fenomeno preso in considerazione dall'ordinamento nazionale e comunitario è l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese (art. 3 287/1990 e art. 102 TFUE). Fatta eccezione dei messi di comunicazione di massa e purché sia rispettata la norma sulle concentrazioni, non è problema di per sé una posizione dominante sul mercato (nazionale o comunitario), quindi la circostanza che l'impresa sia grado di esercitare una influenza preponderante sul mercato e di agire senza dover tener conto delle reazioni dei concorrenti. Vietato è solo **lo sfruttamento abusivo** di tale posizione, individuale o collettiva (gruppi o oligopoli), con comportamenti lesivi dei concorrenti e dei consumatori.

Nella valutazione della posizione dominante giocherà quindi un ruolo chiave l'identificazione effettiva di un mercato rilevante (merceologica e/o geografica). Questo comprende tutti i prodotti e servizi che sono considerati interscambiabili o sostituibili dal consumatore e abbraccia quella zona geografica in cui le imprese fornitrici si pongono tra loro in concorrenza.

L'individuazione del mercato rilevante non è sempre agevole, anche perché spesso la stessa Autorità lo frammenta (eg. banane distinto dalla frutta in generale).

I comportamenti considerati lesivi sono gli stessi delle intese vietate:

- Imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (anche prezzi troppo bassi, se considerati prezzi predatori)
- Impedire o limitare la produzione, gli sbocchi al mercato, o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori (eg. rifiuto di vendere pezzi di ricambio a imprese non nella propria rete)
- Applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti (prezzi diversi per lo stesso prodotto)
- Subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non abbiano connessione con l'oggetto del contratto stesso.

Il divieto di abuso di posizione dominante non ammette eccezioni. Accertata l'infrazione l'Autorità ordina la cessazione e adotta le misure necessarie, con sanzioni pecuniarie identiche alle intese con possibile **sospensione dell'attività d'impresa** per 30 giorni in caso di reiterata inottemperanza. Il soggetto leso potrà anche chiedere risarcimento con la procedura del d.lgs. 3/2017.

Oggi è vietato anche **l'abuso dello stato di dipendenza economica** nella quale si trova una impresa cliente o fornitrice rispetto a imprese anche non dominanti nel mercato. Si intende per dipendenza economica "la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi". È valutata tenendo conto anche delle possibilità di cercare alternative.

Il patto nel quale si realizza abuso di dipendenza economica è **nullo**. Il tribunale (sezione impresa) può ordinare inibitoria e condannare al risarcimento del danno. Inoltre, in caso si qualifichi anche come abuso di posizioni dominante l'AGCM applica le sanzioni necessarie.

Le concentrazioni

Terzo e ultimo fenomeno posto sotto il controllo dalla legislazione antimonopolistica è costituito dalle operazioni di concentrazione tra le imprese (5-7 l. 287/1990).

In base alla normativa nazionale generale (non comunicazione di massa), si ha concentrazione quando:

- 1) Due o più imprese si fondono e diventano un'unica entità giuridica;
- 2) Due o più imprese diventano un'**unica entità economica**, rimanendo **distinte**, sottoposte cioè ad un controllo unitario che consente di esercitare una influenza determinante sull'attività produttiva delle imprese controllate;
- 3) Due o più imprese dipendenti costituiscono una impresa comune che opera come entità autonoma rispetto alle prime (sottratte alla disciplina se hanno ruolo di coordinamento dei comportamenti concorrenziali dei partecipanti).

Diversi sono quindi gli strumenti giuridici utilizzabili per avere un'operazione di concentrazione: fusione, scissione, acquisto di un'azienda, di una partecipazione di controllo, etc. Il risultato sarà sempre lo stesso: aumento della **quota di mercato** detenuta tramite operazioni che riducono il numero di imprese indipendenti operanti sul mercato (non applicabile quindi se le imprese sono già parte dello stesso gruppo, non si sa se si applica a riunioni di imprese sottoforma di un conglomerato, formato di settori eterogenei).

È espressamente escluso che si abbia concentrazione quando una banca o istituto finanziario acquistano una partecipazione con il fine di rivenderla sul mercato, purché non esercitino il diritto di voto collegato alla propria partecipazione, che comunque non deve durare oltre 24 mesi (5.2 l.287/1990).

Le concentrazioni costituiscono un utile strumento di ristrutturazione e non sono di per sé vietate se costituiscono uno strumento di accrescimento della competitività. Diventano però illecite e vietate quando danno luogo gravi alterazioni del regime concorrenziale del mercato, che consiste generalmente per le concentrazioni di maggiore dimensione.

Il criterio per la segnalazione preventiva all'AGCM o la commissione europea è quindi uno di fatturato, che porta ad una valutazione del rafforzamento della posizione dominante e/o riduzione della concorrenza stabile e durevole.

Se l'AGCM ritiene di dover indagare sulla liceità della concentrazione, apre una apposita **istruttoria** che deve essere conclusa in 45 giorni, con possibilità di sospensione della realizzazione nel mentre. Conclusa l'istruttoria, l'autorità potrà vietare concentrazioni che porta a formare o consolidare una posizione dominante con effetti distorsivi stabili e durevoli per la concorrenza. In alternativa, può autorizzare la concentrazione prescrivendo **misure necessarie per impedire tali conseguenze**, ad esempio:

- La cessione di determinati settori
- Osservanza di regole di comportamento volte ad evitare abuso di posizione dominante

Qualora la concentrazione sia già avvenuta, prescrive misure per ripristinare condizioni di concorrenza ed eliminare gli effetti distorsivi.

Pesanti sanzioni pecuniarie (fino al 10% del fatturato) possono essere imposte se le imprese non si adeguano alle misure o se la concentrazione vietata viene comunque eseguita.

Diversamente dalle intese, **non è però sancita la nullità delle operazioni che hanno dato luogo alla concentrazione vietata**. Ai terzi resta solo la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni in sede giudiziaria, tutt'altro che semplice poiché non si applicano le agevolazioni probatorie previste dal 3/2017. Resta fermo che l'autorità può imporre il compimento di operazioni inverse a quelle che hanno determinato la formazione della concentrazione vietata (scissione).

Limitazioni pubblicistiche della concorrenza e monopoli legali.

La libertà di iniziativa economica privata e la conseguente libertà di concorrenza sono libertà disposte nell'interesse generale e non possono svolgersi in "contrasto con la l'utilità sociale, o in modo di recare danno

alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41.2 Cost). Sarà quindi lecito imporre limiti alla concorrenza se gli interventi rispondono a **fini sociali e ambientali** e sono disposti da parte del **legislatore ordinario** (riserva di legge ex 41.3 Cost.).

I più evidenti e tradizionali interventi in questo campo sono i seguenti:

- a) Controlli di accesso al mercato di nuovi imprenditori (necessità di concessione o autorizzazione amministrativa ex 2084), esempio tipico delle imprese bancarie e assicurative.
- b) Ampi poteri di indirizzo e controllo dell'attività riconosciuti alla pubblica amministrazione nei confronti di imprese in certi settori (attività bancaria o creditizia con il CICR e Banca d'Italia).
- c) Sistema di controllo pubblico dei prezzi di vendite, con caso estremo dei prezzi di imperio da parte del CIP (esempi sono giornali, medicinali e servizi pubblici essenziali).

L'articolo 43 pone dei limiti alla possibilità di formale **monopoli pubblici**: devono essere disposti per legge ordinaria e che il sacrificio di libera iniziativa corrisponda a fini di utilità generale. Sono determinati in modo tassativo i settori nei quali possono essere istituiti monopoli pubblici (servizi pubblici essenziali, fonti di energia e situazioni di monopolio di fatto).

I monopoli pubblici oggi sono rari dato che spesso sarebbero in contrasto con la disciplina fondamentale dell'Unione Europea (art. 106 TFUE) e con la legge 287/1990, che ricordiamo si applica anche alle imprese pubbliche. I monopoli pubblici oggi sono spesso **monopoli fiscali**, quali il tabacco, il lotto. La Corte costituzionale ha fatto cessare il monopolio statale televisivo, dei trasporti aerei e dei servizi telefonici.

Obbligo di contrarre del monopolista

Quando la produzione di determinati beni è attuata in regime di monopolio legale non trova applicazione la normativa *antitrust*, ma il legislatore comunque si preoccupa per tutelare i consumatori da possibili comportamenti arbitrari del monopolista.

Derogando al principio di libertà di contrarre, l'articolo 2597 impongono un duplice obbligo di **obbligo a contrarre** con chiunque richieda le prestazioni offerte, e l'obbligo di rispettare la **parità di trattamento** fra i diversi richiedenti. Identici obblighi sono previsti ex 1679 a carico di chi opera con concessione amministrativa pubblici servizi di linea per il trasporto di cose o persone. Le due discipline per quanto non identiche sono integrate reciprocamente.

L'obbligo a contrarre del monopolista e il corrispettivo **diritto soggettivo dell'utente** sussistono per le richieste che siano "compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa", e dovranno essere soddisfatte in ordine cronologico di presentazione.

Il principio di parità di trattamento fa sì che il monopolista debba rendere conosciute le proprie condizioni contrattuali che di regola sono in larga parte fissate in via legislativa o sottoposte a preventiva approvazione amministrativa. La parità di trattamento non implica che le condizioni contrattuali siano identiche per tutti, dato che sono lecite tariffe differenziate perché con i relativi presupposti sono estesi a chiunque si trovi nelle condizioni richieste. Ogni altra deroga alle condizioni generali di contratto è nulla e ogni clausola è sostituita ex lege da quelle generali.

La disciplina esposta finora si applica solo alla condizione di chi opera in monopolio legale, con il presupposto che la produzione ed il commercio di un dato bene siano riservati per legge ad un solo imprenditore. Essa **non è applicabile al monopolista di fatto** (l'articolo 2597 è una norma eccezionale che deroga la disciplina generale e quindi non gode di applicazione analogica).

Al monopolista di fatto è applicabile però la normativa a tutela della concorrenza (287/1990) che permette di reprimere pratiche discriminatorie o vessatorie nei confronti di altri imprenditori (ad esempio il boicottaggio, che ricade sotto l'abuso di posizione dominante).

Divieti legali di concorrenza

Oltre alle limitazioni di natura pubblicistica già esposti, ci sono ulteriori limitazioni della concorrenza a tutela di interessi patrimoniali e privati. Nel codice si rinvengono infatti norme che pongono a carico di soggetti legati da particolari rapporti commerciali il divieto di fare concorrenza con controparte, per garantire il corretto svolgimento del contratto.

Si tratta perlopiù di divieti che accedono ad un rapporto di collaborazione economica destinato a svilupparsi nel tempo. La durata coincide con il rapporto di collaborazione e la portata si modella in funzione dell'attività imprenditoriale esercitata. Tali divieti hanno carattere dispositivo: operano senza espressa pattuizione (dato che sono in tutela della controparte), ma sono convenzionalmente derogabili.

Rientrano tra i divieti:

- Obbligo di fedeltà a carico di prestatori di lavoro (2105)
- Divieto di attività in concorrenza dei soci delle società di persone e gli amministratori di società di capitali e cooperative.
- Diritto di esclusiva reciproca del contratto di agenzia (non ci sono due agenti e l'agente non ha due concorrenti nella stessa zona)

Fra i divieti in esame rientra anche il divieto di concorrenza posto a carico di chi aliena una azienda commerciale con durata massima di 5 anni.

Limitazioni convenzionali della concorrenza

Libertà individuale di iniziativa economica è **parzialmente** disponibile. Tanto si desume dall'articolo 2596 che consente la stipulazione di accordi restrittivi della concorrenza con una disciplina generale basata su tre regole.

- 1) Prova per iscritto
- 2) Deve essere limitato in ambito di territorio e tipo di attività
- 3) Durata massima di 5 anni.

La finalità esclusiva è la tutela del soggetto che si assume l'obbligo di non concorrenza, evitando compressione eccessive della sua libertà. Chiaramente ogni accordo deve ritenersi valido solo quando non ricorrono i presupposti per l'applicazione di norme antimonopolistiche comunitarie o nazionali.

Notiamo che non tutte le intese limitative della concorrenza sono assoggettabili alla disciplina del 2596. Per questo distinguiamo due tipi di patti:

- Patti autonomi – finalità esclusiva di limitazione della concorrenza. Possono esserci restrizioni unilaterali o reciproche. I patti autonomi di restrizione reciproca sono tradizionalmente riferiti **cartelli** e possono prevedere impegni reciproci di vario tipo (eg. cartelli che concordano la quantità da produrre e le quote, detti di contingentamento, cartelli di zona, di prezzo, o combinazioni tra loro). Non è pacifico che gli accordi reciproci cadano sotto la disciplina, dato che possono essere raggiunti tramite il contratto tipico di **consorzio** che realizza anche una organizzazione comune (con durata naturale di 10 anni, ma volendo illimitata). Campobasso sostiene che utilizzando questa forma si possano sottrarre le intese dal limite di 5 anni.
- Clausola accessoria di un altro contratto con diverso soggetto, anch'essi sia unilaterali che reciproci. Possono essere sia orizzontali (stesso livello) che verticali (quindi senza rapporto diretto di concorrenza). Sono pattuizioni frequentissime (**esclusiva**).

Alcuni di questi patti accessori formano oggetto di discipline specifiche:

- a) La clausola di esclusiva, inseribile convenzionalmente in un contratto di somministrazione (1567-1568), con durata parificata al contratto base.
- b) Il patto di preferenza a favore del somministrante (1566), che non può eccedere durata di 5 anni.
- c) Patto di non concorrenza per il prestatore di lavoro per il tempo successivo alla cessazione del contratto (2125), con forma scritta **ad substantiam**. Nullo se non prevista retribuzione e durata massima di 3 anni per dipendenti (5 per dirigenti).
- d) Patto di limitazione della concorrenza dell'agente dopo la cessazione del rapporto. Per iscritto e con durata massima di due anni, con stessa zona, clientela e prodotto dell'agenzia (con indennità).

Il 2596 si applica direttamente solo a **patti accessori innominati**, ad esempio patti accessori alla vendita, appalto o commissione. È tuttavia opinione prevalente che ci sia una distinzione interna anche ai patti innominati in base alla limitazione **non funzionale al contratto al quale accedono** (per cui vale il 5 anni, a differenza di quelli di collaborazione economica che hanno durata uguale al contratto principale).

Una parte della dottrina sostiene anche che si applica il 2596 solo a restrizioni orizzontali, sottraendo quindi ogni restrizione verticale. I patti verticali sarebbero regolati dall'articolo 1379 sul **divieto convenzionale di alienazione**, che stabilisce solo "convenienti limiti di tempo" e necessità di tutelare un interesse apprezzabile delle parti. Campobasso non è d'accordo perché la dottrina direbbe che i patti verticali sono per i terzi e non i diretti interessati.

Libertà di concorrenza e disciplina della concorrenza sleale.

La libertà di iniziativa economica prevede la presenza sul mercato di una pluralità di imprenditori che offrono beni o servizi identici o simili e che quindi saranno in competizione tra loro. Nel perseguimento di questo fine ciascun imprenditore gode di ampia discrezionalità negli strumenti da impiegare, sia per guadagnare clientela che per sottrarla dai suoi concorrenti, e il danno subito per la sottrazione di essi non è ingiusto e risarcibile. Anche se procurarsi un vantaggio a scapito di altri è lecito, è presente al contempo un interesse generale che la competizione tra imprenditori sia **corretta e leale**.

Da qui la necessità di predeterminare regole al fine di evitare "colpi bassi" e vittorie truffaldine, distinguendo tra comportamenti concorrenziali leciti e illeciti.

Prima del 1942 la concorrenza sleale era considerata dalla giurisprudenza (in presenza di un vuoto normativo) come un **illecito civile**. Nella disciplina attuale invece è disciplinato esplicitamente dal codice negli articoli **2598-2601**, che recepisce le convenzioni internazionali in materia, sopravvenute dopo l'emanazione del codice del commercio.

I principi alla base della concorrenza sleale possono essere fissati in questa maniera: è vietato servirsi di mezzi e tecniche non conformi ai principi della correttezza professionale. Gli atti non conformi, denominati illeciti concorrenziali sono gli atti di **confusione, denigrazione e vanteria**.

Tali atti sono repressi e sanzionati anche se compiuti **senza dolo e colpa** (2600.1) e anche se **non hanno arrecato danno ai concorrenti** (basta infatti il danno potenziale, cioè che l'atto sia idoneo a danneggiare l'altrui azienda).

Tanto è necessario quanto sufficiente affinché scattino le sanzioni tipiche: inibitoria, rimozione gli effetti prodotti, salvo diritto al risarcimento del danno in presenza dell'elemento psicologico (dolo o colpa) e di un danno patrimoniale attuale.

La disciplina generalmente segue le stesse finalità dell'illecito civile (compensare un danno ingiusto) ma lo dà attraverso adattamenti imposti dalla specificità del tipo di illecito che si vuole reprimere. Le differenze maggiori riguardano:

- Sanzioni svincolate dal requisito di dolo o colpa
- Sanzioni svincolate dal requisito di danno patrimoniale attuale
- Attuazione delle sanzioni tramite sanzioni tipiche che non si esauriscono nel risarcimento del danno (eventuale).

Si tratta di una disciplina **speciale** rispetto all'illecito civile, che offre agli imprenditori una tutela ancora più grande, perseguendo sempre anche finalità di interesse generale (i consumatori). Per questo nelle considerazioni delle pratiche commerciali scorrette si considera spesso anche l'affidamento che fanno i consumatori stessi (certamente non sono interessi direttamente tutelati, infatti il danneggiato principale resta il concorrente, anche se i consumatori traggono vantaggio dall'atto, come nel caso delle vendite sottocosto). La priorità degli interessi dei concorrenti è confermata dalla legittimazione a reagire contro gli atti di concorrenza sleale che resta in capo ai soli imprenditori concorrenti e non ai consumatori o le loro associazioni (2601).

La tutela dei consumatori è tuttavia largamente garantita tramite la disciplina della pubblicità ingannevole prima tramite il Codice di autodisciplina pubblicitaria, affiancato poi dalla disciplina statale culminata con il codice del consumo (d.lgs. 206/2005).

Ambito di applicazione della disciplina della concorrenza sleale.

La disciplina della concorrenza sleale regola i rapporti di coesistenza sul mercato di più imprenditori concorrenti. Ci sono quindi due presupposti:

- a) La qualità di imprenditore di colui che pone in essere gli atti di concorrenza vietati e di chi li subisce
- b) Esistenza di un rapporto di concorrenza economica tra i medesimi

Chi è leso da un soggetto non qualificabile in questa categoria potrà avvalersi della più generica disciplina dell'illecito civile (con sola sanzione del risarcimento e non inibitoria e presupposti diversi).

È fuori dubbio che il soggetto passivo deve sempre essere imprenditore (solo un imprenditore ha azienda), mentre il termine dell'articolo 2598 "chiunque" potrebbe creare dubbi per il soggetto attivo. Dottrina e giurisprudenza dominante sono a favore di una interpretazione restrittiva del termine anche in ottica di parità di trattamento (perché solo gli imprenditori godrebbero di una protezione contro tutti i consociati). Notiamo che si può applicare a che a imprenditori in fase di organizzazione e liquidazione.

È chiaro che l'imprenditore risponde anche di atti degli ausiliari autonomi e subordinati nel suo interesse a su sua istigazione o incarico (rispondono in solido). L'articolo 2598.3 prevede esplicitamente responsabilità anche per atti indiretti.

Il secondo presupposto di applicabilità della disciplina è l'esistenza di un rapporto di concorrenza **prossima ed effettiva** tra gli imprenditori. È tuttavia opinione pacifica che si può tenere conto della **potenziale** espansione territoriale e settoriale.

La giurisprudenza ha inoltre ammesso la possibilità di applicare la disciplina tra operatori che agiscono a livelli economici diversi, con il requisito che l'attività incida sulla stessa categoria di consumatori (concorrenza verticale).

Gli atti di concorrenza sleale. Le fattispecie tipiche.

I comportamenti che costituiscono atti di concorrenza sleale sono definiti dall'articolo 2598:

- a) Atti di confusione
- b) Atti di denigrazione e appropriazione dei pregi altrui
- c) Ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

Chiaramente il terzo tipo comprende le caratteristiche generali di ogni atto, requisiti che sono derogati per i primi due casi tipizzati (non bisognerà dimostrarli in sede giudiziale per i casi *a* e *b*). Inoltre, il giudice non dovrà valutare se l'atto viola il parametro della correttezza professionale (valutazione già compiuta dal legislatore).

Atti di confusione

È atto di concorrenza sleale ogni atto idoneo a creare confusione con i prodotti o l'attività del concorrente. È lecito attrarre l'altrui clientela, ma non tramite mezzi che possono trarre in inganno il pubblico sulla provenienza dei prodotti o l'identità personale dell'imprenditore. Questi mezzi sono sleali perché sfruttano il successo dei concorrenti. Ci sono due atti previsti espressamente dal legislatore come qualificabili sotto questa fattispecie:

- Uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i segni distintivi legittimamente usati da concorrenti. Se riguarda segni tutelati ci sarà doppia disciplina insieme a quella dei segni distintivi, ma per casi non tutelati per segni legittimamente usati ci sarà questa disciplina.
- Imitazione servile, ovvero la pedissequa riproduzione delle forme esteriori dei prodotti concorrenti. Deve riguardare elementi non essenziali ma caratterizzanti (idonei a distinguere). Non si ha imitazione quando la forma è comune (bottiglia di vetro per l'acqua).

Rientrano infine ogni altro mezzo idoneo a creare confusione, ad esempio imitazione dei mezzi pubblicitari, dei listini, cataloghi aspetti dei locali.

Atti di denigrazione e appropriazione dei pregi

Comune a entrambe le fattispecie è la finalità di falsare gli elementi di valutazione comparativa del pubblico attraverso mezzi pubblicitari. Per la denigrazione si danneggia il concorrente mentre nell'appropriazione si incrementa il proprio merito artificialmente.

La denigrazione si può manifestare in vari modi:

- a) Denunce al pubblico di pratiche concorrenziali illecite da parte di concorrenti specifici quando la diffida sia priva di fondamento o il suo contenuto oltrepassi il limite della tutela necessaria del diritto. Più in generale ogni divulgazione di notizie che possono screditare la reputazione commerciale di un concorrente.
- b) Pubblicità iperbolica (o superlativa), generalmente mediante l'attribuzione di pregi come eccezionali affermando implicitamente che manchino ai concorrenti (il caffè decaffeinato X è l'unico che non fa male al cuore). Lecito è invece il *puffing*, cioè il semplice affermare che il proprio prodotto è il migliore (può essere difficile distinguere).

L'appropriazione di altrui pregi può avvenire sotto forma di:

- a) Pubblicità parassitaria e per riferimento (la prima con mendace attribuzione di pregi di altri, mentre la seconda cercando di rendere simili ad altri anche se non è vero)
- b) Pubblicità comparativa (lecita solo se non ingannevole, confronto oggettivo, non ingenera confusione e non denigra concorrenti). Non è lecita nemmeno se trae vantaggio dall'uso di segni distintivi altrui.

Gli altri atti di concorrenza sleale

L'articolo 2598 chiude l'elencazione degli atti della concorrenza sleale affermando che è tale "ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda". Qui si affida al giudice il delicato compito di determinare cosa si qualifica come correttezza professionale in un dato momento dal mondo degli affari (o il settore degli imprenditori), chiaramente solo se questi non contrastano con i principi di un ordinato e corretto svolgimento del gioco della concorrenza.

Fra gli atti contrari al parametro della correttezza professionale rientrano la **pubblicità menzognera** (falsa attribuzione di qualità non appartenenti ad alcun concorrente). Costituisce certo illecito pubblicità menzognera diretta a screditare concorrenti, e quella non lesiva a un soggetto particolare che nel trarre in inganno i consumatori danneggia tutta la concorrenza. Questo era già certo da oltre un ventennio dal sistema di autodisciplina, ma è stato confermato dalla disciplina legislativa della pubblicità ingannevole (d.lgs. 145/2007) che prevede rimedi specifici e **fa salva l'applicazione della disciplina della concorrenza sleale**, la medesima conclusione giunta dal codice del consumo.

Altre categorie residuali identificate dalla giurisprudenza sono:

- Concorrenza parassitaria (imitazione di iniziative dei competitori, facendo attenzione a non rendere confondibili per i consumatori, il celebre caso **Motta-Alemagna**)
- Il boicottaggio economico (non vendere a determinati rivenditori per escluderli dal mercato, cumulativo alla disciplina antimonopolistica)
- Vendita sottocosto (*dumping*), dipende se protratto nel tempo e finalizzato all'eliminazione di concorrenti e l'acquisto di una posizione monopolistica.
- Sottrazione a un concorrente di dipendenti o collaboratori autonomi, se con portata tale da manifestare deliberato proposito di danneggiare l'altrui azienda e/o avvantaggiarsi in modo parassitario con le informazioni dei concorrenti. Non basta proporre stipendi migliori, deve essere più deliberato.
- Violazione dei segreti commerciali

Le sanzioni

La repressione degli atti di concorrenza sleale si fonda su due distinte sanzioni: inibitoria (2599) e risarcimento dei danni (2600).

L'interesse primario dell'imprenditore che subisce un atto di concorrenza sleale è di ottenere la cessazione delle turbative. L'azione di inibitoria è diretta ad ottenere una sentenza che accerti l'illecito, ne inibisca la continuazione e disponga a carico della controparte i provvedimenti reintegrativi necessari per far cessare gli effetti della concorrenza sleale.

L'azione inibitoria e le relative sanzioni prescindono dal dolo o dalla colpa del soggetto attivo e dall'esistenza di danno patrimoniale attuale. Per il risarcimento del danno si presume la colpa di un soggetto accertato per atti di concorrenza sleale.

Tra le misure risarcitorie troviamo la pubblicazione della sentenza, particolarmente ambita per effetto pubblicitario a vantaggio.

L'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa dall'imprenditore leso e dalle associazioni professionali di imprenditori quando gli atti pregiudicano gli interessi di una categoria professionale (quindi anche se non danneggia nello specifico un associato). Non sono menzionati invece singoli consumatori o associazioni che li rappresentano (se non per discipline specifiche per pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole).

Pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori.

La disciplina della concorrenza sleale è affiancata dalla specifica disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori (sono equiparati a consumatori microimprese). Il controllo amministrativo delle pratiche potenzialmente distorsive è affidato all'AGCM.

Per pratica commerciale si intende qualsiasi condotta posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ad un consumatore. Rientrano quindi tutti gli atti prima e dopo l'operazione commerciale, mentre sono escluse pratiche rivolte ad altri professionisti.

Una pratica commerciale è scorretta quando:

- a) Non è conforme al grado di diligenza che il consumatore può ragionevolmente attendersi da un professionista;
- b) È idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio (decisioni che non avrebbe altrimenti preso).

Sono valutate con maggior rigore pratiche rivolte a categorie di consumatori vulnerabili (bambini, anziani, infermi di mente, etc.).

Il codice del consumo delinea due tipologie di pratiche scorrette: le pratiche ingannevoli e aggressive.

Pratiche commerciali ingannevoli

Sono le pratiche che contengono informazioni false oppure per la presentazione del prodotto sono idonee a trarre in errore il consumatore medio. Gli elementi sui quali l'errore è essenziale sono (20 cod. cons.): caratteri del prodotto, prezzo, qualifiche del professionista, diritti del consumatore, etc.

Sono anche ingannevoli pratiche che portano a confusione su prodotti o segni distintivi, anche per casi di comportamenti omissivi che tengono il consumatore all'oscuro di informazioni determinanti per la scelta.

Pratiche commerciali scorrette

Pratiche che mediante molestie o coercizione fisica o morale sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore (24).

Per semplificare l'accertamento sono enumerati alcuni casi di pratiche ingannevoli (affermazione falsa che professionista è firmatario di un codice di condotta, esibizione di marchio di qualità senza autorizzazione, invito di acquisto di prodotti non fornibili in tempi ragionevoli) e scorrette (sollecitazioni telefoniche ripetute e non richieste, far intendere che il consumatore non può lasciare i locali senza concludere un contratto).

L'autorità d'ufficio o su istanza inibisce pratiche commerciali illecite e ne elimina gli effetti, con l'aggiunta di sanzioni pecuniarie a carico del professionista, con possibilità di pubblicazione della pronuncia. Nei casi meno gravi può chiudere il procedimento con un accordo con il professionista in cui si impegna a porre fine all'infrazione.

Resta invece di competenza del giudice ordinario il risarcimento dell'eventuale danno. I consumatori possono anche rivolgersi a meccanismi di autodisciplina dei professionisti per ottenere inibitoria per atti di pubblicità

ingannevole o comparativa. Si può richiedere anche la sospensione del procedimento dell'autorità in attesa del giudizio dell'organo di autodisciplina (max 30 giorni).

La pubblicità ingannevole e comparativa.

L'interesse pubblico alla proibizione di pratiche commerciali scorrette assume particolare rilievo nel caso delle pubblicità ingannevole o comparativa illecita, in ragione dell'ampia pericolosità che la diffusione del mezzo pubblicitario può avere.

La materia è quindi oggetto di una disciplina speciale, e il controllo amministrativo sempre dell'AGCM.

Dagli anni '60 è previsto un codice di autodisciplina con apposito organo giurisdizionale (Giuri di autodisciplina), con sede a Milano. L'azione è promuovibile da qualunque interessato e le decisioni sono insindacabili. Le decisioni sono vincolanti solo per i mezzi pubblicitari che hanno aderito e per gli operatori di cui essi si avvalgono (e quindi non risolve interamente i problemi dei consumatori). Dal d.lgs. 74/1992 il controllo privato del Giurì è affiancato da quello pubblico dell'autorità garante.

Enunciato il principio che la pubblicità deve essere **palese, veritiera e corretta**, la legge vieta ogni forma di pubblicità ingannevole con formula volutamente ampia. Norme specifiche sono dettate per la pubblicità di prodotti pericolosi e per quella suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti. Sono proibite pubblicità che stimolino l'inconscio.

Ogni interessato può denunciare l'uso di pubblicità ingannevole all'autorità garante, che può procedere anche d'ufficio con poteri repressivi e sanzionatori già esaminati per altre pratiche.

Capitolo 9: i consorzi tra imprenditori

Nozione e tipologia

Articolo 2602

Con il contratto di consorzio (1) più imprenditori [2082, 2618] istituiscono **un'organizzazione comune** per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese.

Il contratto di cui al precedente comma è regolato dalle norme seguenti, salve le diverse disposizioni delle leggi speciali [2616, 2643, n. 11] (2).

Ricordiamo che per consorzio si intende esclusivamente i consorzi di diritto privato da includere sotto questa definizione. Ci sono anche consorzi pubblici, consorzi tra società cooperative, società consortili bancarie (da escludere dalla descrizione di questo capitolo).

Questa è la nuova definizione dei consorzi per coordinamento della produzione e degli scambi introdotta dal 1976 e modificando la storica disciplina del cc, e introducendo una nozione più ampia distinguibile in due concetti:

- Concorrenziale (per limitare la concorrenza, una dei possibili patti previsti dall'articolo 2596, con limitazioni reciproche e organizzazione comune per vigilare)
- Di coordinamento (per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese, tipico di piccole e medie imprese per recuperare competitività sul mercato tramite una riduzione delle spese).

Questi due tipi di consorzi senza dubbio sollevano problemi legislativi diversi tra di loro quando si considera il profilo pubblicistico della loro incidenza sulla struttura concorrenziale del mercato.

I consorzi anticoncorrenziali sollecitano un controllo per evitare che portino a situazioni di monopolio, mentre i consorzi di cooperazione interaziendale sono visti con favore dal legislatore dato che incrementano la competitività del mercato grazie alla loro azione. Il legislatore favorisce questi consorzi tramite una serie di vantaggi creditizi e tributari a favore dei consorzi tra piccoli imprenditori con determinati requisiti.

Detto questo per il diritto privato tutti i consorzi sono tendenzialmente trattati nella stessa maniera, generalmente favorevole per la creazione di consorzi di coordinamento.

È presente, tuttavia, una grande distinzione civilistica tra consorzi con **solo attività interna** e consorzi destinati a svolgere (anche) attività **esterna**.

Nei consorzi con sola attività interna l'organizzazione comune (sempre presente) si esaurisce nel controllo del rispetto di quanto convenuto, mentre nei controlli anche con attività esterna, è necessaria la creazione di un **ufficio comune** destinato a svolgere attività con terzi (la forma più diffusa per i consorzi di cooperazione interaziendale).

Il codice detta una prima disciplina comune (artt. 2603-2611), seguita da norme solo per i consorzi con attività esterna (2612-2615 *ter*), che regolano il rapporto tra il consorzio e i terzi.

Il contratto di consorzio

Il contratto di consorzio può essere stipulato solo tra imprenditori (2602, con deroghe per partecipazione pubblica nella legislazione speciale) con riferimento alle rispettive imprese. Non devono essere dello stesso settore, o essere uno specifico tipo di imprenditore (omogeneità di settore è necessaria per un concorso anticoncorrenziale).

Il contratto di consorzio è un contratto **formale**, con forma scritta *ad substantiam* (2603.1), e deve contenere oggetto, obbligo dei consorziati, ed eventuali contributi in denaro per il funzionamento (e in caso di consorzio di contingentamento, le quote). Il contratto è di **durata**, liberamente determinabile (o nel silenzio 10 anni, notiamo che deroga quindi il 2596 per i patti anticoncorrenziali, dibattuto in dottrina). Il contratto è tendenzialmente aperto (1332), quindi con nuove partecipazioni anche senza il consenso di tutti i consorziati. Le condizioni per l'ammissione di nuovi membri devono essere previste nel contratto (nel silenzio, consorzio chiuso).

L'articolo 2610 stabilisce che salva diversa pattuizione con il trasferimento dell'azienda ci sia automatico subingresso del nuovo acquirente nel contratto. Se esiste giusta causa e il trasferimento è tra vivi possono deliberare l'esclusione entro un mese (2610.2).

Il contratto può sciogliersi limitatamente per un consorziato per recesso o esclusione, con cause elencate nel contratto (tipica dell'esclusione è inadempimento degli obblighi consortili).

Senza pattuizione nel contratto, si considera solo esclusione dopo il subingresso ex 2610, per gravi inadempienze, e se si perde la qualità di imprenditore (per Campobasso).

Al consorzio receduto o escluso competerà la liquidazione della quota di partecipazione al fondo patrimoniale consortile (articolo 2609.1 crea dubbi "si accresce", ma si considera che non si riferisca alla quota ma ai diritti e obblighi).

Per lo scioglimento dell'intero consorzio l'articolo 2611 prevede come cause la maggioranza in caso di giusta causa (in mancanza serve unanimità).

I consorzi con attività interna. L'organizzazione consortile.

Il carattere strutturale essenziale del consorzio è la creazione di una organizzazione comune, con possibile rilievo esterno (sempre immancabile). Si pone quindi, come in ogni fenomeno associativo, la necessità di determinare gli organi per l'attuazione e le rispettive funzioni.

La disciplina generalmente lascia libertà all'autonomia contrattuale delle parti, riferendosi solo ad un organo deliberativo (**assemblea**) e un organo con funzioni gestorie ed esecutive (**organo direttivo**).

Per l'assemblea si prevede che le delibere sono per maggioranza (2606.1), mentre è richiesta unanimità per modificazioni al contratto consortile (2607). Sono entrambe regole con carattere dispositivo (derogabile). Le delibere con maggioranza possono essere impugnate entro 30 giorni davanti al giudice se non prese in conformità con legge o il contratto (2606.2).

Nel silenzio legislativo si considera ragionevole che le maggioranze sono in assemblea convocata, riunita, precedute da discussione e con votazione.

L'organo direttivo è rimesso totalmente all'autonomia contrattuale, con responsabilità dell'organo considerata sotto le norme del **mandato**.

I consorzi con attività esterna.

I consorzi con attività esterna, che devono disporre di un ufficio istituito a tal fine (2612) prevedono una disciplina specifica.

I consorzi esterni, per Campobasso, sono indubbiamente una delle possibili forme per l'esercizio dell'attività d'impresa in forma collettiva. Lo svolgimento delle attività di impresa congiuntamente nei consorzi interaziendali è sicuramente attività commerciale (o al massimo ausiliaria, notiamo che questo li espone alla **liquidazione giudiziale**).

Per essi è innanzitutto previsto un regime di **pubblicità legale** destinato a portare a conoscenza di terzi l'attività consortile. Un estratto del contratto con le indicazioni previste dal 2612 deve essere depositato presso il registro delle imprese (come per successive modifiche) entro 30 giorni dalla stipulazione. È soggetto anche alla redazione di una "situazione patrimoniale" annuale, seguendo le norme delle società per azioni.

Ci sono inoltre norme specifiche per l'organo direttivo, a cui è attribuito la **presidenza, direzione e rappresentanza del consorzio** (2612.2). È prevista inoltre **rappresentanza processuale passiva** nelle persone del presidente e del direttore, anche se la rappresentanza sostanziale è attribuita ad altre persone.

È prevista inoltre la creazione di un fondo patrimoniale (**fondo consortile**) costituito dai contributi iniziali e i beni acquistati con tali contributi (2614), elevato al rango di **patrimonio autonomo**.

Le obbligazioni gravanti sul fondo sono stabilite dall'articolo 2615.

Articolo 2615

Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza [2612, n. 4], i terzi **possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile** (1). (solo le obbligazioni nell'interesse di tutti i consorziati, unica tutela dei terzi è l'estensione della responsabilità degli amministratori del consorzio le responsabilità penali per amministratori di società)

Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi **solidalmente** col fondo consortile [1705, 2339]. In caso di insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote [1299, 2280] (2). (essenzialmente la responsabilità del consorzio ha funzione di garanzia del credito, chiaramente poi ci sarà il regresso)

Campobasso ritiene che il secondo comma si applichi anche nel caso di operazione compiuta in nome del consorziato in base ad una procura conferita dal direttore del consorzio, sia quando il singolo consorziato ha stipulato direttamente il contratto con il terzo avvalendosi di operazioni di intermediazione del consorzio.

Le società consortili.

Consorti e società sono istituti diversi, una differenza specialmente percepibile nel caso di un consorzio interno. Quando si tratta di un consorzio esterno invece, la distinzione diventa molto più difficile da identificare, dato che entrambi presentano esercizio collettivo di attività imprenditoriale che uno scopo **egotistico**. La differenza resta nella diversità dello scopo egotistico programmato e tipicamente perseguito.

Lo scopo consortile è derivabile dall'articolo 2602:

Con il contratto di consorzio (1) più imprenditori [2082, 2618] istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese.

In particolare, si caratterizza per la qualità di imprenditori delle parti e il nesso funzionale tra attività del consorzio e attività svolta dai partecipanti. La funzione tipica sarà quindi di **produrre beni o servizi necessari alle imprese che sono tendenzialmente destinati ad essere assorbiti dalle stesse**. L'intento tipico, quindi, non è di ricavare un utile ma di sfruttare i beni messi a disposizione per godere di un vantaggio patrimoniale diretto.

È quindi diverso dalle **società lucrative** che mirano alla produzione di utili tipicamente tramite lo scambio con i terzi. Sicuramente rimane estraneo un qualsiasi scopo di agevolare l'attività di impresa di imprese dei soci. I beni del consorzio sono generalmente distribuiti ai consorziati e non venduti a terzi (distribuzione di utili è ex lege limitata alle regole delle società a scopo mutualistico).

Il consorzio è più affine alle società a scopo mutualistico, che mirano non a un utile ma ad un vantaggio patrimoniale per i soci. La mutualità consortile è certamente tipica in quanto prevede riduzione di **costi di produzione o aumento dei ricavi delle rispettive imprese**.

È diffusa la pratica di perseguire scopi tipici dei consorzi tramite la costituzione di una società (generalmente per azioni o cooperativa), grazie ai vantaggi di responsabilità limitata e struttura organizzativa minuziosamente disciplinata dal legislatore (quindi con minori istanze di litigiosità interna).

La prassi dell'utilizzazione delle forme societarie per il perseguimento di scopi consortile ha ricevuto riconoscimento legislativo nel 1976, grazie al nuovo 2615 *ter* che dispone che società lucrative possono assumere gli scopi del 2602 (esteso dalla dottrina alle società cooperative).

Il dubbio rimane se queste società sono disciplinate esclusivamente dalle norme dettate sulla forma eletta, oppure da una **disciplina mista** insieme alle norme appena esaminate. I sostenitori della disciplina mista affermano che sia necessaria una scissione tra disciplina della forma (societaria) e la sostanza (mutualistica) anche senza espressa pattuizione (in particolare per recesso ed esclusione e per responsabilità patrimoniale ex 2615).

Campobasso non è d'accordo (a differenza della Cassazione). Senza disposizione legislativa o nell'atto costitutivo, per Campobasso si applica integralmente la disciplina della forma scelta.

Capitolo 10: Il gruppo europeo di interesse economico

Caratteri generali.

Il GEIE è un istituto predisposto dall'Unione Europea per favorire la cooperazione fra imprese appartenenti a diversi stati membri. La disciplina è fissata nel regolamento 2137/1985 direttamente applicabile in tutti gli stati membri, con specifiche norme integrative di ciascun legislatore (per elementi quali la pubblicità, o la personalità giuridica). La struttura e la funzione del GEIE in parte coincidono con i consorzi di cooperazione con attività esterna.

Parti del contratto possono essere solo persone fisiche o giuridiche che svolgono una attività economica (non per forza imprenditori, anche liberi professionisti). È necessario che almeno due membri abbiano amministrazione centrale e/o esercitino la loro attività economica in stati diversi dell'Unione.

Il GEIE esegue attività esterna, con capacità di essere titolare di diritti e obbligazioni di qualsiasi natura, quindi un centro autonomo di imputazione.

La finalità è quella di agevolare e di sviluppare l'attività economica dei propri membri (quindi **non utili** e necessariamente ausiliarie all'attività d'impresa dei partecipanti).

La disciplina.

Il contratto di costituzione deve essere scritto a pena di nullità, con denominazione, sede, oggetto, nome dei membri e durata (anche indeterminata). Il contratto è soggetto a pubblicità legale tramite iscrizione nel registro delle imprese e pubblicità nella Gazzetta Ufficiale (italiana ed europea). La pubblicità nella Gazzetta è dichiarativa mentre nel registro delle imprese è **costitutiva**. Per le cause di nullità opera il diritto comune e le norme generali sui contratti associativi.

Gli effetti della nullità sono invece stabiliti dalla normativa comunitaria, e sostanzialmente coincide con quella delle società di capitali (discostandosi dal diritto comune):

- Non ha effetto retroattivo
- Non pregiudica la validità di atti precedentemente compiuti
- Opera come causa di scioglimento *ex lege* (nella sentenza vengono nominati i liquidatori)
- Sanabile in tribunale

L'organizzazione interna e regole di funzionamento sono in larga parte rimesse all'autonomia privata (previsti solo organo collegiale ed organo amministrativo). I membri possono adottare collegialmente qualsiasi decisione per la realizzazione dell'oggetto (mentre decisioni importanti sono da prendere all'unanimità). Ciascun membro possiede un voto, ma eventualmente possono essere attribuiti più voti ad alcuni membri.

La gestione del GEIE è affidata ad uno o più amministratori nominati per contratto o decisione dei membri (anche una persona **giuridica**). I poteri sono fissati dal contratto, ma solo ad essi spetta la rappresentanza del gruppo verso i terzi). Il GEIE deve tenere le scritture contabili previste per gli imprenditori commerciali indipendentemente dalla natura commerciale o meno dell'attività dei membri. Amministratori redigono il bilancio, lo sottopongono ad approvazione e lo depositano presso il registro.

I profitti del gruppo sono considerati direttamente profittati dai membri e ripartiti tra gli stessi secondo la proporzione prevista dal contratto (proprio come per eccedenza di uscite). La disciplina del GEIE non prevede formazione obbligatoria di un fondo patrimoniale iniziale (né lo rende un patrimonio autonomo). Delle obbligazioni rispondono solidalmente e illimitatamente tutti i membri del gruppo (motivo per cui non è diffuso). La responsabilità dei membri è tuttavia sussidiaria (non *beneficium excussionis* ma solo un onere di preventiva richiesta). I nuovi membri rispondono anche di obbligazioni anteriori (se non escluso con patto pubblicato) e gli ex membri rispondono per 5 anni.

È necessaria unanimità per l'ammissione e per la cessione.

Cause di recesso ed esclusione sono da fissare (tranne giusta causa, accordo unanime o grave inadempimento dal giudice con richiesta della maggioranza). Sono esclusi di diritto componenti che perdono i requisiti e membri insolventi soggetti a procedure concorsuali. Il componente che cessa di fare parte del gruppo ha diritto alla liquidazione della quota.

Sono cause obbligatoria di scioglimento del GEIE la scadenza del termine, conseguimento dell'oggetto o l'impossibilità sopravvenuta dell'oggetto, il venir meno della pluralità dei membri o la diversa nazionalità e per giusta causa (stabilità dal giudice).

Il verificarsi di una causa di scioglimento apre il procedimento di liquidazione dello stesso, regolato come le società di persone. Il GEIE che esercita attività commerciale è soggetto alla liquidazione giudiziale in caso di insolvenza (non determina l'apertura nei confronti dei membri).

Capitolo 11: Le associazioni temporanee di imprese

La collaborazione temporanea ed occasionale tra imprese.

Le associazioni o raggruppamenti temporanei di imprese (*joint ventures*) sono forme di cooperazione temporanea ed occasionale tra imprese poste in essere per realizzare congiuntamente un'opera o un affare complesso. Si tratta perlopiù di grandi opere pubbliche (ponti, dighe) o private (fabbrica) che superano le capacità di una singola impresa ma che, al contempo, consentono il concorso di più imprese distinte nella loro collaborazione.

Il fenomeno delle *joint ventures* è molto diffuso a livello internazionale, ma si è reso necessario introdurre questa figura anche in Italia. La costituzione di una società o consorzio di cooperazione con le relative spese preventive potrebbe risultare infatti del tutto inutile nel caso l'appalto non venisse vinto. Inoltre, in caso di vincita, la società o consorzio sarebbe l'unico soggetto giuridicamente aggiudicatario dell'appalto, non le singole imprese, un fatto eccedente rispetto alle intenzioni delle imprese.

Esse vogliono unire le loro forze e collaborare ma conservare la loro autonomia operativa. Le imprese nella *joint venture* si presenteranno come distinte ma collegate, con una impresa capogruppo dotata del compito di gestire i rapporti con il committente e coordinare i lavori nella fase esecutiva. Nel contempo, ciascuna impresa conserva piena autonomia giuridica ed economica nel compimento della propria parte dell'opera.

I contratti di associazione temporanea sono considerati dalla dottrina **contratti associativi innominati**, che nonostante la loro diffusione sono regolati solo in determinati settori di attività:

- Accordi di cooperazione internazionale per opere cinematografiche
- Contitolarità della concessione per la ricerca e la coltivazione di giacimenti minerari o di idrocarburi
- Associazioni temporanee per appalti pubblici

Le associazioni temporanee per la partecipazione ad appalti pubblici.

La legislazione in tema di appalti pubblici consente che l'esecuzione di una stessa opera siano affidate in un appalto ad una pluralità di imprese che conservano la propria individualità. Detta norma vuole garantire allo stesso tempo che con questa struttura non siano pregiudicati gli interessi dell'ente pubblico committente. Il

raggruppamento si fonda su un **mandato collettivo con rappresentanza** (1726) conferito dalle imprese che vogliono partecipare alla gara di appalto alla capogruppo.

Il mandato deve essere sottoforma di **scrittura privata autenticata** ed è per legge **gratuito**, e tramite esso la capogruppo può presentare un'unica offerta per conto proprio e delle imprese riunite. Il mandato è irrevocabile per la durata dell'appalto (e anche se è revocato per giusta causa resta valido per il committente), molto diverso quindi dal diritto comune.

È stabilito anche che il capogruppo ha rappresentanza **esclusiva**, anche processuale anche dopo il collaudo, fino all'estinzione di ogni rapporto (disciplina a favore del committente che può sempre far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandatarî).

La tutela dell'ente committente emerge anche dalla disciplina della responsabilità, basata sulla distinzione tra appalti con o senza elementi dichiarati **scorporabili dall'ente**.

Gli appalti non scorporabili (specializzazione omogenea) danno vita a raggruppamenti orizzontali in cui tutte le imprese rispondono solidalmente per tutta l'opera anche nei confronti di subappaltanti e fornitori.

Gli appalti con elementi scorporabili danno vita a raggruppamenti verticali in cui responsabile per l'opera intera è solo il capogruppo. Le altre imprese riunite rispondono solo per l'esecuzione della parte di loro competenza, ovviamente in solido con la capogruppo.

La posizione di particolare rilievo per la capogruppo trova conferma per la disciplina dettata per la liquidazione giudiziale di una delle imprese e di morte, interdizione o inabilitazione del suo titolare.

Se questo accade al capogruppo, l'ente può sostituirla con una scelta delle altre imprese oppure recedere, mentre per un'altra delle imprese l'appalto procede e la capogruppo ha la facoltà di sostituire l'impresa venuta meno (se non fa ciò sarà comunque tenuta ad eseguire quella parte dell'opera).

L'organizzazione interna è invece libera, le imprese possono agire in completa autonomia oppure dotarsi di un'organizzazione comune di tipo consortile.

È espressamente consentito alle imprese riunite per la partecipazione ad un appalto pubblico di costituire tra loro una società dopo l'aggiudicazione dell'appalto per l'esecuzione unitaria totale o parziale dei lavori. Tale società subentra in automatico nell'esecuzione, con regime di responsabilità invariato rispetto alle *joint venture* espresse in precedenza. Da qui si considera che l'obbligazione di completare l'appalto resti in capo alle singole imprese anche dopo la costituzione della società (quindi anche se la società diventa inadempiente).

Capitolo 12: le reti di imprese

Nozione.

Le imprese italiane sono in gran parte piccole e medie imprese, che per crescere spesso avvertono la necessità di allearsi e cooperare tra loro. Tali cooperazioni possono avere forme ed oggetto più varie: accordi commerciali, scambio di informazioni o tecnologie, sviluppo comune di ricerche, realizzazione di nuovi prodotti. Quando più imprenditori instaurano tra loro rapporti stabili di cooperazione sotto il profilo economico si dice che hanno **instaurato una rete**. L'ordinamento guarda con favore ed appresta numerosi strumenti per consentire e regolare i fenomeni di cooperazione imprenditoriale.

Spesso, tuttavia, gli istituti esporsi in precedenza non riescono a corrispondere a questa nozione di tipo economico: per questo alle figure già esporsi si è aggiunto il contratto di rete. Il legislatore con il contratto di rete crea uno strumento utilizzabile da quasi tutte le forme di collaborazione tra imprese, superando la rigidità degli altri istituti, ma allo stesso tempo con l'elemento fisso di un programma chiaramente enunciato, condiviso tra i contraenti e monitorabile in fase di attuazione. La disciplina prevede anche che terzi e la pubblica amministrazione possano venire a conoscenza di tali accordi e valutarne il programma (fatto che le ha rese l'oggetto principale degli incentivi pubblicistici per strumenti di cooperazione tra imprese).

La disciplina introdotta dalla legge di conversione 33/2009 (convertendo il d.l. 5/2009) è stata già mutata varie volte, ma utilizza una definizione chiara per il contratto. Più imprenditori, allo scopo di accrescere la loro capacità innovativa e competitività del mercato, si obbligano in base ad un contratto a una o più delle seguenti attività:

- Collaborare in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese;

- Scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica;
- Esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa.

Il contratto presenta evidenti analogie con i consorzi (con funzione di coordinamento), dato che lo scopo del contratto è **la predisposizione e l'attuazione di un programma di collaborazione tra gli imprenditori contraenti volta a migliorare l'innovazione e la competitività**. Se nella rete si mettono in comune attività d'impresa e si crea un'organizzazione comune, le differenze con il consorzio sono difficili da trovare (eccetto la programmazione). Per questo motivo, la disciplina del consorzio è spesso richiamata in quella della rete.

Una differenza fondamentale è **l'assenza del requisito dell'organizzazione comune**. Inoltre, l'ampiezza della formula fa sì che l'attività in collaborazione non deve necessariamente essere attività d'impresa (anche tramite la formazione di una nuova impresa in comune, oppure una *joint venture*), permettendo anche le cd reti verticali. Di conseguenza lo scopo può essere sia lucrativo che mutualistico in base alle circostanze (essenzialmente in base alla presenza o meno di utili).

Il contratto di rete

Il contratto di rete può essere stipulato solo tra imprenditori, per atto pubblico o scrittura privata autenticata (non per validità per fini pubblicitari, dato che deve essere iscritto nel registro da ciascun partecipante, con **effetti costitutivi**).

La legge determina i contenuti minimi del contratto:

- Obiettivi strategici di innovazione o aumento della competitività
- Modalità concordate per raggiungere gli obiettivi
- Programma di rete (con modalità di attuazione e diritti e obblighi dei partecipanti)

Ci sono anche vari elementi accidentali:

- Durata (in mancanza è indeterminato perché non si applica la disciplina del consorzio, quindi tutti possono recedere con congruo preavviso, mentre per contratto a termine è necessaria giusta causa)
- Disciplina specifica di recesso ed esclusione (non è specificato nulla sulla liquidazione della quota)
- La caratteristica di contratto aperto (senza pattuizione per modalità specifiche si applica la disciplina delle **modifiche contrattuali** con unanimità se non prevista solo la maggioranza)

Le modifiche del contratto sono soggette a **pubblicità nel registro delle imprese**. Lo scioglimento è deciso con le medesime modalità della modifica contrattuale (non maggioranza con giusta causa come per i consorzi).

L'organizzazione della rete

La disciplina della rete prevede una disciplina molto flessibile: le regole devono essere determinate nel contratto, in assenza tutto all'unanimità. Se viene invece creata un'assemblea, si considerano applicate le regole del consorzio. Un organo amministrativo è anch'esso facoltativo, anch'esso previsto dal contratto e con modalità di elezione decise nel contratto. In assenza resta in capo per un tempo indeterminato, con possibilità di sostituzione per giusta causa (persona fisica o giuridica).

Reti con attività esterna.

Reti con attività esterna devono avere un fondo patrimoniale comune e un organo esecutivo, con una denominazione e sede determinati nel contratto. Per avere personalità giuridica può essere richiesta una particolare iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese. L'organo direttivo in questi casi agisce con piena rappresentanza e può assumere la qualità di imprenditore (è possibile anche rappresentanza dei singoli imprenditori, che nel caso delle reti senza soggettività è presunta solo per funzioni strettamente collegate).

Il fondo patrimoniale è formato inizialmente dai conferimenti, di cui il contratto dispone la misura ed eventuale equivalenza per beni diversi dal denaro. Il patrimonio si considera sempre autonomo.

Per la responsabilità verso i terzi si applica la disciplina dei consorzi con attività esterna (in particolare si ricorda che per insolvenza dell'imprenditore interessato in caso di obbligazione assunta dall'organo amministrativo o tramite la rete, rispondono solidalmente tutti i membri). La rete, quindi, è una forma associativa tipica, diversa sia da consorzi che da società. Spesso, tuttavia, anche le reti vengono costituite sotto forma di società con gli stessi fini, con soluzioni simili alle società consortili e requisiti del tipo societario inderogabili.

LIBRO TERZO

Capitolo 19: I titoli di credito in generale

Premessa

I titoli di credito sono documenti destinati alla circolazione che attribuiscono il diritto ad una determinata prestazione (che può consistere in un pagamento in denaro, obbligazioni di società, ma anche nella riconsegna di merci depositate oppure in **situazioni giuridiche complesse con i relativi diritti**, come le azioni di società e le quote di partecipazioni a fondi comuni di investimento).

Possono presentarsi titoli ciascuno rappresentante una singola operazione, **titoli individuali** (emessi anche in serie, quali assegni e cambiali) oppure altri rappresentanti frazioni di uguale valore di una unitaria operazione economica di finanziamento (**titoli di massa**).

Alcuni titoli emergono solo in virtù di uno specifico rapporto contrattuale (**causali**) mentre altri non sono direttamente collegati (**titoli astratti**).

Sono presenti leggi specifiche su specifici titoli di credito (cambiale, assegno bancario e circolare, titoli azionari), e la disciplina generale del Codice civile (1992-2027), perlopiù desunta dalle antecedenti trattazioni specifiche e la dottrina.

La disciplina generale permette di colmare lacune delle leggi precedenti (si applicano a tutti i tipi, salva disposizione apposita ex 2001). Risponde inoltre all'esigenza di disciplinare i titoli atipici già emersi o di futura creazione (autonomia privata tranne per titoli per denaro al portatore).

Iniziamo però dalla disciplina generale, e cerchiamo di capire come mai titoli talmente diversi si possono tutti inquadrare nella stessa disciplina.

Funzione e caratteri essenziali dei titoli di credito.

I titoli di credito svolgono un ruolo fondamentale in una moderna economia basata sul credito e sulla circolazione della ricchezza, con la funzione tipica di **rendere più semplice, rapida e sicura la circolazione dei diritti di credito**, neutralizzando i rischi e gli inconvenienti che al riguardo presenta la disciplina della cessione del credito (1260).

Le regole di circolazioni più semplici e sicure sono certamente quelle per i beni mobili; quindi, la soluzione sarà trovare **un modello che consenta di far circolare i crediti secondo regole analoghe a quelle che governano la circolazione di beni mobili**. Questo si raggiunge tramite l'elevazione tramite finzione giuridica del documento ad **equivalente materiale del diritto**. La finzione consiste nel ritenere che l'oggetto di circolazione sia il documento e non il diritto, ottenuto affermando che nei titoli di credito il diritto è **incorporato** nel documento, e si concretizza con quattro principi chiave:

1. Chi acquista proprietà del documento diventa titolare del diritto menzionato (anche se ha acquistato il diritto *a non domino* per la regola di possesso vale titolo, il principio dell'**autonomia in sede di circolazione** del diritto cartolare fissato dall'articolo 1994, che ricalca possesso vale titolo, risolvendo il problema della circolazione del credito)
2. Chi acquista un titolo di credito acquista un diritto il cui contenuto è determinato esclusivamente dal tenore letterale del documento, un diritto **immune delle eccezioni fondate su rapporti personali** tra debitore e precedenti possessori. Sono i principi della **letteralità e dell'autonomia in sede di esercizio** (1993), che superano il rischio di essere esposti alle

eccezioni dei precedenti possessori. Chiaramente questo principio si applica anche in senso negativo per quanto riguarda l'estensione del diritto rispetto al dante causa.

3. Chi ha conseguito il possesso materiale del titolo è senz'altro legittimato all'esercizio del diritto cartolare (senza la titolarità e la prova dell'acquisto), e il debitore si libera pagando il possessore. Questa è la funzione di legittimazione del titolo fissato dal 1992, che semplifica e accelera la circolazione perché permette di dispensare dalle formalità della circolazione. Il debitore deve ricevere il titolo e controllare la validità e la regolarità dei documenti che provano i successivi trasferimenti.
4. I vincoli sul diritto menzionati nel titolo devono essere effettuati sul titolo e non hanno effetti se non risultano dal titolo (1997).

Vediamo quindi che i titoli di credito si distinguono da documenti probatori, costitutivi e di legittimazione. Il titolo di credito si distingue perché fornisce un **diritto letterale autonomo**, un titolo necessario e sufficiente per la **costituzione, circolazione e l'esercizio del diritto letterale ed autonomo in esso incorporato**.

La creazione del titolo di credito: rapporto cartolare e rapporto fondamentale.

La creazione e il rilascio di un titolo di credito trovano giustificazione in un preesistente rapporto tra emittente e primo prenditore (**rapporto fondamentale**) e in un accordo in cui la prestazione viene fissata nel titolo di credito (**convenzione di rilascio o esecutiva**). Il titolo di credito riproduce in forma semplificata e schematizzata l'obbligazione derivante dal rapporto fondamentale, e la dichiarazione costituirà il **rapporto cartolare**.

Fissata la distinzione è necessario considerare che il titolo produce effetti diversi a seconda se si considera l'immediato prenditore del titolo o il terzo portatore (in altre parole, se il titolo abbia o meno circolato).

Se l'adempimento è richiesto al primo prenditore, il debitore potrà certamente opporgli tutte le eccezioni derivanti dal rapporto fondamentale (in quanto **personali**), mentre per un terzo **si applicano i principi di letteralità e autonomia**. Non sono opponibili le eccezioni *ex causa* (riguardanti il rapporto fondamentale).

Per quanto riguarda il primo prenditore alcuni sostengono che l'incorporazione ha valore costitutivo per un rapporto cartolare distinto che **si aggiungono a quelle derivanti dal rapporto causale** (teoria unitaria, senza novazione sono due le obbligazioni). Vi è una seconda teoria (teoria mista) che afferma che l'emissione dà vita ad un rapporto cartolare distinto solo quando ha circolato e perviene nelle mani di un terzo (per il primo prenditore la pretesa è sempre quella del rapporto fondamentale, e l'unica differenza del titolo è l'esonero dall'onere di provare il rapporto).

Titoli di credito astratti e causali.

L'emissione di un titolo di credito presuppone sempre l'esistenza di un rapporto fondamentale, ma la connessione tra questa e il diritto cartolare non sempre è uguale.

I titoli di credito astratti sono quelli che possono essere emessi in base ad un **qualsiasi rapporto fondamentale** che non contengono menzione del rapporto che nel concreto ha dato luogo alla loro emissione (esempio tipico è la cambiale o l'assegno). Sono invece titoli causali quelli che emergono da un determinato tipo di rapporto fondamentale, predeterminato per legge (azione e obbligazioni di società, partecipazioni a fondi comuni di investimento, titoli rappresentativi di merci etc.).

Nei titoli astratti il contenuto del diritto è determinato esclusivamente dalla lettera del titolo (manca ogni riferimento al rapporto fondamentale), e quindi è preclusa ogni possibilità di far riferimento ad altre fonti anche legislative per integrare il contenuto.

Nei titoli causali invece il contenuto del diritto è stabilito **anche dalle fonti legali in materia**, e dunque sono definiti **a letteralità incompleta o per relationem**. Fatta eccezione delle azioni, è tuttavia pacifico oggi che si può applicare il principio di autonomia del contenuto (eccezioni basate sui rapporti personali del primo prenditore non sono opponibili).

Qualche precisazione è necessaria per i titoli rappresentativi di merci che attribuiscono al possessore:

- Diritto alla consegna delle merci che sono in esse specificate
- Possesso delle medesime
- Potere di disporre mediante trasferimento del titolo

Si distinguono perché si riferiscono a cosa determinate, c'è la possibilità discusse di opporre eccezioni cd **ex recepto** riguardanti qualità o mancata consegna di merce specifica. Alcuni dicono che anche i rischi *ex recepto* cadano sull'emittente esposto al risarcimento nei confronti del terzo possessore, con esponenti della dottrina che affermano che l'opponibilità di tali eccezioni non contrasta con l'autonomia.

La circolazione dei titoli di credito.

Come anticipato uno dei profili caratterizzanti dei titoli di credito è la **distinzione della titolarità e la legittimazione all'esercizio dei diritti**. Titolare del diritto cartolare è il proprietario del titolo, ma legittimato al suo esercizio è il possessore.

Le qualità di proprietario-titolare e di possessore-legittimato di regola circolano congiuntamente, ma in certe circostanze è possibile che diventino distinti. Per questo è necessario distinguere tra circolazione regolare (quando il titolo viene trasferito in forza di un valido negozio di trasmissione, che trova fondamento in un preesistente rapporto causale tra le parti) e irregolare.

La dottrina è incerta sul momento di acquisto della proprietà e titolarità. Si tratta di un contratto consensuale o reale? La prima è per Campobasso da preferire dato che si trova applicazione il generale principio consensualistico stabilito dal 1376 per il trasferimento di proprietà di una cosa materiale. Si deve perciò ritenere che nella circolazione regolare solo il consenso sia necessario per il trasferimento di proprietà e titolarità, mentre il possesso qualificato è necessario per l'attribuzione della legittimazione all'esercizio.

La circolazione irregolare (eg. titolo rubato): il possessore è legittimato ma non titolare, e il legittimo proprietario potrà esercitare l'azione di rivendicazione per ottenere il possesso necessario alla legittimazione (per titoli all'ordine e nominativi potrà utilizzare anche la procedura dell'**ammortamento** che consente di ottenere un surrogato ad un titolo smarrito o distrutto). Tutto questo però solo finché il titolo non entri nelle mani di un **possessore in buona fede** che acquista i diritti in virtù del principio di autonomia (1994, è sicuro dalla rivendicazione), qui si esercita solo l'azione per il risarcimento dei danni verso il ladro.

Perché si perfezioni un acquisto a *non domino* devono ricorrere tre presupposti:

- Negozio astrattamente idoneo
- Investitura del possesso
- Buona fede

È possibile anche che i diritti cartolari siano trasferiti con i meccanismi del diritto comune sulla cessione del credito, e in tal caso sono opponibili tutte le eccezioni del precedente titolare.

La legge di circolazione. I titoli al portatore.

I titoli di credito si distinguono in titoli al portatore (2003-2007), all'ordine (2008-2020) e nominativi (2021-2027). La tripartizione riguarda le forme da osservare per l'attribuzione della legittimazione cartolare, anche se in tutte e tre la legittimazione prevede il possesso, che in titoli all'ordine e nominativi devono essere integrati da indicazioni nominative.

Titoli al portatore sono quindi definiti a **legittimazione reale**, mentre gli altri sono detti a **legittimazione nominale**.

Sono al portatore i titoli che recano una clausola "al portatore" anche se contrassegnati da un nome e circolano mediante la semplice **consegna del titolo**. Il possessore è legittimato all'esercizio in base alla sola presentazione del titolo al debitore. L'emissione di titoli al portatore con pagamento in denaro è lecita solo nei casi stabiliti dalla legge (2004) perché si rischia di creare monete legali. Il trasferimento di titoli dal valore di più di mille euro deve essere eseguito solo tramite intermediari abilitati quali banche. Non è di regola ammesso l'ammortamento.

I titoli all'ordine

I titoli all'ordine sono i titoli intestati ad una persona determinata, che circolano mediante la consegna del titolo **accompagnato dalla girata**. Il possessore si legittima mediante una serie continua di girate (2008). Sono titoli all'ordine cambiale, assegno bancario e circolare, i titoli rappresentativi di merci.

La girata è una dichiarazione scritta e sottoscritta con la quale il possessore girante ordina al debitore cartolare di adempiere nei confronti di un altro soggetto (il giratario). La girata può essere in pieno o in bianco (senza giratario). Chi riceve titolo girato in bianco può riempire con il proprio nome o un altro, girare di nuovo in bianco

o in pieno o trasmettere ad un terzo senza riempire la girata. La girata non può essere soggetta a condizioni e si **considera nulla la girata parziale** (2010).

L'effetto della girata è di mutare la legittimazione all'esercizio del diritto cartolare, dato che si dissocia dalla proprietà e titolarità. Ricordiamo che i diritti non si trasferiscono ma si acquistano in via autonoma dal giratario. Il debitore è tenuto a controllare la **regolarità formale** delle girate (non autenticità e validità). La girata di regola **non ha funzione di garanzia** salva diversa disposizione (titoli cambiari). Il giratario acquista un diritto letterale autonomo ed è libero di trasferire ulteriormente il titolo.

Ci sono due tipi di girata con effetti limitati:

- La girata per incasso o per procura (2013), in cui il giratario assume la veste di rappresentante per l'incasso del giratario e quindi il titolare del diritto resta il girante (eccezioni opponibili sono del girante e il giratario non può girare il titolo)
- La girata a titolo di pegno (girata di garanzia) attribuisce un diritto autonomo sottoforma di pegno. Il giratario può esercitare i diritti per il soddisfacimento del proprio credito ma non può trasferire ad altri i diritti in quanto non è proprietario.

I titoli nominativi

I titoli nominativi sono i titoli intestati ad una persona determinata che si caratterizzano dalla **doppia intestazione** (sia sul titolo che sul registro dell'emittente). Per essere legittimato il possessore deve ottenere una doppia intestazione a suo favore (2021). Possono essere titoli nominativi obbligazioni e quote di partecipazione a fondi comuni di investimento, oltre che le **azioni diverse da quelle di risparmio e delle Sicav** (che possiedono anche una loro disciplina apposita).

Il trasferimento della legittimazione qui è più complesso: la cooperazione dell'emittente è sempre necessaria.

Ci sono due fasi:

- Cambiamento delle due intestazioni a cura dell'emittente (**transfert**). Se lo chiede l'alienante deve esibire il titolo, provare la sua identità e capacità di disporre mediante certificazione da notaio o agente di cambio. L'acquirente invece deve esibire il titolo e dimostrare il suo diritto tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata
- La seconda forma è più snella e dunque più comune, detta **trasferimento mediante girata**. In questo caso la doppia annotazione è in due momenti, alienante esegue la girata e annotazione è conclusa dall'emittente (può essere anche girato senza registrazione finché si vorranno esercitare i diritti). La girata deve essere datata, contenere indicazione del giratario, con doppia firma e autenticata da un notaio o agente di cambio. La girata in questo caso fornisce **legittimazione ad ottenere la legittimazione**, prima della quale non si avrà efficacia nei confronti dell'emittente. Regole analoghe si applicano per costituzione di garanzie su questi titoli.

L'esercizio del diritto cartolare. La legittimazione.

La disciplina si caratterizza per una notevole semplificazione delle modalità di esercizio: si può far valere il diritto cartolare anche senza essere tenuti a provare il valido acquisto di proprietà (e conseguente acquisto della titolarità).

Questo vale sia per creditore che debitore, che sarà sempre liberato anche se adempie per un possessore non titolare (se in assenza di dolo o colpa grave). Per questo, salvo in particolari circostanze, il debitore può rifiutare l'adempimento se il titolare smarrisce il titolo (rischio di secondo pagamento a possessore non titolare). Il possesso qualificato del titolo è quindi condizione **sia sufficiente che necessaria per l'esercizio del diritto**.

Le eccezioni cartolari.

Articolo 1993

Il debitore può opporre al possessore del titolo (1) soltanto le eccezioni a questo **personali** (2), le eccezioni di forma (3), quelle che sono fondate sul contesto letterale del titolo (4), nonché quelle che dipendono da falsità della propria firma, da difetto di capacità [2, 414

ss.] o di rappresentanza [1387] al momento dell'emissione, o dalla mancanza delle condizioni necessarie per l'esercizio dell'azione.

Il debitore può opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, soltanto se, nell'acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo [2014; 21 l. camb.] (5) (6).

Le eccezioni si dividono in reali (eccezioni di forma, contesto letterale, falsità della firma, difetto di capacità o rappresentanza all'emissione e mancanza di condizioni necessarie per l'esercizio dell'azione) e personali (derivanti dal rapporto fondamentale, fondate su rapporti con precedenti possessori, e l'eccezione del difetto di titolarità).

La distinzione non è senza pratico rilievo, dato che le eccezioni personali sono generalmente inopponibili. Il legislatore propone qualche eccezione a tutela del debitore, differenziate in base al tipo (nel senso stretto o fondate su rapporti personali).

Per eccezioni personali in senso stretto (difetto di titolarità) è applicata la regola del 1994 per acquisto *a non domino*, dato che il debitore può contestare il mancato acquisto o la perdita di proprietà (per successivi portatori in mala fede, conoscendo il difetto di titolarità di un precedente possessore).

Ci sono condizioni più rigorose invece per l'opponibilità di eccezioni **fondate su rapporti personali**: solo se l'attuale possessore nell'acquistare il titolo ha agito **intenzionalmente a danno del debitore (*exceptio doli*)**.

L'ammortamento

Il principio dell'incorporazione dovrebbe fare sì che l'esercizio del diritto cartolare è precluso in caso di perdita involontaria del titolo, ma la legge riconosce a colui che ha perso il possesso del titolo rimedi che consentono di svincolare l'esercizio del diritto dal possesso effettivo.

Per i titoli all'ordine e nominativi è previsto l'istituto dell'ammortamento, una procedura per ottenere dichiarazione giudiziale che il titolo originario non è più valido per avere legittimazione e sostituire con il decreto il titolo (oppure ottenere un duplicato dall'emittente). La procedura è ammessa per **smarrimento, sottrazione o distruzione del titolo**, ed è composta di due fasi: denuncia al debitore e contestuale ricorso al presidente del tribunale menzionando i requisiti essenziali del titolo anche se in bianco, e il presidente nella seconda fase pronuncia con decreto l'ammortamento, decreto poi pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e notificato al debitore. Il debitore non può però pagare neanche con decreto finché sono passati 30 giorni dalla pubblicazione, dato che in questo tempo il terzo detentore può proporre opposizione contro il decreto (procedura che diventa essenzialmente giudizio di cognizione sulla proprietà). Se non si ottiene in tempo, si può comunque opporre le eccezioni in caso il detentore sia proprietario ex 1994, solo che la legittimazione non sarà più in base al titolo originario.

La procedura di ammortamento **non è prevista per titoli al portatore**, fatta eccezione per libretto di deposito e assegni bancari al portatore. Il possessore che dimostra distruzione può tuttavia richiedere l'emissione di un duplicato da parte dell'emittente. Nel caso di smarrimento o sottrazione dopo la denuncia all'emittente con prova ci sarà diritto alla prestazione solo dopo il decorso del termine di prescrizione del titolo.

Documenti di legittimazione e titoli impropri.

I titoli di credito vanno distinti da documenti che hanno solo un ruolo di legittimazione, ma non attribuiscono un diritto letterale ed autonomo (due categorie ex 2002: **documenti di legittimazione e titoli impropri**).

- Documenti di legittimazione servono solo ad indicare l'avente diritto della prestazione (eg. biglietti di viaggio), legittimano il possessore come titolare originario e non aiutano con la circolazione, dato che la cessione sarà quella regolare
- Titoli impropri consentono trasferimento senza le forme della cessione ma con gli stessi effetti (polizza assicurativa all'ordine o al portatore), non forniscono diritto letterale ed autonomo perché il possessore è legittimato solo come cessionario.

In questi casi è applicabile solo il 1992, quindi:

- a) Il possessore è dispensato dall'obbligo di provare *aliunde* la titolarità originaria o la qualità di cessionario;
- b) Il debitore è liberato anche se paga il possessore non titolare.

Dematerializzazione e gestione accentrata dei titoli di massa. Rinvio.

Ci sono vari svantaggi dei titoli, in particolare titoli nominativi di massa (azioni di società): rischio di smarrimento o distruzione, necessità di doppia annotazione, necessità di presentare all'emittente per esercitare i diritti.

Per questo l'esigenza di rendere più sicuro il mercato dei titoli di mercato ad ampia diffusione, a cui l'ordinamento ha risposto mediante il sistema di gestione accentrata di strumenti finanziari rappresentativi. È opportuno ricordare:

- a) Attività di gestione accentrata di strumenti finanziari di emittenti privati è gestita da apposite società per azioni a statuto speciale che operano sotto la vigilanza di CONSOB e Banca d'Italia (attualmente solo **Monte Titoli**)
- b) Sono ammessi al sistema azioni ed altri strumenti finanziari di emittenti privati;
- c) La gestione accentrata di titoli di stato alla Monte Titoli disciplinato dal Mef con apposito regolamento;
- d) Modalità di funzionamento del sistema di gestione accentrata sono diverse a seconda della possibilità di essere rappresentati da titoli in base alla disciplina della dematerializzazione.

La gestione dei titoli non dematerializzati in un sistema accentrato è facoltativa, e permette di sostituire la consegna materiale con una serie di scritture contabili che producono gli effetti del trasferimento (equiparato *ex lege*). L'esercizio dei diritti è svincolato dalla presentazione ed è attribuita dal rilascio di certificazioni attestanti la partecipazione al sistema e l'indicazione del diritto sociale esercitabile. Notiamo che tuttavia non è presente la **soppressione materiale dei titoli**.

Una vera dematerializzazione con sistemi elettronici di scritturazione è stata introdotta a partire dal 1998 per alcune categorie di strumenti finanziari ammessi al sistema di gestione accentrata. Sono sempre dematerializzati secondo il Tuf gli strumenti negoziati o destinati alla negoziazione nei mercati regolamentati italiani e quelli diffusi nel pubblico in maniera rilevante (secondo CONSOB e Banca d'Italia), come per i titoli di stato.

Si stabilisce che per i titoli dematerializzati (che circolano e vengono emessi con sistema accentrato e registrazioni contabili):

- a) Registrazione ha effetti di piena legittimazione (simile al 1992)
- b) Chi ottiene la registrazione non è soggetto a pretese o azioni da precedenti titolari (simile al 1994)
- c) Emittente può opporre al soggetto della registrazione solo eccezioni personali al soggetto e quelle comuni con gli altri possessori (simile al 1993)
- d) I vincoli si costituiscono unicamente con le registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario

Nonostante la soppressione del documento, quindi, sopravvivono gli stessi principi ispiratori, con i necessari adattamenti alla dimensione digitale.

LIBRO SECONDO

Capitolo 1: le società

Il sistema legislativo

Le società sono organizzazioni di persone e di mezzi create dall'autonomia privata per l'esercizio comune di una attività produttiva. Sono le strutture organizzative tipiche previste dall'ordinamento per l'esercizio in forma associata dell'attività d'impresa (impresa collettiva). Le società sono senza dubbio la forma di impresa più diffusa, anche perché sono la forma più comune di ogni impresa di grande o media dimensione, e dall'iniziativa economica pubblica.

Sono previste diverse tipologie di società, otto:

- 1) La società semplice (2251-2290)
- 2) La società in nome collettivo (2291-2312)
- 3) La società in accomandita semplice (2313-2324)
- 4) La società per azioni (2235-2451)
- 5) La società in accomandita per azioni (2452-2461)
- 6) La società a responsabilità limitata (2462-2483)
- 7) La società cooperativa (2511-2545-*octiesdecies*)
- 8) Le mutue assicuratrici (2546-2548)

A queste si sono aggiunte di recente due tipologie introdotte dal diritto europeo: la società europea (reg. 2157/2001) e la società cooperativa europea (reg. 1435/2003).

Tra le tipologie identificate possiamo distinguere due grandi categorie: società di persone e società di capitali. La definizione generale di società rimane sempre la stessa, e con essa i caratteri minimi che ogni società deve possedere.

Il contratto di società

Articolo 2247

Con il contratto di società (1) due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili [2082, 2253 e 2949].

Questa è la nozione legislativa di contratto di società (non più società stessa perché dal 1993 sono possibili società unipersonali prima srl ma ora anche spa dal 2003).

Le società (tranne per eccezioni di settore) sono **sempre costituite per contratto**, un accordo patrimoniale tra due o più persone per costituire o regolare tra loro un rapporto giuridico di natura patrimoniale (1321).

Nella disciplina contrattuale il contratto di società si può collocare nella categoria di **contratti associativi** o con comunione di scopo, che si distinguono per un interesse unico comune a tutte le parti (Graziani). Da qui discendono alcuni peculiari caratteri strutturali:

- a) Nei contratti associativi le prestazioni (conferimenti) possono essere anche di diversa natura e ammontare, dato che non sono destinate ad uno scambio corrispettivo. Trovano tutte corrispettivo nella partecipazione ai risultati dell'attività comune (nell'acquisto della partecipazione sociale).
- b) Il contratto associativo è un contratto potenzialmente **plurilaterale ed aperto**, e comunque presenta un numero di partecipanti sempre variabile.
- c) Il contratto è un **contratto di organizzazione di una futura attività**, dato che presuppone l'esercizio di attività comune e un'organizzazione di gruppo deputata allo svolgimento di atti sia interni che esterni. Nascono quindi dal contratto situazioni **strumentali** e non finali, poiché il rapporto non si esaurisce nel conferimento.

La disciplina generale dei contratti associativi (1420, 1446, 1459 e 1466) trova fondamento in questi principi. Nullità, annullabilità o risoluzione del contratto per una parte non provocano i rispettivi effetti per il contratto generale, salva variazione nella disciplina delle singole società.

Il fatto che la società nasce per contratto fa sì che ove non differenziato si applica la disciplina generale dei contratti, anche se si fa subito presente che le deroghe sono numerose e vistose, in particolare se ci sono rapporti con i terzi.

I conferimenti

Le società presentano al contempo tre elementi: conferimenti dei soci, esercizio in comune di attività economica (scopo-mezzo) e scopo di divisione degli utili (scopo-fine). La combinazione dei tre permette di distinguere la società da altri fenomeni associativi (in particolare libro I).

I conferimenti sono le prestazioni cui le parti del contratto si obbligano, che costituiscono il contributo dei soci al patrimonio iniziale della società, e quindi di dotare la società del capitale di rischio iniziale (esponendosi quindi anche al rischio per la quota).

È essenziale al contratto di società che tutti i soci partecipino al rischio dell'impresa e dunque conferiscano un apporto, ma non viene specificato che tipo di apporto eccetto l'espressione "**beni e servizi**" del 2247. Essenzialmente può costituire oggetto di conferimento ogni entità suscettibile di valutazione economica che le parti ritengano utile allo svolgimento dell'attività d'impresa.

L'ampio principio va tuttavia concordato con la disciplina per i singoli tipi di società:

- Società di persone – piena come per 2247
- Società per azioni – non possono fare da oggetto "prestazioni d'opera o di servizi" (2342.5)

Patrimonio sociale e capitale sociale.

Il patrimonio sociale è il complesso di rapporti giuridici attivi e passivi che fanno capo alla società. È costituito inizialmente dai conferimenti dei soci (fondamentale che esista, anche se nelle società di persone sarebbe possibile che nessun socio conferisca beni) e successivamente subisce variazioni insieme all'andamento della società. La consistenza del patrimonio è monitorata periodicamente tramite la redazione del bilancio di esercizio (definiamo nel bilancio patrimonio netto la differenza tra attivo e passivo).

Il patrimonio sociale costituisce la garanzia generica (2740) principale o esclusiva dei creditori della società (principale se rispondono anche i soci con il proprio patrimonio).

Il **capitale sociale nominale** è un'entità numerica, la cifra che esprime il valore in denaro della somma dei conferimenti risultanti dall'atto costitutivo. Il capitale sociale nominale resta invariato se non in casi di modifica dell'atto costitutivo (aumento di capitale per nuovi conferimenti o riduzione per perdite subite). Assolve due funzioni fondamentali: **vincolistica** e **organizzativa**.

1. Il capitale sociale indica il valore delle attività patrimoniali che i soci si sono impegnati di non distrarre dall'attività d'impresa e quindi non possono ripartirsi per la durata della società (quindi anche con zero debiti non possono essere ripartiti, si ripartisce solo la parte del patrimonio rimasto dopo il capitale).
Il capitale indica quindi la cifra del patrimonio netto non distribuibile tra i soci (vincolo di destinazione, il cd capitale reale). Proprio per indicare il vincolo, è inserita tra le passività nel bilancio. La funzione vincolistica si risolve in un margine di garanzia patrimoniale supplementare.
2. La seconda funzione è organizzativa: per capire se la società ha prodotto utili, bisognerà vedere se le attività superano le passività sommate al capitale sociale.

Nelle società di capitali il capitale sociale svolge il ruolo ulteriore di indice per la misurazione di varie situazioni soggettive dei soci, quali diritto di voto, diritto agli utili o quota di liquidazione (misurati tutti in maniera proporzionale).

L'esercizio in comune dell'attività economica.

L'esercizio in comune dell'attività economica è il secondo degli elementi caratterizzanti fissati dalla nozione di società (è questo lo **scopo-mezzo** del contratto e oggetto sociale si definisce l'attività economica che i soci intendono svolgere). Tale scopo è definito dal contratto sociale (modificabile insieme ad esso).

L'attività deve necessariamente essere **economica** e **produttiva**: a contenuto patrimoniale, con metodo economico e volta alla produzione o allo scambio di beni e servizi (essenzialmente attività d'impresa).

Non è sempre facile stabilire che una attività presenti più di un soggetto, in particolare sotto il **profilo soggettivo** (capacità di concorrere alla gestione), che creerebbe grandi problemi sia nelle società di persone che di capitali. Guardando invece al **profilo oggettivo** si può dire certamente che un'attività esercitata in comune richiede come obiettivo la realizzazione di un risultato **unitario e comune**, giuridicamente imputabile al gruppo e non i singoli membri. È quindi il modo di svolgimento che consente di qualificare come comune una data attività, sia nell'attività generale che nei singoli atti (chi agisce deve sempre essere abilitato ad agire in nome e per conto del gruppo).

Questa definizione consente di distinguere la società dall'**associazione in partecipazione** (2549).

Articolo 2549

Con il contratto di associazione in partecipazione (1) 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 (2) [1350, n. 9, 2533].

In questo contratto l'attività d'impresa resta di titolarità esclusiva dell'associante, e i terzi hanno rapporti solo con esso (2551). Fondamentale è anche il dato che la gestione rimane solo all'associante (mentre l'associato partecipa al rischio). Anche se in base al contratto può essere riconosciuto un potere di controllo sulla gestione dell'impresa (2552) l'assenza di attività giuridicamente comune impedisce che l'apporto dell'associato dia vita ad un patrimonio comune.

Società e impresa. Le società occasionali.

L'attività di società presenta di regola tutte i caratteri dell'attività d'impresa: attività produttiva quasi sempre esercitata in modo professionale ed organizzata. Le società sono di regola titolari di una impresa collettiva e dunque sottoposte alla disciplina dell'attività d'impresa (se impresa commerciale, quindi, alla liquidazione giudiziale). È possibile una società senza impresa? Ci sono due figure che si possono inquadrare in questa intersezione: la società occasionale e tra professionisti.

Società occasionali

L'articolo 2247 fa riferimento ad attività produttiva ma non alla professionalità. È possibile esercitare attività economica in comune sottoforma di società, senza applicare lo statuto dell'imprenditore (e la liquidazione giudiziale). È tuttavia necessario delimitare il fenomeno "società occasionali" dato che spesso il termine è utilizzato con significati diversi.

- Quando due persone realizzano insieme **un solo atto economico** (o più atti coordinati da un disegno unitario) non abbiamo né società né impresa (manca il requisito dell'**attività**).
- Quando due persone realizzano insieme **un singolo affare complesso** abbiamo sia società che impresa (implica il compimento di operazioni numerose e l'utilizzo di un apparato produttivo idoneo ad escludere il carattere occasionale). Un esempio può essere la costruzione o ristrutturazione e rivendita di un immobile.
- Società senza impresa si avrà quindi in **casi molto rari** dell'esercizio in comune di una attività oggettivamente non duratura (atti coordinati ma senza apparato produttivo oggettivamente apprezzabile).

Società tra professionisti

L'attività dei professionisti intellettuali è un'attività economica ma non è legislativamente considerata attività d'impresa. A lungo è stato controverso se l'esercizio in comune di professioni intellettuali fosse possibile.

L'articolo 2247 singolarmente non sembra escludere la fattispecie, ma deve sempre essere visto in combinato disposto con altre disposizioni.

- a) Norme del codice civile che regolano le professioni intellettuali (2229 e ss.) da cui emerge il carattere rigorosamente professionale dell'attività del professionista intellettuale. L'articolo 2232 impone di eseguire personalmente l'incarico assunto.
- b) In passato una legge del 1939 proibiva espressamente la costituzione di società tra professionisti, ma questo è stato abrogato nel 1997.

La giurisprudenza prima dell'abrogazione aveva concluso in senso negativo, con le gravi conseguenze di nullità della società per violazione di norme imperative (1418) e nullità di tutti i contratti d'opera professionale da essi stipulati (quindi senza compenso). In molti altri paesi la situazione era invece opposta, e quindi con il passare del tempo si è reso necessario un intervento legislativo per chiarire il dibattito e garantire che anche sotto la forma societaria venissero rispettati i principi cardine delle professioni intellettuali (personalità della prestazione).

Nel tempo si sono susseguiti vari interventi parziali in materia: nel 2001 è stata ammessa la società tra avvocati, nel 2006 è stata consentita la costituzione di società di persone tra professionisti per la prestazione di servizi professionali interdisciplinari. Hanno avuto scarsa diffusione per regole troppo limitative e trattamento fiscale disincentivante. Nel frattempo, la dottrina e la giurisprudenza hanno portato ad alcuni punti ormai fermi.

Bisogna distinguere società tra professionisti (esercizio in comune di attività professionale) da altri fenomeni associativi o societari che vedono coinvolti i professionisti ma non vedono l'applicazione delle norme appena indicate.

- 1) **Assunzione congiunta di un incarico** da parte di più professionisti. Ciascun professionista si incarica di eseguire personalmente una propria prestazione coordinandosi con il collega. Le responsabilità e personale proprio come i compensi (cassazione ammette perfino che ci siano contratti stabili tra professionisti di formare tali accordi, senza che muti la disciplina)
- 2) **Società di mezzi** tra professionisti (società per l'acquisto congiunto di beni strumentali all'esercizio individuale delle proprie professioni), ad esempio due medici per l'acquisto e la gestione dei macchinari. In questo caso si costituisce una impresa commerciale (produzione di servizi e non professione intellettuale).
- 3) **Società di servizi** che offrono sul mercato un prodotto complesso, con una professione principali e altre accessorie (strumentale e servente rispetto alla principale). Anche queste sono società per fornire servizi e non professione intellettuale (eg. società di ingegneria, non solo progettazione ma anche ricerche di fattibilità e reperimento di fondi). I contratti con i terzi sicuramente non potranno essere opera intellettuale (sono invece **appalti di servizi**). Fra le società di servizi imprenditoriali possono essere inserite anche (per Campobasso) le società di revisione legale dei conti, dato che l'attività intellettuale ha carattere strumentale e servente rispetto all'unitaria prestazione di revisione legale.

Veniamo ora alle vere e proprie società tra professionisti, che devono avere come oggetto **unico ed esclusivo** l'esercizio in comune dell'attività professionale riservata agli stessi dalla legge (società tra medici per l'esercizio della professione medica). Gli incarichi professionali sono dunque assunti dalla società che giuridicamente si obbliga ad eseguire le relative prestazioni professionali, sia pure attraverso i propri soci a loro volta obbligati verso la società.

Era orientamento consolidato che bisognasse distinguere tra professioni protette e non protette (iscrizione all'albo o no). Il problema dell'ammissibilità si poneva solo per professioni protette (oggetto della legge del

1939, e non protette non devono necessariamente seguire il contratto d'opera intellettuale del codice). La legge 4/2013 ha chiarito ogni dubbio per professioni non protette affermando che possono essere esercitate in forma individuale, societaria, cooperativa o nella forma del lavoro dipendente. Questa liceità richiede tuttavia una precisazione: chi opera al di fuori dello schema della professione intellettuale (quindi senza obbligo dell'esecuzione personale) non è più un professionista intellettuale (diventa produttore di servizi, impresa commerciale e assoggettabile alla liquidazione giudiziale in quanto non protetti dal 2238). È chiaro quindi che possono costituire una forma societaria, non essendo vincolati dal 2232. In breve, **non si ha società senza impresa**.

Tramite queste precisazioni si è riusciti a limitare il dibattito alle sole società costituite esclusivamente per l'esercizio in comune di professioni intellettuali protette. Le opinioni in dottrina erano molto variegiate (alcuni escludevano, altri solo società di persone, altri solo certi tipi). La giurisprudenza negava quasi sempre la liceità delle società, dato che per lei ogni forma societaria contrastava il carattere personale delle professioni intellettuali. La creazione di una società portava sempre ad una **spersonalizzazione** delle prestazioni, alterando inevitabilmente anche il regime della responsabilità professionale (2236).

La legge 183/2011 ha espressamente consentito in via generale "la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile", facendo salvi i modelli già previsti.

Rimanendo salvi i vecchi studi professionali i professionisti intellettuali potranno fare uso oggi di ogni tipo societario, anche capitali e cooperative. È lecita anche la partecipazione di soci non professionisti per la fornitura di prestazioni tecniche o per scopi di investimento (devono restare dei 2/3 al minimo i soci professionisti, se viene meno deve essere ristabilita entro sei mesi, altrimenti la società si scioglie e viene cancellata dall'albo professionale). La disciplina è simile ai precedenti interventi:

- 1) L'atto costitutivo deve prevedere l'esercizio **in via esclusiva** dell'attività professionale da parte dei soci (esclusività dell'oggetto sociale), anche se può trattarsi di più attività se i soci sono di professioni diverse (**società multiprofessionali**);
- 2) La partecipazione ad una società è incompatibile con la partecipazione ad un'altra società tra professionisti;
- 3) La denominazione deve contenere l'indicazione di società tra professionisti;
- 4) Il socio professionista è tenuto all'osservanza delle norme deontologiche del proprio ordine e può opporre agli altri soci il segreto professionale sulle attività a lui affidate. La cancellazione dall'albo comporta l'esclusione dalla società. La società stessa è tenuta al regime dell'ordine, ed è tenuta ad iscriversi alla sezione speciale del registro delle imprese con funzione di certificazione anagrafica e pubblicità notizia, in aggiunta alla sezione ordinaria per il tipo societario prescelto (o speciale per le ss).
- 5) A tutela del cliente, devono essere previsti **i criteri e le modalità affinché l'esecuzione dell'incarico sia eseguita solo da soci con abilitazione alla professione**. Il cliente ha il diritto di richiedere un socio in particolare di sua fiducia, altrimenti sceglie lo studio e informa il cliente per iscritto (principio di **individuazione del professionista incaricato della prestazione**). Questa regola è fondamentale perché il socio individuato è responsabile in solido con la società verso il cliente per l'inadempimento della prestazione professionale (analogia con altri tipi eg. società tra avvocati, necessario per giustificare l'esclusione dallo statuto dell'imprenditore commerciale). Il socio scelto non può farsi sostituire se non per sopraggiunte esigenze imprevedibili e può servirsi di ausiliari sotto la propria direzione e responsabilità (responsabilità sempre personale per violazione).

La società tra avvocati

La professione di avvocato è stata una delle prime alla quale è stata concessa la forma societaria (d.lgs. 96/2001). Con l'introduzione della società tra professionisti nelle professioni intellettuali protette è sorto il dubbio se fosse possibile servirsi anche di questa disciplina molto più permissiva, dubbio risolto con la legge 124/2017, che inserisce una nuova disciplina con gli stessi principi della legge 183/2011. In base alle nuove regole del 2017:

- a) Può essere costituita in forma di società di persone, capitali o cooperativa (si considera con doppia iscrizione come per le altre);
- b) Ha ad oggetto lo svolgimento in comune della professione forense, ma non è più esclusa la possibilità di prevedere attività professionali ulteriori;
- c) Possono essere soci anche iscritti ad albi di altre professioni e soggetti privi di requisiti professionali (professionali devono essere 2/3 del capitale e diritti di voto). Cade il divieto di partecipazione plurima.
- d) L'amministrazione può essere affidata esclusivamente a soci, però solo la maggioranza dell'organo di gestione deve essere composta da soci avvocati.

Altri principi della disciplina previgente sono invece ribaditi:

- a) È iscritta ad una sezione speciale apposita ed è soggetta ai requisiti deontologici della professione;
- b) Il nome è libero (non deve esserci nome di avvocato di uno dei soci) ma deve contenere l'espressione "società tra avvocati";
- c) La sospensione, cancellazione o radiazione dall'albo comporta esclusione;
- d) Non svolge attività di impresa e quindi non è soggetta a liquidazione giudiziale.

L'esercizio in forma collettiva non fa venir meno il principio della personalità della prestazione e quello della responsabilità diretta del professionista nei confronti del cliente.

Lo scopo fine della società

L'ultimo elemento caratterizzante delle società è lo **scopo-fine** del contratto di società. L'articolo 2247 enuncia lo scopo tipico **non esclusivo** del lucro, che può essere oggettivo (prodotto da attività di impresa) o soggettivo (suddiviso tra i soci). Il lucro è lo scopo tipico delle società di persone e capitali (dette **lucrative**). Sono società anche le società cooperative che seguono per legge uno scopo **mutualistico**, di fornire quindi beni, servizi o occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose rispetto al mercato. Procurano ai soci un **vantaggio patrimoniale diretto** tramite risparmi su spese o maggiore remunerazione. Opera quindi con metodo e scopo economico, ma non propriamente con uno scopo di lucro (può comunque produrre lucro ma ci sono limitazioni sulla sua ripartizione). Per completare il quadro ricordiamo che tutte le società possono essere operate anche con lo scopo **consortile**.

Un dato rimane costante in tutti questi schemi: le società devono operare con metodo economico e portare un risultato a favore esclusivo dei soci.

Società e associazioni. L'impresa sociale, La società benefit.

Le distinzioni tra società e associazione si basano sulla **natura dell'attività esercitabile** e lo **scopo-fine perseguito**:

- a) Diversamente dalle associazioni, l'attività delle società è positivamente individuata (deve essere lucrativa o quanto meno economico, cioè pareggio tra costi e ricavi);
- b) Lo scopo fine delle società è economico (lucrativo, consorziale o mutualistico), mentre è estraneo l'istituzionale devoluzione a terzi dei risultati dell'attività comune.

Si conclude che si deve qualificare certamente come associazione un ente che produce beni e servizi erogati gratuitamente o a "prezzo politico", ma anche quando l'attività **segue metodo economico ma gli utili sono istituzionalmente devoluti a scopi altruistici**. Essenzialmente il discriminante sta nell'auto-destinazione o etero-destinazione dei risultati economici dell'attività. Ma la linea di confine è davvero così insuperabile? È

vietato ai gruppi associativi che esercitano attività di impresa con scopo ideale di costituirsi in società di capitali, che presentano vantaggi operativi (ad esempio personalità giuridica senza valutazione discrezionale amministrativa, anche se oggi questo è già concesso dalla riforma del terzo settore)? Oggi ciò si fa dichiarando nell'atto costitutivo attività economica e scopo di lucro che poi in fatto non vengono perseguiti.

Queste forme di utilizzazione anomala dell'istituto societario, non possono considerarsi legittimi se non in casi espressamente previsti dalla legge.

Alcuni esponenti della dottrina ritengono che lo schema della società di capitali possa oggi essere visto come causalmente neutro (quindi valido anche con scopo ideale, non solo lucrativo o economico).

Campobasso non è d'accordo:

- Non è affermata la derogabilità del criterio del 2247, anche se non è prevista assenza di scopo di lucro come causa di nullità ex 2332;
- Espresso riconoscimento legislativo delle società consortili sottoforma di società di capitali ammette scopo consortile ma non dice nulla su scopo ideale;

Nella legislazione speciale ci sono vari casi di società senza scopo di lucro soggettivo od oggettivo (ad esempio nel caso di spa pubbliche), sia nel passato che più recentemente per casi come gestione dei fondi mutualistici, promozione e sviluppo della cooperazione o gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari. È dubbio se si possono ancora considerare in questa categoria associazioni sportive per cui la legge impone l'obbligo di assumere forma di spa o srl. Il divieto di distribuire utili è caduto, sostituito da destinazione minima del 10% a scuole giovanili di addestramento.

Una vistosa deroga è invece prevista per le **imprese sociali** (attualmente disciplinate dal d.lgs. 112/2017). Le imprese sociali esercitano attività di impresa senza scopo di lucro e in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale. È possibile un limitato impiego ai soci tramite aumenti gratuiti di capitale e distribuzioni gratuite dei dividendi. Notiamo che la costituzione di imprese sociali è consentita esclusivamente in settori di interesse generale tassativamente individuati dalla legge. Non vi è dubbio quindi che i casi di società senza scopo di lucro sono ipotesi eccezionali. Le società restano quindi enti fruibili solo per il perseguimento di scopo di lucro (o quanto meno economico) se non in circostanze eccezionali.

Resta comunque il fatto che il sistema appena delineato è facilmente eludibile, dato che il rispetto dello scopo lucrativo va valutato in sede di costituzione di società in base ad indici oggettivi e formali (basta che non sia vietata la distribuzione degli utili e si supera lo scoglio del controllo notarile e l'associazione mascherata da società possa nascere). Per questo si è mosso un grande movimento a favore di una revisione della disciplina delle società per favorire il loro riconoscimento in linea con il dettato costituzionale, concluso nella recente introduzione del **codice del Terzo settore** (d.lgs. 117/2017).

Possiamo notare da un'altra prospettiva che lo scopo di lucro non è inconciliabile con una politica di impresa volta a generare benefici per la società, il territorio e gli altri *stakeholders*. Oggi la legge permette a tali società di far riconoscere questi obiettivi all'esterno tramite la denominazione di **società benefit**, aperta a tutti i tipi sociali. Una società benefit, oltre allo scopo lucrativo o mutualistico, prevede una serie di finalità di beneficio comune e opera in maniera responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di tutti i soggetti interessati. Impieghi di beneficio comune possono essere sia atti positivi, che riduzione degli impatti negativi dell'attività economica (bilanciando). Esse devono essere **specificate nell'oggetto sociale** per rendere la loro attuazione **obbligatoria per gli amministratori**. Ogni anno le società benefit redigono e pubblicano una relazione in cui illustrano i risultati conseguiti.

Le società benefit possono accedere ad **incentivi pubblici** previsti da leggi speciali e avvantaggiarsi del ritorno di immagine e dell'apprezzamento del pubblico suscitato dalla qualifica (l'uso abusivo è infatti sanzionato come pubblicità ingannevole).

Società e comunione

Dopo aver enunciato la nozione di società, il codice detta che le società **a mero scopo di godimento** sono disciplinate dal titolo VII del libro III (norme in tema di **comunione**). La società è il contratto che ha per oggetto l'esercizio in comune di attività economica (produttiva), mentre la comunione è la situazione giuridica che sorge quando la proprietà o un altro diritto reale è in capo a più persone (1100). Questo è vero anche quando la comunione sorge per contratto che ha per oggetto il semplice godimento comune (che può essere diretto o indiretto).

È certamente vero che anche nella comunione ci può essere svolgimento di attività a contenuto patrimoniale nell'interesse comune, attraverso un'organizzazione di gruppo. Resta la differenza fondamentale riguardante la funzione dei beni in comune: nella società sono serventi rispetto all'attività d'impresa, mentre nella comunione sono i beni il contenuto fondamentale del rapporto.

Nella società i beni comuni (patrimonio sociale) hanno funzione servente rispetto all'attività d'impresa: servono a svolgere questa (infatti l'organizzazione di gruppo gode di più ampi poteri dispositivi). Nella comunione invece il rapporto beni-attività si inverte: l'attività è servente rispetto ai beni, come mezzo per garantirne la conservazione e migliorare il godimento individuale dei comproprietari (i poteri di organizzazione sono circoscritti da questi limiti ex 1105-1108).

Il regime patrimoniale dei due casi è giustamente profondamente diverso: i beni del patrimonio sociale sono affetti da un **vincolo stabile di destinazione** che opera sia nei confronti dei soci che con i terzi, un vincolo del tutto **assente nella comunione**.

La tecnica per realizzare questo vincolo è diversa nelle società di persone e capitali, ma in tutte le società operano i seguenti principi cardine:

- a) Il singolo socio non può liberamente servirsi delle cose appartenenti al patrimonio sociale per fini estranei all'attività di impresa (2256);
- b) Il singolo socio non può provocare a sua discrezione lo scioglimento anticipato e conseguente divisione del patrimonio (2272 e 2284, notiamo che anche in caso di morte, recesso o esclusione non avrà diritto ai beni conferiti ma solo le somme in denaro equivalente al valore attuale della partecipazione);
- c) I creditori personali del socio non possono soddisfarsi (almeno in maniera diretta, 2270) sul patrimonio della società (uno degli aspetti dell'**autonomia patrimoniale**). Ricordiamo che in caso di conferimento lesivo degli interessi dei creditori potrà essere esercitata l'azione revocatoria.

Principi opposti valgono per la comunione:

- a) Ciascun comproprietario può servirsi liberamente della cosa comune (senza cambiarne la destinazione o impedire uso agli altri);
- b) Ciascuno dei comproprietari può chiedere in qualsiasi momento lo scioglimento della comunione;
- c) I creditori personali del singolo comproprietario può liberamente aggredire la cosa comune.

La comunione riassumendo non gode di autonomia patrimoniale. Le analogie tra società e comunione non vanno oltre il fatto che sotto il profilo patrimoniale costituiscono forme non individuali di proprietà, che poi si delineano in maniera diversa per struttura, funzione e disciplina.

Capiamo a questo punto il motivo per cui il legislatore stabilisce con il 2248 che la società a solo scopo di godimento è disciplinata con le regole della comunione: i benefici della società e la sua disciplina patrimoniale

sono riservati solo a chi **esercita in comune attività di impresa**. Essenzialmente le società di mero godimento sono vietate, in quanto abuso dell'istituto societario a danno dei creditori personali.

Ricordiamo che sono vietate società di **mero** godimento, ma non vi è incompatibilità tra attività di godimento e attività produttiva (una società può fare entrambi ed essere valida).

Sono certamente illegittime le **società immobiliari di comodo**, in cui il patrimonio attivo è costituito esclusivamente da immobili conferiti dai soci e la cui attività si esaurisce nel concedere in locazione gli immobili a terzi o soci (sono costituite solo per evasione fiscale e sono nulle per violazione di norma imperativa). Tuttavia, si tratta di un fenomeno difficilmente reprimibile.

Non si considera invece società di mero godimento una società che gestisce alberghi o *residence*, dato che l'immobile è solo parte di una più complessa organizzazione di fattori produttivi, volti alla produzione di servizi non solo locativi.

Società e comunione di impresa.

Il criterio distintivo tra società e comunione non è sempre di agevole applicazione, in particolare in presenza di beni produttivi, il cui godimento presuppone attività di impresa.

L'utilizzo in comune comporta la costituzione automatica di una società tra i comproprietari? Il discriminante sarà se il godimento risulta o meno in **attività comune di impresa**. Ad esempio, dando in locazione congiuntamente un bene produttivo ad un terzo che ne fa uso sarà certamente comunione (il terzo è imprenditore), oppure nel caso di gestione **alternata**. Il momento in cui diventa una società è quando viene iniziata una **gestione comune**, anche senza accordo scritto (**società di fatto**).

È quindi certamente possibile che si passi da comunione e società, nel caso classico quando più figli ereditano l'azienda di un genitore (comunione incidentale) e proseguono l'attività di impresa. Ci si potrebbe opporre affermando che il 2247 richiede accordo tra le parti in merito ai conferimenti (dando vita ad una cd **comunione di impresa**, in cui viene esercitata collettivamente l'attività, ma non c'è società per mancanza di accordo sui conferimenti). Campobasso non è d'accordo con la teoria, in quanto è possibile costituire una società anche per **fatti concludenti** (anche i conferimenti se non è richiesto un atto scritto per la natura dei beni conferiti, in questo caso di considerano conferiti in godimento). L'effettivo esercizio dell'attività di impresa è abbastanza per affermare che i comproprietari hanno voluto modificare la condizione giuridica dei beni.

L'impresa coniugale.

Ciò che è recluso all'autonomia privata non è precluso al legislatore, che ha introdotto una particolare comunione di impresa nella riforma del diritto di famiglia del 1975. In base all'articolo 177.d, formano oggetto della comunione legale tra i coniugi "le aziende **gestite da entrambi i coniugi** e costituite dopo il matrimonio". L'impresa coniugale è certamente una impresa collettiva e nulla vieta ai coniugi di costituire una società per il suo esercizio, ma nel silenzio si applica la disciplina della comunione familiare, sia per la gestione (amministrazione disgiuntiva tranne per atti che eccedono l'ordinaria) che per il regime patrimoniale.

La disciplina prevede che i creditori d'impresa possono soddisfarsi su tutti i beni della comunione (anche estranei all'azienda) ma alla pari con gli altri creditori (senza prelazione sui beni aziendali). I creditori possono aggredire anche i patrimoni personali rispettivamente per la metà del credito e solo in via sussidiaria.

I creditori particolari del singolo coniuge possono soddisfarsi direttamente anche sui beni della comunione legale, e quindi anche sui beni aziendali. Essenzialmente si tratta di un'impresa collettiva senza patrimonio autonomo.

TIPI DI SOCIETÀ. Nozione. Classificazione.

L'attività della società, come l'attività di ogni gruppo associativo, solleva problemi di disciplina nuovi e diversa rispetto all'attività d'impresa individuale, in particolare riguardanti **ordinamento interno** e **rapporti tra la società e terzi**.

Per i rapporti interni è necessario definire le regole della formazione della volontà di gruppo e gestione (amministrazione), oltre alle procedure per la modifica della stessa. Si devono delineare i diritti amministrativi e patrimoniali del singolo.

Per i rapporti esterni sarà invece necessario stabilire la rappresentanza e responsabilità per le obbligazioni sociali.

La risposta del legislatore a questi problemi non è univoca: sono previsti una pluralità di modelli operativi (8), classificabili in varie maniere. Una prima distinzione può essere in base allo scopo istituzionale (lucrative e mutualistiche), mentre una seconda può essere all'interno delle lucrative in base al tipo di attività esercitabile (ss è solo per attività non commerciale ex 2249). Ricordiamo che un fattore che distingue le società commerciali è la necessità di pubblicità legale (estesa nel 1993 anche alle ss con attività agricola).

Altra distinzione legislativa è tra società dotate di personalità giuridica o meno (solo le società di capitali e cooperative). Nelle società di capitali in quanto società dotate di personalità giuridica:

- a) È legislativamente prevista un'organizzazione di tipo cooperativo, con necessaria presenza di una pluralità di organi con specifiche funzioni.
- b) Il funzionamento degli organi sociali è basato sul principio maggioritario, in particolare tramite l'assemblea con maggioranza in base a quote di capitale e non per teste.
- c) Il singolo socio non ha alcun potere diretto di amministrazione e controllo (salvo nella srl) e ha solo il diritto di concorrere alla designazione dei membri dell'organo amministrativo e/o di controllo, con peso determinato con criterio **capitalistico** (ne consegue che la partecipazione è generalmente liberamente trasferibile).

Nelle società di persone invece:

- a) Non è prevista organizzazione di tipo corporativo;
- b) L'attività si forma su modello organizzativo che riconosce a tutti i soci con responsabilità illimitata poteri di amministrazione (2257) e dall'altro richiede il consenso di tutti i soci per le modificazioni dell'atto costitutivo (2252);
- c) Il singolo socio è investito di poteri di amministrazione e rappresentanza in quanto tale (la persona dei soci e il rapporto fiduciario sono particolarmente accentuati, quindi la partecipazione è generalmente trasferibile solo con il consenso degli altri).

L'ultimo criterio distingue in base al regime di responsabilità per le obbligazioni sociali, secondo cui sono presenti:

- 1) Società nelle quali per le obbligazioni sociali rispondono sia il patrimonio sociale che i singoli soci personalmente e illimitatamente, in modo inderogabile (snc) o con possibilità di deroga pattizia per i soli soci non amministratori (ss);
- 2) Società, come l'accomandita semplice e per azioni, in cui coesistono istituzionalmente soci a responsabilità illimitata amministratori e a responsabilità limitata non amministratori;
- 3) Società in cui per le obbligazioni sociali la società risponde solo con il proprio patrimonio (spa, srl e sc).

Vediamo che la categorizzazione non rispecchia le altre, con l'unica somiglianza tra società di persone nel fatto che non è possibile che non ci siano soci non a responsabilità illimitata, caratteristica necessaria per gli amministratori.

Personalità giuridica e autonomia patrimoniale.

Il codice del commercio del 1882 definiva solo snc, sas e **società anonima**, tutti enti “distinti dalle persone dei soci”. Il legislatore del 1942 ha invece creato una netta distinzione tra società di capitali e cooperative, contrapposte alle società di persone, **prive di personalità giuridica**. Queste ultime società **godono di autonomia patrimoniale**.

L'articolo 2331 ha particolare importanza (afferma che con l'iscrizione al registro delle imprese la spa acquista personalità giuridica, richiamata per altre società di capitali e cooperativa, ma non società di persone), ed è importante esaminare bene il quadro normativo dato i non pochi problemi pratici che questo argomento comporta.

Autonomia patrimoniale e personalità giuridica sono due modi diversi di raggiungere lo stesso risultato: tutelare i creditori ma incentivare l'attività sottoforma societaria. Il legislatore concede ai creditori sociali un trattamento preferenziale rispetto ai creditori personali dei soci, ma consente a quanti costituiscono alla società un diaframma tra il proprio patrimonio personale e le obbligazioni contratte durante l'attività, che sottrae il patrimonio personale dei soci all'aggressione diretta da parte dei creditori sociali.

Nelle società di capitali e cooperative questo obiettivo è raggiunto in maniera diretta tramite il riconoscimento della personalità giuridica, dato che per questo privilegio sono automaticamente soggetti di diritto formalmente distinti rispetto ai soci, e gode consequenzialmente di una piena e perfetta autonomia patrimoniale (i beni conferiti dai soci diventano formalmente beni di proprietà della società, titolare di un proprio patrimonio, diritti e obbligazioni). Ne consegue che il suo patrimonio non può essere oggetto dei creditori personali dei soci e viceversa.

Naturalmente la personalità giuridica è una creazione del legislatore e la distinta soggettività non va enfatizzata. L'alterità società-soci è formale e non reale, e quindi ci saranno limiti ad essa riconosciuti dallo stesso legislatore in base ai casi concreti. Ricordiamo alcuni casi come il socio unico delle spa o srl (2325.2, 2462.2), il socio accomandatario dell'accomandita per azioni. Questa responsabilità è riconosciuta tuttavia come responsabilità per **debito altrui**. Il concetto di personalità giuridica non può essere caricato di significato non concesso dalla norma, anche se questo non svuota la relativa alterità che ne risulta.

La soggettività delle società di persone.

Il legislatore formalmente nega la personalità giuridica alle società di persone, ma nel contempo ha provveduto a soddisfare le esigenze di tutela dei creditori e incentivazione dei soci tramite specifiche disposizioni che rendono autonomo il patrimonio dei soci rispetto a quello della società. Infatti nelle società di persone:

- a) I creditori personali dei soci non possono aggredire il patrimonio della società per soddisfarsi. Finché dura la società possono solo soddisfarsi sugli utili spettanti al debitore e compiere atti conservativi sulla quota (qualora gli altri beni siano insufficienti ex 2270).
- b) I creditori della società non possono aggredire direttamente il patrimonio personale di soci illimitatamente responsabili, dato che è necessario **prima soddisfarsi sul patrimonio della società**, e solo dopo aver infruttuosamente escusso quest'ultimo possono aggredire il patrimonio del socio. La responsabilità dei soci è una **responsabilità sussidiaria** (con beneficio di escussione) rispetto a quella della società (anche se le regole procedurali sono diverse in base al tipo di società).

In sintesi, anche nelle società di persone il patrimonio della società è autonomo rispetto ai soci (relativamente). Questa autonomia è solo patrimoniale o si estende anche nel campo soggettivo? In passato era prevalente la risposta negativa (senza personalità giuridica si considerano i beni in comproprietà e le obbligazioni si considerano obbligazioni proprie collettive, con responsabilità personale illimitata delineata come **responsabilità per debito proprio**). Si qualificano i soci come veri e propri co-imprenditori. Campobasso afferma che non vi è dubbio che sul piano sostanziale le cose siano così, ma è in disaccordo sull'unificazione soggettiva, dato che sostiene che vari dati legislativi la disconoscono.

L'articolo 2266.1 afferma che "la società acquista diritti e assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza". Da qui si può intuire una intenzione del legislatore di affermare che la società stessa è capace di acquistare diritti e obbligazioni in proprio nome, non quello dei soci. Ci sono varie altre norme che affermano concetti simili, tra cui ricordiamo gli articoli 2292 e 2295 rispettivamente su nome e sede. Essenzialmente se il legislatore con una mano privava le società di persone della personalità giuridica, le ha concesso qualcosa di estremamente simile.

Sostanzialmente corrette sono quindi le conclusioni cui giungevano quanti, negli anni immediatamente successivi al nuovo codice, difesero l'idea che le società di persone non fossero persone giuridiche:

- a) I beni sociali non sono in comproprietà ma di titolarità della società stessa;
- b) Le obbligazioni sociali non sono obbligazioni personali dei soci ma obbligazioni della società a cui si aggiunge **a titolo di garanzia** la responsabilità di tutti o alcuni soci;
- c) **Imprenditore è la società** non i singoli soci, anche se la liquidazione giudiziale della società comporta automaticamente l'apertura anche per i singoli soci illimitatamente responsabili.

Si potrebbe descrivere la situazione delle società di persone come un *tertium genus*, "**soggetto collettivo non personificato**", ma le differenze nella disciplina rispetto alle società di capitali sono in ogni caso fortemente ridimensionate rispetto al passato.

Tipo di società e autonomia privata.

Quanti devono costituire una società possono liberamente scegliere tra tutti i modelli se l'attività non è commerciale (e tutti comunque escluse la ss nel caso sia commerciale). Ulteriori limitazioni sono imposte dalla legge per determinate tipologie di attività commerciale (banche, assicurazioni, SGR, Sim e Sicav). La scelta di un determinato tipo non è condizione essenziale per la valida costituzione di una società (a maggior ragione se l'attività non è commerciale). Il 2249 stabilisce che in questi casi si applica **la disciplina della società semplice**, mentre nel caso di attività commerciale si considera nel silenzio una scelta implicita per il regime della **società in nome collettivo** (si implica perché per ogni altro tipo sono necessari altri requisiti dell'atto costitutivo).

La società semplice e snc costituiscono quindi i **regimi residuali** dell'attività societaria.

Dopo la scelta del tipo societario, le parti possono integrare con apposite clausole la disciplina del tipo prescelto (i modelli sono parzialmente derogabili, ma le clausole **atipiche** introdotte devono essere compatibili, quindi non contrari a principi inderogabili). Si crea il problema di "quali aspetti sono inderogabili". Si considerano certamente inderogabili norme che riguardano la responsabilità per obbligazioni dato che riguardano anche i terzi, mentre nelle società di persone, a differenza delle spa, è più flessibile l'organizzazione interna.

Accertata l'incompatibilità di una clausola con il tipo sociale la sanzione sarà la nullità della stessa, in applicazione del principio generale ex 1419.2 (e in questi casi si ritroverà applicazione della disciplina inderogabile).

Notiamo che i tipi di società costituiscono un numero chiuso e non sono configurabili società del tutto atipiche, principio desumibile con chiarezza dal 2249.1 (con giustificazione nella tutela dei terzi). Il legislatore in deroga

al 1322.1 (contratti innominati) stabilisce la nullità della società atipica. Dalle clausole societarie vanno distinti i **patti parasociali**, che sono contratti al di fuori dell'atto costitutivo (eg. impegno di conferimenti futuri, concordare anticipatamente il voto tramite sindacati di voto, non vendere le quote tramite sindacati di blocco per mantenere omogenea la compagine sociale).

I patti parasociali hanno efficacia meramente obbligatoria, vincolando attuali soci contraenti ma non futuri, a meno che non vi aderiscano espressamente. L'invalidità non incide sulla validità della società e gli atti societari su cui riflette. La loro violazione espone soltanto a risarcimento del danno e non coinvolge la posizione nella società degli inadempienti.

Contratto di società ed organizzazione.

La società è di regola un contratto, ma nel contempo è sempre la forma giuridica di una futura attività economica. Dalla società contratto nasce la società organizzazione destinata a dare attuazione al contratto tramite una serie indefinita di atti in cui si concretizza l'attività d'impresa in comune.

Si è già anticipato che il contratto dà luogo ad una serie di situazioni strumentali all'esercizio di attività in comune. Con la stipula dell'atto costitutivo le parti diventano parte di una struttura organizzativa, e diventando soci sono titolari di una serie di situazioni attive e passive distinguibili in due grandi categorie:

- a) Situazioni di natura amministrativa (diritto individuale di partecipare alla gestione, come voto, potere di amministrare la società e rappresentarla davanti a terzi);
- b) Situazioni di natura patrimoniale (partecipazione individuale al risultato comune, come utili, quota di liquidazione ed eventuale partecipazione alle perdite).

Le situazioni oggettive di cui è investito ciascun socio variano per contenuto e grado di tutela in ciascun tipo di società, ma in tutte le società presentano la caratteristica comune di essere destinate ad applicarsi all'interno di un gruppo organizzato per la realizzazione di uno scopo comune.

I diritti di cui ciascun socio gode vanno inseriti e valutati nell'ambito dell'organizzazione di gruppo creata con il contratto di società, giustificando la subordinazione degli interessi del singolo a quelli della maggioranza, in particolare nelle società di capitali. La subordinazione del singolo alle decisioni di gruppo non è senza limiti, anche nelle società con principio maggioritario: l'organizzazione è sempre strumentale all'attuazione del contratto di società, e quindi il sacrificio dei diritti del singolo deve sempre trovare giustificazione in un interesse superiore (non è legittimo sacrificio del diritto di un socio a vantaggio di altri).

Se si ha ben presente ciò, la contrapposizione gruppo socio può essere vista nella giusta prospettiva di tutela del singolo da abusi della maggioranza, che trova attuazione nei principi di:

- a) Buona fede e correttezza nell'esecuzione (1375);
- b) Parità di trattamento sostanziale tra i soci (92 tuf per le società quotate).

L'espressa qualificazione legislativa della società come contratto giustifica e impone l'applicazione di tali principi come argine ai possibili comportamenti abusivi delle maggioranze in tutte le società.

Capitolo 2: La società semplice e la società in nome collettivo.

Le società di persone.

La ss, snc e sas formano la categoria di società di persone. La società semplice (2251-2290) è un tipo di società che può esercitare solo attività non commerciale, qualificandosi infatti come regime residuale per queste tipologie di attività. La società in nome collettivo (2291-2312) è un tipo di società che può essere utilizzato per

attività commerciale e non commerciale. Nelle snc tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, ed è nullo il patto contrario (2291). La snc è il regime residuale di attività societaria commerciale. La sas (2313-2324) è una società di persone che si caratterizza rispetto alla snc per la presenza di due categorie di soci: accomandanti (limitatamente responsabili) e accomandatari (illimitatamente responsabili) ex 2313.

La società semplice ha un particolare rilievo normativo in quanto società “base” per tutte le altre, con disciplina applicabile se compatibile senza espresso rinvio (2293, 2315). La società semplice costituisce il prototipo normativo, e questo è il ruolo più importante che svolge dato che trova scarsa applicazione concreta come tipo indipendente. Le società agricole preferiscono altri tipi sociali, e la sua applicazione per società tra professionisti è scarsa. Per questo motivo la disciplina è esposta congiuntamente alla snc.

La costituzione della società: atto costitutivo, forma e contenuto.

Il contratto di società semplice non è soggetto a forma speciali, salvo la natura richiesta dai beni conferiti (2251), e non sono dettate specifiche disposizioni per il contenuto dell’atto costitutivo. Con la riforma del 1993 le ss esercenti attività agricola si devono iscrivere al registro delle imprese con funzione di pubblicità legale, mentre le società tra professionisti solo come pubblicità notizia. La costituzione è comunque semplificata al massimo, dato che la pubblicità non ha effetti né costitutivi né sulla disciplina.

In particolare, il contratto di società può essere anche concluso verbalmente o risultare da comportamenti concludenti (**società di fatto**), con elementi mancati colmati dal legislatore con norme suppletive. Regole non diverse si applicano alla snc, con regole di forme e contenuto (2295-2296) prescritte ai soli fini di iscrizione nel registro delle imprese, **condizione di regolarità e non di esistenza**. L’emessa registrazione incide solo sulla disciplina comportando che nei rapporti tra società e terzi si applica sotto certi aspetti la disciplina della ss. Da qui si ha la distinzione tra snc **regolare e irregolare**. La snc non iscritta sia per atto costitutivo non redatto (società di fatto) che per atto non registrato (irregolare in senso proprio) troveranno disciplina alternativa.

Ai soli fini della registrazione è quindi necessario redigere l’atto costitutivo come **atto pubblico o scrittura privata autenticata**, con all’interno le seguenti indicazioni:

- a) Cognome, nome, luogo e data di nascita, domicilio e cittadinanza dei soci;
- b) Ragione sociale contenente nome di uno o più soci e indicazione del rapporto sociale;
- c) Soci che hanno amministrazione e rappresentanza;
- d) Sede primaria ed eventuali secondarie;
- e) Oggetto sociale;
- f) Conferimenti, valori attribuiti ed eventuali modalità di valutazione;
- g) Prestazioni a cui sono obbligati soci d’opera;
- h) Norme di ripartizione di utili e perdite;
- i) Durata della società.

Non tutte sono essenziali ai fini della registrazione, in particolare la c e h, supplite in mancanza dalla stessa legge. La libertà di forma incontra limite con le **forme speciali richieste per la natura dei beni conferiti** (scritta a pena di nullità per immobili o diritti reali su immobili, o anche godimento ultranovennale). In mancanza si considera nullo il contratto intero solo se la partecipazione era di carattere essenziale (1420). Per applicazione del principio di conservazione del contratto si considera che il bene concesso senza forma scritta si può convertire in godimento infranovennale.

Società di fatto. Società occulta.

Per la costituzione di una società di persone non è necessario contratto scritto, perché in assenza di atto scritto si applicheranno le disposizioni della ss per non commerciale e snc irregolare per attività commerciale nel regime della società di fatto.

Una società di fatto che esercita attività commerciale è esposta alla liquidazione giudiziale alla pari di ogni altro imprenditore commerciale, che comporta automaticamente l'apertura nei confronti di ogni socio (256 CCI), sia quelli noti al momento dell'apertura che i **cd soci occulti** (scoperti dopo l'apertura anche per presunzioni rivelatrici dagli elementi del contratto riguardanti i rapporti interni, 256.4).

L'esteriorizzazione della qualità di socio non è necessaria, celare il rapporto dai terzi non comporta esonero dalla responsabilità (unico problema è l'identificazione dei soci stessi).

È **società occulta** la società costituita con volontà espressa e concorde dei soci di non rivelarne l'esistenza all'esterno. La società occulta può essere sia società di fatto che risultare da atto scritto tenuto segreto. L'attività d'impresa è **svolta per conto della società ma senza spenderne il nome**. La società esiste nei rapporti esterni ma non viene esteriorizzata. Nei rapporti esterni l'impresa si presenta come impresa individuale del socio o anche di un terzo, che spende il proprio nome.

Lo scopo che le parti si propongono di realizzare col patto di non esteriorizzazione è quello di limitare la responsabilità nei confronti dei terzi al patrimonio del solo gestore. Obiettivi di per sé leciti, conseguibili tramite società di capitali unipersonale con tutele per terzi e creditori sull'effettività del capitale, responsabilità diretta e personale degli amministratori, controlli interni ed esterni, pubblicazione del bilancio e responsabilità della controllante per abuso di attività di direzione e coordinamento. Tramite la società occulta si mirano a raggiungere gli stessi benefici segretamente e senza controlli.

Dottrina e giurisprudenza sostengono da tempo che la mancata esteriorizzazione non comporta che non sono responsabili la società occulta o i soci di essa. È necessario e sufficiente che i terzi dimostrino a posteriori l'esistenza di questo, con estensione della liquidazione individuale iniziale ai nuovi soggetti. Questo orientamento è stato recepito dall'articolo 256.5 del CCI. Ai fini della liquidazione giudiziale, quindi, la legge tratta allo stesso modo socio occulto di società palese e società occulta. In entrambi i casi l'esteriorizzazione non è necessaria e la prova del contratto nei rapporti interni è sufficiente. Sono considerabili ai fini della prova fideiussioni *omnibus*, rapporti diretti con fornitori, atti di gestione anche a nome dell'imprenditore individuale.

Le conseguenze nelle procedure concorsuali non devono essere fraintese, perché sono fenomeni molto diversi. Il socio occulto di società palese svolge attività in nome della società e ad essa sono certamente imputabili i suoi effetti. La responsabilità di impresa della società è fuori contestazione.

Nel caso di società occulta l'attività non è svolta a nome della società, e gli atti di impresa non sono ad essa formalmente imputabili. Chi opera nei confronti dei terzi agisce in nome proprio, sia pure negli interessi e per conto di una società, agendo come **mandatario senza rappresentanza**, mettendo fuori da ogni dubbio che a lui e non la società sono formalmente imputabili tutti gli atti di impresa e i relativi effetti (1705). La liquidazione giudiziale della società occulta è quindi una **norma eccezionale**. Campobasso ritiene che sia fondamentale mantenere il criterio della formalità, con la spendita del nome e non l'applicazione di criteri sostanziali. Si esclude quindi che la società occulta sia direttamente responsabile per obbligazioni contratte per conto della stessa ma in nome proprio dall'imprenditore individuale finché quest'ultimo non sia sottoposto a liquidazione giudiziale (applicando invece la disciplina del mandato, permettendo all'imprenditore individuale o il creditore in via surrogatoria di agire verso la società per fornire i **mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e l'adempimento di obbligazioni a quel fine contratte**).

La società apparente.

L'atteggiamento di favore della giurisprudenza per il coinvolgimento del maggior numero di persone possibile nella liquidazione giudiziale di un imprenditore individuale si manifesta anche nei casi in cui un giudice sospetta che ci sia una società occulta dietro un imprenditore individuale in base a comportamenti indiziati, ma si rende conto che mancano le prove per dichiararne l'esistenza. In questi casi il tribunale può fare a meno della prova tramite applicazione del **principio di indipendenza**, che afferma che può esistere una società **non esistente nei rapporti interni tra i soci può considerarsi esistente all'esterno** quando due o più persone operino in modo da far credere ai terzi che ci sia società con **incolpevole affidamento**. È preclusa così la possibilità dei soci di eccepire l'inesistenza, con applicazione della liquidazione come se ci fosse società di fatto.

La dottrina è stata critica di questa creazione giurisprudenziale, in particolare perché nella procedura quasi sempre sono coinvolti anche creditori che non hanno fatto affidamento sull'esistenza di soci apparenti. Campobasso difende la giurisprudenza affermando che, se i terzi venissero tutelati nel caso di società occulta dovrebbero esserlo a maggior ragione nel caso la società esista anche solo nei rapporti esterni. Il problema vero è che il ragionamento della giurisprudenza parte affermando che la società apparente non esiste, non che sia una società non registrata. Si ritorna al problema della non superabilità del criterio dell'imputazione formale.

La partecipazione degli incapaci.

La partecipazione ad una società di persone richiede la capacità d'agire ed è atto eccedente l'ordinaria amministrazione. La partecipazione degli incapaci è equiparata all'esercizio individuale di una impresa commerciale, e quindi:

- a) Minore, interdetto e inabilitato non possono partecipare *ex novo* ad una snc. Con autorizzazione del giudice possono solo conservare partecipazioni che ad essi provengano per donazione o successione, o in caso di interdizione o inabilitazione sopravvenuta, il giudice può concedere la continuazione della partecipazione con il consenso degli altri soci (2286, possono deliberarne l'esclusione).
- b) Minore emancipato può anche partecipare alla costituzione o aderirvi successivamente con autorizzazione del giudice.
- c) Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può fare tutto, salvo che sia diversamente disposto nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno.

Per espresso dato legislativo questo quadro normativo si applica alla **snc** anche quando l'attività della società non è commerciale. Campobasso esclude che si applichi per analogia il 2294 per le società semplici anche perché le norme richiamate sono per imprenditori commerciali.

Partecipazione di una società in una società di persone.

Prima del 2003 la giurisprudenza era nettamente contraria alla partecipazione di una società di capitali in una società di persone mentre la dottrina era favorevole, con posizioni invertite per le società di persone in società di persone. La questione è risolta dalla riforma con il nuovo articolo 2361.2 e 111-*duodecies* disposizioni attuative cc, con alcune cautele:

- a) L'assunzione di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata deve essere deliberata dall'assemblea (escludendo società di fatto con società di capitali per comportamenti dei soli amministratori, nonostante diverso atteggiamento della giurisprudenza anche della Corte costituzionale e di Cassazione);
- b) Amministratori devono dare specifiche informazioni nella nota integrativa del bilancio su tali partecipazioni;
- c) Se tutti i soci sono società di capitali, il bilancio deve essere redatto come se fosse una società per azioni, con bilancio consolidato se ricorrono i presupposti.

In base alla nuova disciplina si considera anche lecita una società di capitali amministratore di una società di persone.

Risposta affermativa si dà anche alla partecipazione di società di persone in altre società di persone, sia come socio a responsabilità illimitata che come accomandante. Non esiste norma che lo vieti. Non sono decisive opposizioni riguardanti l'*intuitus personae*, tra l'altro carattere non essenziale delle società di persone (necessità di consenso per il trasferimento è escludibile per statuto), né quelle sulle norme che riguardano persone fisiche (che semplicemente non si applicano in questi casi) o l'utilizzo per aggirare la responsabilità illimitata (con preventiva escussione del patrimonio della società sono comunque responsabili).

L'invalidità della società.

Il codice non detta alcuna disposizione specifica sull'invalidità della società, applicandosi quindi le norme in tema di nullità generale dei contratti (1418) e annullabilità (1425). Si avrà perciò nullità quando il contratto è contrario a norme imperative, quando l'oggetto è impossibile o illecito o quando è presente motivo comune illecito determinante. Si avrà annullabilità in caso di incapacità delle parti o di consenso viziato per errore violenza o dolo.

È necessario distinguere tra cause di invalidità dell'intero contratto sociale (eg. oggetto illecito) o cause per la singola partecipazione (partecipazione di un minore non autorizzato), dato che l'applicazione delle regole generali sui contratti associativi fa sì che invalidità individuale comporta invalidità del contratto intero solo quando la partecipazione dell'interessato era essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale (1420 e 1446).

La sentenza di nullità o annullamento non causa particolari problemi se l'attività della società non è ancora iniziata (disciplina generale con effetti *ex tunc*). Se l'attività sociale è già di fatto iniziata, con acquisto di diritti e assunzione di obblighi nei confronti dei terzi, la situazione si fa più complicata. Nelle società di capitali ex 2332 la dichiarazione non pregiudica diritti acquistati dai terzi o la validità di atti compiuti dopo l'iscrizione al registro delle imprese e non libera i soci dall'obbligo di compiere i conferimenti ancora dovuti, operando in sostanza come **causa di scioglimento ex lege**. La nullità non può essere dichiarata se la causa di essa è stata eliminata per effetto di una modificazione dell'atto costitutivo.

È opinione diffusa che questa disciplina in deroga alle regole generali dei contratti sia di carattere eccezionale e non si applichi alle società di persone. Campobasso (e un paio di recenti Cassazioni) non sono d'accordo, affermando che anche il 2332 si possa considerare principio generale che la nullità si applica per il futuro e non gli atti già posti in essere. Questo viene confermato come principio per tutte le associazioni con attività esterna vedendo anche la disciplina del GEIE e la società tra avvocati.

L'articolo 2332 si applica chiaramente solo con gli opportuni adattamenti, portando gli effetti della nullità ad essere semplicemente quelli dello scioglimento:

- a) Restano in vita tutti gli atti posti in essere in nome della società;
- b) I soci non sono liberati dall'obbligo dei conferimenti;
- c) Resta ferma l'autonomia patrimoniale della società;
- d) La sentenza di nullità apre liquidazione che porterà all'estinzione dopo il soddisfacimento dei creditori e distribuzione dell'attivo residuo eventuale.

Possibile sarà anche una sanatoria della nullità ex 2332.5 con relativa delibera all'unanimità come per tutte le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società di persone.

Ordinamento patrimoniale. I conferimenti.

L'obbligo di conferimenti è essenziale per l'acquisto della qualità di socio, ribadito dal 2253.1 che stabilisce che "il socio è obbligato a eseguire i conferimenti determinati nel contratto sociale". La determinazione convenzionale dei conferimenti di ciascun socio non è però essenziale nelle società di persone, dato che all'eventuale silenzio supplisce la legge:

- a) Nel silenzio del contratto si presume che tutti i conferimenti devono essere eseguiti in **denaro** (2342.1);
- b) Se i conferimenti non sono determinati si presume che i soci siano obbligati a conferire in parti uguali **quanto è necessario per il conseguimento dell'oggetto sociale** (2253.2), da interpretare nel senso che il necessario deve essere determinato con riferimento all'oggetto sociale (non esborsi quando necessario)

Diversamente da quanto avviene nelle società di capitali, nessuna limitazione è posta dalla legge alle entità conferibili (2247), "qualsiasi entità suscettibile di valutazione economica", quindi anche opera e servizi (dare, fare o non fare).

Il conferimento può quindi essere un conferimento di azienda anche se gravata da debiti, prestazione di garanzie, inserimento del nome di un socio nella ragione sociale o perfino secondo alcuni la **semplice responsabilità personale ed illimitata** (Campobasso contrario). Tipicamente questo ultimo caso viene usato solo in giurisprudenza per affermare l'esistenza di una società di fatto.

La disciplina dei conferimenti.

Il codice detta una specifica disciplina per alcuni tipi di conferimenti diversi da denaro; natura, crediti e opera.

Per il conferimento di beni in proprietà è disposto che la garanzia dovuta dal socio sono regolate dalle norme in tema alla vendita (2254.1). Il socio è quindi tenuto alla garanzia per evizione e su di lui grava il rischio per il perimento del bene finché passa la proprietà alla società (che nella pratica si applica solo in caso di cose determinate solo nel genere, dato che in altri casi il passaggio è contestuale alla stipulazione in applicazione del principio consensualistico).

L'applicazione del *res perit domino* subisce un adattamento per le peculiarità del contratto di società: il perimento della cosa prima del trasferimento comporta che il socio può essere escluso dalla società (fino alla deliberazione il socio partecipa ai risultati attivi e passivi). Per le cose conferite in godimento il rischio resta con chi le conferisce, escludibile anch'esso dalla società in caso il bene perisca o diventi impossibile il godimento per causa non imputabile agli amministratori (rischio per caso fortuito resta quindi con il conferente).

La garanzia per il godimento è poi regolata per rinvio alle norme sulla locazione, trovando applicazione articoli 1578 e ss. del codice. Il bene conferito in godimento resta chiaramente di proprietà del socio, che ha diritto alla sostituzione al termine nello stato in cui si trova (se è deteriorato per causa imputabile alla società il socio avrà diritto oltre al risarcimento all'azione di responsabilità verso gli amministratori ex 2281).

Per il conferimento di crediti l'articolo 2255 dispone che il socio risponde dell'insolvenza del debitore nei limiti del 1267 per il caso di assunzione convenzionale di garanzia. Il socio risponderà *ex lege* alla società in caso di insolvenza per un valore pari al proprio conferimento (se inadempiente può essere escluso).

Il socio d'opera.

Nelle società di persone il conferimento può consistere anche nell'obbligo di prestare alla società la propria attività lavorativa, in rapporto diverso dal lavoro subordinato (non retribuito dato che la retribuzione è la stessa

partecipazione al guadagno). Il socio d'opera corre però il rischio di lavorare invano, così come il socio di capitale rischia che il capitale conferito non sia retribuito.

Sul socio d'opera grava inoltre il rischio dell'impossibilità di svolgimento della prestazione (causa di esclusione ex 2286.2), mentre in sede di liquidazione parteciperà in proporzione della sua parte nei guadagni solo della quota eventuale risultante **dopo il rimborso del valore nominale delle altre partecipazioni** (dato che con lo scioglimento viene già liberato dal suo obbligo di conferire), come il socio che offre in godimento un bene. Nulla vieta che sia pattiziamente riconosciuto il diritto della restituzione del valore dell'apporto. La quota di partecipazione diventa decisiva ai fini delle posizioni reciproche, e quindi è importante che in mancanza di pattuizioni la parte viene stabilita dal giudice **secondo equità**.

Patrimonio sociale e capitale sociale.

I conferimenti dei soci formano il patrimonio iniziale (attivo patrimoniale iniziale) della società, che diventa proprietaria dei beni conferiti. I soci non possono quindi servirsi liberamente dei beni del patrimonio sociale per fini estranei a quelli della società (2256) con violazione comportante risarcimento e possibile esclusione (divieto derogabile con consenso di tutti i soci).

Ricordiamo in questa sede la funzione vincolistica (individuazione della frazione dell'attivo non distribuibile) e organizzativa (determinazione dell'utile o perdita di esercizio) che il capitale nominale svolge in tutte le società. Ciò nonostante, la nozione di capitale sociale è del tutto assente nella disciplina della ss, nemmeno richiesta la valutazione iniziale dei conferimenti (probabilmente spiegabile con il fatto che la società semplice non è obbligata alla tenuta delle scritture contabili e la redazione del bilancio).

Nelle snc è prescritto che l'atto costitutivo indichi i conferimenti, il loro valore e il modo di valutazione, che permette di determinare il valore globale del capitale sociale nominale. La metodologia di valutazione è invece rimessa alle parti. È questione dibattuta se sia necessario sottoporre a valutazione e imputare a capitale tutti i conferimenti, o se tale esigenza è necessaria solo per i conferimenti che prevedono rimborso al socio in caso di scioglimento (di capitale, non di patrimonio, ovvero godimento di beni e opera). Una specifica indicazione in tale senso emerge dal 2295 che ne prevede una separata indicazione e non una valutazione.

Le incertezze sulle valutazioni impattano anche le norme dettate a tutela dell'integrità del capitale sociale (2303 e 2306). Il 2303 vieta una ripartizione tra soci di utili fittizi (somme che non corrispondono ad un'eccedenza del patrimonio netto rispetto al capitale sociale nominale), affermando anche che in caso di perdite non possono essere distribuiti utili finché il patrimonio non sia stato reintegrato o ridotto in misura corrispondente. La riduzione del capitale per perdite (nominale) è **sempre facoltativa** nella snc, con unica conseguenza dell'omesso adeguamento il divieto di distribuire utili.

L'articolo 2306 vieta agli amministratori di rimborsare ai soci i conferimenti eseguiti o liberarli dall'obbligo di ulteriori versamenti in assenza di una specifica deliberazione di riduzione del capitale sociale (all'unanimità in quanto modifica dell'atto costitutivo e iscritta al registro delle imprese).

L'operazione comporta una riduzione reale del patrimonio netto e può pregiudicare gli interessi dei creditori sociali, che hanno a tal fine il diritto di opposizione entro tre mesi dall'iscrizione della delibera. Nonostante l'opposizione il tribunale può disporre che la riduzione abbia ugualmente luogo se disposta una idonea garanzia (2306.2).

Partecipazioni dei soci agli utili e alle perdite.

Tutti i soci hanno diritto di partecipare agli utili e partecipano alle perdite della gestione sociale. Essi godono della massima libertà nella determinazione della parte spettante a ciascuno e **non è necessario che la partecipazione sia proporzionale ai conferimenti**. Il solo limite posto all'autonomia privata è il **divieto di patto**

leonino, che è espressamente vietato dal 2265 (nullo ogni patto volto a escludere la partecipazione di uno o più soci agli utili o alle perdite). Si considerano anche nulli i patti in cui si prevede la **sostanziale** esclusione di uno o più soci dalla partecipazione agli utili o alle perdite.

Sono altresì nulle le convenzioni che tra soci non risultanti dall'atto costitutivo che violino il contenuto precettivo del 2265 (patti parasociali in cui un socio, ad esempio, si impegna a tenere indenne dalle perdite un altro, **nulli se privi di giustificazione causale tra le parti stipulanti, non se c'è un titolo valido**).

In caso di patto leonino sarà nulla la clausola, non il contratto intero o la partecipazione, integrato *ex lege*. Il 2263 dispone a riguardo che:

- a) Se il contratto nulla dispone si distribuiscono gli utili proporzionalmente in base ai conferimenti;
- b) Se il valore dei conferimenti non è determinato si considerano parti uguali;
- c) Se è determinata soltanto la parte di ciascuno nei guadagni, si presume che nella stessa misura si deve misurare la partecipazione alle perdite.

È infine disposto che la parte spettante al socio d'opera se non determinata dal contratto è determinata dal giudice secondo equità (2263.2). La determinazione della parte di ciascun socio negli utili e nelle perdite può essere demandata anche ad un terzo che opererà come arbitratore (2264).

Nella ss il diritto di percepire gli utili parte dall'approvazione di un rendiconto (2262) redatto dagli amministratori annualmente, mentre nelle snc vige l'obbligo di tenuta delle **scritture contabili** (2302). Non vi è dubbio che il documento destinato all'accertamento degli utili sia un vero e proprio bilancio di esercizio redatto secondo i criteri stabiliti per il bilancio delle spa (2217.2, rinvio). Le snc con tutti i soci società di capitali sono tenute anche a redigere e pubblicare il bilancio consolidato.

Il bilancio deve essere predisposto dagli amministratori, ed è da ritenersi che l'approvazione competa a tutti i soci, compresi i soci amministratori che lo hanno predisposto. L'approvazione a maggioranza o unanimità non è un punto pacifico.

A differenza delle società di capitali, l'approvazione del bilancio è **condizione sufficiente** perché ciascun socio possa pretendere l'assegnazione della sua parte di utili (2262). La delibera di non distribuzione e reinvestimento è quindi illegittima in assenza di apposita clausola abilitante nell'atto costitutivo (quindi sarà necessaria unanimità). Per quanto riguarda le perdite, incidono **direttamente sul valore della singola partecipazione** riducendola proporzionalmente. In sede di liquidazione, il socio vedrà direttamente ridotta la somma conferita, e solo in questa sede gli amministratori potranno richiedere le somme necessarie per il pagamento dei debiti sociali a soci illimitatamente responsabili.

Prima dello scioglimento, quindi, le perdite avranno solo un rilievo indiretto, impedendo la distribuzione di utili successivamente conseguiti finché il capitale non sia stato reintegrato, o portando allo scioglimento della società per sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale.

La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali.

Nella ss e snc la società risponde innanzitutto con il proprio patrimonio, che costituisce quindi garanzia primaria di quanti concedono credito alla società (2267.1). Non è l'unica garanzia dato che rispondono **personalmente e illimitatamente** anche i singoli soci.

Nella società semplice, la responsabilità personale di tutti i soci è derogabile, dato che il 2267.2 stabilisce che rispondono personalmente e solidalmente i soci che hanno agito in nome e per conto della società, e "salvo patto contrario, gli altri soci". La responsabilità personale per questi soci potrà quindi essere esclusa da un apposito patto sociale, opponibile ai terzi solo se portato a loro conoscenza con mezzi idonei (in mancanza

opponibile solo a chi ne ha avuto effettiva conoscenza). In nessun caso può essere esclusa la responsabilità di tutti i soci.

Nelle snc, la responsabilità illimitata di tutti i soci è **inderogabile**, e l'eventuale patto contrario non ha effetti nei confronti dei terzi (2291.2). Il patto si considera valido nei rapporti interni una volta soddisfatto il creditore.

In entrambe le società, il regime di responsabilità per le obbligazioni sociali precedentemente contratte è esteso anche ai nuovi soci (retroattivamente, 2269). Lo scioglimento parziale del rapporto per morte, recesso o esclusione (e **cessione della quota**) non fa venir meno la responsabilità per obbligazioni anteriori a questi eventi. Deve perfino rendere noto ai terzi con mezzi idonei la cessazione per non rimanere responsabile per i terzi che ignoravano lo scioglimento singolo senza colpa (chiaramente la responsabilità non rimane nei rapporti interni, e quindi ci sarà regresso).

La norma è dettata per la società semplice e si applica anche alla collettiva irregolare, mentre nelle regolari ci saranno i requisiti di pubblicità legale delle modifiche dell'atto costitutivo (2300), estendibile secondo Campobasso anche alle ss con attività agricola con gli stessi requisiti di pubblicità.

Dallo scioglimento del rapporto individuale decorre il termine annuale entro il quale l'ex socio può essere comunque sottoposto a liquidazione giudiziale dai creditori della società durante la liquidazione giudiziale della società (256.2).

Responsabilità della società e responsabilità dei soci.

Nella ss e snc i creditori sociali hanno a disposizione più patrimoni su cui soddisfarsi. Responsabilità della società e i singoli soci non sono tuttavia sullo stesso piano, manifestandosi in questo caso uno degli aspetti dell'autonomia patrimoniale delle società di persone. I soci sono responsabili in solido tra loro (2267.1 e 2291.1) ma **in via sussidiaria** rispetto alla società in quanto godono del **beneficio di escussione**, cioè i creditori sono tenuti a tentare di soddisfarsi sul patrimonio della società prima di poter aggredire il patrimonio dei soci.

Il beneficio della preventiva escussione opera distintamente nella ss e snc. Nella ss il creditore può rivolgersi direttamente al socio illimitatamente responsabile e sarà costui a invocare il beneficio della preventiva escussione e indicare i beni sui quali il creditore potrà agevolmente soddisfarsi (2268, motivato dal fatto che le ss non sono tenute a scritture contabili o redazione del bilancio, proprio come nella snc irregolare a cui si applica questa stessa disciplina). Nella snc regolare, il beneficio di escussione **opera automaticamente**, dato che i creditori non possono rivolgersi ai soci anche in sede di liquidazione senza avere infruttuosamente escusso il patrimonio sociale (2304, deve aver esperito l'azione esecutiva non solo fatto richiesta, tranne in circostanze oggettive che dimostrano con certezza l'inutilità della stessa). Quando fa richiesta al socio, il creditore può chiedere il pagamento integrale del credito, in quanto responsabili in solido tra loro i soci (ci sarà poi regresso in base alle quote di partecipazione alle perdite, anche se ancor prima il socio può rivolgersi per la somma intera verso la società, possibilità solo teorica nella snc regolare). Anche se i soci sono responsabili in via sussidiaria, sono sempre trattati come **garanti del debito**.

È frequente che in casi di creditori sociali più forti essi richiedano ulteriori garanzie personali dei soci (avalli o fidejussioni) per sottrarsi alle lungaggini della preventiva escussione (perfettamente validi per Campobasso anche perché si considera debito altrui per la separazione soggettiva tra soci e società).

I creditori personali del socio.

Il patrimonio della società è insensibile alle obbligazioni personali dei soci ed è intangibile da parte dei creditori personali di quest'ultimi. È questo l'altro aspetto dell'autonomia patrimoniale delle società di persone. Il creditore personale del socio non può in alcun caso aggredire direttamente il patrimonio sociale per soddisfarsi (o compensare il suo debito con la società con il credito che vanta a titolo personale con il socio).

Il creditore personale del socio sia nella ss che nella snc ha come mezzi di tutela:

- a) Far valere i suoi diritti sugli utili spettanti al socio;
- b) Compiere atti conservativi sulla quota allo stesso spettante nella liquidazione (2270.1), ad esempio con sequestro conservativo presso terzi;

Nella società semplice e snc irregolare può anche chiedere la **liquidazione della quota del suo debitore**, provando che gli altri beni del debitore sono insufficienti, con richiesta valida come causa di **esclusione di diritto (2288.2)**. Anche in questo caso notiamo che non si soddisfa direttamente sul patrimonio ma sulla quota in denaro corrispondente al valore della quota in quel momento. La quota deve essere liquidata entro 3 mesi dalla domanda (in caso di liquidazione della società aspetta la fine).

Nelle snc regolari **il creditore finché dura la società non può chiedere la liquidazione della quota, neppure se prova che gli altri beni del debitore sono insufficienti per soddisfarlo**. Tale regola vale per il termine fissato di durata nell'atto costitutivo, dato che in caso di proroga il 2307 distingue due ipotesi:

- a) Se la proroga è espressa e iscritta nel registro delle imprese il creditore può opporsi giudizialmente entro due mesi, con liquidazione della quota in caso di accoglimento;
- b) Se la proroga è tacita si applica la disciplina del 2270 per le ss (in qualsiasi momento dimostrando insufficienza degli altri beni).

Attività sociale. Modello legale e altri modelli statutari.

La disciplina dell'attività sociale sia della ss che della snc lascia ampio spazio all'autonomia statutaria, con modello legale basato sui seguenti principi:

- a) Ogni socio **illimitatamente responsabile è investito di poteri di amministrazione e rappresentanza**;
- b) È necessario il consenso di tutti i soci per le modificazioni del contrattuale.

Questo modello non ha però carattere rigido: i principi enunciati sono di carattere dispositivo. Ci sono due problemi di fondo del quadro appena esposto: quando può essere modificata la struttura organizzativa, e come si colmano le lacune sulla formazione delle regole procedurali sulla formazione della volontà di comando nel sistema maggioritario (si applica o meno il metodo assembleare?).

Amministrazione della società.

L'amministrazione della società è l'attività di gestione dell'impresa sociale. Il potere di amministrare è il potere di compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale. Secondo il modello legale ogni socio illimitatamente responsabile (tutti nella snc) sono amministratori (2257), ma l'atto costitutivo può riservare questo potere solo ad alcuni soci. Se l'atto costitutivo non lo dispone si applica **amministrazione disgiuntiva (2257)**. L'ampio potere è temperato dal diritto di opposizione riconosciuto a ciascuno degli altri soci amministratori, da esercitare prima che l'azione sia compiuta (paralizzando il potere decisorio del singolo amministratore in merito alla decisione contestata). Con la contestazione si crea un conflitto tra gli amministratori in merito a quella specifica operazione, con decisione rimessa a tutti i soci (amministratori e non), con decisione della maggioranza per **quote di interesse**.

In alternativa l'atto costitutivo può stabilire che la decisione sia rimessa a degli arbitratori, che può esprimere anche indicazioni vincolanti.

L'amministrazione disgiuntiva offre certamente vantaggi sotto il profilo della rapidità delle decisioni, ma non è senza pericoli dato che il singolo amministratore può porre in essere operazioni non proficue per la società all'insaputa degli altri. Per questo il legislatore introduce la possibilità di amministrazione **congiunta**, che deve essere espressamente convenuta dai soci nell'atto costitutivo. L'atto costitutivo può in ogni caso prevedere che

per determinati atti sia necessario il consenso a maggioranza e non all'unanimità (se non viene specificato è sempre unanime). È temperato l'obbligo di maggioranza o unanimità con la possibilità ai singoli amministratori di agire individualmente quando vi sia urgenza di evitare un danno alla società (2258.3). Amministrazione congiuntiva e disgiuntiva possono essere anche tra loro combinate.

Amministrazione e rappresentanza.

Tra le funzioni di cui gli amministratori sono investiti per legge troviamo la rappresentanza della società (cd potere di firma), distinto dal potere di gestione, dato che a differenza di questa ha a che fare con l'attività esterna.

Secondo il modello legale vi è puntuale coincidenza tra potere di gestione e rappresentanza, disgiuntamente o congiuntamente in base alle previsioni dell'atto costitutivo. Sempre per il modello legale, il potere si estende a tutti gli atti senza distinzione tra amministrazione ordinaria e straordinaria, sia sostanziale che processuale (2266).

L'atto costitutivo può tuttavia prevedere una diversa regolazione del potere di gestione, ad esempio riservando la rappresentanza legale solo ad alcuni amministratori (**dissociazione soggettiva tra potere di gestione e rappresentanza**). L'atto può anche limitare il potere di rappresentanza del singolo amministratore, ad esempio con firma congiunta per atti che superano un certo importo.

La previsione di limitazioni convenzionali al potere di rappresentanza solleva il problema dell'**opponibilità ai terzi**, problema risolto nella snc regolare tramite iscrizione al registro delle imprese (o prova dell'effettiva conoscenza). Nella snc irregolare l'omessa registrazione danneggia i soci in quanto si presume con l'applicazione del regime legale che ogni socio abbia rappresentanza sociale anche in giudizio se non si prova l'effettiva conoscenza dei terzi.

Per la società semplice si considerano valide solo le limitazioni originarie, ma in ogni caso non si pone il problema per le ss con attività agricola dato che si applica anche ad esse la pubblicità legale.

I soci amministratori.

La regola secondo cui ogni socio è investito del potere di amministrazione ha carattere dispositivo. In caso di deroga i soci amministratori devono essere nominati direttamente nell'atto costitutivo, che può anche stabilire che gli amministratori siano nominati per atto separato (la legge non specifica se deve essere all'unanimità o meno, Campobasso pensa all'unanimità come mandato collettivo).

La distinzione tra amministratori nominati dall'atto costitutivo e in atto separato acquista importanza ai fini della revoca (2259), dato che nel primo caso è necessaria modifica dell'atto costitutivo con unanimità e con giusta causa (in assenza può adire il tribunale per la reintegrazione). L'amministratore nominato con atto separato è revocabile secondo le norme sul mandato, anche senza giusta causa quindi, salvo eventuale risarcimento.

È infine stabilito che la revoca per giusta causa può in ogni caso essere richiesta giudizialmente da ciascun socio (2259.3), in particolare in casi di inerzia della società o disaccordo tra i soci (si esclude nomina di amministratore giudiziale applicando il 2409 per analogia). La qualità di amministratore va tenuta distinta dalla qualità di socio, dato che il rapporto ha carattere autonomo e distinto rispetto al rapporto sociale, come dimostrato che possono essere amministratori i non soci e la qualità di socio si mantiene anche cessato l'incarico di amministratore (per i soci amministratori si distingue tra il potere di direzione tipico dei soci e il particolare potere di amministrazione del rapporto separato collegato alla nomina).

Il 2260 stabilisce che diritti e obblighi degli amministratori si regolano con le norme sul mandato (anche se il **rapporto di amministrazione non è un mandato**). I doveri e poteri di un amministratore sono più ampi di un mandatario generale (tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale), e infatti non opera per loro il limite degli atti

di ordinaria amministrazione imposto per il mandatario generale (1708.2) nei limiti dei poteri dell'istitutore di alienare o ipotecare beni. Dai poteri degli amministratori restano escluse solo modificazioni del contratto sociale (che quindi rendono il suo ruolo di minore ampiezza rispetto all'imprenditore).

Numerosi e articolati doveri specifici incombono sugli amministratori, in particolare nelle snc devono redigere le scritture contabili e il bilancio di esercizio (2302) e provvedere agli adempimenti pubblicitari connessi all'iscrizione nel registro delle imprese (2296 e 2301), oltre al dovere generale di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa (anche in caso di crisi), con specifiche sanzioni penali anche in caso di liquidazione giudiziale.

Dei numerosi obblighi ad essi imposti dall'atto costitutivo e la legge e sintetizzabile nel dovere generale di amministrare la società con la diligenza del mandatario, gli amministratori sono poi **responsabili solidalmente nei confronti della società, con conseguente obbligo di risarcire i danni** (non si estende agli amministratori che dimostrino di essere esenti da colpa). Azione di responsabilità si prescrive in 5 anni (2499.1), e l'azione è esercitabile solo da chi abbia la rappresentanza legale della società.

Si considera anche che esista responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci per danni diretti ed immediati. Si conferma che il rapporto tra amministratori soci è *sui generis*, né mandato, né istitutore, e si **presume oneroso** (eccetto nel caso che il conferimento del socio d'opera sia proprio l'esercizio del ruolo di amministratore).

I soci non amministratori.

Quando l'amministrazione della società è riservata soltanto ad alcuni soci, a costoro compete in via esclusiva la gestione dell'impresa, ma ai soci esclusi dall'amministrazione sono concessi ampi e penetranti **poteri di informazione e controllo (2261)**:

- a) Il diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali (non è possibile esonerarsi con il segreto aziendale);
- b) Diritto di consultare documenti relativi all'amministrazione (quindi anche scritture contabili);
- c) Il diritto di ottenere il rendiconto degli affari sociali quando "gli affari per cui fu costituita la società sono stati compiuti" ovvero annualmente (salva diversa previsione).

I soci non amministratori non possono interferire sulle scelte riguardanti la creazione di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato perché sono decisioni per legge nella competenza esclusiva degli amministratori (2257, proprio come la richiesta di accesso alle procedure concorsuali).

Fuori da queste ipotesi, c'è il dubbio sulla possibilità o meno di **imporre direttive vincolanti agli amministratori** (sicuramente non il singolo socio perché l'opposizione è preclusa al singolo socio non amministratore).

NB: PER IL CONTENUTO DEL PRIMO PARZIALE SONO MANCANTI GLI ULTIMI PARAGRAFI DEL SECONDO CAPITOLO E IL CAPITOLO 3 DEL SECONDO LIBRO. LA DISPENSA VERRÀ AGGIORNATA PER IL SECONDO APPELLO A LUGLIO

ATTENZIONE!

Questa dispensa è basata ESCLUSIVAMENTE SUL LIBRO. Pertanto, non è volta a sostituire in alcun modo lo studio sul libro di testo, ma rappresenta solo uno strumento per facilitare la comprensione e la memorizzazione degli argomenti d'esame.

NB: PER IL CONTENUTO DEL PRIMO PARZIALE SONO MANCANTI GLI ULTIMI PARAGRAFI DEL SECONDO CAPITOLO E IL CAPITOLO 3 DEL SECONDO LIBRO. LA DISPENSA VERRÀ AGGIORNATA PER IL SECONDO APPELLO A LUGLIO

CI SERVE IL TUO AIUTO!

potrebbero esserci sfuggiti degli errori e/o imprecisioni. Se ne trovi qualcuno, segnalacelo!
Ci aiuterai a migliorare sempre di più il testo e a rendere questa dispensa sempre più efficace. Grazie!
@iusatb e i curatori