

Paolo Montalenti

Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*

1. IMPRESA E SOCIETÀ: LA SISTEMATICA TRADIZIONALE.

Il diritto commerciale, sulla base della sistematica del codice del 1942, fondava la classificazione degli “operatori economici” articolandola su due pilastri fondamentali: impresa e società. Anzi, volendo sussumere l'operatività economica in una categoria unitaria, la nozione unificante era costituita dall'imprenditore, scomposto, da un lato, nella bipartizione imprenditore individuale/imprenditore collettivo e, dall'altro lato, nella tripartizione imprenditore commerciale, piccolo imprenditore e imprenditore agricolo.

Il c.d. terzo settore coincideva con l'impresa cooperativa, contraddistinta dallo scopo mutualistico contrapposto all'impresa con scopo di lucro, elemento essenziale – secondo la dottrina prevalente – della fattispecie.

2. LA NOZIONE DI IMPRESA: FATTISPECIE E DISCIPLINA NEL CODICE CIVILE.

(*) Questo scritto riproduce in parte, con qualche revisione, la relazione *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici* al Convegno dell'Osservatorio del Diritto Societario, tenutosi a Milano, il 19 gennaio 2012, i cui atti sono pubblicati in AA.VV., *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici in Italia dopo la crisi: i risultati di una ricerca*, ed. Il Sole24ore, 2012, p. 53 ss.

Inoltre, vi era una tendenziale corrispondenza tra fattispecie e disciplina: l'imprenditore individuale evocava la regolazione dell'attività; l'imprenditore collettivo – *rectius* il diritto societario, – la disciplina dei rapporti tra soci e tra soci e terzi; la tripartizione (imprenditore commerciale, piccolo imprenditore, imprenditore agricolo) richiama il regime concorsuale.

La disciplina dell'impresa aveva una sua pregnanza prescrittiva: procedure concorsuali, trasferimento d'azienda, concorrenza e segni distintivi, contratti d'impresa costituivano un *corpus* disciplinare significativo applicabile esclusivamente alla fattispecie impresa.

In altre parole alla fattispecie impresa si ricollegava, con biunivoca correlazione, un'ampia area regolatoria sì da condurre la dottrina a definirla, convenzionalmente, proprio in ragione della sua dimensione organica, quale "Statuto dell'impresa"¹.

Il quadro originario è, nel tempo, profondamente mutato.

3. L'EROSIONE DELLA NOZIONE D'IMPRESA.

La nozione di impresa subisce un processo progressivo di "evaporazione" della sua valenza normativa², sotto i molteplici e collegati profili qui di seguito segnalati, sino al punto, a mio avviso, da dover riconoscere la residualità se non la scomparsa della fattispecie e la ragionevole necessità della sua sostituzione con il diverso e più ampio concetto di *attività economica*.

In primo luogo *elementi originariamente essenziali della fattispecie* scolorano progressivamente sino a scomparire ad opera e del legislatore e della giurisprudenza.

¹ Per una ricostruzione del quadro tradizionale, ma già con diverse segnalazioni dei "sintomi di crisi", si veda P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, Parte Generale, 2° ed., Padova, 2009, specie p. 33 ss.

² Sulla discrasia tra nozioni giuridiche e concetti economici in materia di "impresa e azienda" è ancora attuale la lezione di P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, a cura di P. FERRO-LUZZI, Milano, 1985, p. 19 ss.

In secondo luogo, e per converso, la definizione tradizionale viene estesa sino a perdere la sua connotazione originaria sia per una progressiva *scomposizione della fattispecie* sia per l'introduzione di *nuove sub-fattispecie* sia per l'*estensione anomala delle singole categorie* tradizionali di impresa.

In terzo luogo, vengono superate le separazioni tradizionali tra *schemi civilistici e schemi commercialistici* sia nel senso dell'imputazione dell'attività di impresa a soggetti "civili" sia nel senso della introduzione di discipline speciali dell'attività che declinano rapporti anormali tra soggetto e attività.

In quarto luogo con il *disancoramento* tra le fattispecie originarie di impresa e le relative discipline e l'*estensione* di discipline originariamente riservate all'impresa ad altri soggetti.

4. LA SCOMPARSA DI ELEMENTI ESSENZIALI DELLA FATTISPECIE.

Lo *scopo di lucro* come elemento caratterizzante dell'impresa si è via via neutralizzato: si pensi alla disciplina, poi modificata, introdotta negli anni '80 delle società calcistiche in forma di società per azioni senza scopo di lucro; all'impresa a partecipazione statale; alle società di diritto speciale; all'impresa sociale (d.lgs. 24 maggio 2006, n. 155).

Di qui l'orientamento, ormai dominante in dottrina, che considera sufficiente l'economicità della gestione come elemento qualificante dell'impresa.

Il requisito dell'*organizzazione* – si pensi all'innovazione tecnologica nel campo dell'informatica – non è più considerato elemento essenziale dell'impresa. Si tratta dei primi passi dell'evoluzione verso un concetto più ampio e onnicomprensivo di attività economica nei termini che tenterò di meglio precisare nelle conclusioni.

5. LE NUOVE SUB-FATTISPECIE DI IMPRESA.

Le fattispecie originarie, come si è detto, si scompongono al loro interno o si arricchiscono di elementi anomali rispetto ai confini primigeni.

Se ne vedano alcuni esempi. Esigenze di tutela del lavoro in ambito familiare conducono, con la riforma del diritto di famiglia del 1975, ad enucleare la sub-fattispecie dell'*impresa familiare* (cfr. art. 230-bis cod. civ.), a cui è riservato uno statuto per così dire “a soggettività imperfetta”, priva cioè di rilievo reale ma costruita in termini di processo decisionale collettivo. La società/impresa *cooperativa* si duplica – con la riforma del diritto societario del 2003 – nella forma della mutualità prevalente (artt. 2512-2514, cod. civ.) o ordinaria. Si scioglie un’ambiguità sostanziale di uno schema insinceramente unitario, ma si duplicano soggetti e statuti. L’estensione – per ragioni di “rilancio” dei territori agricoli – della categoria delle attività connesse (ad attività agricola principale), ha condotto, alle soglie del terzo millennio (L. 20 febbraio 2006, n. 96) ad una sostanziale assimilazione di attività commerciali – *l’agriturismo* – all’impresa agricola anche là dove l’attività principale sia relegata in confini anche residuali, se non, addirittura, minimali.

Il legislatore introduce – in leggi speciali – nuove categorie: si veda la recente introduzione – nelle *Norme per la tutela della libertà d’impresa. Statuto delle imprese* (L. 11 novembre 2011, n. 180) – delle *micro imprese* e delle *medie imprese*, categorie economiche ignote al diritto commerciale tradizionale.

6. LA COMMISTIONE TRA SCHEMI COMMERCIALISTICI E SCHEMI CIVILISTICI.

La commistione tra schemi civilistici e schemi commercialistici opera sia nel senso dell’imputazione dell’attività di impresa a soggetti

tradizionalmente confinati nei limiti di attività “civili” sia nel senso della reazione, causata dalla legge speciale, dell’attività economica sullo statuto organizzativo di un ente civile.

Eccone due esempi.

La natura – esclusivamente – civile di associazioni e fondazioni si è progressivamente appannata per far spazio – attraverso un ormai consolidato riconoscimento giurisprudenziale – al fenomeno della *associazione-impresa* e della *fondazione-impresa*.

La legislazione speciale introduce poi figure la cui disciplina incide anche sullo statuto organizzativo: si pensi alle *associazioni di promozione sociale* (L. 7 dicembre 2000, n. 383), che operano “al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e della dignità degli associati (art. 2, 1° co.)”, le quali devono adottare regole “democratiche” preclusive – ad esempio – di diritti poziori dei soci fondatori: “nello statuto – recita l’articolo 3 – devono essere espressamente previsti: ... f) le norme sull’ordinamento interno ispirato a principi di democrazia e di *uguaglianza dei diritti di tutti gli associati.....*”. E le associazioni devono essere iscritte in appositi *registri* nazionale, regionali e provinciali (art. 7).

7. NUOVE DECLINAZIONI DEL RAPPORTO SOGGETTO-ATTIVITÀ.

La prassi e l’evoluzione legislativa declinano nuovi ed anomali rapporti tra soggetti e attività.

Il diritto societario reagisce sul diritto dell’impresa piegando le categorie fondamentali a schemi “causalmente” anomali.

La *società semplice*, secondo la dogmatica tradizionale confinata all’esercizio di attività agricola, è assunta a funzione di società *holding* (di partecipazioni o di immobili), sospesa quindi tra il confine della nullità e il riconoscimento di una nuova sub-fattispecie di impresa

consistente nell'attività di gestione di beni, "intermedia" tra attività commerciale e attività di mero godimento. Con la conferma di legittimità da parte del legislatore fiscale che ha previsto la trasformazione di società personali (in nome collettivo e in accomandita) in società semplice, non già a fini liquidatori bensì di permanenza nell'ordinamento.

Uno spazio nuovo per "l'attività diversa" (non commerciale e non agricola) di cui al secondo comma dell'art. 2249 cod.civ.?

Il tema dei "soggetti economici" si complica poi sotto il profilo della distinzione tra centro di imputazione di attività e accordi cooperativi.

I *consorzi* sono tecnicamente accordi, ma è, almeno formalmente, soggetto la *società consortile*.

Il *GEIE* è soggetto ma soltanto come forma di un rapporto privo di rilievo reale.

Non è soggetto il *gruppo di società*, o se si vuole, di imprese: ma vi è un'unificazione disciplinare a geometria variabile.

Le già ricordate disposizioni denominate "Statuto dell'Impresa" (L. 11 novembre 2011, n. 180) hanno introdotto una peculiare disciplina agevolativa dalle *reti di impresa*, in tema di promozione del «Made in Italy», di incentivazione automatica, di accesso al credito.

Sotto il profilo sistematico, se già il contratto di rete (L. 30 luglio 2010, n. 122) poneva problemi di soggettivazione, le nuove norme contengono regole di disciplina che suscitano il fondato dubbio che la *Rete d'impresa*, oltre alla testuale equiparazione legislativa alle "imprese" come centri di imputazione di effetti normativi, debba qualificarsi come *soggetto di diritti*, centro di imputazione, allora, non di meri effetti ma di rapporti.

La Rete deve infatti essere fornita di «un patrimonio comune» e una quota di utili dei partecipanti deve essere destinata al patrimonio comune.

8. LA ROTTURA DEL RAPPORTO TRA FATTISPECIE-IMPRESA E DISCIPLINA E L'ESTENSIONE DELLA DISCIPLINA DELL'IMPRESA A SOGGETTI ALTRI.

Passando al tema del rapporto tra fattispecie e disciplina si deve osservare che la tripartizione tradizionale in tema di impresa non presenta più un rapporto simmetrico.

Il rilievo fondamentale della distinzione consisteva infatti nella assoggettabilità alla o nell'esclusione dalla disciplina delle procedure concorsuali.

Con la riforma del *diritto concorsuale*, ferma l'esenzione per l'imprenditore agricolo – e salvo quanto poco oltre precisato –, la soglia di fallibilità non è più fondata sul paradigma qualitativo del piccolo imprenditore bensì su dati economici quantitativi (attivo patrimoniale; ricavi lordi; debiti): il piccolo imprenditore può – oggi – fallire; l'imprenditore commerciale può – oggi – essere esonerato dal fallimento.

L'irrelevanza della nozione di impresa, ai fini dell'applicazione delle procedure concorsuali è ulteriormente confermata dalle disposizioni sulla *Composizione delle crisi da sovraindebitamento* (L. 27 gennaio 2012, n. 3) che hanno introdotto una procedura di ristrutturazione dei debiti del *debitore insolvente* (oltreché del consumatore) che in linea generale può definirsi come strumento di definizione dell'insolvenza del debitore civile, ma che, tipologicamente, si applicherà all'imprenditore commerciale sotto-soglia, all'imprenditore non commerciale ovvero, più propriamente, a chiunque eserciti un'attività economica in senso lato.

Peraltro, l'art. 23 della L. 15 luglio 2011, n. 111 ha legittimato gli *imprenditori agricoli* in stato di crisi o di insolvenza ad accedere alle procedure di ristrutturazione dei debiti (artt. 182-*bis* e 182-*ter* l. fall.), originariamente limitate agli imprenditori fallibili.

Si osservi poi che il legislatore comunitario assimila alla categoria dell'impresa il professionista intellettuale, con riflessi anche nel diritto interno, quantomeno sotto il profilo antitrust, con le disposizioni in materia di *concorrenza nell'esercizio delle libere professioni* (art. 2, L. 248/2006).

In materia di segni distintivi – disciplina tradizionalmente riservata all'imprenditore – in base alla Direttiva del 1988 e al D.lgs 490/1992, ora incorporato nel codice della proprietà industriale (d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), non è più necessaria la qualità di imprenditore per registrare il *marchio*.

L'art. 19, 1° co., cod. propr. ind. stabilisce infatti che «può ottenere una registrazione per marchio d'impresa» non soltanto «chi utilizzi» ma anche «chi si proponga di utilizzarlo» e cioè, il punto è pacifico, non soltanto chi intenda in futuro impiegarlo nell'esercizio dell'attività, e quindi in qualità di imprenditore, ma anche chi si prefigge di trarne indirettamente utilità, ad esempio concedendolo in licenza.

La giurisprudenza più recente ha poi ravvisto profili di rilevanza del *diritto della concorrenza* anche per attività con riflessi genericamente economici, in relazione alla mera adesione ad un social-network informatico (cfr. Trib. Torino, Ord., 7 luglio 2011, rel. Scotti, Syprem S.r.l.³).

E già in passato parte della giurisprudenza estendeva la disciplina della concorrenza sleale alle imprese pubbliche, agli enti pubblici economici, agli enti pubblici territoriali e ai concessionari di pubblici servizi⁴.

³ Più precisamente il Tribunale ha statuito che “quando il soggetto che avvia i contatti e calamita le “amicizie virtuali” di un “Gruppo” costituito all'interno del *social network* Facebook è dichiaratamente un imprenditore, il tenore dei rapporti con gli utenti del Gruppo, normalmente operanti in un ambito meramente sociale, muta e si intride di rilevanza economica e di potenzialità commerciale; pertanto il “Gruppo” costituito all'interno del *social network* Facebook può rappresentare un caso di segno distintivo atipico, suscettibile di tutela contro l'interferenza confusoria, quantomeno ai sensi dell'art.2598, n.1, cod. civ., che protegge, in generale, anche i “segni legittimamente usati da altri” quale fattispecie espressamente considerata di atto idoneo a creare confusione con i prodotti e l'attività del concorrente”. Vedila in Foro it., 2013, I, 2288, con nota di G. Casaburi.

⁴ Cfr. Cass. 4222/1988; Cass. 9665/1993; Cass. 5787/1991.

Si consideri, infine, che anche la categoria dei *contratti d'impresa*, cara al diritto commerciale classico⁵, ma già oggetto di autorevole riflessione critica e di dubbi sull'esistenza stessa della categoria⁶ è, in realtà, scolorita in una categoria descrittiva di contratti estesi a tutti i consociati, dubitandosi altresì della riconoscibilità di uno statuto inderogabile⁷.

9. CONCLUSIONI: VERSO UNA NUOVA SISTEMATICA?

Dalla ricognizione qui sommariamente tracciata credo possano trarsi alcuni spunti di riflessione.

Forzando il dato normativo, con una provocazione ermeneutica, si può giungere alla conclusione che l'impresa non è più categoria fondante del diritto commerciale.

Ad essa dovrebbe sostituirsi una più ampia categoria dogmatica definibile come *attività economica*, dai confini tipologicamente flessibili, il cui elemento essenziale consiste esclusivamente nella produzione di beni e servizi nella accezione più ampia del termine, con carattere di non occasionalità.

Si potrebbe altresì codificare l'assunto – in realtà già sostanzialmente parte del diritto vivente – secondo cui nessun vincolo si pone nell'ascrizione di qualsiasi attività economica a qualsiasi forma soggettiva.

Si potrebbe, conseguentemente, modificare la disciplina del *Registro delle Imprese*, alla luce del paradigma sistematico proposto, unificando, sotto il profilo operativo, Registro delle Imprese (art. 7, d.p.r. 581/1995) e R.E.A. – Registro delle notizie economiche e

⁵ E penso, in particolare, a E. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 70 ss.

⁶ Cfr. G. OPPO, *I contratti di impresa fra codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Milano, 2006, p. 15 ss.

⁷ Si veda, anche per ampi riferimenti, G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2008, I, p. 751 ss.

amministrative (art. 9, d.p.r. 581/1995), così da incardinare sul concetto di *attività economica* il “quadro” del sistema economico italiano.

Altro è la individuazione delle discipline applicabili.

Si dovrebbe allora, conseguentemente, ricostruire una nuova sistematica degli “statuti singolari”, e cioè delle regole disciplinari non soltanto “civilistiche” ma anche amministrative, concorsuali e fiscali, predicabili a ciascuna “forma oggettiva di attività”: dall’attività commerciale, all’attività mutualistica prevalente, all’attività mutualistica ordinaria, all’attività economica senza scopo di lucro, all’attività economica “civile”, all’attività economica solidaristica, all’attività economica con finalità sociali, alle c.d. microimprese e alle medie imprese e così proseguendo nell’(ormai) ampio catalogo.

Con un riavvicinamento tra sistematica concettuale e diritto vivente che a me pare, ormai, un obiettivo non più eludibile.

Ma se all’attività economica corrisponda uno statuto generale è un tema tutto da esplorare.