
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

L'IMPRESA E L'IMPRENDITORE. GLI ELEMENTI DELLA FATTISPECIE

7. Le ragioni della fattispecie e dello statuto dell'imprenditore commerciale. – 8. L'imprenditore. – 9. Esercizio di un'attività economica al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi. – 10. Lo scambio e la produzione. – 11. La liceità. – 12. L'organizzazione. – 13. La professionalità. – 14. Economicità e lucratività.

7. Le ragioni della fattispecie e dello statuto dell'imprenditore commerciale.

Nel codice civile del 1942, la figura del “commerciante” viene abbandonata. Il “nuovo” diritto commerciale utilizza una fattispecie non fondata sull'oggetto dell'attività (il commercio) ma sull'attività in sé, in quanto il produttore produce per ricavare i propri redditi con i quali deve remunerare i fattori della produzione (lavoro e investimenti) e per far ciò li deve organizzare, cioè stabilire relazioni di mezzo a fine tra i beni che utilizza, tra i lavoratori che prestano la propria opera, e tra i beni ed i lavoratori, al fine di vendere beni o servizi a terzi. L'attività dell'imprenditore si attua con l'instaurazione di continui e molteplici rapporti con i terzi, sia al fine di reperire il personale, i beni e di organizzare i fattori produttivi (merce, tecnologia, materia prima), sia al fine di scambiare i servizi o prodotti creati. L'imprenditore contrae sia per approvvigionarsi sia per vendere. 7.1

Tra le tipologie di imprenditori, una disciplina *ad hoc* è dettata per gli imprenditori caratterizzati dalla dimensione della attività e dalla natura dell'attività: deve trattarsi di imprenditori non piccoli (o, come si dice, medio-grandi), che esercitano un'attività non agricola (cioè commerciale). 7.2

In questi casi, alla organizzazione dei fattori produttivi si accompagna un'attività alimentata dalle dimensioni del “credito”, nel senso dello spostamento 7.3

naturale tra l'adempimento della prestazione dell'imprenditore verso i fornitori e verso i lavoratori ed altri creditori (banche, fisco, enti previdenziali) ed il pagamento all'imprenditore da parte dei suoi clienti destinatari dei suoi beni o servizi. Parte del "credito" sono anche le risorse che l'imprenditore riceve dalle banche con i finanziamenti (cioè apporti di risorse da restituire).

7.4

Nell'impresa, il credito assume normalmente la forma di credito personale, non assistito cioè da garanzie reali sia i) perché esse sono spesso onerose da costituire (per es. l'ipoteca volontaria non contestuale al finanziamento) sia ii) perché assoggetterebbero a vincolo anche quei beni che costituiscono tipicamente il "magazzino" destinato alla vendita.

7.5

Per tali ragioni, l'esercizio dell'impresa coinvolge gli interessi di una larga cerchia di persone. Sempre su una larga cerchia di persone si ripercuote il suo insuccesso, che consiste nella insufficienza delle risorse finanziarie per pagare i creditori (tra i quali ci sono i dipendenti, lo Stato, come titolare dei crediti tributari, gli enti previdenziali; i fornitori non pagati; clienti che non hanno ricevuto la merce).

7.6

Per le caratteristiche dei rischi della loro attività, gli imprenditori commerciali – cioè, come si dirà, quelli non agricoli e medio-grandi – sono stati sottoposti dal Codice del 1942 ad una particolare disciplina o, come si dice generalmente, essi hanno un proprio *statuto*:

(a) vi sono norme speciali in tema di persone fisiche e della loro capacità ad esercitare l'impresa;

(b) è istituito un pubblico registro, detto *registro delle imprese*, nel quale vanno iscritti i fatti relativi all'impresa indicati dalla legge, in modo che i terzi possano prenderne conoscenza, e che, in ragione della loro iscrizione, possono essere considerati opponibili ai terzi che pure non ne abbiano avuto conoscenza diretta (perché non hanno consultato il registro delle imprese);

(c) è prescritta la documentazione dell'attività relativa all'impresa a mezzo delle scritture contabili;

(d) sono imposte varie cautele nella gestione della impresa: così l'imprenditore commerciale non deve fare spese personali eccessive rispetto alla sua condizione patrimoniale, non deve impiegare una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestazioni imprudenti, non deve compiere operazioni di grave imprudenza per ritardare la liquidazione giudiziale, e così via (art. 323 CCII);

(e) in caso di crisi e di insolvenza, gli imprenditori commerciali sono soggetti alle *procedure concorsuali*. Le procedure, da un lato, assicurano sia che tutto il patrimonio del debitore sia impiegato per il soddisfacimento dei

creditori, sia che vi sia parità di trattamento fra costoro (*par condicio creditorum*). Si intende evitare che alcuni creditori soddisfino le proprie pretese in misura sproporzionata rispetto agli altri creditori dello stesso "grado", come capita con la procedura esecutiva ordinaria nella quale il singolo creditore pignora i beni del debitore; in caso di insolvenza non curata dalle c.d. procedure di risoluzione della crisi (ad es. il concordato preventivo), è previsto l'assoggettamento a liquidazione giudiziale.

L'inosservanza degli obblighi di cui alla lettera d) è punita in caso di liquidazione giudiziale, e dà luogo al reato di bancarotta. Anche la mancata tenuta delle scritture contabili in caso di liquidazione giudiziale costituisce reato di bancarotta, ma le scritture contabili hanno una rilevanza giuridica che esorbita dalla procedura in quanto sono disciplinate anche come mezzo di prova nei giudizi civili. 7.7

La disciplina predetta vale per gli imprenditori commerciali non piccoli, cioè quei soggetti che esercitano attività che ha i caratteri previsti dall'art. 2082 c.c., ma non agricola (2135 c.c.) né piccola (2083 c.c.). 7.8

È peraltro da tenere presente quanto segue: 7.9

(a) gli imprenditori commerciali enti pubblici sono esclusi in via generale dalle procedure della liquidazione giudiziale, del concordato preventivo, sostituite da particolari procedimenti amministrativi (liquidazioni coatte amministrative). Anche alcune specie di imprenditori privati (così ad es. le assicurazioni e le banche), soggiacciono a particolari procedure concorsuali in quanto risparmiatori ed assicurati hanno versato proprie risorse a titolo di deposito o di premio contando sulla successiva prestazione anche a distanza di anni;

(b) ai piccoli imprenditori commerciali si applicano le norme in tema di capacità, che hanno portata generale (artt. 2202 e 2214, terzo comma);

(c) tutte le società, cioè quel soggetto imprenditore diverso dalla persona fisica che è costituito secondo uno dei tipi regolati dagli artt. 2247 c.c. e ss., sia società che svolgano attività commerciale, oppure agricola, sia che esercitino attività con organizzazione che non supera la soglia qualitativa dell'art. 2083 c.c., sono soggette all'iscrizione nel registro delle imprese ed alla tenuta delle scritture contabili (artt. 2302, 2315, 2464, 2490 e 2516 c.c.). Anche la società semplice, che non può esercitare attività commerciale, è iscritta nel registro delle imprese, sebbene in una sezione speciale.

Vi sono poi delle disposizioni che valgono per gli imprenditori in generale, cioè non solo per gli imprenditori commerciali medio-grandi ma anche 7.10

quelli agricoli ed i piccoli imprenditori, come le norme in tema di trasferimento di azienda (artt. 2555 c.c. e ss.) e di concorrenza sleale (art. 2598).

8. L'imprenditore.

8.1 La fattispecie generale dell'imprenditore è prevista nell'art. 2082 c.c.:
“È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi”.

8.2 L'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi è quindi l'attività dell'imprenditore e la si chiama impresa. Essa è nata sulla base della figura del commerciante, cioè l'intermediario che comprava beni prodotti da altri, ma non coincide con essa.

8.3 Come detto, l'imprenditore non coincide con il “commerciante” perché l'imprenditore è una fattispecie non caratterizzata dall'oggetto (il commercio) ma è una fattispecie che riguarda diverse attività commerciali. La fattispecie dell'imprenditore in generale include l'industriale, cioè il produttore seriale di beni, il fornitore di servizi (trasporto, bancari e assicurativi), l'imprenditore agricolo, il piccolo imprenditore, l'artigiano.

8.4 La definizione del 1942 è stata capace di comprendere anche i fenomeni di servizi e intermediazione derivanti dalla trasformazione dell'economia da agricola a industriale ad economia dapprima industriale a contenuto tecnologico e poi terziaria, consistente nella fornitura di servizi (anche ad alto valore professionale). Si pensi alla trasformazione di alcuni settori da artigianali ad industriali (ad es. l'industria calzaturiera o quella della moda, derivante dalla sartoria) o alla crescita delle dimensioni dell'intermediazione (dal negoziante alla grande distribuzione).

8.5 Il sistema è comunque organizzato su base soggettiva, cioè imputando una disciplina a chi (persona fisica, persona giuridica o soggetto non personificato, come le società di persone o le associazioni) presenti certe caratteristiche (fattuali) selezionate dall'ordinamento a presupposto di applicazione di una disciplina (la fattispecie astratta). Quando si riscontrano nella realtà quelle caratteristiche si applica quella disciplina.

8.6 Nel nostro caso, le caratteristiche fattuali menzionate in astratto nell'art. 2082 c.c. devono essere ritrovate in relazione a chi esercita una

certa attività, che è l'attività di impresa, ed è previsto un complesso aggiuntivo di regole per chi eserciti un'impresa commerciale, che si intende quale impresa non agricola e non piccola (artt. 2195, comma 2, e 2202 c.c., che esonera dall'iscrizione le piccole imprese). È quanto accade in altri casi, disciplinati da altri complessi di regole, diversi dal diritto commerciale, allorché si imputa una disciplina a chi si trova in una certa situazione di fatto che è considerata dal diritto come fatto che determina l'applicazione di una disciplina (ad es. il proprietario di un'automobile deve corrispondere una tassa; il datore di lavoro deve corrispondere i contributi, ecc.).

In questo sistema, allorché si indicano alcune caratteristiche utilizzando termini che richiamano stati di volontà o lo scopo, lo si fa tenendo presente che è, ai nostri fini, pressoché irrilevante la volontà del soggetto e ciò per due ragioni (c.d. principio di effettività): 8.7

(a) la prima è che il soggetto imprenditore è frequentemente diverso da una persona fisica (società, associazione, fondazione, ente pubblico economico) e quindi è tutto sommato poco utile stabilire quale sia la volontà di quel soggetto persona fisica che lo rappresenta per stabilire se abbia compiuto un atto che si iscrive in un'attività di impresa;

(b) la seconda è che, diversamente dal diritto dei contratti o della responsabilità civile e penale, la prospettiva del diritto commerciale è quella dell'attività nel campo dell'economia. E quindi è poco rilevante stabilire il grado di consapevolezza e volontà rispetto ad un certo atto (che è invece rilevante nel diritto civile, si pensi ad una donazione, un contratto, un fatto illecito, un reato) quando la disciplina riguarda un'attività, cioè più atti. Quando la domanda si rivolgerà nuovamente alle conseguenze dell'atto (cioè se l'imprenditore debba rispondere o se abbia stipulato il contratto) si tornerà a valutare la consapevolezza e volontà del soggetto persona fisica ad agire nella conclusione di quel singolo atto.

Sulla base dell'attività svolta (e non sulla base della proprietà di un certo bene o della conclusione di un certo contratto), il codice civile nel libro IV ha distinto, fra i soggetti, gli imprenditori da coloro che non lo sono, ed ha considerato poi come specie di imprenditore la figura dell'imprenditore commerciale. 8.8

In tal modo il sistema è stato inquadrato sotto la fattispecie dell'imprenditore. 8.9

L'imprenditore (cioè chi svolge quella attività qualunque sia il soggetto, persona fisica o giuridica, o soggetto non personificato) è la fattispecie 8.10

di accesso ad una disciplina (quella degli artt. 2082 c.c. e ss., degli artt. 2555 c.c. e ss. e degli artt. 2598 c.c. e ss.).

8.11

Tra gli imprenditori vi è l'imprenditore commerciale (cioè non agricolo, *ex art.* 2135 c.c., e non piccolo *ex art.* 2083 c.c.) il quale, come detto, è soggetto al c.d. statuto dell'imprenditore commerciale. Esso, pertanto:

(a) è soggetto alla procedura concorsuale della liquidazione giudiziale (art. 121 CCII il quale prevede che "Le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori commerciali che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), e che siano in stato di insolvenza"), ove tali requisiti sono costituiti da criteri puramente economici mutuati dall'art. 1 l. fall. (non si deve trattare di «impresa minore»: l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati). L'art. 2221 è stato, invece, abrogato dall'art. 384 CCII, accogliendo le osservazioni mosse da coloro che ritenevano incompatibile il richiamo al piccolo imprenditore con i criteri puramente economici stabiliti dal secondo comma dell'art. 1 l. fall. e ripresi, appunto, nel CCII);

(b) è tenuto alle scritture contabili (art. 2214: "L'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve tenere il libro giornale e il libro degli inventari. Deve altresì tenere le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa e conservare ordinatamente per ciascun affare gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché le copie delle lettere, dei telegrammi e delle fatture spedite");

(c) è tenuto all'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese e tale iscrizione non ha solo funzione anagrafica ma produce gli effetti previsti per l'imprenditore commerciale in termini di pubblicità dichiarativa (cioè ai fini della opponibilità del fatto iscritto ai terzi, diversamente dalla pubblicità costitutiva e dalla pubblicità notizia, art. 2193).

8.12

Poiché le nozioni di imprenditore e di impresa sono corrispondenti (in quanto è imprenditore chi esercita un'impresa) l'attività come sopra caratterizzata è l'impresa, la quale richiede pertanto il concorso delle seguenti

condizioni: a) *esercizio di un'attività economica al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*; b) *che questa attività sia organizzata*; c) *che sia svolta in modo professionale*.

9. Esercizio di un'attività economica al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

Il concetto di *attività* è una espressione riassuntiva o sintetica di una pluralità di atti collegati fra di loro dalla comunione del fine rilevabile dalla loro osservazione. La espressione talvolta assume un proprio rilievo, essendo l'attività oggetto di una *normativa distinta da quella relativa agli atti da cui è formata*. L'esempio più cospicuo di questo fenomeno è costituito dall'impresa e in particolare dall'impresa commerciale (ASCARELLI, AULETTA). 9.1

Attività economica è l'attività diretta alla creazione di nuove utilità, quindi di *nuova ricchezza*. Produzione di ricchezza si ha non solo quando si creino nuovi beni, ma altresì quando si aumenti il valore dei beni esistenti (portandoli nel luogo di vendita, oppure ad es. a destinazione dal ristorante a casa del consumatore) oppure quando si vendono e comprano beni esistenti (come ad es. le azioni). Le società aventi per oggetto di investire il proprio patrimonio in azioni o quote di altre società esercitano attività economica, tanto nell'ipotesi in cui si propongano di corrispondere ai soci un dividendo, quanto nell'altra in cui si propongono, attraverso la direzione di altre società ed il coordinamento della loro azione, di valorizzare le partecipazioni sociali possedute e di realizzare maggiori redditi (c.d. holding, la cui attività economica è la gestione coordinata delle partecipazioni in altre società che svolgono altre attività economiche) esercitano attività di impresa. 9.2

Non è attività economica in quanto non produce nuova ricchezza e non assume carattere di impresa, l'attività puramente intellettuale (non la professione intellettuale che costituisce certamente attività economica, pur potendo non essere organizzata come impresa) o culturale o di svago o sportiva, quando svolte per fini propri. Quando invece si organizza uno spettacolo, un parco giochi, un'esibizione sportiva e si ricavano proventi da questa attività (sponsor o biglietti) si è prodotta nuova ricchezza e l'impresa è commerciale. 9.3

Per l'attività diretta al godimento od al migliore godimento di beni, se si vale di un'organizzazione, come può avvenire, ad es., per la gestione di 9.4

immobili urbani, occorre distinguere tra l'attività consistente nella percezione di una rendita (cioè ricevere il reddito derivante da una proprietà) e quella consistente nella gestione del patrimonio mobiliare o immobiliare.

9.5

Non è facile distinguere in pratica le due ipotesi, in quanto si tratta di sfruttamento dello stesso diritto (la proprietà sul bene). Se un soggetto (individuo o soggetto diverso dalla persona fisica) è titolare di uno o più beni (ad es. azioni, cioè le partecipazioni sociali rappresentate da titoli di credito, o immobili) e riceve le rendite delle società o dei contratti di locazione, esso gode del diritto e non è imprenditore. Se per sfruttare meglio il diritto o dei diritti su più beni si occupa di dotarsi di beni o persone per gestire le rendite o le utilità prodotte dai beni, lo stesso soggetto sta ponendo una relazione tra più fattori, cioè sta rendendo un fattore funzionale all'altro. Si chiama anche organizzazione, cioè il sistema delle relazioni di mezzo a fine tra un fattore e l'altro.

9.6

Analogamente, se si acquistano titoli che si rivendono al momento in cui il valore è più alto non si è imprenditori, mentre se si acquistano ripetutamente titoli (anche fossero titoli del debito pubblico) al fine di rivenderli al momento di massimo realizzo e si reitera tale attività con costanza si realizza un'attività economica potenzialmente rilevante ai fini dell'art. 2082 c.c. (lasciando impregiudicato se questa sia una impresa, ciò che richiede che vi sia anche un'organizzazione).

10. Lo scambio e la produzione.

10.1

L'attività economica quando è diretta allo scambio di beni o di servizi, cioè ad una interposizione fra chi produce e chi consuma, assume pressoché sempre i caratteri di impresa: il termine servizio va inteso in senso amplissimo, consistendo in qualsiasi vantaggio od utilità che sia comunque richiesta dal mercato e sia suscettibile di scambio.

10.2

Con riferimento alla produzione, invece, non sempre l'attività produttiva di beni o servizi assume i caratteri di impresa.

10.3

La formula dell'art. 2082 c.c. "attività diretta alla produzione di beni o servizi" va completata, secondo l'opinione preferibile, con l'aggiunta "per lo scambio" o "per il mercato". Tale esigenza è soddisfatta anche se la produzione avviene nell'interesse di un solo soggetto (che si è assicurato

l'esclusiva di acquisto) od è destinata ad una cerchia determinata di persone (cooperative di consumo).

L'attività diretta allo scambio di beni o servizi assume sempre il carattere di impresa, mentre quella diretta invece alla produzione di servizi può assumerlo a condizione che i medesimi "servizi" non abbiano quel carattere personale rilevante nella professione intellettuale. 10.4

Infatti, si deve tener presente che l'esercizio della professione intellettuale, per quanto dal punto di vista pratico ed economico dia luogo alla prestazione di servizi ed in molti casi sia difficile distinguere la prestazione intellettuale (per es. nella consulenza), per scelta di politica legislativa non costituisce impresa di servizi. Questo si desume dall'art. 2238 c.c., il quale esclude l'applicazione della disciplina all'esercente una professione intellettuale (anche se costui si valga dell'opera di sostituti o ausiliari, e quindi la sua attività sia *organizzata*). Il che significa che dal punto di vista giuridico la prestazione dell'esercente una professione intellettuale non è un servizio, e ciò perché tale attività è ritenuta *prevalentemente intellettuale*, fino a quando l'attività del professionista intellettuale, per quanto possa derivare da fattori della produzione esterni rispetto al prestatore (l'apparecchiatura radiologica ad es.) sia prevalente sul piano della scelta della committente rispetto all'organizzazione. 10.5

Anche l'imprenditore esercita attività intellettuale (come innovazione ad es., sviluppo di tecnologia richiedente un nuovo modo di vendere, presentazione creativa del prodotto) ma un'attività intellettuale che non è qualificata dalla legge come professione intellettuale. Non scambia con terzi una prestazione intellettuale, ma dei beni o dei servizi. 10.6

In ogni caso la fattispecie di imprenditore non è incompatibile con quella di professionista intellettuale (cioè può esserci un soggetto che sia al tempo stesso l'uno e l'altro). Quando la professione intellettuale è in funzione di un'attività di intermediazione nello scambio di beni, come nel caso del farmacista per la quale è preminente la vendita di un prodotto verso corrispettivo, il professionista intellettuale acquista anche la qualità di imprenditore commerciale. 10.7

Inoltre, mentre il prestatore d'opera intellettuale deve eseguire personalmente l'incarico assunto e può valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, solo se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione (art. 2232), per l'imprenditore la personalità della produzione o della 10.8

intermediazione è totalmente irrilevante. Ai sensi dell'art. 2238, se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II (cioè le norme sull'imprenditore). In ogni caso, se l'esercente una professione intellettuale impiega sostituti o ausiliari, si applicano le disposizioni delle sezioni II, III e IV, del capo I, del titolo II (cioè le disposizioni sulle imprese commerciali).

10.9 Per analogia è da ritenere che anche la produzione delle opere dell'ingegno non faccia acquistare al soggetto (scrittore, musicista, scienziato, ecc.) la qualità di imprenditore.

10.10 La situazione è diversa rispetto a chi assume professionisti intellettuali, scrittori o inventori e colloca poi sul mercato le loro prestazioni o i risultati delle loro attività intellettuali (realizzando in tal caso uno *scambio*). Lo stesso avviene quando l'esercizio della professione intellettuale costituisca elemento di una più ampia attività organizzata (art. 2238), come nelle società di ingegneria, nelle quali la prestazione intellettuale del professionista intellettuale viene prestata insieme ad altri servizi e attraverso un'organizzazione di persone, beni e software funzionali alla predisposizione dei progetti, alla loro attuazione e alla consulenza in materia.

11. La liceità.

11.1 L'attività economica dev'essere *lecita*, cioè non contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume (art. 1343). Diversa intuitivamente è la situazione quando l'imprenditore *in occasione* dell'esercizio dell'impresa lecita compia atti illeciti o delittuosi (faccia lavorare dipendenti irregolari, eserciti in capannone abusivo). Non bisogna confondere impresa illecita con impresa *irregolare* (per difetto delle autorizzazioni amministrative come ad es. quegli intermediari persone fisiche che raccolgono capitali presso il pubblico senza autorizzazioni, questi diventano imprenditori).

12. L'organizzazione.

12.1 L'attività economica dev'essere *organizzata*.

12.2 Poiché in qualsiasi attività produttiva c'è sempre un'organizzazione dei fattori della produzione, il codice civile, richiedendo appositamente

l'organizzazione, non ha inteso sicuramente riferirsi a quella che è immancabile in ogni attività economica, ma ad un'entità diversa che resta dunque da precisare.

Il codice civile offre qualche aiuto. L'art. 2083 c.c. parla di organizzazione rispetto *al lavoro altrui*, e l'art. 2555 c.c. parla a sua volta di *beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*. Coordinando l'art. 2082 c.c. con gli artt. 2083 c.c. e 2555 c.c., risulta che quando il primo si riferisce all'attività organizzata intende sia l'attività che si esercita organizzando il lavoro altrui, sia quella che si esercita organizzando un complesso di beni o più genericamente dei capitali o coordinando l'uno e gli altri. 12.3

Occorre che l'organizzazione abbia una portata apprezzabile nell'esercizio dell'attività, che non deve risolversi in un'opera *puramente personale* del soggetto, come potrebbe essere quella del mediatore ed in molti casi del lavoratore autonomo. L'organizzazione giuridicamente rilevante è sempre "fuori" dall'individuo e si riferisce a cose/persone "estranee". 12.4

La necessità dell'organizzazione non implica che il soggetto sia anche titolare degli strumenti o beni organizzati, perché la legge non fa dipendere la qualità di imprenditore da tale condizione: pertanto in caso di usufrutto o di affitto di azienda, l'imprenditore non è il proprietario, ma l'usufruttuario o affittuario, perché è costui che esercita l'attività produttiva. Così anche quando il soggetto prende in locazione le apparecchiature o gli strumenti tipici (navi e aerei ad es.) o quando rivende presso i suoi locali beni di proprietà di terzi. 12.5

L'attività per lo più è organizzata, quando il soggetto si vale dell'opera altrui per esercitarla (anche senza assumere dipendenti ma con la fornitura esterna di servizi o la c.d. somministrazione di lavoro). 12.6

Il rapporto di lavoro viene disciplinato dal codice civile nel contesto della impresa, quale elemento centrale ed essenziale della medesima. Infatti, subito dopo l'imprenditore, vengano regolati i suoi *collaboratori*: ma poi è da notare che l'art. 2083 c.c., a proposito dei piccoli imprenditori, parli di "attività organizzate prevalentemente col lavoro proprio e dei componenti della famiglia", per cui sembra risultare chiaramente che l'organizzazione anche si riferisce anche al lavoro. 12.7

Per riprendere un esempio classico (BIGIARI), se un industriale sostituisse il lavoro dei suoi dipendenti con delle macchine non verrebbe a 12.8

perdere la qualità di imprenditore, pur rimanendo identica la consistenza dell'attività svolta e risultando magari maggiore. Analogamente, se si presta un servizio di call center con intelligenza artificiale e voci sintetizzate. Nell'attività meramente intermediaria (cioè "commerciale", utilizzando il linguaggio comune) non ha senso far dipendere la qualità di imprenditore dalla circostanza estrinseca che il soggetto si valga del lavoro altrui, perché il lavoro nell'economia di questo tipo di impresa ha una posizione secondaria e subordinata. Nell'attività di intermediazione il lavoro può essere svolto dallo stesso imprenditore personalmente od avere carattere marginale ma rimane un'attività di commercio. Comunque, nell'economia (per es. le macchine di vendita) vi sono esempi di esercizi commerciali in cui il lavoro umano è sostituito nella massima parte da congegni elettronici o meccanici (*automatici*).

13. La professionalità.

- 13.1 La professionalità implica che l'attività sia *abituale*, perché la professione è l'esplicazione dell'attività abituale del soggetto.
- 13.2 La professionalità importa altresì che l'attività sia *stabile, duratura, svolta sistematicamente*. Una attività sporadica od occasionale non fa divenire imprenditore anche se ha i caratteri dell'attività di produzione di beni e di servizi: così non lo diviene chi commercia occasionalmente o chi in specifiche occasioni organizza un servizio di trasporti o di rinfreschi o di pubblici spettacoli. L'ordinamento che si ricollega alla figura dell'imprenditore (specie commerciale) suppone necessariamente la durevolezza della sua attività. S'intende che la stabilità può desumersi dalla stessa entità dell'organizzazione.
- 13.3 Non occorre che l'attività sia svolta in modo permanente e senza interruzione: le c.d. attività stagionali e turistiche costituiscono oggetto di impresa, perché nel ripetersi costante dell'attività ad ogni stagione vi è una stabilità sufficiente a fare acquistare la qualità di imprenditore.
- 13.4 Infine, va osservato che la professionalità non esige che l'attività economica organizzata sia esclusiva, cioè l'unica svolta dal soggetto od anche solo quella principale. Il soggetto può essere un libero professionista od anche un impiegato e ciò non toglie che egli sia pure imprenditore se, collateralmente

alla sua attività normale od anche in modo secondario, svolge sistematicamente un'attività produttiva o di scambio organizzata. La professionalità va perciò riferita, più che al soggetto, al modo in cui si presenta l'attività da lui svolta. È ovvio, perciò, che una persona può svolgere più attività economiche distinte e per ciascuna essere imprenditore. Così, al tempo stesso, si può essere ad es. imprenditore agricolo ed imprenditore commerciale.

14. Economicità e lucratività.

È stato controverso allora se l'art. 2082 c.c. richieda lo scopo di lucro. 14.1 Per un verso, il solo requisito della professionalità intesa come stabilità non necessariamente importerebbe lo scopo di lucro, in quanto anche un'attività benefica stabile determina la produzione di beni e servizi. Piuttosto è la finalità di scambio e l'attività economica come produzione di nuova ricchezza che richiamano una differenza positiva tra i costi e i ricavi e si tratta di stabilire se questa differenza positiva sia una caratteristica della fattispecie.

Preliminarmente, va osservato che si tratta di una finalità e non di un risultato. 14.2 Se l'imprenditore subisce perdite (come può ben essere sia nelle fasi iniziali sia nel corso della vita dell'impresa) ciò è un fatto e non è rilevante per l'acquisto della qualità. Inoltre, è stato osservato che nelle imprese svolte da enti pubblici ricordate dal codice civile all'art. 2093 c.c. lo scopo di lucro normalmente manca tra gli obbiettivi dell'ente, e che lo stesso avviene nelle società cooperative, che perseguono uno scopo mutualistico.

Pare peraltro eccessivo prescindere da qualsiasi intento ed affermare 14.3 che la qualificazione di imprenditore sia dovuto obbiettivamente all'esercizio dell'attività economica (cioè di produzione di beni e servizi) organizzata, perché questo porterebbe a riconoscere la qualità di imprenditore commerciale a tutti i fornitori di servizi o produttori di beni, che li erogano senza tenere conto dei ricavi. Si conclude pertanto che almeno la remunerazione dei fattori della produzione per continuare l'attività sia la "economicità".

Rimane la domanda se nell'individuare la fattispecie si debba avere 14.4 riguardo anche all'"intento" lucrativo, ove per tale non si allude ad un intento soggettivo ma ad una caratteristica dell'attività (produrre utili). Non è dubbio che questo "intento" caratterizza psicologicamente e storicamente

l'attività della persona fisica impegnata nell'attività professionale di produzione o scambio di beni o servizi che questa persona organizza. Tuttavia, sul piano giuridico:

(a) la nozione dell'art. 2082 c.c. fa riferimento all'attività economica e non alla lucratività mentre il contratto di società (che è un altro istituto) *ex* art. 2247 c.c. fa riferimento all'attività economica "allo scopo di dividere gli utili";

(b) le esigenze di una disciplina *ad hoc* per la fattispecie dell'imprenditore (produttore ed intermediario professionale che costituiscono il fatto presupposto dell'applicazione della disciplina) prescindono dallo "scopo" che si è dato lo stesso soggetto. Se si sta disciplinando l'informazione ai terzi sul soggetto che compie una serie di atti nel contesto della produzione o dello scambio di beni o servizi (dove ha sede, chi lo rappresenta nel contratto) o le conseguenze della crisi, il perché svolga quella serie di atti è meno rilevante di stabilire se quella serie di atti richiede una disciplina *ad hoc*;

(c) in effetti le imprese pubbliche erano esercitate da enti autonomi (oggi tipicamente esercitate da società per azioni a seguito della trasformazione degli enti pubblici avvenuta con il processo c.d. di privatizzazione formale), che operavano con criteri economici;

(d) anche i consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi, quando svolgano attività esterna, esercitano un'impresa, perché intendono procurare un vantaggio economico ai consorziati. Il consorzio serve ad aiutare i singoli imprenditori a produrre utili più che a produrre utili esso stesso.

14.5

Il tema è peraltro essenzialmente storico per la derivazione dalla fattispecie del "commerciante". Tuttavia, nella ricostruzione sulla base dell'attività effettiva del produttore o intermediario (l'imprenditore), l'"intento" di un soggetto per lo più non corrispondente ad una persona fisica perde di senso. In altri termini, quando si parlava di "lucro" ci si riferiva allo scopo tipico del soggetto che investiva capitali per ricavare un surplus dalla attività organizzata (si pensi all'appaltatore che sub-contrae con i singoli prestatori o altri imprenditori specifici lavori o lavorazioni verso un corrispettivo che gli lascia un margine).

14.6

Lo "scopo" è secondario perché diventa importante il "come" si svolge una attività. Pertanto, per aversi "imprenditore" è sufficiente il conseguimento di un'utilità economica, consista questa in un risparmio di spesa od in un altro vantaggio patrimoniale, da trattenere per sé, distribuibile

totalmente ai soci nella società lucrativa (o con limitazione nella cooperativa), da devolvere ai fini dell'associazione non riconosciuta; ciò che ricorre anche nelle cooperative, destinate ad eliminare a vantaggio dei soci quello che abitualmente sarebbe il profitto dell'imprenditore. Economicità è quindi, per esclusione, la capacità oggettiva di remunerare i fattori della produzione.

L'“intento lucrativo”, cioè produrre utili, è stato quindi abbandonato in 14.7 quanto nel diritto positivo sono trattati come imprenditori anche soggetti che non hanno tale intento (come le associazioni non riconosciute o un ente ecclesiastico che gestisce un ospedale, come successo di recente in relazione ad ospedali religiosi). L'attività nel suo complesso, non singoli atti, deve essere caratterizzata dal metodo economico, cioè produrre ricavi (o anche utili) per remunerare i fattori della produzione a prescindere dalla destinazione dei risultati agli associati. Ad es., un'associazione ambientalista che venda materiale di merchandising per finanziare lo scopo associativo svolge attività di impresa commerciale (intermedia un bene) ma non può destinare il risultato agli associati (sarebbe altrimenti una società, cioè un soggetto nato da un contratto associativo stipulato per svolgere attività economica allo scopo di dividere gli utili, cioè lo scopo lucrativo dell'art. 2247 c.c.).

In questo senso, gli utili, o come si dice, il lucro ricavato ma non distribuito ai componenti del gruppo che compone il soggetto rivelano solo la caratteristica “economica” dell'attività. Lo scopo è sempre egoistico, o perché i risultati li riceve la persona fisica imprenditore o i soci della società, o perché essi sono destinati dal soggetto-associazione o ente pubblico ai propri scopi non economici. Inoltre, il lucro non riguarda singoli atti che possono essere fatti consapevolmente in perdita per conquistare il mercato o senza corrispettivo, ad es. investimenti pubblicitari o di sponsorizzazione o di contributi a campagne elettorali ecc. 14.8

L'esistenza di tale metodo economico deve giudicarsi *dall'esterno*, dal 14.9 modo in cui si presenta l'attività svolta dal soggetto. BIGIAMI parlava di *scopo egoistico e, nel caso della mutualità, ego-altruistico*. Ma anche lo scopo della mutualità (quello della cooperativa) è egoistico, anzi prevalentemente egoistico in quanto la mutualità opera esclusivamente *a favore dei soci*, non anche degli estranei. Così come anche uno scopo altruistico (ad es. lo scopo ideale della associazione) non esclude che vi sia un'attività economica organizzata, compiuta con metodo economico, che richiede l'applicazione di una certa disciplina (quella appunto dell'imprenditore).

Casi e materiali

Economicità e scopo di lucro

Corte di Cassazione, 10 febbraio 2022, n. 4418

(Omissis)

1. La Corte d'appello di Palermo, previa riunione dei relativi giudizi, ha rigettato i reclami L. Fall., ex art. 18, avverso il fallimento della (Omissis) (Omissis) – dichiarato su istanza di A.H., Fa.En., F.S., D.R., Fe.Vi.An., T.G. (titolari di crediti di lavoro) – proposti dagli ex componenti del Consiglio di amministrazione e del Collegio dei revisori dell'associazione (rispettivamente C.A. e Ca.Fr., nonché To.Se. e G.T.A.) nonché dall'ex associato Istituto Regionale per il Credito alla Cooperazione – IRCAC, con l'intervento adesivo dell'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri della Provincia di Palermo, reclami con i quali era stata contestata la fallibilità del (Omissis) per difetto della natura di impresa commerciale L. Fall., ex art. 1.

1.1. I giudici di secondo grado hanno ritenuto che ai fini della qualifica di imprenditore commerciale non è necessario lo scopo di lucro (Cass. n. 6835/2014), rilevando solo il perseguimento del c.d. lucro oggettivo, ossia il rispetto della economicità della gestione, quale tendenziale proporzionalità di costi e ricavi, ed essendo sufficiente lo svolgimento, ex art. 2082 c.c., di un'attività economica organizzata che riveli l'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi (Cass. n. 4912/1987), con esclusione del carattere imprenditoriale solo nel caso in cui l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito (Cass. n. 1662/2008, n. 7725/2004, n. 16435/2003).

1.2. Secondo la Corte territoriale, nel caso di specie sarebbero irrilevanti la mancata distribuzione di utili e ricavi, lo "scopo sociale" e l'assenza di "ricavi lordi", essendo comunque l'attività "in massima parte finanziata dalla Regione Sicilia e per altra parte da comunque non irrilevanti ricavi da soggetti privati (cfr.: bilancio al 2014), con erogazioni che miravano alla copertura di tutti i costi, ivi comprese le retribuzioni dei lavoratori, come emerge dal sostanziale «pareggio» di bilancio sino al 2014". In concreto, i costi dei servizi offerti erano coperti principalmente dai finanziamenti pubblici (erogazioni), e in parte dai privati che ne usufruivano per eventi specifici (remunerazioni), e queste ultime rappresentavano il 30-35% delle cospicue entrate, come risulta dalla relazione del perito di parte Dott. Vergara, evocata dagli stessi reclamanti, "ancorché quest'ultimo tenda a ridimensionare la portata delle seconde, in contrasto però coi dati numerici inequivoci".

1.3. I giudici d'appello hanno aggiunto che, se è vero che "ogni contributo economico va comunque qualificato contabilmente come entrata", è pur vero che "deve intendersi come ricavo laddove sia comunque correlato alla prestazione di beni o servizi, come emerge dalla documentazione del (Omissis), non nel senso di «corrispettivi» ma di poste funzionali alla erogazione dei servizi statutariamente previsti" senza che rilevi che si trattasse di "contributi a fondo perduto", né che "non vi fosse certezza, di anno in anno, in ordine alla erogazione delle pubbliche contribuzioni", poiché "ciò non ha inciso in alcun modo sulla programmazione delle attività, stante il reiterato e costante apporto almeno sino al 2014, progressivamente diminuito solo in seguito".

1.5. L'IRCAC ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi, corredato da memoria, cui il Fallimento (Omissis) ha resistito con controricorso, parimenti corredato da memoria; anche i signori A.H., Fa.En., F.S., D.R., Fe.Vi.An. e

T.G. hanno resistito con controricorso, mentre i restanti intimati non hanno svolto difese.

CONSIDERATO

che:

2.1. Con il primo motivo si lamenta violazione o falsa applicazione degli artt. 2082 c.c. e 2195 c.c., nonché della L. Fall., art. 1, per avere la corte d'appello "riconosciuto all'associazione (Omissis) la natura imprenditoriale, equiparando ai ricavi la ricezione di contributi a fondo perduto e discrezionali da parte della Regione Siciliana".

2.2. Il secondo mezzo denuncia analogamente la violazione o falsa applicazione delle stesse norme, per avere i giudici di secondo grado "riconosciuto all'associazione (Omissis) la natura imprenditoriale, ritenendo irrilevante l'assenza di regolarità e stabilità dei contributi ricevuti dalla Regione Siciliana".

3. I motivi, che in quanto connessi possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

4. Invero, da tempo la giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, Cass. n. 29245/2021) rileva come lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non sia più – in netta discontinuità ideologica con il codice di commercio – un elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, sussistendo attività di impresa tutte le volte in cui vi sia una obiettiva economicità della gestione, intesa come proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo), che si traduce nell'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi (Cass. n. 22955/2020, n. 20815/2006), o anche nella tendenziale idoneità dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio (Cass. n. 42/2018) e deve essere escluso solo qualora l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito (Cass., Sez. U, n. 3353/1994; Cass. n. 22955/2020, n. 14250/2016, n. 16435/2003), senza che rilevi, invece, il fine altruistico in ipotesi perseguito (Cass. n. 17399/2011, n. 16612/2008, n. 9589/1993), poiché esso, inteso come destinazione dei proventi ad iniziative connesse con gli scopi istituzionali dell'ente, non pregiudica l'imprenditorialità dei servizi resi, restando giuridicamente irrilevante, al pari dello scopo di lucro soggettivo e di qualsiasi altro movente che induca l'imprenditore ad esercitare la sua attività (Cass. n. 6835/2014, n. 17399/2011, n. 16612/2008).

4.1. Al riguardo occorre ricordare che, in base alla L. Fall., art. 1, comma 1, "sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici", con conseguente rinvio, per l'individuazione del requisito soggettivo della qualità di imprenditore, all'art. 2082 c.c., a norma del quale "è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi", senza che, come detto, sia necessario anche lo "scopo di lucro". È quindi sufficiente che l'attività svolta, di produzione o scambio di beni o servizi, sia organizzata in modo professionale (i.e. con sistematicità e continuità) ed abbia il carattere della "economicità" – intesa nel senso, sopra declinato, di "lucro oggettivo" – cioè sia svolta con modalità tali da soddisfare l'esigenza di essere astrattamente idonea a coprire i costi di produzione, alimentandosi con i suoi stessi ricavi (Cass. n. 22955/2020).

4.2. L'identificazione dell'economicità della gestione – in luogo dello scopo di lucro soggettivo – quale requisito essenziale dell'attività d'impresa permette, dunque, di riconoscere lo statuto di imprenditore commerciale fallibile a tutti gli enti di tipo associativo che svolgano in concreto, esclusivamente o prevalentemente,

attività di impresa commerciale, restando influente lo schema giuridico adottato (Cass. n. 8374/2000, n. 22955/2020). Tale approdo è del resto in linea con l'ordinamento Euro-unionale, che ha adottato una nozione di imprenditore ancora più ampia di quella nazionale, comprensiva di qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi in un determinato mercato, indipendentemente dal suo status giuridico e delle sue modalità di finanziamento (*ex multis*, Corte giustizia 3 marzo 2011, Ag2R; 29 settembre 2011, Elf Aquitaine; 29 marzo 2011, Arcelor Mittal).

4.3. Così ricostruito il quadro teorico di riferimento, va ribadito l'orientamento di questa Corte per cui l'ente associativo dedito all'attività di formazione professionale, sulla base di progetti predisposti dalla regione, dalla quale riceva contributi per la copertura – non integrale – dei costi di organizzazione, è assoggettabile a fallimento, poiché la presenza di proventi ricavati dallo svolgimento dell'attività (nel caso in esame accertati dai giudici di merito nella misura del “30/35% del totale delle cospicue entrate”) esclude la gratuità dell'attività, in quanto l'ente opera in modo che i fattori di produzione siano remunerati, anche se solo in parte, con i propri ricavi (v. a contrario, Cass. n. 22955/2020, che ha cassato la sentenza con la quale la stessa Corte d'appello di Palermo, respingendo il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento di un ente di formazione, aveva ricollegato il carattere imprenditoriale della sua attività, al solo dato oggettivo dell'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, considerando irrilevante la gratuità del servizio reso agli allievi; cfr. Cass. Sez. U, n. 3353/1994, Cass. n. 3868/2012).

4.4. In sintesi, sussiste attività di impresa tutte le volte in cui vi sia una obiettiva economicità della gestione, intesa come proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo), che si traduce nell'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi (Cass. n. 22955/2020, n. 25478/2019, n. 20815/2006), o anche nella tendenziale idoneità dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio (Cass. 42/2018); tale requisito va escluso solo ove l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito (Cass. Sez. U, n. 3353/1994; Cass. n. 22955/2020, n. 14250/2016, n. 16435/2003).

(Omissis)

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer