

IMPRENDITORI E FORME DI IMPRESA: EVOLUZIONE ED INNOVAZIONI

Relatore:

dott. Umberto APICE

consigliere della Corte di Appello di Roma

SOMMARIO: 1. I tentennamenti del legislatore nell'ordinamento commerciale – 2. Imprenditore ed impresa – 3. Piccolo imprenditore, società artigiana, piccola società commerciale – 4. Particolari casi di imprenditorialità – 5. La grande impresa in crisi. – 6. Il gruppo di imprese – 7. L'insolvenza nel gruppo di imprese – 8. Impresa coniugale e impresa familiare – 9. La società unipersonale – 10. L'impresa come fonte di obblighi.

1. I tentennamenti del legislatore nell'ordinamento commerciale.

Nel 1942, con il varo del codice civile, entra in Italia il sistema soggettivo del diritto commerciale: e cioè il sistema imperniato su una figura, quella dell'imprenditore, che ha connotazioni giuridiche precise – o presunte tali – da cui derivano categorie di diritti e di obblighi. Il precedente sistema, quello basato su oggettivi atti di commercio, viene dismesso definitivamente (1).

Altra caratteristica fondamentale del nuovo sistema è che restano separate le due nozioni di impresa e di società. Ci può essere impresa senza società e società senza impresa. Anzi, ci può essere addirittura impresa senza società e senza "persona" né fisica né giuridica, visto che si consente l'esercizio dell'attività imprenditoriale ad associazioni e fondazioni. E per più di cinquant'anni, benché i giudici italiani non esitino a riconoscere efficacia nel nostro territorio alle Anstalten che rappresentano il contraltare europeo al nostro sistema (2), un altro dogma è onnipresente: la società si fonda su una pluralità di parti e non può nascondere un'impresa individuale.

Ma nel 1993 una vera e propria deflagrazione ha prodotto crepe nelle fondamenta e nei pilastri dell'ordinamento commerciale. Il d. lgs. 3 marzo 1993, n. 88, introducendo la disciplina della società unipersonale a responsabilità limitata, ha scardinato le linee concettuali distintive tra contratto, società, fondazione, socio unico, impresa sociale, impresa individuale, ecc. (3).

In verità, che la società stesse per trasformarsi in una struttura aperta si era già capito da un pezzo. Si era già intuito in dottrina che lo scopo diretto al profitto poteva anche "evaporare" (4) e che lo schema societario si prestava bene a incestuosa ibridazione" (5). I riscontri normativi si andavano moltiplicando sotto gli occhi di tutti: nascevano strane "creature" come le società consortili (l. 10-5-1976, n. 377), in cui c'è uno scopo genericamente economico in bilico tra una finalità mutualistica e una finalità di tipo anticoncorrenziale (6), le società sportive (l. 23-5-1981, n. 91) a cui è vietata la distribuzione degli utili (7), le società legali (l. 30-7-1990, n. 218 sugli enti pubblici creditizi), che sono istituzioni unilaterali di società (8).

In questo quadro di sovvertimento dei principi appare improntato a nostalgia e a spirito conservatore lo schema di legge per la riforma della disciplina delle società (Commissione Di Sabato), che così formula il nuovo art. 2247 cod. civ.: "Con il contratto di società due o più parti conferiscono beni o

servizi per l'esercizio in comune di attività economica allo scopo di dividerne gli utili. Nei rapporti sociali devono essere osservate le regole della correttezza''.

In questo altalenante atteggiamento è percepibile il generale e ambiguo barcamenarsi del legislatore tra il modello autoritario e il modello permissivo, tra lo Stato assistenziale e lo Stato minimo, tra la stabilizzazione e le privatizzazioni, tra il marxismo e il liberalismo: è quest'altalena che ha caratterizzato la storia politica ed economica degli ultimi decenni e ha impedito l'affermazione di un giusto sistema misto.

2. Imprenditore ed impresa.

S'incappa spesso in un equivoco quando si parla di imprenditori: in che cosa si distingue l'impresa dall'imprenditore? E in particolare: a fallire è l'impresa o l'imprenditore? A me sembra che l'impresa sia nient'altro che la proiezione in astratto dell'imprenditore: questi è un soggetto, l'impresa no (9). Non è neppure l'aspetto patrimoniale dell'imprenditore (il che può dirsi dell'azienda, mezzo strumentale attraverso cui agisce l'imprenditore). C'è anche chi, sul piano della teoria generale del diritto, forzando lo schema rigido delle categorie di diritti reali, individua un autonomo diritto d'impresa, inteso come la complessa "situazione giuridica attiva che per oggetto l'azienda e per contenuto il potere di gestione" (10): l'impresa cioè sarebbe nient'altro che il ponte di collegamento tra l'imprenditore (soggetto) e l'azienda (oggetto), un po' come la proprietà (diritto di proprietà) è la correlazione tra il proprietario (soggetto) e il bene (oggetto), e il cui elemento caratterizzante sarebbe il potere di gestione, complesso di poteri cui si indirizzano norme autonome di tutela (v. norme sulla concorrenza sleale). Lo studio dell'attuale diritto positivo ci porta a ritenere – e lo sentiamo ripetere troppo pedissequamente – che sono tre i requisiti dell'imprenditorialità:

- un'attività economica diretta al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi (2082; ma poi è l'art. 2195 a darci la nozione di impresa commerciale, che ricorre quando l'attività diretta alla produzione è industriale e quando quella di scambio è un'attività bancaria, di trasporto, ecc.);

- un'organizzazione dell'attività (è sempre l'art. 2082 ad aggettivare come "organizzata" l'attività: ma c'è da chiedersi come possa concepirsi un'attività non organizzata);

- la professionalità nell'esercizio dell'attività (è ancora l'art. 2082 a qualificare imprenditore "chi esercita professionalmente...").

In realtà, l'osservazione del diritto vivente ci porta a considerare come unico vero requisito solo quello dell'attività economica (intendendosi per "economicità" solo l'idoneità oggettiva di un'attività a produrre ricchezza, plusvalore), in quanto l'organizzazione può essere anche solo embrionale e in quanto anche il compimento di un solo affare – persino al di fuori di un programma sistematico – realizza un'impresa (cfr. Trib. Lecce, 29 ottobre 1994, in *Fallimento*, 1985, 214). E' la rinvicita del sistema oggettivo degli atti di commercio, che, scacciato dalla porta, entra dalla finestra. Insomma, quello che veramente conta è l'esercizio di un'attività che possa essere economica e cioè tesa naturalmente (prescindendo dalle intenzioni soggettive) al guadagno (11).

3. Piccolo imprenditore, società artigiana, piccola società commerciale.

La novità giurisprudenziale più importante in tema di rapporti tra imprenditore e fallimento si è ultimamente registrata con la sentenza della Corte Cost. 22 dicembre 1989, n. 570 (12), che ha ritenuto illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 1, comma 2 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, come modificato dall'art. un. l. 20 ottobre 1952, n. 1375, nella parte in cui prevede che "quando è mancato

l'accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile, sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti un'attività commerciale nella cui azienda risulta investito un capitale non superiore alle L. 900.000''.

Il piccolo imprenditore, quale categoria di soggetti a cui non è applicabile la legge fallimentare, è sempre stato un "piccolo" rebus giuridico. Il dilemma nasceva dal difficile raccordo tra l'art. 1 legge fallimentare e l'art. 2083 c.c.. Secondo la prima norma, che pone come presupposto soggettivo della dichiarazione di fallimento la qualità di imprenditore commerciale del debitore, i piccoli imprenditori (come pure gli enti pubblici) sono esclusi dal fallimento. Ora: per l'art. 2083 c.c. piccolo imprenditore è il coltivatore diretto del fondo, l'artigiano, il piccolo commerciante e chi esercita un'attività professionale organizzata prevalentemente con il proprio lavoro e dei componenti della famiglia (definizione qualitativa); mentre la legge fallimentare – pur coeva al codice civile – si era premurata di fornire una nozione basata su elementi più sicuri ed estrinseci (definizione quantitativa). In particolare, la definizione fornita dal legislatore fallimentare era basata su due criteri. Secondo il primo criterio, piccoli imprenditori sono coloro che sono stati riconosciuti, in sede di accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile, titolari di un reddito inferiore al minimo imponibile. A seguito della riforma tributaria, non conoscendosi più un'imposta di R.M. né un'imposta sul reddito d'impresa con carattere di autonomia rispetto agli altri redditi, questo criterio è stato ritenuto soppresso. Il secondo criterio fa riferimento al capitale investito nell'impresa: sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti attività commerciale nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale non superiore a L. 900.000 (l. 20 ottobre 1952, n. 1375, che ha modificato l'art. 1 R.D. 26 marzo 1942, n. 267).

La limitazione delle procedure concorsuali all'imprenditore commerciale è frutto di una scelta del legislatore. Ne deriva una sorte di "privilegio" per il debitore cosiddetto "civile", per il quale non è previsto che all'insolvenza possa conseguire quella procedura – senza dubbio vessatoria e sanzionatoria – che è il fallimento. Trattasi di una scelta storica, che ha il vantaggio di riservare la complessa procedura fallimentare alle ipotesi più allarmanti di insolvenza. Del pari è frutto di una scelta legislativa l'esclusione dal fallimento (e dagli obblighi di registrazione e di scritture contabili connessi allo statuto dell'imprenditore) del piccolo imprenditore.

Nella prassi giudiziaria gli inconvenienti che nascevano dal sistema normativo basato sulla doppia definizione erano notevoli, soprattutto perché era prevalsa la tendenza a considerare predominante l'art. 1 legge fallimentare e perché il legislatore, successivamente al 1952, nonostante molteplici progetti di riforma presentati, non era più intervenuto per raggugliare l'importo del capitale investito alla forte svalutazione della lira nel frattempo verificatasi.

La conseguenza più grave di questo stato di cose era che veniva così impedito un più serio ed efficace controllo dei Tribunali fallimentari nei casi meritevoli di attenzione, appunto perché i Tribunali fallimentari erano oberati da una miriade di procedure relative a piccoli esercizi commerciali. Procedure, queste, che si concludevano inevitabilmente senza alcun beneficio per i creditori, bastando a mala pena l'esiguo attivo – quando c'era – a coprire le spese di giustizia. Né bisogna dimenticare che nei confronti dei falliti l'inizio della procedura fallimentare significa quasi sempre l'apertura di un procedimento penale per bancarotta semplice, laddove i procedimenti penali dovrebbero essere riservati ai veri bancarottieri.

In realtà, già molti giudici di merito davano dell'art. 1 legge fall. una lettura "salvifica", integrandone la portata – di per sé ormai inapplicabile – con l'art. 2083 c.c., nel senso che il limite dimensionale del capitale investito sarebbe solo una presunzione *iuris et de iure*, non ricorrendo la quale, occorrerebbe pur sempre far riferimento al criterio dell'art. 2083 c.c. (v. in tal senso Trib. Bari 2 febbraio 1981, in *Il Fallimento*, 1981, 527; v. poi Trib. Vicenza 11 dicembre 1980, *Il Fallimento*, Repertorio, *sub art. 1*, secondo cui, soppressa l'imposta di ricchezza mobile a seguito della riforma tributaria di cui alla l.

29 settembre 1973 n. 597, deve ritenersi caducato anche il parametro dell'investimento di capitale, conseguendone che, ai fini dell'individuazione della figura del piccolo imprenditore, deve farsi riferimento esclusivamente all'art. 2083 c.c.).

Oggi, con l'intervento chiarificatore della Consulta, la "querelle" può dirsi conclusa per quanto concerne il criterio di individuazione (da ricercarsi esclusivamente all'interno della norma dell'art. 2083 c.c.) del piccolo imprenditore. Ma è applicabile lo stesso ragionamento per la piccola società artigiana e per la piccola società commerciale? Insomma: il nuovo indirizzo giurisprudenziale costituzionale legittima l'opinione secondo cui anche la piccola impresa sociale, a dispetto dell'ultima parte dell'art. 1, secondo comma l. fall. ("In nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali"), è esonerata dal fallimento? (13).

In realtà, la sentenza n. 570/1989 – nella sua parte motivazionale – sembrava preannunciare una svolta più radicale.

Si legge, infatti: "Le categorie di piccolo, medio e grande imprenditore, ed insolvente civile, nell'ordinamento economico e giuridico hanno posizioni nettamente differenziate. A fondare la distinzione, specie ai fini dell'assoggettabilità o meno della procedura fallimentare, occorre un criterio assolutamente idoneo e sicuro. I limiti devono essere stabiliti in relazione all'attività svolta, all'organizzazione dei mezzi impiegati, alla entità dell'impresa ed alle ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale. La insussistenza di validi presupposti per la diversificazione delle situazioni soggettive che si volevano diversamente e distintamente disciplinate, crea anche disparità di trattamento, tanto più che, altre norme (artt. 2083 e 2221 c.c.) pongono più validi criteri di distinzione". Il che è apparso discorso generale e travalicante i limiti del piccolo imprenditore-persona fisica. Tanto più che per quanto riguarda l'impresa sociale artigiana, sia pure in conseguenza dell'incompatibilità tra nuove disposizioni e precedenti (14), il suo fallimento è escluso nell'ipotesi di piccola impresa, giacché l'art. 3, secondo comma della legge 8 agosto 1985 n. 443, che riproduce l'art. 3, primo comma della legge 25 luglio 1956 n. 860, stabilisce che è considerata artigiana l'impresa costituita in forma di cooperativa o di società, escluse le società per azioni, purché la maggioranza dei soci partecipi personalmente al lavoro e, nell'impresa, il lavoro abbia funzione preminente al lavoro e, nell'impresa, il lavoro abbia funzione preminente sul capitale. Ma è indubbio che ne scaturisce un sistema poco armonico, perché:

a) c'è una disparità di trattamento tra la piccola società commerciale e il piccolo imprenditore;

b) c'è una disparità di trattamento tra la piccola società commerciale e la piccola società artigiana.

Ora, è vero che la disparità tra società commerciali e piccole imprese individuali trova nella differente struttura una razionale giustificazione e quindi la diversa disciplina rientra nello spazio di discrezionalità del legislatore; ma la stessa cosa non vale a riguardo della disparità di trattamento tra società commerciali e società artigiane. Infatti, delle due l'una: o ciò che conta è il suo dato formale della struttura societaria dell'impresa – come sembrerebbe dalla lettura dell'art. 1 l. fall. – e allora non vi è possibilità di esonero né per le società commerciali né per le società artigiane; ovvero ciò che conta è la caratteristica di un'attività diretta a ottenere un guadagno modesto e allora non ci dovrebbe essere motivo per differenziare le piccole società commerciali e le piccole società artigiane (15).

4. Particolari casi di imprenditorialità.

Come per il piccolo imprenditore e per l'artigiano, la legge ha voluto che anche l'attività dell'imprenditore agricolo fosse collocato al di fuori della nozione di imprenditorialità commerciale. Imprenditore agricolo è sia "chi esercita una attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura,

all'allevamento del bestiame" (art. 2135, primo comma) sia le connesse "attività dirette alla trasformazione o alla alienazione dei prodotti agricoli quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura" (art. 2135, secondo comma). La scelta legislativa non è del tutto giustificabile sul piano dei principi, tanto più che nella pratica non è agevole individuare con certezza le attività "connesse": il che ha radicato il convincimento che nei casi dubbi bisogna escludere il carattere agricolo dell'attività (Cass. 13 giugno 1990, n. 5773; Cass. 7 marzo 1992, n. 2767; App. Milano 28 aprile 1970, in *Dir. fall.*, 1970, II, 643 ed altre sono per un'interpretazione restrittiva dell'art. 2135 cod. civ.).

Per converso, in altri casi, è la legge stessa a stabilire che una determinata attività va considerata commerciale (impresa commerciale e non impresa civile). Così è per l'agente di cambio (art. 41 l. fall. e art. 9 R.D.L. 30 giugno 1932 n. 815, che ne prevedono l'assoggettabilità al fallimento); e così deve ritenersi, conseguenzialmente, per il commissionario di borsa e per il "remisier" ausiliare autonomo dell'agente di cambio.

Per tutte le attività "para-intellettuali" (odontotecnico, ottico, ortopedico, farmacista, ecc.), in cui la prestazione di servizi è preponderante rispetto all'opera intellettuale, è da ritenere il carattere commerciale, e non civile, dell'impresa, ferma restando l'indagine sulle dimensioni al fine di poterla inquadrare nella categoria dei "piccoli imprenditori".

Considerato che va tutelato comunque l'affidamento del terzo e che il principio della "effettività" dell'esercizio di attività commerciale non può essere usato come schermo della responsabilità, è assoggettabile a fallimento (e quindi va considerato imprenditore commerciale) il prestanome, come lo è l'imprenditore occulto o indiretto, la cui attività si svolga all'esterno mediante un'impresa individuale (16).

Fenomeno speculare a quello dell'imprenditore occulto è l'ipotesi in cui due o più persone abbiano operato nel mondo esterno in guisa da ingenerare nei terzi il convincimento che essi agissero quali soci (società apparente). La soluzione, alla stregua dello stesso principio di affidamento del terzo applicato per il prestanome, è pacifica. Si tratta, però, in pratica di stabilire quando la condotta di due persone è tale da giustificare il convincimento della sussistenza di un patto sociale e quindi la più piena tutela dell'aspettativa del terzo. Un caso ricorrente è quello del presunto socio che abbia prestato fideiussioni "omnibus".

Di recente si va consolidando la tesi che alle fideiussioni *omnibus* nessun valore epifanico può attribuirsi circa il rapporto societario tra garante e garantito, in quanto nessun significato avrebbe il rilascio di una fideiussione da parte di colui che, se socio, sarebbe ugualmente responsabile in modo illimitato per le obbligazioni del garantito a motivo dell'esistenza del rapporto sociale (cfr. Trib. Catania, 15 luglio 1992, in *Fallimento*, 1993, p. 105).

In sostanza, il fideiussore – e stessa cosa vale per il finanziatore – resta, fino a prova contraria, solo un fideiussore o un finanziatore, e ciò vale anche quando si è in presenza di una sistematicità di prestazione di garanzia o di finanziamento: anche il tentativo della giurisprudenza – Trib. Roma 15 marzo 1980, in *Fallimento*, 1980, 589 – di ravvisare in alcune attività di soci, quale il reperimento e la successiva utilizzazione di finanziamenti formalmente erogati in favore di società commerciali facenti capo alle stesse persone fisiche, lo svolgimento di un'autonoma attività mercantile, è rimasto piuttosto isolato.

A maggior ragione, va esclusa una reale valenza societaria alle operazioni di finanziamento e di prestazioni di garanzie effettuate tra parenti e in specie tra marito e moglie, essendo tali operazioni rivelatrici più di un'*affectio familiaris* che di un'*affectio societatis* (App. Napoli 22 dicembre 1980, in *Fallimento*, 1981, 521; Trib. Roma 23 giugno 1982, decr., in *Dir. fall.*, 1983, 244).

5. *La grande impresa in crisi.*

L'evoluzione normativa ha condotto alla enucleazione di una specifica nozione di impresa in contrapposizione alla piccola impresa (esonerata da ogni procedura concorsuale) e alla media impresa (assoggettata alle procedure concorsuali). Infatti, alcune imprese, in virtù delle loro dimensioni, sono assoggettate all'amministrazione straordinaria, che è uno speciale procedimento concorsuale di tipo amministrativo (anche se i presupposti vengono accertati dall'autorità giudiziaria), introdotto dalla c.d. legge Prodi (l. 3 aprile 1979, n. 95) mirante più al risanamento dell'impresa disastata che alla sua liquidazione. Quali siano le imprese assoggettabili all'amministrazione straordinaria è detto nell'art. 1 della legge (modificato dalla l. 31 marzo 1982, n. 112): solo quelle che abbiano, da almeno un anno, un numero di addetti non inferiore a trecento e presentino una esposizione debitoria verso aziende di credito, istituti speciali di credito, istituti di previdenza e assistenza sociale non inferiore a 61, 264 miliardi e superiore a cinque volte il capitale versato e risultante dall'ultimo bilancio (il limite dimensionale relativo all'esposizione debitoria viene aggiornato al 30 aprile di ogni anno con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato).

E' noto che la legge Prodi, sia per la sua "filosofia" di fondo che è ispirata a finalità di salvataggio delle imprese in crisi a danno dei creditori concorsuali sia per la sua formulazione tecnica che è tra le più imperfette nel quadro della moderna produzione normativa, ha suscitato vivaci polemiche e critiche (17). Ricordiamo tra le tante questioni, che sono sorte e che per lo più sono state già decise dalla giurisprudenza, le seguenti:

- la normativa sembra applicabile anche alle imprese individuali, benché la terminologia usata – piuttosto confusa e contraddittoria – abbia fatto all'inizio pensare che l'intento legislativo fosse quello di limitare la nuova procedura alle sole società di capitali (per l'interpretazione più lata v. App. Roma, 4-2-1981, in *Il Fallimento*, 1981, p. 294; Trib. Napoli, 30-4-1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 835);

- circa il presupposto numerico, si deve ritenere che l'espressione "addetti" sia omnicomprensiva e che vi rientrino, ad es., anche gli ausiliari dell'imprenditore, come gli agenti di commercio (App. Venezia 15 settembre 1984, decr., in *Il Fallimento*, 1985, 846);

- circa la legittimità costituzionale della scelta legislativa di adottare questo peculiare strumento concorsuale nell'ambito di una politica di salvataggio si è espressa sia la Corte Costituzionale sia alcuni giudici di merito (Corte Cost. 24 maggio 1991, n. 218; Trib. Roma, 27-10-1980, in *Il Fallimento*, 1989, p. 922);

- assume il carattere della prededucibilità il credito del Tesoro, che, dopo aver pagato quale garante il debito contratto dalla procedura, ha il diritto di surrogarsi al creditore soddisfatto e di essere, così, ammesso al passivo (Trib. Roma 26-3-1987, in *Il Fallimento*, 1987, 1277);

- a problemi interpretativi ha dato luogo una delle innumerevoli modifiche introdotte dal legislatore alla legge Prodi e cioè la l. 3-11-1987 n. 452, che ha sancito che, agli effetti della determinazione del parametro dell'esposizione debitoria, bisogna tenere conto anche delle obbligazioni contratte verso le società per azioni a prevalente partecipazione statale, derivanti da finanziamenti contratti in base alle previsioni dei piani aziendali approvati dal CIPI nell'ambito di leggi di ristrutturazione settoriale: il concetto di "prevalente partecipazione pubblica" va ricollegato o no alla disciplina del controllo di diritto di cui all'art. 2359 cod. civ.?

- la l. 6-2-1987 n. 19 ha precisato che gli artt. 2560 e 2112 cod. civ. (solidarietà tra alienante e cessionario d'azienda riguardo ai debiti dell'impresa) non si applicano ai trasferimenti di aziende nell'ambito dell'attuazione dei programmi di imprese in amministrazione straordinaria: la normativa è estensibile alle procedure fallimentari in cui l'esercizio dell'impresa è proseguito ai sensi dell'art. 90 l. fall.?

6. Il gruppo di imprese.

Quest'ultimo punto richiama l'attenzione su un aspetto di grande spessore nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale riguardante l'impresa: infatti, negli ultimi anni sono apparse alla ribalta giudiziaria quei fenomeni di grande rilevanza costituiti dai gruppi di imprese.

Va subito precisato che il nostro legislatore, in via generale, non considera il gruppo di società come una realtà autonoma: il che conduce a qualche incongruenza, oltre che a facili elusioni di norme imperative (si pensi all'acquisto di azioni della controllante da parte della controllata con le possibilità di illusoria moltiplicazione di ricchezza). Non mancano però esempi di puntuale disciplina *ad hoc* riguardante il gruppo di società: v. ad esempio l'introduzione del bilancio consolidato (art. 25 d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127). Ciò che viene sistematicamente ignorato dal legislatore è che il gruppo postula una politica imprenditoriale comune, di guisa che le decisioni della controllante, che talvolta possono penalizzare fortemente una società controllata, non di rado "sono espressione di scelte economiche razionali e mirano alla migliore utilizzazione dei beni, degli uomini e dei mezzi finanziari" (18). In realtà, a parte poche norme (divieto di acquistare azioni della controllante al di fuori di certi limiti: art. 2359-*bis* cod. civ.; divieto per gli amministratori di ottenere prestiti o garanzie da una controllante o da una controllata della società che amministrano: art. 2624 cod. civ.), non esiste una tutela efficace e generalizzata né degli azionisti "esterni" al gruppo di comando né dei creditori delle singole società controllate (19).

In sede comunitaria, si stanno elaborando norme più protettive delle società controllate. Così, il progetto preliminare della proposta di IX direttiva della Commissione CEE prevede:

1) che a disposizione degli azionisti dev'essere tenuta la relazione "speciale" redatta ogni anno dagli amministratori sui rapporti intercorsi con la società controllante o con altra società del gruppo (art. 7);

2) che l'autorità giudiziaria, su iniziativa di uno degli azionisti o di un creditore o del rappresentante dei lavoratori, può nominare uno o più revisori "speciali" con il compito di verificare se la società controllata abbia, o meno, subito un danno dalle relazioni intercorse con la società madre o con altre società del gruppo (art. 7, dal primo al quinto comma);

3) che sono a carico della società le spese di tale procedura (art. 7, sesto comma).

E' evidente che ogni aggregazione di imprese comporta, di per sé, il rischio di una spoliazione da parte della controllante a discapito della controllata. Il legislatore di domani ha questa scelta di fronte a sé: mantenere il principio della intangibilità dell'indipendenza di ogni singola società e rafforzare la tutela degli azionisti "esterni" al gruppo di controllo o privilegiare la "ragion di gruppo" e abolire le norme sul conflitto di interessi, senza la contemporanea introduzione di misure compensative di tipo indennitario o risarcitorio (20).

Al di fuori del piano generale, e con riferimento particolare all'insolvenza di società appartenenti al gruppo, il legislatore va prendendo sempre più consapevolezza del fenomeno, dettando normative speciali, che, pur non intaccando l'idea dominante di fondo e cioè che nel gruppo non vi è una sola impresa ma una pluralità di imprese (21), tuttavia cercano di restringere i vantaggi giuridici derivanti dal beneficio della responsabilità limitata all'autonomo patrimonio di ogni singola società e di attenuare i pericoli di abuso della posizione di preminenza connessi alla possibilità di spostamenti di risorse all'interno del gruppo.

7. L'insolvenza nel gruppo di imprese.

In materia di gruppi di imprese e procedure concorsuali, accanto a un intervento del legislatore più accorto e incisivo, si assiste a una produzione giurisprudenziale piuttosto variegata e interessante. Così, ad esempio, la normativa sull'estensione della procedura di amministrazione a società del gruppo e sulla revocatoria fallimentare c.d. "intergruppo" con aggravamento dei termini del periodo sospetto di cui all'art. 67 l. fall. (art. 3 l. 4-1979, n. 95), nonché i criteri di collegamento tra imprese, hanno originato una vastissima casistica giurisprudenziale, di cui riportiamo qualche indirizzo consolidato:

1) a dichiarare l'insolvenza di più società del gruppo sono i singoli Tribunali competenti territorialmente secondo il criterio tradizionale della sede dell'impresa (Cass. 9 dicembre 1982, n. 6706), e non – come si è caldeggiato in dottrina – il Tribunale che ha dichiarato la prima insolvenza: soluzione, quest'ultima, che è propugnabile "*de iure condendo*" (infatti, è recepita, anche con riguardo a più fallimenti concernenti il gruppo, dal progetto Pajardi: art. 28);

2) i quattro criteri dettati per la individuazione del gruppo (controllo sulla società già assoggettata a commissariamento e viceversa, pluralità di società con direzione unica, rapporto di crediti e garanzie oltre un certo ammontare), sembra assumere carattere predominante il criterio della direzione unica sostanziale, e non formale (e cioè l'unità di volontà decisionale, che, al di là della coincidenza delle persone fisiche presenti nei consigli di amministrazione, è l'indice inequivocabile di un'aggregazione di imprese caratterizzata da finalità imprenditoriali comuni: Trib. Torino 21 febbraio 1983, in *Fallimento*, 1983, 1128) (22);

3) è indubitabile, comunque, che restano distinte le masse attive e le masse passive (il che dimostra la fedeltà del legislatore al dogma dell'autonomia delle singole procedure e della pluralità di imprese): infatti, non aver previsto la confusione delle masse, pur in presenza della continuazione dell'esercizio di impresa in funzione di salvataggio dell'impresa e di un unico programma contenente il piano di risanamento, è indice di una chiara scelta legislativa (23).

Stessa regola di non-confusione tra masse troviamo nella disciplina che concerne il dissesto delle società fiduciarie (l. n. 430/1986 di conversione del d.l. 5 giugno 1986, n. 233), che sottopone tali società – nonché quelle di revisione e gli enti di gestione fiduciaria – a liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento e con conversione delle procedure fallimentari già in corso. Alla stessa procedura di l.c.a., e con la preposizione degli stessi organi, sono sottoposte le società del gruppo, da intendersi per tali le stesse che sono individuabili secondo l'art. 3 legge Prodi, con l'unica eccezione che il rapporto di credito e finanziamento di cui all'art. 3, lett. d) della legge Prodi viene qui più specificamente individuato nel finanziamento "in via continuativa" con la società fiduciaria posta in l.c.a..

Anche questa legge, come tutte quelle che si muovono nell'ottica della legge Prodi, è una normativa c.d. "fotografia", che è cioè finalizzata non a disciplinare una serie astratta di situazioni, ma bensì una o più fattispecie determinate (qui si è trattato di offrire una regolamentazione "ad hoc" ai dissesti di CULTRERA e SGARLATA). Ma, viene da chiedersi per quale motivo il Governo, e poi il Parlamento, nel legiferare adottano una tecnica così palesemente contraria alle buone regole di una corretta funzione legislativa. Forse, le ragioni sono molteplici.

Cerchiamo di individuarne qualcuna:

- a) per incapacità di prevedere e regolamentare situazioni astratte;
- b) per pressioni ricevute da forti gruppi economici;
- c) per sottrarre alla normativa generale situazioni così delicate di far temere che ne possano uscire compromessi alcuni equilibri politici ed economici.

Un'altra riflessione generale: ogni qualvolta il legislatore si lascia trainare nella logica del "particolare", ciò che ne deriva è un prodotto legislativo scadente, disarmonico, contraddittorio.

Restiamo sul terreno della legge in esame e cogliamo qua e là qualche perla: – si prevede la conversione dei fallimenti già dichiarati in procedure di liquidazione coatta amministrativa "dalla data di

entrata in vigore del presente decreto” (art. 3). Una conversione immediata, quindi: una procedura concorsuale, i cui effetti retroagiscono a una data anteriore all’accertamento dei suoi presupposti! Ciò in barba allo stesso procedimento previsto dalla legge: sentenza di accertamento delle condizioni da parte del Tribunale, successivo decreto ministeriale che apre la liquidazione coatta amministrativa; – l’art. 2 prevede, in conformità a quanto disposto per le società appartenenti a un gruppo interessato da una procedura di amministrazione straordinaria, che, per i rapporti economici “intergruppo”, trovi applicazione una forma aggravata di revocatoria fallimentare (con termini di cinque e tre anni, anziché termini di due e uno). Ma, com’è ovvio, e come chiaramente enuncia l’art. 203 legge fallimentare, la revocatoria fallimentare presuppone una dichiarazione d’insolvenza, senza la quale è esclusa l’esperibilità dell’azione revocatoria. Qui, invece, sarebbe possibile aversi una procedura di liquidazione coatta senza dichiarazione giudiziale d’insolvenza (per esempio a seguito di revoca dell’autorizzazione di cui all’art. 2 della l. 23 novembre 1939 n. 1966) e nello stesso tempo l’esperibilità di azioni revocatorie per di più nella loro forma aggravata! Un’incongruenza voluta e semplice svista? – La nuova normativa sulla scia della legge Prodi, prevede l’unificazione delle procedure aventi per oggetto società appartenenti ad uno stesso gruppo (stesso Commissario). Ora, poiché il fine della procedura è meramente liquidatorio e non anche risanatorio, com’è invece nell’amministrazione straordinaria, che senso ha realizzare l’identità dell’organo gestorio? Al contrario ci sembra che una siffatta identità possa dar luogo a non pochi inconvenienti e a sicuri conflitti di poteri quando si tratterà di intraprendere azioni (revocatorie o di responsabilità) nei confronti di società ugualmente assoggettate alla medesima procedura.

La particolare procedura di l.c.a. per le fiduciarie ha provocato un piccolo terremoto nel sistema delle procedure concorsuali. Ad aggravare le cose è intervenuta la legge sulle SIM (l. n. 1/1991), per le quali è previsto il principio generale della fallibilità. Quest’ultima scelta, considerato che anche per i fondi comuni di investimento è prevista la liquidazione coatta amministrativa, è stata vista come “eccentrica” tanto più che per le fiduciarie di fatto, e cioè per le società, che senza l’autorizzazione ex l. 1966/39 e senza iscrizione all’albo svolgono attività di gestione di valori mobiliari, è applicabile ugualmente la liquidazione coatta amministrativa (art. 3-bis l. 148/1987), mentre la liquidazione coatta amministrativa non sarebbe mai applicabile alle SIM, neppure quando queste svolgano di fatto attività di fiduciarie (ad esclusione dell’ipotesi in cui ricorre l’estensione della procedura “intergruppo”) (24). Il motivo di fondo della scelta per le fiduciarie è da intravedere nella volontà legislativa di tutelare meglio il patrimonio dei fiducianti (così esplicitamente Vassalli in sede di convenzione del decreto). Infatti, essendo la liquidazione coatta amministrativa uno strumento di maggiore duttilità e improntato a un rigorismo giuridico attenuato, è possibile far ottenere al fiduciante la riappropriazione dei titoli anche in mancanza di quelle condizioni che consentirebbero l’accoglimento di una istanza di rivendicazione in un fallimento ed è possibile la distribuzione di acconti a certe categorie di creditori, e cioè ai fiducianti, creditori chirografari: è il caso di dire che le leggi vengono fatte “*ne cives ad arma veniant*”.

Analoghe norme – ma con maggiore articolazione e con più ampie implicazioni sul piano della sistematicità, tali da aver fatto cogliere un salto di qualità nella produzione legislativa (25) – sono state dettate per i gruppi creditizi (l. 30 luglio 1990, n. 218). Nella disciplina della crisi del gruppo creditizio sono da considerare norme eccezionali (tanto da consentire la configurabilità di una “soggettivazione” del gruppo creditizio):

a) la sottoposizione della capogruppo a gestione straordinaria quando una o più componenti del gruppo siano sottoposte a procedura coattiva e ciò possa alterare gli equilibri finanziari e gestionali del gruppo (c.d. crisi diffusa);

b) l’assoggettamento della capogruppo anche non bancaria alle procedure di rigore regolate dalla legge bancaria, ad esclusione di ogni altra procedura coattiva;

c) l'attrazione di tutte le società del gruppo che siano in crisi nelle procedure di rigore contemplate dalla legge bancaria in sostituzione di quelle cc.dd. proprie, quando la capogruppo sia in gestione straordinaria o in liquidazione coatta amministrativa.

Se è vero che tutto lo spirito della legge Prodi (e in senso letterale: art. 4 sulla conversione) non consente alternativa tra fallimento/liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, nel senso che è quest'ultima l'unica procedura percorribile ove ne risultino accertate le condizioni, grande nebulosità permane in ordine alle altre ipotesi di concorrenza prospettabili. Amministrazione straordinaria o amministrazione controllata? Amministrazione straordinaria o concordato preventivo con garanzia? Amministrazione straordinaria o concordato preventivo con cessione? E per le imprese appartenenti allo stesso gruppo è ipotizzabile la sottoposizione a procedure qualitativamente e strutturalmente diverse a seconda della importanza della crisi (reversibile o meno) o della capacità dell'azienda di soddisfare i creditori in una certa misura? Intanto, c'è da dire che proprio la speranza della reversibilità della crisi sta alla base dell'amministrazione straordinaria, il cui fine istituzionale è il risanamento dell'impresa (anche se, per una chiara incongruenza della legge, la procedura rimane incardinata persino in caso di conclamata impossibilità di risanamento): e quindi un sistema che tenga fuori dalla procedura del gruppo (procedura che mira globalmente al risanamento del gruppo) un'impresa in amministrazione controllata o in concordato preventivo è un sistema claudicante. Ma non pare che il chiaro dettato legislativo possa essere forzato fino al punto da interpretarsi il sistema degli artt. 1, 3 e 4 legge Prodi nel senso che tutte le procedure concorsuali siano subordinate all'amministrazione straordinaria e che le altre procedure si applichino solo in mancanza dei presupposti degli artt. 1 e 3 legge Prodi (26).

C'è solo un modo per arrivare a questo risultato: ed è un intervento riformatore del legislatore (o una sentenza "additiva" della Corte Costituzionale, motivata da ragioni di organicità del sistema).

Del resto, il dilemma sta pure con implicazioni circoscritte alla competenza territoriale e alla unicità degli organi, è riscontrabile anche in seno alle procedure tradizionali: possono pendere presso diversi tribunali più procedure fallimentari o concordati preventivi, ecc. riguardanti imprese dello stesso gruppo? Abbiamo già ricordato "*de iure condendo*" il progetto Pajardi, che prevede una deroga della competenza territoriale per le imprese collegate. Sul piano del diritto vivente, non si va al di là di sporadici tentativi di coordinamento mediante la sottoposizione di imprese in amministrazione controllata agli stessi organi procedurali e in ipotesi che non comportano problemi di competenza territoriale (27).

Oggi anche a seguito clamorose inchieste penali che hanno portato allo smascheramento di Tangentopoli, viene posto con più veemenza l'interrogativo circa la sufficienza dei controlli pubblici e privati nelle imprese. E in effetti, il nostro sistema economico, stretto com'è tra un'economia assistita e una grossa partecipazione pubblica, ha bisogno di controlli persistenti e incisivi, dato il fatto notorio che dove esiste assistenzialismo e partecipazione pubblica li allignano più voraci le corruzioni, il clientelismo e la tangentomania, abbracciati in un balletto vorticoso che ne espande ad ogni giro le potenzialità espansionistiche. A una moltitudine di imprese, che, spossate da un Fisco cieco e inane, precipitano verso il fallimento, corrispondono poche e privilegiate imprese, che, solo perché inserite nel circuito "fortunato", prosperano e godono i vantaggi di una situazione surrettiziamente oligopolistica. Anzi, lo stesso fallimento – specialmente per le imprese facenti parte di un qualche potente gruppo – è usato talvolta come strumento sbrigativo per accelerare un processo di illiquidità e liberarsi di creditori fastidiosi come mosche. Intervenendo a cose fatte, il curatore e il giudice delegato non possono che opporre un crisma formale di apertura e di chiusura a un'insolvenza, che impedisce di andare in profondità nella ricerca delle cause di un malassere aziendale: infatti, là dove sono scarse le possibilità di realizzare un attivo, difficilmente il curatore offrirà la sua attività per scoprire lontane (e perciò salvi da revocatoria fallimentare), lente, calcolate strategie che nel tempo hanno dissanguato l'impresa. Solo una

diversa concezione del gruppo o, almeno, una più generalizzata revocatoria aggravata – magari assistita da un regime presuntivo di conoscenza dell'insolvenza in tutte le ipotesi dell'art. 67 l. fall. – potrebbe consentire un intervento più efficace degli organi concorsuali e una più sostanziale tutela dei creditori nel caso di insolvenze riguardanti imprese di un gruppo.

8. *Impresa coniugale e impresa familiare.*

Una delle svolte normative civilistiche più importanti di questi ultimi decenni è l'abolizione del tradizionale steccato tra l'impresa individuale e l'impresa societaria. Tale alternativa si è sgretolata a seguito dell'avvento di nuovi istituti, che ancora fanno fatica a trovare precisa collocazione nel sistema. Infatti, l'azienda coniugale e l'impresa familiare, introdotte con la riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975), hanno suscitato un vivo dibattito dottrinale circa il loro inserimento nelle categorie di diritto commerciale (28). Tra chi ha cercato di sospingere i nuovi istituti in "una sacca di logica non imprenditoriale" (SPADA) e chi ha relegato il fenomeno nella microeconomia, ai margini dell'impresa, come attività svolta non per realizzare lucro, ma "per soddisfare interessi della famiglia" (FERRI), mi pare che si vada affermando una lettura in chiave non societaria, ma certamente imprenditoriale. Insomma, l'azienda coniugale e l'impresa familiare andrebbero configurate come imprese collettive non societarie (29) e distinguendosi dall'impresa societaria sotto vari profili:

a) perché l'impresa sorge anche indipendentemente dalla volontà delle parti (che svolge un ruolo solo in negativo, e cioè per escludere l'effetto voluto dalla legge o per ottenere determinanti effetti, come ad esempio quelli fiscali);

b) perché mancano conferimenti, che si trasferiscono da alcuni soggetti (soci) ad un altro soggetto (società);

c) perché manca uno scopo di divisione degli utili in senso tradizionale, in quanto lo scopo di lucro è strettamente collegato con la finalità di soddisfacimento dei bisogni della famiglia (si tratta cioè di un lucro in senso oggettivo: e i coniugi, o i familiari, ne beneficiano non *uti singuli* ma come componenti della comunità familiare).

Il problema dell'inquadramento dei nuovi istituti nelle categorie generali è avvertito, ai fini pratici, quando si tratta di individuare il soggetto a cui spetti la qualifica di imprenditore con tutti gli obblighi e i rischi conseguenti (iscrizione nel Registro delle imprese, tenuta dei libri contabili, soggezione alla procedura fallimentare, ecc.).

Al riguardo va ricordato che il legislatore fallimentare del 1942 non poteva, per ovvie ragioni temporali, prevedere il fenomeno e quindi la sua attenzione si è limitata alla revocatoria degli atti compiuti nel periodo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale (art. 69 l. fall.) e all'inefficacia degli acquisti fatti dal coniuge non imprenditore nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento (art. 70 l. fall.). Ma, quello che è più sconcertante, è che neppure il legislatore dei nostri giorni si è preso la briga di fare una scelta di campo, tant'è che disciplinando, con un ritardo di oltre 50 anni, il Registro delle imprese (30), ha ignorato completamente l'esistenza delle aziende coniugali e delle imprese familiari, pur ricordandosi invece degli imprenditori agricoli, dei piccoli imprenditori, delle società semplici e delle imprese artigiane (tutte categorie iscritte in sezioni speciali del Registro).

Ora, se in passato era possibile alla giurisprudenza coinvolgere i familiari dell'imprenditore nelle responsabilità e nel fallimento, attraverso l'uso (e più spesso l'abuso) del concetto di società di fatto e di società apparente, limiti molto più precisi incontra l'interprete odierno nel ricondurre fenomeni di solidarietà familiare a realtà economiche di tipo societario. Insomma, con la riforma del 1975, il legislatore si è preoccupato di valorizzare il lavoro familiare nella sua duplice dimensione (nella famiglia

e nell'impresa), onde eliminare gli abusi che potrebbero sorgere nell'ipotesi in cui non sia rintracciabile una diversa volontà delle parti e non sia applicabile una diversa disciplina (31). In questa ottica, che è certamente rivoluzionaria rispetto al passato, non ci si può fermare al rilievo che tutti i familiari partecipano agli utili per farne discendere la loro qualifica di imprenditore: una siffatta conclusione frustrerebbe la volontà legislativa, che è indirizzata ad offrire maggiore tutela ai familiari nell'impresa e non a rafforzare la tutela dei creditori dell'impresa. In effetti, è proprio nel bilanciamento di tali opposte esigenze (quella di tutela "interna" e quella di tutela "esterna") che bisogna ricercare la soluzione. Alla stregua di queste premesse metodologiche si può pervenire ai seguenti risultati:

a) non necessariamente l'impresa coniugale rientra nell'ambito della piccola impresa (32). Infatti, l'art. 177, comma primo lett. d) e l'art. 177, comma secondo si limitano a prevedere che le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio sono oggetto della comunione, e che altresì la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi quando si tratti di aziende, gestite dai coniugi, ma appartenenti a uno dei coniugi anteriormente al matrimonio: da ciò non può trarsi argomento per ritenere che sia stata introdotta una nuova nozione di piccola impresa né sembra fondato sostenere che per forza di cose la struttura aziendale di un'impresa coniugale debba essere di modeste dimensioni;

b) la gestione comune di un'azienda (*melius*: di un'impresa) da parte dei coniugi comporta per entrambi la qualifica di imprenditori: per gestione comune deve intendersi "tutto il complesso delle decisioni e delle operazioni mediante le quali l'impresa ha inizio, si svolge, cessa" (33);

c) la cogestione dell'impresa coniugale non può che condurre ad affermare la fallibilità di entrambi i coniugi, dando luogo a una sorta di "*tertium genus*" tra fallimento delle società di persone e fallimento delle imprese individuali: in tal caso vanno applicate in via analogica – presumibilmente – le disposizioni dell'art. 148 l. fall. (unico giudice delegato e unico curatore, masse attive e passive distinte e collegate), sia pure con gli adattamenti necessari derivanti dalla normativa concernente le obbligazioni assunte in regime di comunione (così ad esempio i creditori della comunione – anche se non sono creditori dell'impresa – si soddisfano sui beni della comunione con preferenza rispetto ai creditori particolari: art. 189, secondo comma c.c.);

d) quanto all'impresa familiare (art. 230-*bis* cod. civ.), è ormai pacifico che debba escludersi, in via di principio, che essa configuri una società di persone o di fatto (34). Infatti, i poteri decisionali riconosciuti ai partecipanti all'impresa non si estendono alla vita ordinaria dell'impresa, talché non può sostenersi che titolare della impresa e partecipanti si trovino sullo stesso piano (35), quanto piuttosto come il più avanzato esperimento compiuto dal legislatore – in attuazione dell'art. 46 Costituzione – per attribuire al lavoratore il ruolo di collaboratore nell'attività di gestione (36). Resta fermo che quella della impresa familiare è una figura "residuale", nel senso che lo stesso art. 230-*bis* fa salva la configurabilità di un "diverso rapporto, per cui non può riconoscersi in concreto l'esistenza di un'impresa familiare quando i rapporti intervenuti tra i componenti della famiglia ed estrinsecati in un'attività economica produttiva, svolta con la partecipazione di tutti, trovino il loro fondamento in un diverso specifico rapporto negoziale, quale quello di società (Cass. 9 giugno 1983 n. 3948).

9. La società unipersonale.

Ma la più importante novità sul piano formale-strutturale dell'impresa è costituita dall'introduzione in Italia, sulla scia della Dodicesima Direttiva Comunitaria, della società unipersonale (d.p.r. 88/1993). Il fenomeno non è completamente rivoluzionario nel nostro sistema, in quanto la società senza compagine pluripersonale era già prevista dal codice civile (art. 2362 per le società per azioni e art. 2497 per le società a responsabilità limitata).

L'attenzione che il fenomeno merita (e che per le società nate come pluripersonali spingono il legislatore a sancire una responsabilità illimitata del socio unico) deriva dal fatto che viene meno il sistema dei controlli reciproci interni (37) e quindi sono necessarie delle norme che facciano da contrappeso alla disattivazione o disapplicazione delle norme relative ai conflitti di interesse. Queste norme, nel caso di società nate come plurisoggettive – e che quindi ragionevolmente inducono i terzi a fare affidamento sui sistemi di controllo interno – si concretizzano nella perdita del beneficio della responsabilità limitata; nel caso delle società unipersonali, dove il beneficio della limitazione della responsabilità al conferimento si conserva, le norme di contrappeso agiscono a livello organizzativo (38). Ed esattamente:

- a) il socio unico non deve essere persona giuridica;
- b) il socio unico non deve essere unico socio in altra società di capitali;
- c) in caso di costituzione della società o di aumento del capitale sociale, il versamento del conferimento in danaro deve essere contestuale alla sottoscrizione;
- d) dev'essere stata effettuata la pubblicità (dichiarativa) dell'esistenza di un unico socio presso il Registro delle imprese.

Inoltre, il nuovo secondo comma dell'art. 2497 cod. civ. prevede che, nel caso in cui venga meno la pluralità dei soci nel corso della vita sociale, il socio superstite – se vuole scindere il proprio patrimonio dalle obbligazioni della società – deve effettuare il versamento del capitale, precedentemente sottoscritto e non versato, entro tre mesi da quando rimane unico socio (39).

Ora, è evidente che la possibilità di limitare il rischio per l'imprenditore individuale darà luogo, nell'immediato futuro, a un massiccio ricorso alla costituzione di S.r.l. personali (essendo tecnicamente esclusa la "trasformazione"), con apporto dell'azienda che prima veniva gestita nell'impresa individuale. E i precedenti creditori avranno la possibilità di agire verso l'imprenditore al di là dei limiti del nuovo patrimonio sociale? Si tratta, qui, di applicare per analogia la stessa giurisprudenza formata sull'art. 2499 cod. civ., che in caso di trasformazione di società di persone in società di capitali, afferma l'estensibilità del fallimento della società di capitali ai soci illimitatamente responsabili della società di persone, salvo quando risulti che i creditori abbiano aderito alla trasformazione. Va considerato, però che per l'art. 2499 cod. civ, il consenso può essere anche presunto (quando essi non hanno negato espressamente la loro adesione nel termine di 30 giorni dalla comunicazione). E' da ritenere che la stessa regola valga anche per l'ex imprenditore individuale divenuto socio unico di S.r.l. o piuttosto questi è liberato solo in caso di espresso assenso dei creditori? Su questo quesito non possiamo che restare in attesa di elaborazione giurisprudenziale, anche se può sin d'ora escludersi che, ove manchino comunicazioni ai creditori circa l'intendimento dell'imprenditore individuale di conferire l'azienda in una società unipersonale, in quell'ipotesi non si potrà in alcun modo configurare una presunzione di assenso (40).

Certo è che è nata, nel nostro firmamento societario, una stella nuova: una società senza pluralità di soci, un'entità imprenditoriale fittizia dove l'impresa c'è ma manca (o sembra che manchi) l'imprenditore. La legislazione italiana si va uniformando a quella di altri Stati, in cui le società costituiscono vuote scatole giuridiche che devono rispondere all'unico requisito della liceità dello scopo (41). Anche a una sola persona si può riconoscere la responsabilità limitata. Il vero problema è la salvaguardia dell'integrità del patrimonio autonomo: per tale finalità basta sostituire i controlli interni con i controlli esterni, che oltre tutto offrono maggiori garanzie di efficacia. Che poi si sgretoli la tradizionale causa del contratto di società è un fatto di secondaria importanza. In realtà, gli ultimi anni sono stati caratterizzati proprio dall'evaporazione dei tradizionali requisiti delle società (42) e da una sorta di rinvincita del principio di autonomia negoziale sul dogma della tipicità dei contratti societari (43). Infatti, l'intesa proliferazione di normative speciali in tema di società ha finito sia per imporre una

determinata veste a certe attività imprenditoriali sia per disciplinare in un certo modo l'oggetto sociale (società sportive, consorzi, società di leasing e factoring, società fiduciarie, SIM, ecc.) (44). In tale quadro la trasformazione della società commerciale da schema contrattuale tipico a mera tecnica di organizzazione dell'impresa era inevitabile. Del resto, l'indipendenza dell'organismo imprenditoriale è un concetto in espansione in tutto il mondo (Stati Uniti, Francia, Germania, Danimarca, ecc.) e applicare la tecnica societaria anche alle iniziative individuali "non fa più gridare all'eresia" (45).

10. L'impresa come fonte di obblighi.

L'impresa, com'è noto, non si manifesta soltanto come "agere licere" munita di un'adeguata tutela giuridica, ma come una situazione di fatto da cui scaturiscono determinati e specifici obblighi: l'iscrizione nel Registro delle imprese (46), la tenuta dei libri e delle scritture contabili di cui agli artt. 2214-2220 cod. civ., l'obbligo di rispettare il divieto di compiere atti di concorrenza sleale (art. 2598 cod. civ.). A tutto ciò va aggiunta, non come obbligo ma come situazione sfavorevole, la soggezione alle procedure concorsuali. La libertà d'impresa, garantita dall'art. 4 Cost., non è soltanto libertà di iniziativa economica, ma anche libertà di concorrenza (e cioè di inserimento in un settore dove già operano altri soggetti). Ciò non significa, peraltro, che la libertà è illimitata. La stessa Costituzione, infatti, indica il limite della "funzione sociale" (l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo di recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" art. 41, 2° comma). Già nello stesso codice civile sono contenute specifiche norme che sanzionano condotte illecite dell'imprenditore (oltre a quella in materia di segni distintivi aziendali e di concorrenza sleale, si può menzionare il gruppo di norme di cui agli artt. 2088-2092 cod. civ., che deve ritenersi abrogato a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo). Ma la condotta dell'imprenditore è oggetto di continua attenzione da parte del legislatore, che, anche in ossequio a obblighi derivanti dalla normativa comunitaria, emana provvedimenti legislativi finalizzati ad assoggettare l'imprenditore ad un particolare regime di responsabilità. Ci limitiamo qui a citarne alcuni tra i più significativi:

1) il D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224, in attuazione della Direttiva CEE n. 374/1985, detta una disciplina preordinata a garantire il consumatore-utente contro il danno derivante dalla difettosità del prodotto (l'esplicita previsione di un'azione diretta contro il produttore consente di approntare al consumatore una tutela che non potrebbe derivargli "sic et simpliciter" dall'invocazione della responsabilità generale extracontrattuale del produttore o dalla responsabilità contrattuale del rivenditore);

2) il D.P.R. 25 gennaio 1992 n. 74, in attuazione della Direttiva CEE n. 450/1984, garantisce al consumatore-utente e al concorrente una protezione adeguata contro la pubblicità ingannevole, attribuendo una serie di poteri – tra cui il potere di disporre con provvedimento motivato la sospensione provvisoria della pubblicità – all'"autorità garante della concorrenza e del mercato" istituita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (normativa *anti-trust*);

3) con la testé citata legge *anti-trust* il legislatore è intervenuto a limitare la libera estrinsecazione dell'economia di mercato, agendo su tre diversi versanti:

– ha posto il divieto delle intese restrittive della concorrenza, in tal modo abrogando la disciplina dei patti di non concorrenza di cui all'art. 2596 cod. civ. (facendo salvi però gli accordi che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti e a promuovere il progresso tecnico ed economico);

– ha vietato l'abuso da parte di una o più imprese in una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o comunitario (dovendosi intendere per dominante la "situazione di potenza economica grazie

alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato": v. Corte Giust. CEE, 3 novembre 1985 in causa 322/1981): in linea con tale presa di posizione del legislatore è l'interpretazione analogica dell'art. 2597 cod. civ., che estende al monopolista di fatto l'obbligo di parità di trattamento previsto per il monopolista legale;

– ha vietato le concentrazioni, e cioè le operazioni che conducano a sostituire con un'unica impresa una pluralità d'impresе che agiscano in concorrenza: più in particolare, sono dichiarate incompatibili le operazioni di concentrazione se comportano la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

Da questo *excursus* dei principali problemi giuridici che riguardano l'impresa, è agevole evincere alcune considerazioni finali. E' impossibile prevedere come evolveranno gli odierni sistemi capitalistici avanzati, né siamo in grado di capire in quale misura la "cornice" normativa potrà influenzare le future svolte. Ma se è vero che l'impresa ha visto il moltiplicarsi delle "sfide" in cui essa deve saper dare pronte risposte per evitare che venga intaccata la stabilità delle combinazioni impresa-mercato e che quindi, l'impresa, di fronte alla crescita continua dei principali fattori di produzione, deve riattivare la fase competitiva attraverso lo sviluppo di tecnologie alternative, la riconversione impiantistica o la revisione delle strutture organizzative (47); è altrettanto vero che l'economia di mercato, se intesa come un valore da salvare, dev'essere continuamente vigilata al fine di poter affrontare tempestivamente gli strumenti che per un verso garantiscano lo svolgimento delle libere iniziative e per altro verso pongano i terzi (consumatori, creditori e concorrenti) al riparo dalla possibilità di arbitrio e strapotere.

Il ripudio di una visione "pubblica" dell'impresa non deve portare necessariamente a perseguire l'obiettivo di uno "Stato minimo" (48). Si può aspirare alla "*deregulation*" e alla privatizzazione senza arrivare a emarginare lo Stato dall'attività dei privati. Questo significa che tra i compiti dello Stato c'è quello di essere presente nella vita imprenditoriale, che non può essere avulsa dalle leggi del mercato, ma prima di tutto deve uniformarsi alle leggi dello Stato.