

IMPRENDITORE ED IMPRESA NELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

Relatore:

cons. Giancarlo BIBOLINI

consigliere della Corte di Cassazione

1. Premessa.

Chi abbia la ventura di introdurre un argomento di vasta portata, destinato ad essere approfondito da relazioni specifiche, deve rispondere ad una duplice esigenza: l'esigenza di individuare una traccia atta a costituire la linea logica di unione dei singoli argomenti in discussione (in definitiva il loro minimo comun denominatore) e nel contempo mantenere la trattazione nell'ambito dei principi per evitare la sovrapposizione con le trattazioni specifiche.

In questo convegno, tenendo conto delle singole materie trattate, la traccia comune è stata correttamente individuata nella nozione di impresa, nelle sue componenti soggettive, strutturali, funzionali ed istituzionali, e soprattutto nel suo aspetto evolutivo.

L'evoluzione di una nozione giuridica, che individua una realtà sociale ed economica rilevante, e che è volta a tradurre in termini giuridici la vita sociale nei molteplici aspetti, non è necessariamente opera giurisprudenziale ma, innanzi tutto, conseguenza dei mutamenti della vita sociale e delle esigenze concrete che emergono dalla realtà operativa cui la vita imprenditoriale si adatta o reagisce sul piano dell'autonomia contrattuale; è frutto delle norme che riescano a cogliere gli impulsi della vita sociale ed a regolarle; è frutto della dottrina più attenta a cogliere le esigenze delle realtà economiche ed a volgere ad esse l'interpretazione della disciplina normativa vigente ovvero a sollecitare il legislatore ad interventi regolatori; è frutto, soprattutto nella realtà che stiamo vivendo, degli impulsi che provengono dalle organizzazioni internazionali in sede comunitaria attraverso i quali aspetti essenziali della vita economica, espressi nella realtà dell'impresa, vengono uniformati ed aggiornati secondo situazioni evolutive di più ampio respiro; è frutto, infine, della giurisprudenza che le nuove realtà sociali, economiche e normative, sappia cogliere nel loro significato innovativo per dare la regola concreta alle situazioni controverse secondo interpretazioni evolutive e funzionali.

Non si può cogliere, pertanto, l'evoluzione della giurisprudenza nel recepimento delle sempre nuove esigenze prospettate dalla vita economica, in cui l'impulso a situazioni innovative si fa sempre più pressante soprattutto in periodi critici, quali sono quelli in cui viviamo, se non si coglie l'iterazione tra le varie fonti donde l'evoluzione di un sistema, che è sempre meno settoriale e statutale e sempre più proiettato verso l'universalità del mercato, trae fonte.

In ordine di tempo, poi, l'intervento giurisprudenziale è successivo ad altri fattori, condizionato pur sempre, per sua natura, alla sollecitazione del caso concreto controverso e dai tempi della giustizia, per cui non raramente si parla in dottrina della funzione, per così dire, notarile della giurisprudenza, volta alla registrazione di situazioni delineate, ovvero della funzione per così dire "mediatrice" tra opinioni dottrinarie emerse, pur non potendosi escludere (e non mancheremo di evidenziare le varie situazioni) che in determinati settori anche la giurisprudenza abbia saputo assumere funzione di impulso innovativo, volto ad assecondare con l'interpretazione e l'attuazione della legge al caso concreto gli stimoli evolutivi che emergono dalla vita sociale.

Non può non rilevarsi, infine, che proprio in alcuni aspetti della realtà operativa dell'impresa (si consideri l'aspetto societario; quello della responsabilità del produttore; quello dell'impresa

bancaria ed assicurativa; quello della regolamentazione del credito al consumo e, da ultimo, quello del registro delle imprese, dopo una provvisorietà durata oltre cinquant'anni) si è assistito in epoca recente ad una vera e propria valanga di situazioni innovative di fonte normativa, sulle quali non vi è ancora stato materialmente il tempo per una presa d'atto della giurisprudenza, se non forse di qualche pronuncia camerale, e sulle quali stanno emergendo i primi contributi dottrinari.

Il titolo proposto sembra dare per presupposte una serie di situazioni, e cioè:

che un'evoluzione del concetto di imprenditore e di impresa vi sia stata;

che di detta evoluzione la giurisprudenza si sia resa interprete o, quanto meno, l'abbia colta nelle sue pronunce.

Peraltro il riferimento alla evoluzione giurisprudenziale indicato nel tema deve essere individuato nella iterazione tra le varie fonti di interpretazione dei fenomeni.

Chi nel sistema computerizzato della giurisprudenza di merito e di legittimità, digitasse nel canale P.T. o in quello P.K. la stringa "imprenditore-impresa", otterrebbe 9225 risposte nel primo caso, oltre cinquemila nel secondo, il ch  è a dire nulla. Nulla di normalmente utilizzabile soprattutto considerando che, da un'indagine a campione, emerge che nella maggior parte delle massime i termini di "imprenditore" e di "impresa" vengono utilizzate pi  per evocare un fenomeno presupposto che per spiegarlo, ovvero per spiegare aspetto particolare di esso nella sua realt  evolutiva. Meglio, dunque, una ricerca mirata, ma, mirata verso quale direzione? attuata con quale selezione? perseguita in quale settore specifico dell'ampia materia che coinvolge l'impresa?

Chi, quindi, venga chiamato ad un'indagine sull'argomento, e per di pi  ad un'indagine di carattere generale sulla base dei principi, deve, a me sembra, innanzi tutto porre in discussione il tema stesso e ci  che esso sembra dare per presupposto; volgere, in sostanza, il tema in forma interrogativa e domandarsi se dopo la previsione normativa del codice vigente la nozione di impresa abbia avuto un'evoluzione concettuale e se detta evoluzione, nel caso sia individuata, sia stata colta dalla giurisprudenza di merito o di legittimit ; occorre, inoltre, individuare, in quali settori sia opportuno svolgere la ricerca per ottenere una probabilit  di utile risultato.

2. L'imprenditore nel codice vigente.

Il legislatore del 1942 intendeva porre a fondamento della disciplina giuridica dell'impresa un fenomeno economico ritenuto unitario ed adeguato alla realt , anche politica, del tempo, costituito dall'impresa come organizzazione di lavoro e di capitali al fine della "produzione di beni e di servizi per lo scambio" (1). Comune era allora l'affermazione del "metodo dell'economia" inteso come il metodo che vuole che la realt  economica trovi il suo puntuale riscontro nella disciplina giuridica (2).

In questa prospettiva la relazione al codice (n. 834) puntualizzava il distacco dalle concezioni precedenti, evidenziando la mancata coincidenza del concetto di impresa secondo il nuovo codice rispetto a quello del codice di commercio rilevando "Anzitutto, mentre secondo il codice di commercio l'impresa   considerata come semplice atto (atto obiettivo di commercio) e comprende quindi anche l'impresa organizzata occasionalmente dell'imprenditore non professionale, il nuovo codice considera l'impresa da un punto di vista soggettivo, collegandola alla figura professionale dell'imprenditore. In secondo luogo, mentre secondo il codice di commercio il concetto di impresa   contenuto nel quadro ristretto dell'attivit  industriale, il nuovo codice considera l'impresa come forma di organizzazione tipica della moderna economia, sia nel settore agricolo, sia in quello industriale, commerciale, bancario, assicurativo". Entrambe queste differenze vengono rapportate all'aderenza dei principi accolti a quelli dell'ordinamento corporativo, tanto che la stessa relazione (ancora al punto 834) precisa ulteriormente "il concetto di impresa accolto dal codice   quello della Carta del lavoro, non legato a particolari settori dell'economia, ma abbracciante ogni forma di attivit  produttiva

organizzata, agricola, industriale, commerciale, creditizia, non legato a particolari dimensioni quantitative, ma comprendente così la grande e la media impresa, come la piccola impresa del coltivatore diretto del fondo, dell'artigiano, del piccolo commerciante, salva per la piccola impresa la particolarità del suo statuto".

Lorenzo MOSSA ritrovava nel codice l'accoglimento della sua opinione volta ad individuare, già anteriormente al codice, l'impresa come "organizzazione ed attività", e come fulcro della disciplina del diritto commerciale (3).

Alberto ASQUINI, partendo da una posizione culturale, ed anche politica, distinta da quella di Lorenzo MOSSA (4) vedeva nella nuova disciplina del codice il riconoscimento che al fenomeno economico poliedrico dell'impresa corrispondono sotto l'aspetto giuridico diverse nozioni relative ai diversi aspetti del fenomeno economico.

Individuava quindi:

1) il profilo soggettivo (l'impresa come imprenditore) ricavato dalla definizione dell'art. 2082 c.c., donde emerge il puntuale riferimento della nozione giuridica dell'imprenditore alla nozione economica dell'impresa;

2) il profilo funzionale, (l'imprenditore come attività imprenditrice);

3) il profilo oggettivo (l'impresa come patrimonio aziendale o come azienda);

4) il profilo istituzionale (l'impresa come istituzione), che si esprime nell'organizzazione di persone, formata dall'imprenditore (capo dell'impresa secondo il dettato dell'art. 2086 c.c.) e dai prestatori d'opera, suoi collaboratori, caratterizzata da un fine comune identificato in un interesse superiore che va oltre i fini individuali dell'imprenditore e dei prestatori di lavoro, fine consistente nel conseguimento di un risultato produttivo socialmente utile.

L'analisi dei diversi profili dell'impresa conterrebbe in sé, secondo la teoria richiamata, la traccia della teoria giuridica dell'impresa, che dovrebbe comprendere: a) lo statuto professionale dell'imprenditore; b) l'ordinamento istituzionale dell'impresa; c) la disciplina del patrimonio aziendale e dell'azienda; d) la disciplina dell'attività imprenditrice nei rapporti esterni.

La traccia tratta dell'autore richiamato, basato sull'istituzione che un concetto unitario può articolarsi in diverse nozioni e fattispecie, è stato ritenuto in epoca più recente (5) "un passaggio pressoché obbligato, quali ottime pietre di paragone per intendere e valutare il successivo sviluppo di tutte le controversie giuridiche che si sono avute ...in merito alla nozione di impresa".

Lo statuto dell'impresa (6), peraltro, nella sua delineazione complessiva originaria, è stato ben presto inficiato dalla caduta dell'ordinamento corporativo cui era collegato (7), incidendo sia sull'aspetto istituzionale dell'impresa, sia su quello funzionale.

3. L'impresa come istituzione.

L'aspetto istituzionale dell'impresa, nel senso che essa dovesse perseguire un interesse generale trascendente quello della singola impresa e dei suoi collaboratori, trovava riscontro nel precetto della responsabilità dell'imprenditore (art. 2088 c.c.) direttamente verso lo Stato per l'indirizzo della produzione "in conformità della legge e delle norme corporative", responsabilità che trovava una procedura di accertamento (2089 e 2990 c.c.) e la relativa sanzione (art. 2091 c.c.) costituita dalla sospensione dall'esercizio dell'impresa e dalla eventuale nomina di un amministratore che assumesse la gestione dell'impresa ovvero, nel caso delle società, dall'obbligo della società di sostituire gli amministratori in carica con altre persone riconosciute idonee. Peraltro dette norme, anche se espressamente non abrogate, sono divenute prive di oggetto dopo la soppressione della Carta del lavoro (8) e dei relativi organi.

L'idea, d'altronde, di ricostruire il concetto di impresa come "istituzione", sulla base della normativa del codice, residua dopo l'abrogazione della struttura corporativa e dei suoi organi e della disciplina del lavoro nell'impresa (idea sostenuta soprattutto da laburisti), l'idea, vale a dire, che anche lo stato attuale del diritto consenta la "soggettivazione" della nozione di impresa ed il

distacco di essa dalla persona dell'imprenditore, sembra cadere di fronte alla considerazione fondamentale che nessuna norma impone all'imprenditore di agire nell'interesse dell'impresa, qualora l'interesse dell'impresa fosse configurabile come un interesse collettivo superiore a quello del datore di lavoro e del collaboratore dipendente (9), né esiste più un sistema sanzionatorio che detto interesse superiore consenta di affermare e di imporre.

Tale non è certamente la disciplina concorsuale la quale, se effetto sanzionatorio assume, e se corrisponde ad un interesse di natura pubblicistica, comporta il riferimento dell'una e dell'altra situazione alla tutela dei terzi che con l'impresa siano venuti in rapporti, assunto nella sua globalità a rilievo pubblicistico, senza che per questo possa individuarsi nell'interesse dall'impresa perseguito un dovere dell'imprenditore e nel coordinamento degli elementi soggettivi che collaborano nell'esercizio dell'impresa una comunità di interessi distinta da quella dei partecipanti, anziché una situazione conflittuale di interessi contrapposti, quale si è tradotta nella tradizione dei rapporti tra lavoratori ed impresa. Né diversamente si pone il problema nell'ambito del diritto societario, in cui l'aspetto istituzionale si incentra sulla compagine capitalistica, e su un interesse comune ai suoi componenti, non ad una comunione di interessi superiori dei capitalisti e dei lavoratori.

Può indubbiamente interpretarsi, come linea tendenziale, nel senso istituzionale sopra indicato il disposto dell'art. 46 della Costituzione che riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende, e ciò ai fini dell'elevazione economica e sociale del lavoro, ma in armonia, peraltro, con le esigenze della produzione ed ipotizza, come previsione programmatica, una forma di efficace collaborazione tra lavoro e capitale, elevando il lavoro a strumento di collaboratore della produzione.

Parte della dottrina sostiene che la norma costituzionale integri il disegno di tradurre le istanze di partecipazione dei lavoratori all'organizzazione produttiva in forme collaborative interne all'azienda ed ai suoi organi, mediante l'elezione di rappresentanti dotati di potere consultivo e deliberativo (10), prospettando un elemento di dinamismo del sistema finalizzato all'argomento delle sue basi di consenso.

Proprio questo, peraltro, spiegherebbe, la scarsa propensione all'attuazione della previsione programmatica la cui riserva di legge non ha mai avuto un'applicazione integrale, in quanto la "collaborazione alla gestione" sembra essere in contrasto con la tendenza conflittuale dei rapporti nell'ambito dell'impresa, e la propensione del sindacato ad incidere sulle decisioni dell'impresa dall'esterno attraverso lo strumento contrattuale ed i mezzi esperibili a suo sostegno, nonché la preferenza della sede politica, o della direzione complessiva del sistema economico, come sede possibile di intese tra classi in conflitto.

Settori attuativi del principio costituzionale si rinvengono nell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori (11) relativo alle rappresentanze sindacali aziendali e l'art. 9 dello stesso testo legislativo sulle rappresentanze dei lavoratori istituite per la tutela della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori.

Taluno ha inquadrato nelle modalità espressive dell'art. 46 Cost. anche l'art. 230-*bis* c.c. con riferimento ai poteri di intervento dei familiari nella gestione dell'impresa (12), anche se la linea logica non sembra accoglibile sia perché l'impresa familiare è estranea alla logica che presiede all'impresa capitalistica, sia perché diversa è la posizione del dipendente da quella del collaboratore familiare, titolare di un credito di partecipazione, anche di natura patrimoniale relativamente agli incrementi.

Anche in questo settore l'intervento legislativo di attuazione della norma costituzionale finirà, come in altri settori nel diritto delle società, per essere adottato su impulso comunitario, anche se proprio in sede comunitaria è tuttora aperta la discussione sull'adozione di istituti tipici del diritto tedesco nei rapporti collaborativi di impresa, o no.

Così emblematico è il caso della proposta di quinta direttiva, relativa alla struttura delle società per azioni ed alle condizioni per la partecipazione dei lavoratori agli organi decisionali di tale tipo sociale, che nella prima stesura del 1972 era stata improntata allo schema della legge olandese e

tedesca, nella quale la tutela dei diritti dei lavoratori avrebbe dovuto avvenire tramite una struttura dualistica, composta da un comitato di direzione e da un consiglio di sorveglianza, alla cui elezione avrebbe dovuto partecipare i lavoratori in funzione di cogestione di tipo germanico. La scelta politica del modello germanico ha incontrato l'ostilità inglese ed anche quella di giuristi italiani, non essendo facile capire come la realizzazione della maggior tutela per i soci e per i terzi, debba comportare la modifica della struttura tradizionale delle società per azioni adottando esperienze del tutto estranee al nostro sistema, che comporterebbero, inoltre, modificazioni così radicali da influenzare tutto il diritto societario.

La proposta modificata il 19 agosto 1983, dopo avere elevato da 500 a 1.000 il numero minimo di dipendenti per l'applicazione necessaria della disciplina della cogestione, ribadendo il diritto dei dipendenti di essere regolarmente informati e consultati sulla gestione, sull'evoluzione e sulle prospettive future della società, nonché sulla posizione concorrenziale, creditoria e sui piani di investimento, sul piano delle strutture ha lasciato l'apertura all'adozione di un sistema dualistico: uno di tipo germanico già indicato, l'altro sulla base di un organo unitario, proprio dello schema italiano e francese. Peraltro, anche nell'ambito di un consiglio di amministrazione unitario, sono separati i membri con funzioni esecutive da quelli con funzione di vigilanza riproducendo sostanzialmente nel sistema unitario una forma dualistica.

Identica scelta, effettuata nell'ambito della proposta di società per azioni europea sul piano della cogestione, ha comportato identiche obiezioni da giuristi di ordinamenti con tradizioni ed esperienze diverse da quella germanica, cosicché la nuova proposta di regolamento della Commissione datata 25 agosto 1989, in analogia all'ultima formulazione della Va direttiva, ha ipotizzato una selezione di possibilità organiche di cogestione. Innanzi tutto la cogestione non è imposta se non voluta dai dipendenti e, se voluta, è attuabile con varie possibilità alternative e, cioè: con l'elezione da parte dei dipendenti di propri rappresentanti nel consiglio di vigilanza (nel caso dell'organo doppio) o nell'organo di amministrazione (nel caso di unico organismo) in misura non inferiore ad un terzo e non superiore alla metà; la rappresentanza dei dipendenti tramite un organismo che li rappresenti, distinto dagli organi sociali; rappresentanza dei lavoratori sulla base di sistemi già oggetto di un accordo collettivo conclusivo nell'ambito dell'impresa.

Peraltro, sotto questo profilo, la discussione sulla cogestione sembra svolgersi più che altro nell'ambito dell'ordinamento delle società, anziché nell'ambito dell'impresa (13) ed anche chi identifica nell'impresa partecipata una "istituzione o formazione sociale" (14) deve cogliere l'elemento di centralità non già in un interesse esterno all'impresa e ad esso sovrastante, né in un interesse comune dei partecipanti, ma in un interesse, per così dire, di natura procedimentale, caratterizzato non da un punto di incontro tra interessi sostanziali predeterminati, ma da una modalità di conseguibilità di un incontro attraverso un processo "di negoziazione formale ed informale".

In conclusione, allo stato della legislazione difficilmente sembra utilizzabile l'aspetto istituzionale dell'impresa, pur nella prospettiva programmatica dell'art. 46 della Costituzione finché quanto meno, esso non abbia una concreta e completa applicazione legislativa, sia pure sotto impulso comunitario.

4. L'aspetto soggettivo dell'impresa.

Attraverso la descrizione dell'attività di impresa l'art. 2082 c.c. giunge all'individuazione dell'imprenditore, come il soggetto che detta attività espliciti.

Mentre in relazione all'oggetto la distinzione si pone tra imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.) e commerciale (art. 2195 c.c.), ed in relazione alla dimensione si individua il piccolo imprenditore (art. 2083 c.c.) e, per situazione residuale, l'imprenditore medio-grande, in relazione alla natura del soggetto si pone la distinzione tra imprenditore individuale, impresa societaria ed impresa pubblica.

L'attività di impresa qualifica, quindi, il soggetto come imprenditore (sottoponendolo al sistema normativo generalmente qualificato come "statuto dell'imprenditore"), ma l'imprenditore non

assume, con detta qualifica, soggettività diversa e distinta da quella della persona che detta attività eserciti.

In particolare, quindi, l'imprenditore individuale, pur potendo essere titolare di più aziende ed esplicare differenti e distinte attività di impresa, si individua pur sempre nella sua unicità, assoggettato all'unitaria e generalizzata responsabilità patrimoniale indipendentemente dalle attività, imprenditoriali o no, esercitate.

Il principio di responsabilità patrimoniale dell'art. 2740 c.c., non costituisce necessariamente un principio attinente, con carattere di specialità, all'attività dell'impresa individuale, ma integra un principio generale del diritto delle obbligazioni che, in relazione all'impresa, trova la sua caratterizzazione nel momento esecutivo, attuato con la specialità delle procedure concorsuali, espressione dell'universalità soggettiva ed oggettiva della responsabilità.

La distinzione delle attività di impresa facenti capo ad un unico soggetto potrà assumere rilievo sotto il profilo dei presupposti richiesti per l'esercizio delle distinte attività ed inciderà sull'eventuale regime autorizzativo o concessivo, senza peraltro creare distinzioni sotto il profilo soggettivo, nella persona dell'imprenditore, e soprattutto in relazione alle situazioni che all'unicità della persona ineriscono, tra cui quelle inerenti alla titolarità patrimoniale ed alla correlativa responsabilità.

Così l'art. 10 della Legge Fallimentare che, per esigenze di certezza del diritto e dei rapporti, prevede un termine preclusivo per la dichiarazione di fallimento decorrente dalla cessazione dell'esercizio dell'impresa, non è sezionabile e distintamente applicabile con riferimento alle singole attività di impresa, contemporaneamente esercitate (per alcune delle quali si fosse verificata la cessazione ultrannuale) o esercitate in sequenza con separazione temporale ultrannuale tra le cessazione dell'una e l'inizio dell'altra. L'unicità soggettiva dell'imprenditore, la sua unicità patrimoniale indipendentemente dalla destinazione di beni e valori, in tutto o in parte, all'esercizio di una o più imprese, nonché l'universalità della sua responsabilità patrimoniale, rendono ininfluenti l'avvenuta cessazione di alcune attività di impresa rispetto ad altre; è sufficiente che la dichiarazione di fallimento avvenga entro l'anno dalla cessazione dell'esercizio di una delle attività di impresa, perché l'imprenditore debba rispondere in forma concorsuale di tutte le obbligazioni assunte sia in attività non imprenditoriali, sia in attività imprenditoriali precedentemente esercitate ed in ipotesi esaurite.

L'individuazione dell'azienda, quale patrimonio separato cui limitare la responsabilità inerente all'attività di impresa, è fenomeno tipico delle società commerciali, nel settore dell'impresa, le quali proprio in virtù dell'attività di impresa acquisiscono la personalità giuridica e l'autonomia patrimoniale piena; è fenomeno, poi, non del tutto estraneo anche alle società non munite di personalità giuridica le quali, qualificandosi come soggetti distinti da quelle dei partecipi alla compagine, pur nella responsabilità sussidiaria dei soci, mantengono una distinzione tra il patrimonio sociale e quello individuale dei soci, se non altro perché mentre i soci rispondono delle obbligazioni della società con il proprio patrimonio personale e non conferito, la società non risponde delle obbligazioni dei soci, i cui creditori hanno solo limitata azione sugli utili e sulle quote in caso di liquidazione della società, ma non possono neppure chiedere la liquidazione della quota (15).

Si deve domandare, peraltro, se il concetto unitario dell'imprenditore individuale e della sua responsabilità, che trovi eccezione solo nell'inquadramento del diritto societario quando più soggetti conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili prodotti (art. 2247 c.c.), trovi ancora piena e generalizzata espressione nel nostro ordinamento, dopo l'attuazione della XII Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre 1989 (89/667 CEE) con il dd.ll. 3 marzo 1993 n. 88.

Non intendo sovrappormi più di tanto al relatore che ha come argomento specifico di trattazione la "società unipersonale", se non per alcuni rilievi di carattere generale e di principio.

Il diritto societario si fonda sulla plurisoggettività dell'atto costitutivo, da un lato, e sull'esercizio in comune dell'attività di impresa, dall'altro, nelle varie forme organizzative che i tipi sociali consentono e nelle quali l'attività dei soci può o essere limitata all'attività di assemblea, con deferimento della gestione agli amministratori, ovvero i soci possono intervenire direttamente nell'attività gestoria.

Il legislatore del 1942 si era posto espressamente il problema della limitazione della responsabilità nell'esercizio individuale dell'impresa, risolvendolo negativamente. Intendendo evitare che lo stesso risultato potesse conseguirsi indirettamente attraverso le società di capitali con la concentrazione delle quote e delle azioni nelle mani di un unico socio, aveva previsto all'art. 2362 c.c. (con disposizione riprodotta dall'art. 24972 c.c. per le società a responsabilità limitata) la responsabilità illimitata dell'unico socio, che tale sia divenuto per vicende successive alla costituzione, in caso peraltro di insolvenza della società (16).

Da ciò la previsione espressa della causa di nullità della società di capitali per la mancanza originaria della pluralità dei soci (art. 23321 n. 8 c.c. richiamato per le s.r.l. dall'art. 24752 c.c.) e la conseguente non omologabilità dell'atto costitutivo unilaterale della s.p.a. per contrarietà al tipo (di recente decreto del Trib. Cassino 28 ottobre 1989 in *Soc.* 1990, p. 509).

Per il vero il nostro ordinamento già conosceva, in base a disposizioni speciali, la costituzione di società di capitali ad unico socio, per finalità strettamente inerenti all'intervento pubblico nell'economia (17). Negli anni 90, la propensione al passaggio dell'intervento pubblico nell'economia, da imprese enti ed imprese organo, a forme societarie per azioni, ha determinato la previsione normativa della possibilità di costituzione delle società attraverso un negozio unilaterale dell'ente pubblico (l. 30 giugno 1990 n. 218 e d.l. di attuazione 20 novembre 1990 n. 356) ovvero a mezzo della trasformazione diretta degli enti di gestione, con atto normativo, in società per azioni (d.l. 11 luglio 1992 n. 333 conv. con modifiche in l. 8 agosto 1992 n. 359).

In questi casi, peraltro, proprio in virtù delle finalità pubblicistiche delle disposizioni, ovvero delle previsioni come mezzo per il trapasso alla costituzione di una compagine sociale plurisoggettiva, il problema del patrimonio separato, e della responsabilità limitata, dell'imprenditore individuale non si poneva.

La dodicesima direttiva comunitaria, per contro, parte da una realtà ormai affermata negli stati europei di indirizzo decisamente contrario a quello seguito dal nostro codice civile, ove si consideri che dal 1963 al 1987 la Danimarca, la Germania, la Francia, l'Olanda ed il Belgio avevano già ammesso che la società a responsabilità limitata potesse essere unipersonale fin dalla costituzione senza responsabilità illimitata del socio unico, mentre il Portogallo (18) aveva introdotto la figura dell'imprenditore individuale con patrimonio aziendale separato, cui era limitata la responsabilità per le obbligazioni imprenditoriali.

In sede europea l'opinione che la limitazione di responsabilità dell'unico socio potesse costituire mezzo utile per la dinamica degli affari (un originario riferimento alle imprese medie e piccole non compare nel testo finale) ha indotto, secondo un atteggiamento pragmatico volto a privilegiare l'equivalenza tra le varie soluzioni, all'emanazione della Direttiva sulla base di tre indirizzi:

- a) obbligatorietà dell'introduzione della s.r.l. con socio unico, anche originario con limitazione di responsabilità;
- b) possibilità, non obbligatorietà, di introdurre situazione analoga per le società per azioni;
- c) non obbligatorietà della figura *sub* a) per gli stati che già conoscano la figura dell'imprenditore individuale con patrimonio separato cui ragguagliare la responsabilità di impresa.

È ovvio, quindi, che l'alternativa delle soluzioni portava a considerare equivalenti, sul piano pratico, le due ipotesi della s.r.l. unipersonale e dell'imprenditore individuale con patrimonio separato, e ciò in coerenza con la situazione che già il legislatore del 1942 aveva individuato, sia pure nell'adozione della diversa soluzione, sul presupposto che la limitata responsabilità del socio

unico costituisse facile mezzo di eludere illimitata responsabilità dell'imprenditore individuale per tutte le obbligazioni assunte.

In definitiva, proprio sulla linea dei criteri cui la direttiva si è attuata, può ben ritenersi che la società unipersonale, null'altro sia se non una forma particolare e vincolante attraverso la quale un imprenditore individuale possa destinare all'esercizio dell'impresa una parte separata del suo patrimonio cui limitare la sua responsabilità quale imprenditore. Modalità particolare in cui la formalità e la pubblicità degli atti essenziali e dei risultati economici (bilanci) costituisce la tutela dei terzi, sul piano della consapevolezza, attuata a mezzo di forme di conoscibilità delle regole del gioco originariamente enunciate e pubblicizzate, e delle componenti essenziali della gestione imprenditoriale.

D'altronde, la necessaria plurisoggettività costitutiva delle società di capitali, e la responsabilità illimitata del socio unico nel diritto previgente, non ha certamente costituito preclusione essenziale e modalità elusive, mediante partecipazioni fittizie, fiduciarie o di favore, per cui tanto vale seguire un indirizzo realistico e, ammettendo la possibilità per una persona fisica di destinare con atto unilaterale all'esercizio dell'impresa una parte determinata del suo patrimonio, e di assumere responsabilità in quel limite patrimoniale, sottoporla alla possibilità di controllo sulla base della pubblicità preventiva e successiva degli elementi essenziali.

Per il vero, il legislatore del 1993 si è preoccupato del fatto che tramite una società unipersonale del nuovo tipo si costituiscono gruppi sociali fondati su una fondamentale ed originaria situazione di limitazione di responsabilità, e intende reagire al fenomeno, con la modifica del secondo comma dell'art. 2497 c.c., prevedendo la persistenza comunque dell'illimitata responsabilità sia in caso che socio unico della s.r.l. sia una persona giuridica, sia nel caso che la persona fisica sia socia unica di più società di capitali. La previsione, peraltro, se è preclusiva della costituzione di gruppi per così dire "stellari", con al centro la società unipersonale del nuovo tipo, non esclude che su di essa si formino dei gruppi con diversa configurazione sul presupposto che la società unipersonale sia socia unica, o dominante, di altra società di capitali sulla quale, poi, si impegni tutto un gruppo.

Quand'anche la società unipersonale, in tale ipotesi possa essere illimitatamente responsabile quale socia unica della società partecipata, ciò non toglie che tutto il gruppo così configurabile si fondi sulla limitata responsabilità dell'unica persona fisica costitutiva della società unipersonale del nuovo tipo.

D'altronde, l'illimitata responsabilità del socio unico, emergente solo in caso di insolvenza della società partecipata, è stata privata nel nostro ordinamento, secondo l'interpretazione della consolidata giurisprudenza di legittimità, del carattere deterrente più efficace: il fallimento del socio unico (19).

Allo stato, l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità è (20) fondato sulle seguenti considerazioni sintetiche:

1) non accoglibilità della tesi secondo cui il socio unico azionista è imprenditore indiretto e, come tale soggetto a fallimento, quando abbia assunto il dominio della società (21);

1b) l'art. 147 L.F. comporta il fallimento dei soci illimitatamente responsabili che tali siano in relazione al tipo sociale; in tale senso l'articolo indicato, consentendo il fallimento indipendentemente dalla qualità imprenditoriale della persona fisica del socio, è norma di stretta interpretazione non estensibile al socio unico, occasionalmente onerato di responsabilità illimitata;

2) il socio unico non è imprenditore, in quanto nel dualismo tra il socio e la società che persiste, anche con la compagine ridotta ad un'unica unità, la qualifica imprenditoriale compete alla prima (argomento peraltro non pregnante se è vero che il socio illimitatamente responsabile fallisce comunque in quanto socio, non in quanto imprenditore);

3) non essendovi coincidenza tra debiti della società e quelli del socio unico, non potrebbe trovare applicazione la disciplina dell'art. 1483 L.F.

La posizione del socio unico, ci porta all'esame, sotto il profilo imprenditoriale, delle posizioni dominanti nelle società di capitali e nei gruppi sociali.

La grande impresa capitalistica, infatti, opera attraverso la forma della società di capitali, frequentemente in gruppi coordinati in cui una posizione di dominanza (acquisita, di volta in volta, o attraverso accordi contrattuali tra società distinte, ovvero attraverso la acquisizione di partecipazioni dominanti e di riferimento) costituisce l'elemento di direzione, di gestione e di controllo di tutte le imprese del gruppo.

La scienza economica ha ben individuato il fenomeno (22) comunemente configurato come un'aggregazione di unità produttive giuridicamente autonome, ma collegate sul piano organizzativo al fine di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso. La direzione economica unitaria e l'autonomia formale delle imprese partecipanti al gruppo, costituiscono momenti qualificanti del fenomeno. Con la direzione unitaria si persegue il risultato di imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate; con l'autonomia formale si persegue il vantaggio di conferire all'organismo economico, unitariamente considerato, flessibilità strutturale e delimitazione dei rischi.

Si individuano, così, gruppi c.d. "contrattuali" mediante rapporti di *joint venture*, concessioni di vendita ecc.); *holding* di tipo industriale o miste, nelle quali una società, oltre a svolgere l'ordinaria attività operativa di impresa, mediante l'intervento nel processo produttivo delle aziende possedute costituente il suo oggetto sociale, acquisisca anche una posizione di dominanza mediante partecipazioni sociali in altre società; la *holding* pura, nella quale la capogruppo assolve una funzione puramente strumentale e, mediante il possesso di uno o più pacchetti azionari e l'esercizio dei poteri inerenti, esplica l'attività di direzione e di controllo del gruppo; la *holding* operativa nella quale la capogruppo esplica l'attività direttiva anche con l'esercizio delle funzioni economiche e finanziarie nei confronti delle società possedute, ponendo uno stretto legame tra il grado di diversificazione degli investimenti della *holding* ed il ruolo che questa può assumere nel coordinamento finanziario del gruppo (23).

Allo stato, il nostro ordinamento considera il gruppo societario sotto aspetti particolari e settoriali; sotto il profilo, vale a dire, della tutela dei creditori e dei soci c.d. esterni con la previsione del bilancio consolidato di gruppo, sotto il profilo dei limiti concorrenziali nella c.d. normativa *antitrust* ed inoltre con la previsione del gruppo insolvente nella procedura di amministrazione straordinaria. La giurisprudenza costante, peraltro, appare ferma nel sostenere che il gruppo in quanto tale, non assume personalità giuridica ed all'esterno agiscono, con la loro soggettiva responsabilità, le singole società componenti (24).

In sede comunitaria, sulla base dell'art. 8 A del trattato CEE che fa espresso riferimento all'opportunità di porre in essere una disciplina uniforme dei gruppi di società, è in corso di elaborazione la IX direttiva sui gruppi che, secondo la relazione al progetto, sembra assumere indirizzo diverso da quello prevalente nel nostro ordinamento, nello sforzo di ravvicinamento fra diritto e realtà. Nel progetto, infatti, nel gruppo costituito su base contrattuale (contratto di affiliazione), l'impresa capo acquisirebbe un potere di direzione unitaria molto rilevante nei confronti delle imprese figlie, in esso compreso il potere di impartire istruzioni e di disporre del patrimonio di questa, con il conseguente obbligo degli amministratori dell'impresa figlia di attenersi a dette istruzioni, anche se derivasse pregiudizio economico alla loro impresa. A compensazione, si prevede una responsabilità dell'impresa madre per i danni arrecati all'impresa figlia per la violazione degli obblighi degli amministratori della prima di dirigere ed impartire istruzioni con diligenza e nell'interesse del gruppo. Si tratterà di valutare come, nella prospettiva di favorire il collegamento tra imprese al fine di fare conseguire dimensioni concorrenziali con le grandi imprese extracomunitarie, verrà articolato il principio di responsabilità nei confronti dei creditori e dei soci "esterni" alla posizione dominante.

Allo stato, peraltro, la nostra giurisprudenza di legittimità è ancorata ad alcune posizioni fondamentali in relazioni alle situazioni dominanti che si manifestino nelle società, sia con

riferimento alla società dominata da un soggetto, sia con riferimento alla posizione dominante nel gruppo societario.

Dette posizioni possono così sintetizzarsi:

A) negazione della qualifica imprenditoriale del socio sovrano (il socio che spadroneggia nell'ambito della società creata allo scopo di consentirgli il ricorso indiretto al beneficio della responsabilità limitata) nonché del socio tiranno (inteso come socio che abbia degradato la società di capitali ad un mero strumento usandola come cosa propria con eventuale commistione dei patrimoni), per insuperabilità dello schermo costituito dalla personalità giuridica della società di capitali, neppure come imprenditore occulto, poiché per acquistare tale qualifica sarebbe necessario avere speso il nome della società (25). In tale senso è anche, sostanzialmente, la Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439 (caso Caltagirone) che, pur dando un'apertura diversa alla configurabilità della qualifica imprenditoriale della *holding*, anche individuale, caratterizzata dalla posizione dominante di un socio, non ha accolto il carattere imprenditoriale (e quindi la fallibilità) di detto socio in quanto sovrano, e di cui era stata ammessa pacificamente la qualifica di "socio sovrano" ed anche di "socio tiranno".

B) Non configurabilità di una società di fatto tra socio tiranno e società partecipata, nonostante la confusione dei patrimoni (26), quanto meno in considerazione dell'affermata inammissibilità che una società di capitali sia socia di una società di persone (27).

C) Pur restando ferma la non qualificazione come impresa (e la non sottoponibilità a fallimento) del socio tiranno, si sono costruite in giurisprudenza varie situazioni con le quali colpire l'abuso dello schermo di irresponsabilità della società di capitali.

Sono state così configurate, oltre alla già cennata ipotesi di società di fatto tra socio dominante e società di capitali, le seguenti situazioni:

1) individuazione di una separata società di persone accanto alla società di capitali, tra i soci di quest'ultima, con funzioni di fiancheggiamento e di supporto della società di capitali. È l'ipotesi di Trib. Roma, 3 luglio 1982 in *Fall.*, 182, II, 1610, ed ancora di Cass. 19 novembre 1991 n. 6151 e 10 agosto 1990 n. 8154;

2) sottoponibilità a fallimento del socio tiranno in quanto titolare di impresa autonoma (28) o di un'impresa collaterale alla società di capitali, autonomia che deve peraltro identificarsi come tale anche dal punto di vista del profitto conseguito (29), profitto che non dovrebbe consistere in un maggiore valore delle quote di partecipazione nella società di capitali (30), ritenendosi per contro, secondo altro indirizzo, che il socio tiranno è imprenditore autonomo anche se percepisce un lucro indiretto (31).

Un indirizzo parzialmente nuovo può, peraltro individuarsi nella sentenza Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439 nell'ipotesi in cui il socio sovrano, o tiranno, assuma la funzione di *holding* individuale nei confronti delle società di capitali costituenti un gruppo omogeneo, e nella quale il capo del gruppo, con propria ed autonoma organizzazione, non si era limitato ad esplicare attività ausiliaria nei confronti delle società del gruppo, né ad esercitare i poteri corporativi ed i diritti patrimoniali che il possesso delle quote e delle azioni conferivano, ma operando lo spostamento di finanziamenti dall'una all'altra società, esistente o costituenda, e disponendone con l'utilizzazione anche dei propri conti correnti personali, esercitò una vera e propria "direzione strategica" del gruppo secondo piani operativi globali, cui seguivano piani e disposizioni finanziarie e tecniche.

Innanzitutto si affermò (32), che la concentrazione delle funzioni direttive e gestorie in sedi diverse da quelle istituzionali delle società controllate, adempie ad una funzione meritevole di tutela, sul piano dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) e non è contraria a diritti inderogabili o in diritto societario, ancorché, contrasti con la visione atomistica delle varie società del gruppo, quale emerge dalla piattaforma fondamentale del nostro ordinamento. Non immeritevole di tutela, in

quanto l'assetto organizzativo della *holding* pura o operativa, costituisce il modello generale cui si ispirano i maggiori gruppi privati italiani, ma ad esso si uniforma il sistema organizzativo dei nostri gruppi pubblici, corrispondendo alle più moderne esigenze organizzative e funzionali delle imprese di grandi dimensioni in un'economia capitalistica in fase avanzata. Non contrastante con principi inderogabili, in quanto il modello organizzativo e strutturale non si pone necessariamente in conflitto con l'interesse delle società del gruppo, essendo necessario, perché scatti la tutela degli interessi della singola società del gruppo, non solo la potenzialità, ma l'effettività del conflitto di interessi idonea a causare danno alle società partecipate. Il fatto che il centro decisionale delle strategie del gruppo venga posto al di fuori delle singole società operative e le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio della controllante vengano trasmessi, attraverso le deliberazioni assembleari, o altri mezzi formali, alle singole controllate, le quali uniformino le loro realtà operative agli obiettivi del gruppo, non comporta necessariamente la subordinazione degli interessi delle controllate ad interessi loro estranei, ben potendo gli interessi strategici del gruppo corrispondere agli interessi concreti delle singole controllate.

In definitiva, in un'organizzazione del tipo indicato non vi è nulla di irrimediabilmente in contrasto con il vigente sistema normativo, purché si rispetti il limite che le deliberazioni esecutive non devono arrecare pregiudizio alle singole controllate, limite costituente un vincolo per gli amministratori delle controllate nelle loro autonoma valutazione dell'interesse della singola società (33).

A questo punto si pongono due alternative, e cioè:

A) se la capogruppo, ancorché si tratti di persona fisica, possa essere impresa se contingentemente eserciti autonome attività imprenditoriali, sia sul piano delle attività di servizi, sia su quello delle attività accessorie, secondo un'ultraventicinquennale impostazione della dottrina (salvo poi valutare se la stessa attività direttiva possa costituire un servizio (34), dando al quesito una risposta positiva, solché, peraltro, detta attività venga svolta dalla *holding*, individuale o societaria, a nome proprio, al fine dell'individuazione di un'autonoma attività di impresa;

B) se la scienza giuridica possa accogliere il concetto dell'economia aziendalistica, secondo cui, da un punto di vista economico, l'impresa del gruppo è unitaria, ancorché frazionata in unità economiche dotate di indipendenza giuridica, frazionamento che è estremo nella scissione (facendone oggetto di separate attività) tra l'attività di direzione da un lato e l'attività di produzione e di scambio, dall'altro. Sotto il profilo della scienza economica, quindi il gruppo di società da luogo ad un'unica grande impresa dove un medesimo capitale alimenta le singole società operative; un medesimo capitale viene remunerato dall'attività delle singole società operative, poiché gli utili realizzate da queste affluiscono, direttamente o indirettamente, allo *holding* di vertice; un medesimo centro decisionale dirige l'intero gruppo, utilizzando la disponibilità della totalità, o della maggioranza delle azioni di ciascuna società operativa e, quindi, la totalità o la maggioranza dei voti assembleari in ciascuna di esse (35).

Su tale base, viene impostato il secondo quesito e, cioè, se il soggetto *holding* sia per ciò stesso (e cioè in virtù del potere direttivo esercitato, secondo lo schema organizzativo e funzionale della *holding* pura e operativa) a sua volta un'impresa, indipendentemente dallo svolgimento di attività accessorie o di servizi.

Al quesito viene data risposta affermativa, nel senso che la capogruppo è impresa, per il fatto di esercitare attività imprenditoriale nella sua completezza, in una fase in via diretta, in altra fase in modo mediato ed indiretto. Con ciò, la nozione economica che individua nel gruppo sostanzialmente un'unica impresa articolata su più soggetti, trova una corrispondente qualificazione giuridica, individuando nel gruppo, in quanto tale, un'unica impresa articolata, alla quale peraltro non corrisponde un unico imprenditore ma, mediante l'incidenza dell'attività indiretta, una pluralità di imprenditori quanti sono i soggetti del gruppo e, tra essi, il capo gruppo.

A dette conclusioni la giurisprudenza è pervenuta traendo spunto da una ben nota opinione di dottrina (36), secondo cui la *holding*, pur non esercitando direttamente alcuna attività di produzione e di scambio di beni e di servizi (e l'attività direttiva ben difficilmente potrebbe rientrare nel concetto di servizio *ex art. 2082 c.c.*), pur tuttavia esercita un'attività di partecipazione ad attività di produzione e di scambio, con la conclusione che lo scopo di partecipare ad attività imprenditrice può essere sufficiente, non solo ai fini dell'art. 2247 c.c., ma anche a quelli dell'art. 2082 e 2195 c.c., facendo qualificare come commerciale lo scopo della società *holding*.

I dati normativi di riferimento, sulla quale costruire la partecipazione indiretta ad attività di impresa, come impresa in senso pieno, sono i seguenti:

1) La valorizzazione del concetto di "fase dell'attività di impresa" tratto dall'art. 2602 (nel testo modificato dalla l. n. 377/76), ritenendosi non azzardato considerare l'attività di direzione e di coordinamento del gruppo da parte della *holding* alla stregua di una "fase dell'attività imprenditoriale" esercitata dalle società partecipate ed operative; dalla normativa del consorzio, in definitiva si trae il concetto di attività di impresa esercitata in via mediata;

2) Dall'art. 2361 c.c., laddove si vieta la assunzione di partecipazione in altre imprese se ne risulta modificato, per la misura e per l'oggetto, l'oggetto sociale determinato dall'atto costitutivo, si trae la deduzione che una modificazione dell'oggetto della società partecipante può verificarsi, in quanto l'attività della società cui si riferisce la partecipazione, diventi essa stessa oggetto della società partecipante. Se, peraltro, l'oggetto della partecipata può influire sull'oggetto della partecipante, divenendo oggetto della stessa, ciò significa che una determinata attività di produzione e scambio può costituire oggetto sociale (e quindi essere oggetto di attività di impresa) sia come oggetto immediato (della società operativa) sia come oggetto mediato (della *holding*).

3) L'art. 2429-*bis*, nel testo derivante dalla miniriforma delle società per azioni del 1974, ha sviluppato il concetto prevedendo l'illustrazione, nella relazione degli amministratori al bilancio, l'andamento della gestione nei settori in cui la società ha operato "anche attraverso altre società da essa controllate", ribadendo la rilevanza dell'operatività mediata.

Seguendo questa indicazione si addivene all'individuazione della capogruppo quale impresa per il fatto di esercitare nella sua completezza un'attività di impresa, in parte in via immediate (attività direttiva), in parte in via mediata attraverso le partecipanti operative.

Seguendo dette indicazioni, in definitiva, dalla stretta connessione tra i concetti di oggetto sociale, scopo tecnico ed interesse sociale, si addivene alla conclusione che l'impronta dell'imprenditorialità della controllata sulla controllante si riflette, non solo sulla qualificazione in termini di imprenditorialità dell'attività della controllante, ma sulla qualificazione in termini di economicità della stessa attività della controllante, e sull'interesse sociale che dell'economicità della attività costituisce lo scopo.

Se l'intento originario del legislatore del 1942 era quello di adeguare i concetti ed i mezzi giuridici ai sistemi dell'economia, l'evoluzione giurisprudenziale mi sembra abbia corrisposto, nel campo dell'attività dei gruppi, ad un'evoluzione dell'attività economica, individuando il fenomeno dell'impresa in senso giuridico all'impresa di grandi dimensioni, ancorché frazionata, in senso economico.

5. L'attività di impresa.

L'attività in cui si concretizza l'esercizio dell'impresa, descritta dall'art. 2082 c.c. al fine dell'individuazione della figura soggettiva dell'imprenditore, viene caratterizzata dalla professionalità, dall'organizzazione, dal carattere dell'economicità, dalla funzione volta alla produzione o allo scambio di beni e di servizi.

La professionalità richiede l'abitudine dell'attività produttiva, pur non richiedendosi né che si tratti di attività esclusiva (Cass. 3 dicembre 1981 n. 6395), né lo svolgimento continuativo, comprendendosi nell'attività imprenditoriale anche l'esercizio stagionale, purché mostri stabilità (Cass. 6 aprile 1968 n. 1051), ritenendosi peraltro costituire attività di impresa anche lo svolgimento di un unico affare, quando la rilevanza economica e le modalità di svolgimento permettendo di escludere l'occasionalità (Cass. 31 maggio 1986 n. 3690).

L'organizzazione assume rilievo sia come "attività di organizzazione", sia come "attività organizzata".

Sotto il primo profilo si è posto il quesito se l'attività di organizzazione sia già attività di impresa, ovvero abbia il carattere preimprenditoriale, e la giurisprudenza si è espressa sul punto con pronunce non uniformi, soprattutto in sede fallimentare, aderendo talora alla prima impostazione assoggettando a fallimento chi cada in dissesto nella fase organizzativa (Cass. 10 settembre 1974 n. 2460), talaltra alla seconda (Cass. 9 dicembre 1976 n. 4577).

Sotto il secondo profilo si pone in rilievo come l'organizzazione abbia per oggetto il lavoro ed i fattori produttivi (capitale e lavoro), non essendo essenziale, peraltro, alla figura imprenditoriale l'organizzazione del lavoro altrui, ben potendo sussistere un'impresa senza dipendenti. Sotto altro profilo può sussistere impresa senza azienda, esplicitandosi esclusivamente nell'organizzazione del lavoro altrui. È essenziale, peraltro, che una delle due forme organizzative si attui e si manifesti, costituendo il difetto delle due forme organizzative la distinzione tra impresa e lavoratore autonomo, ovvero lavoro professionale.

L'economicità, secondo gli indirizzi più recenti, non deve essere confusa con un elemento soggettivo (l'intendimento di perseguire un lucro), assumendo un rilievo oggettivo ed identificandosi con il metodo economico di gestione (la copertura dei costi con i ricavi), con l'obiettivo idoneità dell'attività a produrre un profitto (Cass. 5 giugno 1987 n. 4912), indipendentemente dal fatto che il profitto sia realmente conseguito ovvero sia destinato a fini lucrativi o altruistici.

Vale la pena di ricordare, proprio in un periodo in cui sembra prevalere l'indirizzo alle privatizzazioni delle attività imprenditoriali esercitate da enti pubblici, e comunque all'assunzione di forme societarie di diritto privato al fine di orientarne la gestione su criteri di economicità, che con previsione anticipatoria la c.d. Commissione Ferri in data 27 ottobre 1983 aveva consegnato al Ministero di Grazia e Giustizia un progetto di legge intitolato "STATUTO DELL'IMPRESA", che faceva perno proprio sul criterio di economicità dell'attività imprenditoriale, sia pubblica che privata. Ed invero era previsto all'art. 2 che "Le attività economiche ...sono organizzate secondo criteri di economicità anche se sono esercitate dallo Stato o da altri enti pubblici o da società a partecipazione pubblica" puntualizzando detto criterio la base della concorrenza di mercato, con la previsione (al secondo comma di detto articolo) che "Fuori dei casi consentiti dall'art. 43 della Costituzione le imprese pubbliche o a partecipazione pubblica agiscono sul mercato in concorrenza con le imprese private".

Per quanto attiene al carattere operativo dell'attività di impresa, attraverso cui si esplica la gestione imprenditoriale, mi sembra opportuno cogliere un aspetto che, rispetto alla disciplina del codice ed alla tipicità delle forme negoziali, è andato assumendo un rilievo sempre maggiore e che, ha indotto alcuni autori a parlare di "ricommercializzazione del diritto commerciale", ovvero di "commercializzazione del diritto delle obbligazioni" (37).

Mi riferisco ai contratti di impresa atipici che, ancorché non regolati specificamente da disciplina normativa, caratterizzano ampi settori dell'attività imprenditoriale, ed assumono forme generalizzate e diffuse nei vari mercati, anche internazionali, inducendo a parlare di una nuova *lex mercatoria* su base negoziale caratterizzata da situazioni uniformi.

È pur vero che il singolo contratto, considerato isolatamente, ancorché posto in essere da un'impresa, è un atto, non l'attività caratterizzante l'impresa e l'imprenditore che la esercita. È altresì vero però che, se considerati nella loro atipicità e nelle condizioni seriali di esecuzione, le

forme contrattuali atipiche finiscono per caratterizzare tipi di impresa (si pensi alle imprese di *leasing*, a quelle esercenti il *factoring*, lo *engineering*) specializzati in singoli settori di mercato, ovvero per integrare forme ausiliarie di esercizio di attività imprenditoriali note (si pensi nell'ambito dell'attività bancaria o finanziaria in genere, alla fideiussione generale o al contratto autonomo di garanzia, delineato sulla base del credito documentale).

L'autonomia del diritto commerciale, in base all'art. 1 del codice di commercio abrogato, si fondava sulla anteposizione, nell'ordine delle fonti, degli "usi mercantili" al "diritto civile". Gli usi commerciali, peraltro, hanno finito per riaffiorare nel loro valore vincolante, attraverso i principi dell'autonomia contrattuale, caratterizzando i singoli contratti standardizzati attraverso cui l'attività di impresa, o di determinate imprese, si esplica. Si sono create, di conseguenza, norme uniformi e condizioni generali di contratto, sulla base delle iniziative di singole categorie imprenditoriali, che hanno raccolto norme usuarie anche in deroga alla disciplina di singoli contratti tipici, che vengono poi introdotte nei contratti standardizzati ed in serie e cui la giurisprudenza ha riconosciuto carattere di validità.

Si ricordi l'opera della giurisprudenza, ormai quasi venticinquennale, nel riconoscimento della fideiussione generale nell'ambito della figura della fideiussione per le obbligazioni future (Cass. 20 luglio 1977 n. 1887; Cass. 1 agosto 1988 n. 4971), cui accedeva la clausola in deroga alla disciplina dell'art. 1956 c.c.. Di rilievo, ancora ed in epoca più recente, l'opera della giurisprudenza nella riaffermazione del principio di buona fede nella stipulazione ed esecuzione proprio nel contratto di fideiussione generale (pur senza giungere alla determinazione precisa di un canone), a freno di abusi che nell'applicazione di detto contratto si riscontravano (Cass. 15 marzo 1991 n. 2790; Cass. 18 luglio 1989 n. 3362), rilievo che verosimilmente ha costituito l'impulso per il legislatore all'emanazione dell'art. 10 della l. 17 febbraio 1992 n. 154, modificativo dell'art. 1938 nel senso della necessaria previsione del limite massimo garantito, nonché dell'art. 1956 nel cui ambito è stata disposta la non validità della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione.

Si ricordi in diverso settore (il contratto di *leasing*) l'opera della giurisprudenza di legittimità che, dopo avere inquadrato il contratto di *leasing* tra i contratti innominati a prevalente funzione di finanziamento (Cass. 28 ottobre 1983 n. 6390; 6 maggio 1986 n. 3025; 26 novembre 1987 n. 8661; 15 ottobre 1988 n. 5623), ha finito per scindere la fattispecie a seconda che caratterizzi un contratto di impresa ovvero un finanziamento all'acquisto (Cass. 13 dicembre 1989 n. da 5569 a 5574 confermata da Cass. S.U. 7 gennaio 1993 n. 65).

Si ricordi il contratto di sponsorizzazione che la recente disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato l. 6 agosto 1990 n. 223, qualifica all'art. 8 sul piano del "contributo di un'impresa pubblica o privata... al finanziamento dei programmi allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti", e che per le imprese televisive private, non a pagamento, costituiscono, unitamente ai proventi della pubblicità, i ricavi aziendali, con una particolare scissione, rispetto alla onerosità delle prestazioni dell'impresa, tra i destinatari dei servizi radiotelevisivi, sostanzialmente gratuiti, ed i richiedenti dei servizi di pubblicità, essenzialmente onerosi. Particolare è, quindi, la caratterizzazione di dette imprese nelle quali i destinatari del servizio non sono anche coloro che acquistano il servizio, ma costituiscono solo i destinatari del veicolo pubblicitario cui si connette una attività onerosa di pubblicità.

Tramite i nuovi contratti di impresa, intesi come le forme negoziali connesse alle esigenze sia organizzative sia produttive di singole attività di impresa, in definitiva, si riscoprono, alla luce di esperienze concrete, alcuni caratteri originali del diritto dell'impresa, espressione della rinnovata capacità dei "mercatores" di creare diritto, mediante i modelli contrattuali da loro predisposti, attraverso le clausole meno compatibili con schemi nominati ovvero con principi generali consolidati, modelli confluiti in raccolte di usi che, con l'osservanza costante di essi ed il loro progressivo recepimento nella giurisprudenza, sono diventati diritto regolatore dei vari contratti e delle attività di impresa (38).