

L'IMPRESA COME FATTISPECIE (*)

SOMMARIO: 1. La qualificazione dell'impresa come fattispecie e le sue implicazioni. a) Un riflesso sul metodo. — 2. b) Il rapporto impresa imprenditore. — 3. c) Ruolo dell'attività e dell'organizzazione nella fattispecie. — 4. d) L'impresa come comportamento. — 5. *Segue*: natura e requisiti del comportamento imprenditoriale. — 6. Due precisazioni sullo stesso tema: fattispecie dell'impresa e «comando». — 7. *Segue*: fattispecie dell'impresa e illecito. — 8. e) L'imputazione della fattispecie: ancora su esercizio e comando dell'impresa. — 9. L'imputazione e la natura della fattispecie: imputazione degli atti e imputazione dell'attività di impresa. — 10. Criteri particolari per l'imputazione della fattispecie impresa? — 11. Spendita del nome e paternità del comportamento imprenditoriale.

1. — La dottrina non ha mancato di avvertire che all'impresa va propriamente assegnato, nell'ambito dei concetti normativi, il ruolo di fattispecie ⁽¹⁾: qualificazione che può apparire riduttiva solo a chi non abbia confidenza con le tecniche del diritto e che non è comunque opinabile, essendo ovvio che anche la normativa dell'impresa

(*) In *Rivista di diritto civile*, 1982, I, p. 109 ss.; e negli *Scritti su «Le fonti normative e altri temi di vario diritto» in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985, p. 605 ss.

⁽¹⁾ Particolarmente FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, p. 112; FERRARA jr., *Imprenditori e società*⁶, Milano, 1980, p. 44 e nota 1; MINERVINI, *L'imprenditore, Fattispecie — Statuti*, Napoli, 1974, p. 8 ss.; OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 1976, I, p. 591 ss., [supra, p. 56 ss.]; SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2270 ss. e soprattutto COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, Padova, 1974, p. 5 ss. Per l'attività in genere, AULETTA, voce «Attività (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, III, s. d., ma Milano, 1958, specie p. 931 ss.

presuppone una fattispecie e che questa fattispecie non può essere altro che l'impresa medesima. Di tale qualificazione tuttavia non si sono forse individuate o per lo meno «riunite» le varie implicazioni: ed è ciò che si vorrebbe fare in queste pagine anche per meglio determinare la portata, certo non meramente teorica.

a) La prima implicazione, intuitiva ma non mai abbastanza ribadita, è di metodo. La qualificazione come fattispecie — cioè come dato della realtà economico—sociale *normativamente delimitato* — tronca ogni discussione sul valore della delimitazione o, se vuoi, della «definizione» codicistica (art. 2082 c. c.): l'identificazione della fattispecie, in quanto presupposto e limite della produzione di effetti, è compito e oggetto di normazione non meno della formulazione della regola, in realtà da essa non distinguibile, ed è a pari titolo vincolante per l'interprete. Almeno sotto questo profilo il dichiarato anticconcettualismo dell'interprete copre bene spesso un proprio concettualismo e comunque una scelta diversa da quella legislativa.

2. — b) Una seconda implicazione riguarda il rapporto tra le nozioni di impresa e di imprenditore.

Fattispecie è l'impresa, non l'imprenditore⁽²⁾; nozione, quest'ultima, che attiene, sia come riflesso della paternità della fattispecie, sia come sintesi dei momenti della disciplina, alla sfera dell'effetto⁽³⁾. Tanto basta per riconoscere all'impresa il carattere di nozione originaria e di nozione primaria rispetto a quella di imprenditore e per sfatare la diversa valutazione ancora stranamente diffusa. Che il codice definisca l'imprenditore non dovrebbe ingannare nessuno sul reale rapporto tra i due concetti normativi, giacché l'imprenditore è definito (né potrebbe essere diversamente) in funzione (dell'esercizio) dell'impresa; anche terminologicamente e topograficamente l'impresa

(2) Parla invece con insistenza di «fattispecie imprenditore» (ma anche di attività come fattispecie) BUONOCORE, voce «Imprenditore (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XX, s. d., ma Milano, 1979, p. 515 ss.

(3) Non va condivisa quindi l'affermazione di PANUCCIO (*Teoria giur. dell'impresa*, Milano, 1974, p. 79) che l'impresa attiene non al piano del fatto ma a quello dell'effetto e neanche l'affermazione che l'impresa possa essere «oggetto del traffico giuridico» (*ivi*, p. 66). Peraltro lo stesso autore appare orientato nel senso di considerare l'impresa come attività e come «comportamento».

«precede» l'imprenditore (titolo II del libro V: «Del lavoro nell'impresa» capo I: «Dell'impresa in generale» sezione I: «Dell'imprenditore»). Analogo era — salva la diversità di contenuto *delle fattispecie* — il rapporto tra le nozioni di atto di commercio e di commerciante secondo la legislazione previgente (artt. 3 e 8 c. co.) ⁽⁴⁾.

La definizione generale dell'imprenditore — contenuta per comune convincimento nell'art. 2082 c.c. — è dunque anche e anzitutto definizione generale dell'impresa, espressa dalle parole che nel testo della disposizione sono rette dal verbo «esercita» (cfr. anche gli artt. 2070, 2084, 2085, 2088, 2093 e gli artt. 320, 397, 425, 2138, 2145, 2173, 2196, 2198, 2203 ss., 2555, 2557: esercizio dell'impresa, gestione dell'impresa, inizio e cessazione dell'impresa).

Ho appena accennato tuttavia che il rilievo della nozione di imprenditore va colto sotto due riflessi: quello della titolarità e quello della disciplina (della condizione) soggettiva o dello «statuto speciale». Il primo è un riflesso necessario della produzione della fattispecie: esprime la paternità di tale produzione e, in sé e per sé, si esaurisce in un problema di imputazione, quale che sia il «centro» (dotato di personalità o di semplice «autonomia») della imputazione medesima. Come tale, attiene anzi — e ne vedremo la conferma in seguito — alla sfera dei principi generali, non della disciplina speciale dell'impresa. Non vi può essere impresa senza titolarità e imputazione: vi può essere impresa senza applicazione, o applicazione totale, o identica formulazione dello «statuto». Solo questo senso, non il senso della negazione della titolarità e dell'imputazione, può avere la formula «impresa senza imprenditore»: l'impresa degli enti pubblici non economici (ai quali le disposizioni del libro V si applicano «limitatamente alle imprese da essi esercitate»: art. 2093, comma 2°) e l'impresa dell'incapace «non autorizzata» non sono ipotesi di imprese senza titolarità ma semmai di titolarità senza «statuto» ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Neanche il commerciante era *mai* fattispecie: fattispecie commerciale era (oltre che l'atto oggettivo di commercio) l'atto del commerciante (atto soggettivo di commercio: art. 4 c. co.).

⁽⁵⁾ Il rilievo, ovvio per l'impresa dell'ente pubblico non economico (sull'ipotesi da ultimo CIRENEI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1981 (ed. provv.), p. 141 ss.) e per l'impresa «strumentale» di un'associazione o fondazione (ipotesi che è stata talvolta

Non necessaria ma «convenzionale» è invece, in termini normativi, la disciplina speciale (una o altra disciplina) della condizione di titolarità: lo «statuto». Ho altra volta rilevato che lo statuto può esserci o non esserci, esserci tutto o in parte, concentrarsi sullo stesso soggetto o distribuirsi — nei suoi diversi momenti — su soggetti diversi (6); più di recente — partendo da analoghe premesse — si è criticato il convincimento secondo cui «pare assurdo configurare una assunzione parziale della qualità di imprenditore», trattandosi in realtà solo di «frazionamento del complesso di regole nelle quali quella disciplina (lo “statuto”) si lascia scomporre» (7). Il ridimensionamento della qualità di imprenditore «come portatrice dello statuto» non può tuttavia menomare il rilievo di tale qualità come sinonimo della titolarità ed espressione della imputazione.

3. — c) Se nella fenomenologia complessiva e nella tipizzazione della realtà l'impresa ha ruolo di fattispecie, occorre precisare quale ruolo abbiano in rapporto alla fattispecie le due componenti essenziali della «attività» e della «organizzazione» (8). È su questo terreno infatti che sono sorti dubbi circa la validità o la sufficienza della configurazione dell'impresa come attività o come comportamento (9).

riavvicinata alla prima: ma in senso contrario vedi ora SPADA, *op. cit.*, pp. 2274-2275; FARENGA, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società*, in *Dir. fall.*, 1981, p. 217 ss., dove i richiami), mi sembra valido anche per l'attività d'impresa esercitata senza autorizzazione in nome dell'incapace. Infatti, se quest'ultimo non può essere investito dallo «statuto», sembra da ammettere che in tale ipotesi vi sia impresa (se ben vedo, FERRARA jr., *loc. cit.*, p. 44, nota 36) e disciplina oggettiva dell'impresa: ciò anche considerando che gli atti dell'esercizio, benché eccedenti l'ordinaria amministrazione, non sarebbero né inesistenti né inefficaci ma solo annullabili. Vero è che si è ritenuto applicabile lo statuto al rappresentante legale (COLUSSI, *op. cit.*, p. 272 ss.) ma la tesi appare difficile da condividere, conducendo alla conseguenza che altri sarebbe l'imprenditore o la persona soggetta allo statuto e altri il soggetto degli atti d'impresa. Il discorso non è sostanzialmente diverso per l'impresa esercitata direttamente dall'incapace, nella quale ipotesi non è poi prospettabile l'alternativa richiamata da ultimo.

(6) *Realtà giuridica globale*, cit., p. 601 ss., [*supra*, p. 68 ss.]

(7) SPADA, *op. cit.*, specie p. 2271.

(8) Mi riferisco all'impostazione accolta nel mio scritto cit. specie p. 593 ss.

(9) La discussione in PANUCCIO, *op. cit.*, p. 81 ss. Dubita, da ultimo, della sufficienza della definizione dell'impresa come attività (e anche come fattispecie), ri-

L'organizzazione non è, a differenza di altre caratterizzazioni risultanti dalla definizione legislativa (come l'economicità e la professionalità), solo un carattere dell'attività: è, appunto, una ulteriore componente, certo strutturalmente e funzionalmente collegata alla prima nella realtà giuridica globale dell'impresa, ma essa stessa dotata di una propria realtà e come tale oggetto di diretti riferimenti normativi, tanto nell'aspetto di organizzazione patrimoniale, quanto in quello di organizzazione personale. L'organizzazione è creata per l'attività e serve all'attività: ma, mentre l'attività è identificabile solo come propria di un soggetto o di un centro di imputazione, l'organizzazione, una volta creata, ha esistenza oggettiva fuori del soggetto e può servire successivamente all'attività di soggetti diversi⁽¹⁰⁾. Infatti, mentre l'attività non può durare oltre il soggetto e non può essere oggetto di trasferimento o di successione, tutto ciò è possibile per l'organizzazione nella sua destinazione ed idoneità all'esercizio dell'attività. Anzi l'organizzazione, nella propria oggettiva realtà, può divenire punto di riferimento di interessi, privati o pubblici, diversi non solo da quelli «del soggetto» ma da quelli (produttivi) dell'attività. Anche se sarebbe troppo invertire in termini generali il rapporto di strumentalità tra organizzazione e attività, non si possono ignorare le tendenze teoriche, pratiche e normative a mettere, per così dire, l'attività al servizio dell'organizzazione non solo nel senso di sostenerla, svilupparla, affermarla sul mercato, accumulando in essa produttività (e quindi avviamento), ma nel senso della possibile funzionalizzazione dell'attività, almeno in determinate congiunture, alla sopravvivenza e al salvataggio dell'organizzazione⁽¹¹⁾.

proponendo quella di «ordinamento», inteso come (auto)organizzazione, GALLONI, *Lezioni sul diritto dell'impresa agricola*, Napoli, 1980, p. 9. ss. e *La nuova nozione di «imprenditorialità» in agricoltura*, in *Nuovo dir. agr.*, 1981, p. 54 ss.

⁽¹⁰⁾ In tal senso l'impresa è «forma» di attività o meglio attività in una certa forma (vedi il mio *Materia agricola e «forma» commerciale*, negli *Scritti in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 87 ss., [supra p. 78 ss.], come felicemente l'ha qualificata il legislatore (art. 2238 c.c.; cfr. anche art. 5 d.p.r. 29 settembre 1979, n. 597, sull'Irpef).

⁽¹¹⁾ Vedi, anche per i richiami, GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 559 ss.; OPPO, *Profilo sistematico dell'amministrazione*

Se tutto ciò è vero, non è men vero tuttavia che il ruolo dell'organizzazione, nella identificazione dell'impresa come fattispecie, resta quello di strumento qualificato dell'attività. L'organizzazione come tale non può infatti giocare, sul piano considerato, un ruolo autonomo perché come organizzazione di beni si appartiene al campo degli oggetti di diritto, come organizzazione di persone al campo dei rapporti giuridici (o, se vuolsi, dell'istituzione), l'uno e l'altro estranei così alla nozione come al «valore» della fattispecie giuridica. Né si dica che è questa una visione riduttiva per lo meno della organizzazione di lavoro. Certo la valutazione di quest'ultima non si esaurisce nei termini ora detti; ma neanche si può dimenticare, in una teoria dell'impresa, che l'iniziativa e la funzione dell'organizzazione di persone sono, all'origine, quelle stesse dell'organizzazione patrimoniale e che il legame con l'impresa si costituisce col meccanismo del rapporto obbligatorio e del diritto dell'imprenditore alla prestazione dell'opera altrui.

Ciò non può essere cancellato dal fatto che l'organizzazione di lavoro, una volta costituita, abbia anche propri interessi e propri mezzi per tutelarli: il lavoro anche se «diritto» costituzionale, non è fine a se stesso e ha tutela in quanto «concorra», come è doveroso per ogni attività e funzione, «al progresso materiale e spirituale della società» (art. 4 Cost.): è anzi da ritenere che, nel concetto del costituente, solo *questo* sia «lavoro» e non qualunque attività o esplicazione di energia dell'individuo, di ordine fisico o intellettuale. Orbene, il concorso del «lavoro nell'impresa» al «progresso materiale e spirituale della società» è concorso alla realizzazione della finalità produttiva in funzione della quale la comunità di lavoro è costituita con il meccanismo anzidetto: perciò, secondo l'art. 46 della Costituzione, l'elevazione economica e sociale del lavoro è perseguita «in armonia con le esigenze della produzione». D'altra parte, neanche si può negare spazio all'interesse e al diritto dell'imprenditore senza rinnegare non solo il meccanismo contrattuale dell'inserimento del lavoratore nell'impresa ma lo stesso riconoscimento costituzionale del-

straordinaria delle grandi imprese in crisi, in questa *Rivista*, 1981, I, pp. 234 ss. [*infra*, p. 502 ss.], 259 ss. [*infra*, p. 535].

l'iniziativa economica (art. 41 Cost.): chi costruisce fuori degli interessi congiunti dell'imprenditore, della produzione e del lavoro costruisce fuori della realtà normativa e della realtà *tout court* ⁽¹²⁾.

Tutto ciò significa che, sotto il profilo che qui interessa, è ancora legittimo considerare l'organizzazione, anche di lavoro, come strumentale rispetto all'attività «dell'imprenditore». E quindi che è legittimo considerare la fattispecie impresa come un qualificato *comportamento*: un «comportamento giuridicamente rilevante» e più precisamente «costitutivo» di effetti giuridici.

4. — *d*) Dunque comportamento: non soggetto (o centro di imputazione) né diritto (o potere) né oggetto (semplice o complesso, materiale o immateriale) né rapporto (o combinazione di rapporti o di prestazioni), secondo note tesi di volta in volta e anche autorevolmente avanzate (A. Segni, Nicolò, F. Santoro Passarelli, T. Ravà). Ma neanche — come ora si sostiene — struttura sociale qualificata da una forma di proprietà («capitalistica») la cui caratteristica starebbe nella esclusione dei «produttori immediati» dal controllo dei mezzi di produzione ⁽¹³⁾; con il che non solo si generalizzano la presenza e la contrapposizione all'imprenditore di tali «produttori» (non necessarie, notoriamente, neanche nell'impresa non piccola: si pensi, oltre che all'imprenditore individuale produttore immediato, alla cooperativa di lavoro) ma, dopo aver constatato la concezione dell'impresa come diritto, si torna a caratterizzarla sostanzialmente in termini di «appartenenza».

D'altro canto va ribadito che il momento dell'attività è proprio ed esclusivo dell'impresa mentre nell'azienda può vedersi (oltre che uno strumento) solo un risultato di attività: e ciò vale anche per il riavvicinamento, proposto da taluno, al possesso ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Non stupisce che in un diverso ordine di idee si sia giunti a proporre di rinunciare a qualunque teoria dell'impresa e anche all'uso di questo termine (PORZIO, *Contro una nuova teoria dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1977, p. 522 ss.).

⁽¹³⁾ GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1981, specie p. 121 ss., dove anche richiami.

⁽¹⁴⁾ Vedi invece T. RAVÀ, *Diritto industriale*², I, Torino, 1981, p. 409 ss., il quale parla dell'azienda sia come attività, sia come bene.

Infine va riconosciuto che il comportamento imprenditoriale, come fattispecie sostanziale della normativa, non trova equivalenti nel nostro ordinamento in una o altra «forma» o pubblicità o apparenza, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti (15).

5. — Resta da qualificare l'impresa appunto nell'ambito dei comportamenti giuridicamente rilevanti.

Come comportamento, l'attività dell'imprenditore è considerata dal codice attività di *lavoro* (rubrica del titolo II del libro V: «Del lavoro dell'impresa», da rapportare all'art. 2060). Interessano poco qui le discussioni su questa «filosofia» del codice, la quale ha peraltro un innegabile aspetto di verità. Interessa che, come attività di lavoro, (l'esercizio del) l'impresa viene in considerazione come comportamento attuativo (16), dominato — come si è detto (17) — dal «principio di effettività» e composto, oltre che di momenti giuridici, di momenti «tecnici», intellettuali e materiali. Ciò non significa che l'attività cancelli gli atti, neanche ai fini del nostro discorso, e ne vedremo le conseguenze sul tema dell'imputazione: è tuttavia da riconoscere che la considerazione come attività di lavoro e come comportamento attuativo consente la considerazione unitaria, *sub specie universitatis*, di tutti quei momenti cogliendone i requisiti giuridici comuni e, per così dire, «minimi».

In questi termini, l'impresa non è, chiaramente, negozio né in genere comportamento i cui effetti siano determinati o diretti dalla volontà dell'agente o modellati in funzione di essa. Nell'alternativa tra sfera dell'«atto» e sfera del «fatto», si è giustamente preferita la prima qualificazione, argomentando particolarmente dal rilievo della capacità (almeno nell'impresa commerciale) (18). Più in generale è da

(15) Vedi il mio *Materia agricola ecc.*, cit., e PANUCCIO, *teoria*, cit., p. 117 ss.

(16) O «attuoso»: FALZEA, *Comportamento*, in *Voci di teoria gen. del diritto*, Milano, 1978, p. 710.

(17) PANUCCIO, *Note in tema di impresa illecita*, in questa *Rivista*, 1967, I, p. 585 ss., specie p. 597 e gli altri da lui richiamati dello stesso a. successivamente *Teoria*, cit., pp. 102 ss., 117 ss.

(18) COLUSSI, *op. cit.*, p. 37 ss. Nel testo si accenna naturalmente al meccanismo di produzione dell'effetto proprio dell'atto: va da sé che l'impresa non è atto singolo (neanche continuato, nel senso illustrato nei miei *Contratti di durata*, in *Riv.*

dirsi che alla fattispecie è essenziale, se non la volontà degli effetti, la volontarietà e consapevolezza del comportamento, all'origine e nel suo carattere *durevole*; volontarietà e consapevolezza presupposte dalla sua imputazione⁽¹⁹⁾. Sotto questo aspetto l'impresa, se non è manifestazione di *autonomia*, nel senso in cui questa è intesa dalla teoria del negozio, è certamente manifestazione di *iniziativa*⁽²⁰⁾, la cui «libertà» è consacrata, per i privati, dall'art. 41 Cost. L'impresa non può essere «imposta» senza violazione di quel precetto costituzionale: né originariamente, né costringendo alla continuazione dell'esercizio. L'impresa, d'altra parte, può essere imputata ad un soggetto diverso da quello che la «esercita» (volontariamente) solo con meccanismi capaci di «sostituzione», e quindi di traslazione degli effetti: fuori di essi l'impresa può solo essere fatta cessare (per cause che non tocchino quel principio di libertà) ed essere sostituita *da altra*, cioè da un'impresa facente capo a un diverso centro di imputazione⁽²¹⁾.

Sul piano dell'autonomia o dell'iniziativa, d'altra parte, l'impresa non richiede — come si è detto — altro che la volontarietà e coscienza del comportamento. Non vi sono altri requisiti che attengano alla volontà o all'intento dell'agente⁽²²⁾. Mutuando l'elegante formu-

dir. comm., 1943, I, n. 4 [in questi *Scritti*, III, p. 200 ss.] ma *attività* e dunque, semmai, «combinazione» di atti (vedi già il mio *Materia agricola*, cit., specie p. 90 e nota 1, [*supra*, p. 82, nota 8]; FANELLI, *op. cit.*, p. 113).

⁽¹⁹⁾ Sul rapporto tra comportamento e imputazione o imputabilità («carattere necessario dell'atto cosciente e volontario»), le preziose pagine di FALZEA, *Comportamento*, cit., specie pp. 613 ss., 647 ss.

⁽²⁰⁾ Altro incontro non casuale con la teoria generale del comportamento: vedi ancora FALZEA, *op. cit.*, specie pp. 657 ss., 669, 673, 678 ss., sia per la graduazione della libertà e dell'iniziativa nel comportamento in genere e nell'atto come *specie*, sia per la inclusione della «imprenditorialità» tra le «iniziative comportamentistiche intermittenti». L'a. intende queste ultime come comportamenti che «si distendono nel tempo» e sono «caratterizzati da un nesso funzionale che collega le singole fasi di presenza con un ponte gettato sul vuoto delle fasi di assenza: un ponte che fa del discontinuo delle singole fasi il continuo dell'intera serie e riduce a unità la molteplicità»: *op. cit.*, pp. 684 e 685 ss.

⁽²¹⁾ Vedi il mio scritto citato a nota 11 e già quanto osservavo in questa *Rivista*, 1971, I, p. 740 ss. [*infra*, p. 490 ss.]. Diversamente orientato anche qui PANUCCIO, *Teoria*, cit., p. 180 ss.

⁽²²⁾ PANUCCIO, *op. ult. cit.*, pp. 109 ss., 129 ss.; per l'attività in genere AULETTA, voce cit., p. 981 ss.

la di Falzea, si può dire che è proprio del comportamento imprenditoriale, e capace di identificarlo (o di concorrere ad identificarlo), «l'orientamento oggettivo» che «lo indirizza e gli dà un senso» e che svolge (sempre oggettivamente) «l'ufficio di segnale dell'interesse del soggetto»⁽²³⁾: non più di questo, giacché si tratta di uno di quei comportamenti che «rivelano i valori pratici anche senza e talora contro la volontà del soggetto»⁽²⁴⁾.

Si ha così la conferma — sul piano sistematico e costruttivo — della irrilevanza dei moventi o dell'intenzione del soggetto, sia nella valutazione dell'impresa in sé, sia nella valutazione di singoli requisiti o caratteri: alludo, in particolare, al senso della economicità e della professionalità, non condizionabili all'accertamento, rispettivamente, di un intento di profitto o di un intento di durare⁽²⁵⁾. Non vale a riaprire la discussione sullo scopo di lucro postularlo come dato certo rispetto alla economicità oggettiva (e dunque alla «produttività» dell'attività), presentata come «mitica» creazione di ricchezza⁽²⁶⁾: inversione della realtà pratica e normativa che approda a poco se si ammette che la legge non considera essenziale quel movente, che approda a un risultato accettabile se si intende che talune imprese siano da esso condizionate e altre no, che introduce comunque nel controllo della fattispecie una ricerca dell'intenzione che dovrebbe ormai apparire a chiunque inammissibile, praticamente più ancora che concettualmente.

Come non è possibile trasposizione dei requisiti che attengono all'intento, così non è possibile (anche se non è mancato qualche tentativo in tal senso), trasposizione del requisito della causa, anch'esso proprio degli atti i cui effetti si conformano all'intento dell'agente⁽²⁷⁾. Il «fine», di cui è parola nella definizione dell'art. 2082 (pro-

(23) FALZEA, *op. cit.*, specie p. 685 ss., il quale estende il concetto agli atti reali quali occupazione, derelizione, possesso, detenzione, *negotiorum gestio*, sostituendolo al concetto di *animus*.

(24) Sempre FALZEA, *op. cit.*, p. 698.

(25) Rinvio ancora al mio scritto citato a nota 1.

(26) GLIOZZI, *op. cit.*, p. 130 ss.

(27) Sul tema particolarmente PANUCCIO, *Note in tema di impresa illecita*, cit., specie p. 592 ss. e *Teoria*, cit., p. 109 s.; per un accostamento del fine produttivo

duzione o scambio di beni o di servizi), non è un effetto pratico giuridico visto in prospettiva di funzione ma è, per sé, solo un risultato materiale, economico o tecnico, qualificabile piuttosto in termini di *oggetto* e che solo se trasportato all'interno di una dinamica contrattuale potrebbe (come nella società) sortire un riflesso causale.

6. — I requisiti dell'attività sono dunque solo quelli risultanti dall'art. 2082 e su di essi non è il caso di tornare in questa sede⁽²⁸⁾. Qualche precisazione è tuttavia opportuna sotto due aspetti che toccano direttamente la qualificazione del comportamento imprenditoriale.

Il primo riguarda il senso della produttività, della quale si è appena ribadito il carattere di connotato insostituibile (se non esaustivo) dell'attività *economica*. Recentemente si è affermato che in realtà sotto l'etichetta dell'attività economica si comprendono cose assai diverse: diverse sarebbero cioè l'attività immediatamente produttiva e l'attività di comando del lavoro altrui e quindi diverse — in questo senso — l'attività industriale e l'attività dell'artigiano⁽²⁹⁾. La constatazione non sembra gran che...«produttiva» — se con essa non si è inteso escludere che comportamento imprenditoriale vi sia in entrambi i casi — neanche sul piano classificatorio: anche l'artigiano può «comandare» lavoro altrui e nulla vieta che l'industriale partecipi all'attività di «produzione immediata» mentre è ipotizzabile che un imprenditore «comandi» (secondo il classico esempio bigiaviano) solo...macchine automatiche. Non si intende poi perchè la distinzione debba contrapporre qualitativamente solo industriale e artigiano e non sia proposta per qualunque altra attività, a seconda che si svolga con o senza utilizzazione di lavori altrui.

La verità è che — come ho indicato altra volta⁽³⁰⁾ — questa utilizzazione, la cui rilevanza è ovvia anche al di là del piano con-

alla causa, soprattutto FANELLI, *op. loc. cit.*, e p. 87 ss. (ma sul punto vedi quanto segue immediatamente nel testo).

⁽²⁸⁾ In proposito mi sono già espresso in *Realtà giuridica globale*, cit.

⁽²⁹⁾ GLIOZZI, *op. cit.*, p. 132 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, in questa *Rivista*, 1967, I, specie p. 569 ss., [*supra*, p. 178 ss.]

trattuale, non è elemento di classificazione qualitativa delle imprese. Il comando del lavoro altrui non è che un aspetto del governo dell'iniziativa economica, essenziale a ogni condotta imprenditoriale: governo che può essere dell'attività di «produzione immediata» propria o altrui, oppure propria *ed* altrui, oltre che di ogni altro strumento di produzione; e che, lo si chiami potere, comando, dominio, sovranità o altro, rendendo in tutti i casi riferibile economicamente e socialmente (prima ancora che giuridicamente) all'imprenditore i risultati dell'opera dei «collaboratori», costituisce manifestazione adeguata di iniziativa e di attività produttiva.

A questo punto ci si deve anzi domandare se, in questa più vasta accezione, il «comando» non sia tanto elemento *della fattispecie* quanto criterio *di imputazione*: si sa infatti che come tale è stato utilizzato, con una o altra terminologia, e talvolta ritenuto sufficiente all'imputazione medesima. La risposta può apparire opinabile. Direi che, se si postula che non sia possibile sostituzione nell'attività d'impresa e anzi nell'attività in genere ⁽³¹⁾, sarebbe giusto ricondurre anche il «governo» al contenuto della fattispecie: ma allora la discussione sul potere, il dominio, la sovranità e vai dicendo si esaurirebbe in realtà in una tautologia. Sembra invece che sostituzione (non parlo naturalmente solo di rappresentanza) possa esservi, anche nell'elemento materiale dell'attività: come nel possesso è possibile sostituzione rispetto alla detenzione (art. 1140, comma 2°), così è possibile nell'impresa rispetto all'esercizio. Basta in proposito richiamare la preposizione institoria alla quale si lega — verosimilmente *per legge* — la «rappresentanza», e nella quale la sostituzione non può essere negata per ciò che taluni effetti si producano anche in capo all'institore ⁽³²⁾.

Se dunque è possibile ipotizzare una dissociazione tra esercizio e governo (come nel possesso tra detenzione e *animus possidendi*), sembra giustificato considerare il secondo sotto l'angolo visuale dell'imputazione.

(31) Sul punto PANUCCIO, *Teoria*, cit., pp. 104 ss., 121 ss.

(32) Così invece PANUCCIO, *op. loc ultt. citt.*

7. — La seconda precisazione riguarda il problema della c.d. impresa illecita. Ci si deve chiedere cioè se — esclusi in principio i requisiti degli atti di volontà — non debba valere, e in quale senso, nella nostra materia, almeno l'esigenza di *liceità* che può apparire generale a ogni comportamento che sia manifestazione di autonomia o di iniziativa. Il problema merita un cenno, sia pure dal limitato angolo visuale che interessa.

Le opinioni espresse in dottrina e in giurisprudenza sono, come si sa, contrastanti anche se appare prevalente quella secondo cui l'illiceità non esclude l'esistenza dell'impresa e l'applicazione della disciplina relativa⁽³³⁾. Può sembrare che quest'ultima conclusione si coordini con la natura, sopra identificata, del comportamento imprenditoriale come fattispecie: poiché gli effetti della fattispecie impresa non si legano all'intento dell'agente, essi — potrebbe dirsi — non trovano ostacolo nell'illecito (che paralizzerebbe invece l'operatività di quell'intento). La valutazione non può tuttavia esaurirsi in questi termini. Si è giustamente avvertita l'opportunità di una «soluzione articolata»⁽³⁴⁾: il problema infatti è di concreta collocazione dell'illecito nella fattispecie e di compatibilità della disciplina dell'impresa con la «sanzione» dell'illecito.

Una prima distinzione sembra allora operabile tra l'ipotesi in cui l'illecito attenga a condizioni o modalità di un'attività tipicamente lecita e l'ipotesi in cui affetti lo stesso oggetto dell'attività e quindi l'attività come tale. Nel primo caso si avrà violazione di un ordinamento «settoriale» o di diritti o interessi di determinati soggetti, la cui reintegrazione non richiede la disapplicazione della disciplina dell'impresa tra «imprenditore» e terzi: così per l'attività svolta senza rispettare condizioni amministrative di ammissione o in situazione di incompatibilità o in violazione di diritti altrui (anche l'attività, e

⁽³³⁾ Per l'inesistenza dell'impresa soprattutto F. FERRARA jr., *Imprenditori e società*, cit., pp. 35-36; BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, p. 192; contro FORMIGGINI, *Attività commerciale illecita*, in *Foro it.*, 1950, I, c. 917 ss.; MINERVINI, *op. cit.*, p. 28; PANUCCIO, *op. loc. cit.*; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, p. 70 ss. In questi aa. possono vedersi anche i richiami giurisprudenziali.

⁽³⁴⁾ Così COTTINO, *op. cit.*, p. 72; ma vedi anche PANUCCIO, *op. loc. cit.*

non solo il singolo atto, può essere permeata di illecito civile: si pensi all'attività che violi un'esclusiva di produzione, che sia esercitata con utilizzazione abusiva dell'azienda altrui, che pecchi di concorrenza parassitaria).

Diverso discorso vale quando l'illecito affetti l'attività come tale. Neanche qui tuttavia è a parlarsi di inesistenza (inesistente non è neanche il contratto illecito) né di nullità: la stessa analogia — da altri prospettata⁽³⁵⁾ — con la società per azioni nulla per illiceità dell'oggetto (art. 2332 c.c.) non sembra puntuale perché l'oggetto sociale è in realtà *causa* del contratto di società e la disciplina della società per azioni con oggetto illecito è pure sempre disciplina (anche se derogativa dei principi) di una nullità negoziale. Alla possibilità di argomentarne nella nostra materia potrebbe opporsi — come sopra si diceva — che, quando gli effetti non si adeguano all'intento dell'agente, essi non hanno ragione di essere paralizzati neanche dall'illecito e che, in questo senso, l'affermazione che il soggetto non è un imprenditore ma un delinquente⁽³⁶⁾ è più d'effetto che altro.

Piuttosto è a dirsi che, se la considerazione ora ripetuta ha del vero, essa vale però solo in quanto la si riferisca alla realizzazione di interessi *non coinvolti nell'illecito*. La legge infatti non può consentire o favorire la realizzazione di consimili interessi: né di interessi dell'agente né di altri, né a mezzo di atti di «autonomia» né a mezzo di atti di «iniziativa». Il principio che negli atti del primo tipo si svolge nella regola di nullità, negli atti di secondo tipo si svolge in «dequalificazione» della fattispecie a carico dell'autore o del partecipe dell'illecito; o meglio nella non invocabilità della qualificazione per la non invocabilità del proprio illecito.

È dunque da ritenere che la disciplina dell'impresa, e così lo «statuto» dell'imprenditore, sia invocabile ma solo da chi non è partecipe dell'illecito. Come discende da quanto si è osservato sopra, al n. 2, disciplina e statuto non sono una cappa che cada meccanicamente — o tutto o nulla — sul soggetto e sul suo patrimonio. Sono solo un complesso di effetti giuridici la cui produzione e valenza si

(35) COTTINO, *op. loc. citt.*

(36) F. FERRARA jr., *op. loc. citt.*

legano non solo alla singola fattispecie ma al rispetto dei principi generali; i quali certamente non dicono che da un comportamento illecito non possano derivare effetti a favore di chicchessia ma altrettanto certamente dicono che non possono derivarne a favore del responsabile dell'illecito: il *nemo audietur* non vale solo per la *turpitudinis*. L'agente quindi non potrà, ad esempio, pretendere di provare propri crediti con la contabilità, avanzare pretese proprie del titolare di un'azienda, agire in concorrenza sleale; la disciplina dell'impresa potrà invece essere invocata da chi sia entrato con lui in rapporto contrattuale o in contatto sociale ma a patto che non sia a sua volta partecipe dell'illecito. Si può aggiungere, mi sembra, che gli effetti «indivisibili» (si pensi alla dichiarazione di fallimento) gioveranno anche a chi non sia legittimato a provarli.

Nei limiti anzidetti, non si tratta di applicare regole di responsabilità o di affidamento⁽³⁷⁾ ma regole dell'impresa; e neanche il criterio discriminatore è propriamente o direttamente quello dell'apparenza di liceità⁽³⁸⁾, benché questa apparenza possa originare e provare l'estraneità all'illecito. Neanche si tratta, propriamente, di controllare la validità privatistica di atti singoli, ancorché colpiti da sanzione penale⁽³⁹⁾: non di questa validità si deve direttamente decidere ma della invocabilità della disciplina dell'impresa.

È ancora il caso di osservare che il criterio dell'estraneità o partecipazione all'illecito è da applicare, chiaramente, anche ai rapporti nati dall'attività della *società* nulla per illiceità dell'oggetto, non potendo la irretroattività della nullità e la stessa salvezza degli «atti» compiuti in suo nome (art. 2322, comma 2°) avere altro senso che quello di aprire la via all'applicazione in una materia nella quale è stata in passato frequentemente chiamata a pronunciarsi — quella della gestione delle case di meretricio — alla stregua di esso negando e riconoscendo, di volta in volta, alla controparte (mandatario, socio, associato e soprattutto lavoratore) i diritti propri di chi entra in rapporto con l'imprenditore⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ Così tuttavia COTTINO, *op. loc. citt.*

⁽³⁸⁾ PANUCCIO, *op. loc. citt.*

⁽³⁹⁾ Così ancora COTTINO, *op. loc. citt.*

⁽⁴⁰⁾ Abbondanti riferimenti in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buoncostume*, Quaderni di studi e legislazione della Camera dei Deputati, s.d., ma Roma, 1972, pp. 262-271.

8. — Qualche osservazione sul tema dell'imputazione, sempre alla stregua della qualificazione dell'impresa come fattispecie e come comportamento.

Poiché la legge fornisce scarsi elementi testuali per determinare il meccanismo di tale imputazione, gli interpreti si sono riferiti — come si sa — ora a criteri sistematici generali, ora a spunti normativi particolari, ritenuti sintomatici di uno specifico orientamento del legislatore nella materia.

Il codice dice che è imprenditore «chi esercita» l'impresa (art. 2082): dice anche che l'imprenditore è «il capo» dell'impresa (art. 2086). Quest'ultima qualifica dispiace a chi le attribuisce essenzialmente un significato «padronale» nei confronti dei lavoratori (subordinati). Ma la qualifica sembra avere tratto anzitutto a quella che, nella rubrica dello stesso art. 2086, è detta «direzione» dell'impresa, alla quale è riconducibile anche la dipendenza gerarchica dei collaboratori (che la rubrica annuncia appunto come «gerarchia nell'impresa»): ed in questo senso corrisponde a un aspetto innegabile della realtà sociale e della libertà costituzionale di iniziativa economica (cfr. anche l'art. 1 della l. 25 luglio 1956, n. 860, sull'impresa artigiana). Corrisponde altresì giuridicamente a un presupposto dell'imputazione: e qui torna il discorso accennato in fine del precedente n. 6.

L'impresa è imputata in funzione non solo dell'*esercizio* ma della *direzione*, cioè del governo o del potere o del controllo o del dominio o della sovranità, come peraltro largamente si riconosce nelle discussioni sul fondamento della qualifica di imprenditore e della responsabilità per l'impresa. È da dirsi peraltro che i due termini sono entrambi essenziali per determinare la paternità giuridica del comportamento imprenditoriale: salve le forme di sostituzione consentite dall'ordinamento, che rendano riferibile al sostituto l'attività del sostituto, non è imprenditore chi ha governo ma non esercita e non è imprenditore chi esercita ma non ha governo ⁽⁴¹⁾, anche se entrambe

⁽⁴¹⁾ Chi esercita il potere «in rappresentanza» del titolare non può essere definito «capo effettivo» dell'impresa (se non forse nell'ipotesi di incapacità del secondo); vedi invece BUONOCORE, voce «Imprenditore», cit., p. 529.

le formule vanno intese in termini di situazioni giuridiche, non di mero fatto, e quindi prospettano ulteriori problematiche.

Intanto si può dire che l'imprenditore è, a pari titolo, centro di governo e centro di imputazione dell'impresa; ed è subito chiaro che i lavoratori non possono pensarsi *a pari titolo* come partecipi dell'impresa, sia pure per eliminarne il «capo»⁽⁴²⁾; e ciò non perché ne siano esclusi da una «proprietà capitalistica» (nuovo concettualismo proposto in nome dell'anticoncettualismo) ma perché ammetterveli significherebbe coinvolgerli non solo nel governo ma nell'imputazione. La «collaborazione alla gestione» alla quale li chiama l'art. 46 della Costituzione non può, nel loro stesso interesse, generalizzare ...l'impresa di «comunità di lavoratori» di cui è parola nell'art. 43. È anzi chiaro che ciò che vale nei rapporti interni alla struttura dell'impresa vale anche per la collocazione del potere imprenditoriale nel «sistema di produzione»: programmazione, informazione, codeterminazione, contrattazione, devono rispettare il nesso tra governo e imputazione, nel che è l'essenza del principio di iniziativa.

9. — Ciò posto, il primo aspetto della problematica cui ci si riferiva si connette appunto alla natura del comportamento imprenditoriale. Nella definizione che se ne è sopra data, e in particolare nella sua rilevanza come comportamento meramente attuativo, potrebbe sembrare ad esso estraneo il meccanismo di imputazione dei comportamenti che valgono in funzione dell'intento dell'agente — meccanismo comunemente identificato in termini di spendita del proprio nome — e decisiva solo la relazione «di fatto» del soggetto con l'attività⁽⁴³⁾. Ne risulterebbe allora confortata la tendenza che con varie formulazioni — più note e discusse quella di Mossa della «sovranità» sull'impresa e quella di Bigiavi dell'imprenditore occulto — imputa la qualifica essenzialmente in base al potere o

⁽⁴²⁾ In proposito F. GALGANO, *L'imprenditore*³, Bologna, 1980, p.121 ss.

⁽⁴³⁾ «L'attività è del soggetto agente in fatto», scrive PANUCCIO, *Teoria*, cit., p. 103.

dominio anche se «esercitato» come signoria o pretesa di fatto⁽⁴⁴⁾, e in particolare anche se esercitato utilizzando «l'attività» di altri senza spendita diretta o indiretta del nome proprio⁽⁴⁵⁾. Conclusione che, in quanto collegata appunto alla natura del comportamento imprenditoriale, non avrebbe bisogno di essere sostenuta da argomenti normativi testuali o comunque specifici.

La via non appare per altro percorribile. In termini giuridici, imputazione dell'impresa significa anzitutto responsabilità *originaria e diretta* per l'impresa, nulla rilevando poi, come bene si è osservato, che il soggetto si copra (o tenti di coprirsi) di tale responsabilità anche trasferendola in uno o altro modo o misura su altri⁽⁴⁶⁾. Responsabilità per l'impresa significa poi anzitutto responsabilità *per gli atti* dell'impresa: scindere l'imputazione e la qualifica di imprenditore da *questa* responsabilità non avrebbe senso e non si può quindi pensare di attribuire la qualifica (solo) ad altri effetti e cioè ad effetti che si colleghino all'attività nel suo complesso e non agli atti che la compongono. Peraltro gli obblighi e le soggezioni in cui si concreta lo «statuto» speciale dell'imprenditore (commerciale in ispecie) suppongono anche essi la responsabilità nel senso anzidetto: si fallisce per insolvenza incontrata nelle «proprie obbligazioni» (art. 5 l. fall.) e cioè nelle obbligazioni assunte con gli atti dell'impresa; si fallisce quindi, è stato ben detto, come debitore e non solo come imprenditore⁽⁴⁷⁾. Allora è chiaro che, se può dirsi che la responsabilità giuridica riflette il rischio economico dell'imprenditore o una porzione di esso, non può dirsi che basti il rischio economico ad identificare

(44) Così SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 124 ss., ma già in sostanza i noti contributi di BIGIAMI e particolarmente *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, p. 47 ss.

(45) Sostanzialmente, sviluppando la tesi bigiaviana della inapplicabilità del meccanismo di imputazione degli atti singoli, PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in questa *Rivista*, 1967, I, p. 623 ss., specie p. 630 ss.; BUONOCORE, voce cit., p. 522 ss. Diversamente SCOGNAMIGLIO, *Rischio e impresa*, in *Impresa e società, Scritti in memoria di A. Graziani*, V, Napoli, 1968, specie p. 1775 ss. e già ASCARELLI, *Corso di dir comm.*³, Milano, 1962, p. 150 ss.

(46) SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.*; F. FERRARA jr., *op. cit.*, p. 45.

(47) F. GALGANO, *op. cit.*, p. 173.

l'imprenditore ⁽⁴⁸⁾ né che il rischio si converta senz'altro in responsabilità giuridica: non solo perché può esservi (partecipazione al) rischio senza qualità di imprenditore (socio, associato in partecipazione, cointeressato, contraente parziario ecc.) ma perché la responsabilità per gli atti non sorge senza impiego di un meccanismo giuridico di imputazione, o generale o particolare.

Si conferma così che la considerazione dell'impresa come attività non deve essere resa esclusiva a spese della considerazione degli atti: l'attività è fatta degli atti, non viceversa. Se nella qualificazione complessiva del comportamento come fattispecie le qualità dei diversi atti cedono alla qualità del comportamento e quindi — come si è detto (*retro*, n. 5) — prevale la qualità comune, per così dire «minima», degli atti medesimi, capace di fondarne la considerazione unitaria, sotto il profilo della giuridica imputazione *questa stessa esigenza porta a una scelta di segno opposto*: criterio di imputazione valido è quello che consente di *imputare l'intero comportamento in tutti gli atti di cui esso si compone* e quindi un criterio che consenta anche e anzitutto di imputare gli atti «giuridici» ed i loro effetti.

10. — Torna allora la domanda se, almeno nella materia dell'impresa, la legge non indichi un principio che consenta di prescindere dalle regole di imputazione degli atti e della responsabilità per gli atti: il che, come si sa, è stato sostanzialmente affermato con due ordini di argomenti, intesi a fondare altrimenti ora la responsabilità per l'impresa ora la stessa qualifica di imprenditore. Il dissenso da questi tentativi deve, anche in questa sede ⁽⁴⁹⁾, trovare almeno un minimo di motivazione.

α) Da taluno si è enunciato un principio di «inscindibilità» del rapporto tra *potere* e *responsabilità*, argomentandolo particolarmente da regole dettate in materia di società: responsabilità illimitata del

⁽⁴⁸⁾ Vedi invece FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*³, Milano, 1970, p. 142; BUONOCORE, voce «Imprenditore», cit., p. 530.

⁽⁴⁹⁾ Le considerazioni che seguono in questo paragrafo e nel successivo sono state più ampiamente svolte in un mio vecchio corso padovano (OPPO, *Diritto commerciale*, *Cenno storico - Imprese - Società*, a cura di N. Di Monte, Padova, 1962-1963).

socio che ha potere di gestione nella società semplice e nell'accomandita (artt. 2267 e 2318), responsabilità necessariamente illimitata del socio in nome collettivo (art. 2291), responsabilità illimitata dell'unico azionista (art. 2362)⁽⁵⁰⁾. Si potrebbe aggiungere (mutuando il rilievo da altra corrente dottrinale), responsabilità del preponente anche quando l'istitutore non ne abbia speso il nome (art. 2208).

La tesi non può essere condivisa. Mentre l'ultima regola ha chiaramente presupposti tali che ne impediscono la generalizzazione, per il resto non può dirsi che nelle stesse società la responsabilità (illimitata) si connetta «costituzionalmente» al potere di gestione. Se è vero che nelle società personali il socio gestore non può limitare la propria responsabilità, è anche vero che questa prescinde dal potere di gestione, incombendo *naturalmente* (e nelle società in nome collettivo *necessariamente*) anche ai soci non gestori. Neanche è spiegabile con l'anzidetta corrispondenza la responsabilità dell'unico azionista, la quale ha fondamento non nel potere (fisiologicamente proprio dei soci, *quanti che siano*) ma nell'essere egli *unico* socio, laddove la limitazione di responsabilità è predisposta per l'esercizio *collettivo* di attività economica. Peraltro, a disattendere l'anzidetta corrispondenza basterebbe la varietà delle forme di responsabilità del socio *cooperatore*, non proporzionate ad alcuna situazione di potere (artt. 2513 e 2514).

Non si potrebbe dire (sia pure rinunciando all'affermata «inscindibilità» e anche a dare un fondamento unitario alla responsabilità dei soci) che, se la responsabilità non presuppone sempre il potere, il potere importa sempre responsabilità: la smentita è nella «irresponsabilità» dell'azionista maggioritario, il quale non ha certo meno potere del socio amministratore delle società personali.

β) L'altra tesi, alla quale vanno comunque accreditati fondamentali approfondimenti della teoria dell'impresa, è quella dell'«imprenditore occulto» o «indiretto»⁽⁵¹⁾. La tesi è ben nota ma il discorso non

⁽⁵⁰⁾ FERRI, *Manuale di dir. comm.*, Torino, 1980, p. 103 ss. La tesi non è tuttavia facilmente conciliabile con l'affermazione (p. 104) che, anche nelle società con soci illimitatamente responsabili, «alla società come tale e cioè ai soci collettivamente e non ai soci individualmente spetta il potere di gestione».

⁽⁵¹⁾ I richiami sono quasi superflui. Oltre alle opere di BIGIAMI (*Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. trim.*, 1949, p. 1 ss.; *L'imprenditore occulto*, Padova,

può prescindere da un richiamo dell'argomentazione centrale che dovrebbe sostenerla.

Nella sua versione definitiva essa postula un sostanziale equilibrio, sul piano dell'opportunità, tra le tesi che condizionano l'acquisto della qualifica alla spendita del nome e quelle che ne prescindono ed ammette altresì che, in termini generali, interesse e potere *altrui* non spostano gli effetti del comportamento *dal soggetto dell'azione* (arg. ex art. 1705 c.c.). Ritiene tuttavia che la scelta legislativa scindere dalla spendita del nome e quindi anche a chi, dominando in realtà l'impresa, «si occulti» dietro altro soggetto che agisce in nome proprio. Questa scelta legislativa risulterebbe essenzialmente dall'art. 147, comma 2°, l. fall., ed è argomentata attraverso la seguente successione di passaggi: la norma, disponendo che possa essere dichiarato fallito il socio illimitatamente responsabile scoperto dopo la dichiarazione di fallimento della società, dispone che può essere dichiarato fallito il socio occulto, sia pure di società palese; se ciò è indiscutibile, lo stesso deve valere per il socio occulto di società occulta potendo, al limite, esistere tra le due ipotesi una differenza soltanto quantitativa (di due a tre: società con due soci palesi e uno occulto; società con un socio palese e uno occulto e quindi essa stessa occulta); il fallimento del socio occulto di società occulta richiede e presuppone — per lo stesso art. 147, comma 1° — il fallimento della società occulta la quale altro non è che un imprenditore occulto: occulto, e tuttavia investito dalla qualifica imprenditoriale e dal fallimento. Ne risulterebbe confermata la rilevanza e sufficienza della sovranità sull'impresa e dunque dovrebbe riconoscersi la qualità di imprenditore anche al socio «tiranno» di società di capitali per quanto l'attività sia svolta in nome della società⁽⁵²⁾.

L'obiezione fondamentale che si può muovere a questo ragiona-

1954; *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962), sostanzialmente nello stesso senso BUONOCORE, PAVONE LA ROSA, *loc. cit.*, e, sembra, GALGANO, *op. cit.*, p. 171 ss. In analogo orientamento di pensiero soprattutto CANDIAN, *L'imprenditore indiretto*, in *Scritti per Scialoja*, II, Bologna, 1952, p. 167 ss.

⁽⁵²⁾ Su quest'ultimo sviluppo particolarmente BIGIAMI, in *Giur. it.*, 1964, IV, c. 64 ss.

mento è che esso si interrompe nel passaggio tra socio occulto di società palese e socio occulto di società occulta. Se una società (con soci a responsabilità illimitata) ha operato come tale e come tale è stata dichiarata fallita, il fallimento di tutti i soci è conforme ai principi societari i quali rendono responsabili i soci *per la loro appartenenza alla società*, non perché questa abbia speso il loro nome o ne abbia palesato l'esistenza (basti pensare alla responsabilità del nuovo socio, estesa anche alle obbligazioni sorte quando socio non era; art. 2269). Se nessuna società ha operato come tale ma solo un individuo in proprio, e se fallito è stato dichiarato un individuo in proprio (non può ancora dirsi «un socio»), l'estensione della responsabilità e del fallimento ad altro individuo resta ancora da dimostrare. È parimenti difficile ammettere che sovranità o tirannia di un socio possano sconvolgere il regime (della responsabilità limitata e della soggettività) delle società di capitali: non può argomentarsi in tal senso neanche dalla responsabilità dell'unico azionista, sia per quanto sopra osservato in proposito, sia perchè tale responsabilità, sussidiaria e non estesa a tutte le obbligazioni sociali, non è responsabilità *da titolarità dell'impresa*.

Sul piano delle esigenze sostanziali, può altresì rilevarsi che, se equivalenza è configurabile tra l'opportunità di sanzionare il dominio con i suoi vantaggi e svantaggi, da un lato, e l'opportunità di non avvantaggiare i creditori dell'impresa oltre il loro presumibile affidamento, dall'altro, l'equilibrio è rotto in danno della tesi dell'imprenditore occulto quando si consideri che il precipitarsi dei creditori dell'imprenditore palese sul patrimonio dell'occulto lederebbe l'affidamento dei creditori di costui (con effetti ancor più gravi quando egli fosse anche, per suo conto e per altra attività...un imprenditore palese) ⁽⁵³⁾.

Non si dica che, riconoscendo la titolarità dell'impresa al soggetto palese e negandola al soggetto occulto, si contraddice quanto sopra osservato sul tema del governo dell'impresa e sulla natura della fattispecie. *È vero il contrario*. Anche il governo, come ogni momen-

⁽⁵³⁾ Non è invece da escludere che i creditori del soggetto palese possano in via surrogatoria rivolgersi contro l'occulto per far valere le ragioni che *effettivamente* competano al primo verso il secondo sulla base del rapporto intercorso tra i due.

to della realtà dell'impresa, deve essere apprezzato in termini oggettivi: capo dell'impresa è chi del governo ha l'investitura *erga omnes*, verso la generalità dei soggetti in qualunque modo coinvolti nell'attività imprenditoriale, e la ha in modo da essi percepibile e per essi efficace. Chi direbbe che a capo e titolare dell'impresa sul piano della «gerarchia», della validità delle scelte e così via è il soggetto occulto? All'oggettiva investitura non è contrapposibile efficacemente il vincolo esistente verso un determinato soggetto, l'osservanza del quale non ha più rilievo di un movente nella valutazione della condotta imprenditoriale e della sua imputabilità. La sovranità occulta o indiretta non ha dunque ruolo, come ogni altro dato non rientrante nella realtà oggettiva e oggettivamente percepibile, nella disciplina e nella teoria dell'impresa; può avere ruolo sotto altri profili che non possono essere esplorati in questa sede.

11. — Se i proposti criteri particolari di imputazione dell'impresa e della responsabilità per l'impresa mancano di adeguato fondamento positivo, ciò non significa tuttavia che ci si debba affidare in tutto alla tesi che individua ancora il criterio nella spendita del nome, neanche quando si riconosca, come si è sopra riconosciuto, che l'imputazione della fattispecie impresa deve avvenire secondo un criterio capace di riferire al soggetto tutti i momenti e gli effetti dell'attività ed in particolare anche quelli propriamente giuridici.

È certo che chi agisce in nome proprio vincola se stesso e solo se stesso e che l'agire in nome proprio è il meccanismo ordinario e sufficiente per individuare la paternità giuridica dell'azione ed imputarne gli effetti. Ma quel che conta è appunto identificare tale paternità e ciò non avviene *solo* attraverso la spendita del proprio nome. Non solo l'agire sotto uno pseudonimo o sotto un segno convenzionale, ma l'agire sotto nome falso, simulato, immaginario e anche l'agire sotto nome altrui non spostano e non impediscono — di per sé — di identificare la paternità del comportamento e anche del comportamento negoziale⁽⁵⁴⁾. Bene spesso il soggetto si identifica so-

⁽⁵⁴⁾ In tema di sottoscrizione con nome falso, Cass., 22 maggio 1972, n. 1567. Per la stessa sottoscrizione cambiaria, Trib. Milano, 1° febbraio 1967, in *Giur. it.*,

lo e direttamente come autore dell'atto, senza spendita di segno alcuno. Quel che è da richiedere dunque non è tanto che il soggetto dell'azione spenda il proprio nome, quando che *non spenda il nome altrui con un meccanismo capace di trasferire su altri l'atto e l'effetto*: al che non basta l'uso del nome non proprio. Per il resto, comunque e purché si identifichi l'autore del comportamento, a lui si imputeranno atto ed effetti.

Nella materia dell'impresa, la conferma è abbondantemente fornita dall'istituto della cosiddetta ditta derivata; nome «non proprio» del quale la legge ora ammette (art. 2565) e ora impone (artt. 2561 e 2562) l'uso nell'esercizio dell'impresa e del quale ammette espressamente l'uso addirittura nell'assunzione di obbligazioni cambiarie (art. 8 l. camb., art. 11 l. assegni).

Pertanto, se è da ritenere che chi esercita l'impresa in nome proprio sia imprenditore e responsabile per l'impresa ad esclusione di altri, è anche da ritenere che, nell'altra ipotesi pure ampiamente discussa in parallelo con quella dell'imprenditore occulto, e cioè nell'ipotesi del *prestanome* in senso proprio (nella quale un terzo presta all'interessato il proprio nome e non anche la propria «attività»), imprenditore sia chi agisce usando del nome e non chi si limita a consentirne l'uso, salva la responsabilità (extra contrattuale) del secondo per l'eventuale lesione dell'affidamento altrui⁽⁵⁵⁾.

Conclusione, anche questa, che si coordina al contenuto e alla natura della fattispecie impresa, come sopra identificati.

1967, I, 2, c. 483, con nota contraria di PELLIZZI; in senso tendenzialmente favorevole invece, pur segnalando difficoltà esegetiche, SPADA, «Forma» e verità della sottoscrizione cambiaria, in questa *Rivista*, 1981, II, p. 234 ss. Sul problema generale l'esauriente indagine di PIAZZA, *L'identificazione del soggetto del negozio giuridico*, Napoli, 1968.

⁽⁵⁵⁾ La diversa scelta dell'art. 865, n. 3, c. co. («commerciante che scientemente prestò il nome») è caduta con la mancata riproduzione di quella norma.