Diritto Commerciale 2018-2019

27/02/2019

Diritto dell'impresa e diritto delle società

(Libri: 2 in alternativa fra loro + CC)

All'interno della fattispecie società troviamo vari tipi. Società di persone e di capitali non sono tipi ma classi di società che al loro interno contengono più tipi di società. All'interno delle società lucrative, le società ordinarie, noi abbiamo la classe delle società di persone che comprende come tipi la società semplice, la società in nome collettivo e la società in accomandita semplice caratterizzate da una struttura organizzativa molto flessibile a fronte della presenza almeno di un socio he assuma responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (cioè risponde col proprio patrimonio). Nell'ambito invece della classe delle società di capitali, abbiamo altrettanti 3 tipi che sono la società per azioni, la s.r.l. e la società on accomandita per azioni. Al di fuori delle società ordinarie, lucrative, abbiamo invece dei tipi che si caratterizzano per una diversa funzione-causa, hanno una scopo mutualistico e sono le società cooperative e le società consortili.

Procedura orizzontale: macrotemi affrontati trasversalmente ai vari tipi di società:

1)*Principi dell'organizzazione interna*, decisionale, dei poteri (individuare le regole comuni ai vari tipi di società, principi fondamentali del diritto delle società; andare a vedere le scelte di vertice del sistema, vediamo che esistono nei vari tipi di società, due modelli per organizzare le decisioni all'interno del diritto societario: un modello per persone, che si ha quando il potere di decidere, di amministrare viene imputato alla persona del socio (tipico delle società di persone) e un modello per uffici che si ha quando il potere di decidere, gestire, controllare non viene imputato ad una persona ma ad un ufficio, un organo, un personale che poi viene chiamato Consiglio di Amministrazione, Collegio sindacale ecc... (per le società di capitali)

2) *La partecipazione sociale*, diritti e doveri dei soci;

3) *L'organizzazione patrimoniale*, le regole con cui è disciplinato il patrimonio dei vari tipi di società e quindi anche le regole sulla responsabilità aggiuntiva eventuale dei soci. Anche qui ci sono scelte di vertice diverse per società di persone e di capitali: nelle prime abbiamo un principio che impone che almeno un socio sia illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali e quindi i creditori si possono rifare anche sul patrimonio personale di tale/i socio/soci; non vi sono quindi regole specifiche per la conservazione del patrimonio; nelle società di capitali viceversa, abbiamo un principio inverso, cioè non abbiamo soci che assumono responsabilità illimitata e per compensare questa mancanza ed evitare comportamenti opportunistici di chi non rischia il proprio patrimonio, allora la legge impone una disciplina di vincolo perla conservazione del patrimonio sociale e la destinazione all'impresa.

Prima parte: impresa, quella commerciale in particolare, altre parti disciplina dell'impresa.

Diritto commerciale cosa significa: discrasia evidente fra significato di questa espressione nel linguaggio comune e il significato che assume nella cultura giuridica (significato diverso, più ampio). Nel linguaggio comune diritto commerciale cosa esprime? Richiama il commercio, potremmo suppore che riguardi solo il diritto dei commercianti. In realtà non è così, il diritto commerciale è infatti un nucleo di norme, regole, basate su principi comuni, diversi da altre materie che hanno ad oggetto la disciplina di tutte le attività produttive organizzate ad impresa. Per rendersene conto basta vedere art.2195 CC, contiene oggi la definizione di imprenditore commerciale (impresa commerciale). Questa norma qualifica come commerciale tutta una serie di attività elencate fra cui non abbiamo solo l'intermediazione nella circolazione dei beni che è indicata al numero 2, ma prima al numero 1 anche l'attività di produzione di beni o servizi, non solo quella commerciale in senso stretto. Oggi il diritto commerciale non è il diritto del

commerciante in senso stretto. Il fenomeno dell'attività organizzata ad impresa è ritenuto meritevole di una disciplina propria: il diritto commerciale. Noi ora dobbiamo affrontare 3 argomenti preliminari che ci consentono di inquadrare il sistema attuale, l'impianto normativo di oggi: 1) le ragioni del diritto commerciale, perché ogni stato evoluto oggi dedica una disciplina speciale alle attività produttive organizzate ad impresa? Il Quid; 2) la dimensione storica della disciplina, le sue regole e istituti risentono dei mutamenti che caratterizzano il fenomeno imprenditoriale sottostante; 3) dipende da 1 e 2, le caratteristiche del sistema attuale. Iniziamo da:

1-Occore uscire dall'ambito stretto del diritto positivo, teoria pura, per rispondere a questa domanda; occorre capire, vedere qual è la peculiarità del fenomeno impresa per cui ogni stato gli dedica una disciplina. Chi tra gli studiosi ha dato una risposta convincente sono due autori americani Nobel per l'economia, Coase e Williamson hanno indagato in epoche diverse la peculiarità dell'impresa, lo hanno fatto contrapponendo l'impresa al mercato. Coase ha intuito questa differenza negli anni '30 e Williamson negli anni '80/'90. Quando si deve esercitare un'attività produttiva occorre organizzare i vari fattori che contribuiscono a questa attività capitale, lavoro, credito, fornitori...quando manca l'impresa a coordinare questi fattori, il coordinamento tra di essi avviene in base al modello del mercato, cioè ad un principio di libertà di ciascun titolare del fattore, tramite il meccanismo del prezzo, viene contrattata volta per volta l'acquisizione dei fattori. I costi di transazione possono però rendere il mercato, la contrattazione individuale volta per volta troppo costosa. A questo punto in sostituzione del mercato nasce l'impresa, che non si fonda sul principio di libertà ma di gerarchia, autorità (art.2086); c'è un soggetto a capo dell'organizzazione che acquisisce a priori i fattori produttivi; in questo senso l'impresa nasce quando finisce il mercato. Potere unilaterale dell'imprenditore capo dell'impresa di svolgere un'attività incidendo su interessi che non sono più solo i suoi (mercato esterno, clienti, terzi in generale...). Questo fenomeno non è più quindi interindividuale fra soggetti ma diventa fenomeno rivolto alla generalità; l'imprenditore incide su interessi di terzi. Questa è la ragione fondante della disciplina speciale ovvero il diritto commerciale, disciplina il potere dell'imprenditore e l'organizzazione a impresa, nell'ottica di tutelare gli interessi dei terzi su cui incide.

Esempio: negozio, attività commerciale in senso stretto, soggetto venditore è Coop per esempio, Fiat...noi n quel momento stiamo stipulando un con tratto; chi materialmente ci vende il bene è però il commesso del supermercato. Il commesso per stipulare efficacemente il contratto di compravendita deve avere una procura (per la rappresentanza), perché non si chiede la procura al commesso? Perché esiste il diritto commerciale, disciplina della rappresentanza che non richiede la procura, è diversa dalle regole civili in materia di rappresentanza. Il commesso è inserito nell'organizzazione aziendale e ciò basta per rendere efficace il nostro contratto di compravendita.

Quindi quale è la ragione del D.C.? Perché abbiamo una disciplina speciale delle attività organizzate ad impresa? Risposta: l'organizzazione ad impresa implica un potere gerarchico dell'imprenditore di dirigere un'attività che va ad incidere su interessi di terzi, è un fenomeno ultra partes, non più inter partes come a dirittro privato.

2- L'evoluzione del diritto commerciale è connotata fin dalla sua genesi nel basso Medioevo da un'alternativa tra due sistemi: soggettivo, oggettivo. Si intende evidenziare una differenza nell'impostazione proprio della fattispecie, del fenomeno regolato. Il sistema soggettivo prevede regole che si applicano solo a determinati soggetti. Il sistema oggettivo prevede un sistema di regole che si applicano a prescindere dai soggetti a chiunque svolga un certo comportamento a livello oggettivo. Nel basso Medioevo il diritto commerciale è nato come un sistema soggettivo, dedicato ai mercanti. Regole create dalle corporazioni dei mercanti, una sorta di ordini a cui erano associati i mercanti e che avevano creato all'interno della loro organizzazione una magistratura speciale e un diritto speciale recepito negli statuti delle corporazioni dei mercanti; speciale sia per giurisdizione, c'era un giudice speciale, sia per fonti (usi e poi statuti delle corporazioni). Questo sistema di regole si applicava solo a relazioni tra soggetti qualificabili come mercanti, cioè coloro che erano iscritti alle corporazioni delle arti e dei mestieri. Questo sistema è crollato da fine '700 inizio '800 quando si è passati a sistema su basi oggettive. Il diritto nel corso di quegli

master COPY

anni è diventato un diritto statale ed è stato abrogato il sistema corporativo. Definita caduta del sistema soggettivo si hanno con le prime codificazioni : Codice di Napoleone e Codice di Commercio. Anche in Italia come in Francia, si è scelto di tenere distinta la materia commerciale sotto il profilo delle fonti. Il primo codice del commercio del nostro sistema risale al 1865 quando non era ancora perfezionata l'Unità d'Italia e poi subito modificato nel 1882; quest'ultimo è stato il codice che ha regolato la materia commerciale (a cui era affiancato il codice civile) fino al 1942 anno dell'Unificazione dei Codici. Codice di commercio italiano del 1882 impostazione: prevedeva per la materia commerciale un insieme di regole con riguardo a 2 aspetti principali, che derogavano gli aspetti civili:

-diritto degli obbligazioni e dei contratti,

-statuto professionale dell'attività commerciale.

Il primo profilo si basava sul fatto che nel codice del 1882 era previsto un insieme di regole dedicate ai contratti commerciali; il secondo profilo del codice di commercio dettava una serie di regole che oggi costituiscono lo statuto dell'impresa commerciale (regole contabili, pubblicità, procedure concorsuali). La fattispecie nel 1882 che reggeva questa disciplina speciale era definita nell'Art. 8 del Codice di commercio : i commercianti e le attività commerciali. Chi sono nel codice 1882 i commercianti? Oltre alle società commerciali sono commercianti coloro che compiono abitualmente atti di commercio, come professione abituale. La fattispecie apparentemente indicata soggettivamente in realtà ha una base oggettiva. Art. 7 definiva gli atti commerciali. Il fulcro che regge l'applicazione delle regole del Codice di commercio e permette di derogare le regole civili è l'Atto di Commercio.

Come siamo arrivati da qui al nostro Codice Civile del 1942, che ha unificato i codici (codice di commercio e codice civile)? E' stato un percorso che ha iniziato a svilupparsi subito dopo l'approvazione del codice del 1882 che già era apparso un po' "vecchio" dedicato solo ???

Tappe dettate soprattutto dal pensiero espresso da alcuni giuristi che hanno segnato il dibattito che poi ha portato a porre al centro del diritto commerciale l'impresa. Prima tappa sta nel pensiero del padre del diritto commerciale moderno, Cesare Vivante che 1892 tiene a Università Bologna una famosa prolusione (una lezione programmatica, esponendo il proprio pensiero per la prima lezione tenuta). Vivante è stato il primo che ha parlato di unificazione dei codici, sosteneva che il sistema era pronto in quanto ormai gli istituti del diritto commerciale avevano "invaso" il diritto civile (esempio possesso vale titolo per beni mobili). Questa opinione è rimasta per tanti anni isolata. Dopo prima guerra mondiale, commissione presieduta da Vivante perla riforma del Codice di Commercio del 1882 ritorna sui suoi passi e in funzione di questo diverso ruolo che aveva in quel momento e pensa sia giustificato tenere divisi i codici perché fanno riferimento a due materie: Codice civile è conservativo, statico, a vocazione nazionale; Diritto commerciale è dinamico, a vocazione internazionale. Questa commissione nel 1922 elabora un progetto di riforma del Codice del Commercio che poi è stato ripreso da una successiva commissione ministeriale presieduta da D'Amelio nel 1925.

Passo decisivo, giurista Lorenzo Mossa ina una sua prolusione recepita nel 1927 in un suo saggio, in cui ha sostenuto un'idea rivoluzionaria: necessità di mantenere separati i codici, ma l'innovatività del suo pensiero sta nel fatto che disse che la diversità dei due diritti (commerciale e civile) non si fonda sull'elemento dell'atto di commercio ma sull'essenza della materia commerciale, ovvero l'organizzazione ad impresa che per la prima volta entra come fulcro centrale del diritto commerciale seppur come mera proposta di riforma. Mossa dice che l'atto commerciale è di per sé insignificante. Mossa fu molto criticato soprattutto da Alberto Asquini, altro giurista che lo accusava di voler tornare al modello soggettivo medievale. Tuttavia Asquini negli anni seguenti fu chiamato a designare un nuovo progetto di riforma del codice di commercio presentato nel 1941 al ministro Grandi, impostò il progetto di riforma non più sul concetto di atto di commercio ma sul concetto di impresa e imprenditore sebbene avesse criticato Nossa. Si arriva all'unificazione dei codici solo attraverso una scelta politica, imposta da ministro Grandi per ragioni ideologiche del regime fascista non è stata un'esigenza della cultura giuridica. Il progetto riforma del Codice

del commercio di Asquini è stato unificato con progetto di riforma del Codice Civile e ha dato vita al Codice Civile del 1942.

master COPY

28/02/19

Il sistema è passato da un diritto applicato dei soggetti, individuati perché iscritti alla categoria dei mercanti, a un diritto esteso potenzialmente a chiunque compisse atti di commercio come professione attuale. Attuale codice civile è quello del 1942 seppur più volte modificato ha mantenuto la stessa impalcatura originaria. Il Codice di Commercio prevedeva due gruppi di norme speciali per la materia commerciale, il primo era il diritto speciale delle obbligazioni e dei contratti commerciali, il secondo era lo statuto professionale dell'attività del commerciante (scritture contabili, fallimento...) Nel codice del 1942 la scelta di unificare ha portato a queste conseguenze: 1)La disciplina delle obbligazioni e dei contratti commerciali è venuta meno non in senso sostanziale ma come parte separata rispetto alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti nel CC; oggi abbiamo una disciplina unitaria delle obbligazioni e dei contratti che è inserita nel libro 4° del codice, non vi è più una formale distinzione tra contratti commerciali e contratti civili, molte regole dei primi sono state estese ai secondi. 2)La seconda parte del nucleo di regole speciali che il codice di commercio dedicava alla materia commerciale cioè quella dello statuto professionale dell'attività del commerciante, è stato inserito nel libro 5° del CC intitolato "Del Lavoro"(volontà di unificare tutte le diverse forma di lavoro). In questo libro oltre alle disposizioni generali abbiamo al titolo II accanto alle disposizioni sul lavoro subordinato, il lavoro nell'impresa. All'interno di questa disciplina che il libro 5° dedica all'impresa come lavoro in senso ampio il CC individua alcune nozioni/fattispecie centrali per l'applicazione di queste regole: art.2082, definisce l'imprenditore (in geneale); all'interno di questa nozione di imprenditore troviamo delle ulteriori specie di imprenditore ripartite in base a 2 criteri: tipo attività svolta (qualitativo), dimensione dell'organizzazione ad impresa (quantitativo). In relazione al primo profilo si distingue fra imprenditori agricoli (art.2135 cc) e imprenditori commerciali (desunta indirettamente dalla nozione di imprenditori soggetti a registrazione art.2195). Sotto il profilo quantitativo il genus imprenditore si distingue tra imprenditore piccolo art. 2083cc e imprenditore non piccolo o medio grande (quelli che non rientrano nell'art.2083). Piccolo imprenditore esercita attività prevalentemente con lavoro proprio e della propria famiglia.

3- come è impostato il sistema attuale, prima domanda che ci dobbiamo fare: il Codice del '42 ha determinato un ritorno del diritto commerciale ad un modello di tipo soggettivo (fondato su appartenenza di un soggetto ad una certa categoria)?

Art.2082, apparentemente declinato in termini soggettivi, il titolo è infatti Imprenditore: "E' imprenditore...". Ci potrebbe creare il dubbio che oggi il diritto commerciale sia fondato in termini soggettivistici perché si fonda sulla nozione di imprenditore e non di impresa, tuttavia è una conclusione apparente; la delimitazione della fattispecie non è in termini soggettivi. Art.2082 ci dice infatti che è imprenditore CHI esercita professionalmente un attività economica organizzata ai fini della produzione **o** dello scambio di bei e servizi. Chi è l'imprenditore? Colui che appartiene a una certa categoria? NO. Perché l'essere imprenditore in questa norma non è conseguenza di una qualifica soggettiva ma è una conseguenza dell'esercizio dell'attività con certe caratteristiche. Il carattere di impresa deriva e si fonda sull'attività. Al centro è l'attività svolta. La fattispecie al centro del diritto commerciale oggi, NON è l'imprenditore (da prendere con le molle se si trova sui manuali); quello che condizione la fattispecie è

l'esercizio di un'attività professionale, economica, organizzata e produttiva. L'essere imprenditore è mera conseguenza dello svolgere questa attività. Quindi la fattispecie alla base del sistema non è l'imprenditore ma è l'esercizio dell'attività di impresa. L'dea infatti che lo statuto dell'imprenditore commerciale sia una disciplina dell'imprenditore individuale è un'idea infondata. Il codice è quindi fondato su un sistema oggettivistico non soggettivistico, non è tornato indietro.

Seconda domanda che ci dobbiamo porre per comprendere effettivamente la sistematica del diritto dell'impresa: il diritto commerciale delineato dal codice del 1942 è un diritto unitario di tutte le imprese? Cioè di tutte quelle fattispecie di impresa delineate nella nozione di impresa detta prima. Se guardiamo il codice dovremmo rispondere affermativamente (art.2082). Se guardiamo CC e precisamente la sistematica delle nozioni di imprenditori saremmo indotti a ritenere che il diritto commerciale è un diritto fondato sulla nozione generale di impresa e imprenditore e quindi un diritto generale di tutte le forme di imprese (agricole, commerciali, piccole, non piccole). Anche questa impressione è frutto dell'apparenza. E' apparenza se guardiamo a queste nozioni di imprenditore e delle varie species nella prospettiva della disciplina ad esse applicabile. Il Legislatore non delinea le fattispecie a scopi descrittivi, ma delinea le fattispecie che assumono rilevanza nella misura in cui condizionano l'applicazione di una disciplina. Ci dobbiamo quindi chiedere: esiste nel CC una disciplina unitaria dell'impresa in generale applicabile a tutte le forma di impresa? NO. L'unico nucleo di disciplina riferito all'impresa è il cosiddetto statuto dell'impresa commerciale, l'unica fattispecie che ha una disciplina propria è l'impresa commerciale, le altre fattispecie (impresa piccola e agricola) non hanno una disciplina propria. Allora nonostante l'apparenza del CC del 1942 ilo diritto commerciale non è il diritto di tutte le imprese ma è il diritto dell'impresa commerciale che quindi l codice ha selezionato come essere quella che coinvolge interessi più rilevanti. Se guardiamo alla proiezione di queste fattispecie sulla disciplina anziché fare la distinzione attuata dal codice tra l'imprenditore in generale e le species di imprenditore, queste fattispecie vanno distinte in due categorie in relazione alla rilevanza che hanno rispetto all'unica disciplina applicabile prevista dal CC e cioè la disciplina dello statuto dell'impresa commerciale: 1) la fattispecie con rilevanza positiva (è l'unica che ha disciplina ad hoc) che è la fattispecie impresa commerciale che deriva da un'attività che ha le caratteristiche dell'impresa generale art.2082 più le caratteristiche dell'impresa commerciale art.2195; 2) la seconda categoria di nozioni comprende le fattispecie con rilevanza negativa sono piccolo imprenditore e impresa agricola art.2083 e art.2135. La loro rilevanza giuridica è fondamentalmente quella di sottrarre attività dallo statuto dell'impresa commerciale. Hanno rilevanza negativa in questo senso e non coinvolgono un nucleo di interessi sufficientemente rilevanti da avere una propria disciplina. Quindi alla domanda :il diritto commerciale è il diritto di tutte le imprese? Risposta: NO. Quando nei manuali si aprla dello statuto dell'impresa in generale, in realtà si parla del nulla, l'unica disciplina in positivo è dettata dall'impresa commerciale.

Questa sistematica del codice in cui alla fine il fulcro è l'impresa commerciale, pareva essere in via di superamento per due ragioni fondamentalmente:

Prima ragione: la nozione di impresa agricola ha avuto nel corso degli anni un'indubbia estensione nel perimetro di applicazione, art.2135 comprende tutta una serie di attività considerate agricole anche se non legate al fondo agricolo (agricoltura meccanizzata per es.) Ci si è chiesti se ha senso ancora questa sottrazione delle imprese agricole allo statuto dell'impresa commerciale quando nella sostanza può non esserci tanta differenza. Questa constatazione ha portato ad applicare alcuni profili dello statuto dell'impresa commerciale anche all'impresa agricola come il principio della pubblicità legale mediante iscrizione al registro delle imprese che prima era tipico dell'impresa commerciale.

Chiara Ferrari