

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

FACOLTA' DI ECONOMIA

DOTTORATO DI RICERCA IN

Diritto dell'economia

XVII CICLO

**L'ATTIVITA' D'IMPRESA DELL'INCAPACE:
PROFILI FALLIMENTARI**

COORDINATORE

Ch.mo Prof. Francesco Lucarelli

TUTOR

DOTTORANDO

Dott. Francesco Fiordiliso

Ch.mo Prof. Ernesto Cesàro

L'ATTIVITA' D'IMPRESA DELL'INCAPACE: PROFILI FALLIMENTARI

CAPITOLO I

L'acquisto della qualità di imprenditore in relazione alle diverse situazioni di incapacità legale.

1. Presupposti per l'acquisto della qualità di imprenditore commerciale da parte dell'incapace.
2. La "continuazione" dell'attività d'impresa.
3. Il sistema legislativo in relazione alle diverse tipologie di incapacità.
4. La partecipazione dell'incapace in società di persone.
5. La partecipazione dell'incapace in società di capitali
6. L'impresa agricola dell'incapace.

CAPITOLO II

L'attività d'impresa dell'incapace non autorizzato.

1. La necessità dell'autorizzazione per l'esercizio commerciale dell'impresa dell'incapace.
2. Capacità di agire ed attività d'impresa: l'impresa esercitata personalmente dall'incapace senza autorizzazione.
3. Incapacità naturale ed attività d'impresa.
4. La titolarità dell'impresa nell'ipotesi di dolo del minore.
5. La revoca dell'autorizzazione giudiziale all'esercizio dell'attività d'impresa.

CAPITOLO III

La rappresentanza legale nell'esercizio dell'impresa dell'incapace.

1. La funzione della rappresentanza legale: differenza genitore – tutore.
2. Procura institoria e rappresentanza legale.
3. Titolarità dell'impresa nell'ipotesi di usufrutto legale dei genitori.
4. L'attività d'impresa svolta dal rappresentante legale in assenza di autorizzazione giudiziale.

CAPITOLO IV

Il fallimento dell'imprenditore incapace.

1. Assoggettabilità al fallimento degli incapaci regolarmente autorizzati all'esercizio di una impresa commerciale.
2. Effetti di carattere patrimoniale e personale conseguenti al fallimento.
3. Il fallimento dell'incapace non autorizzato, gestore *di fatto* di una impresa commerciale.
4. Tutela dell' incapace fallito e affidamento dei terzi.
5. Il fallimento dell'impresa esercitata dal legale rappresentante non autorizzato.

CAPITOLO I

L'ACQUISTO DELLA QUALITÀ DI IMPRENDITORE IN RELAZIONE ALLE DIVERSE SITUAZIONI DI INCAPACITÀ LEGALE

1. Presupposti per l'acquisto della qualità di imprenditore commerciale da parte dell'incapace – 2. La "continuazione" dell'attività d'impresa – 3. Il sistema legislativo in relazione alle diverse tipologie di incapacità – 4. La partecipazione dell'incapace in società di persone – 5. La partecipazione dell'incapace in società di capitali – 6. L'impresa agricola dell'incapace

1. Presupposti per l'acquisto della qualità di imprenditore commerciale da parte dell'incapace.

L'ordinamento italiano ripone grande attenzione alla cura dei soggetti incapaci di agire. L'incapace è un soggetto

che pur potendo essere titolare di diritti ed obblighi, non può compiere gli atti che comportano l'acquisto, la regolamentazione o la perdita di tali situazioni giuridiche. L'ottica del legislatore del 1942, confermata dalle successive modifiche, è quella di temperare tutela e libertà, al fine di evitare i pregiudizi che possono derivare tanto da una disciplina troppo permissiva, tanto da una disciplina troppo restrittiva.

Il legislatore si preoccupa, all'uopo, di organizzare un sistema di autorizzazioni per le attività giuridiche dell'incapace, che viene svolta tramite il rappresentante legale o con l'assistenza di un curatore. Il giudice viene investito dal legislatore del compito di rendere effettiva la tutela dell'incapace, con l'applicazione al caso concreto dei principi dettati con le norme in astratto: sono i principi dell'interesse del minore, dell'utilità e del bisogno, della cura della persona e del patrimonio.

Nell'ambito di tale sistema di tutela dell'incapace il legislatore regola anche lo svolgimento dell'attività di impresa, fondamentale fulcro della moderna economia,

preoccupandosi da un lato di non danneggiarlo con atti speculativi, contrari alla logica di conservazione del patrimonio dell'incapace, dall'altro di non limitarlo eccessivamente precludendogli ogni attività di tipo commerciale.

L'attività di impresa da parte di un incapace viene valutata dal legislatore in modo diverso a seconda del tipo e del grado di incapacità e a seconda dei rischi connessi allo svolgimento delle diverse attività imprenditoriali.

L'analisi della problematica in oggetto deve quindi essere suddivisa in vari filoni a seconda innanzitutto del grado di incapacità, e in secondo luogo e in un secondo momento in base alla forma giuridica in cui è svolta l'attività di impresa.

Va precisato però, come si vedrà anche nel prosieguo, che le norme del codice civile, si riferiscono solo all'impresa commerciale, compresa la piccola impresa, lasciando senza disciplina lo svolgimento dell'attività agricola. Tale scelta legislativa, collegata ad un concetto di impresa agricola, oramai in evoluzione, quale impresa

comportante pochi rischi, può diventare un punto debole nella tutela dei soggetti incapaci.

L'art. 320 5^a comma del c.c. disciplina l'attività di impresa commerciale in forma individuale del minore soggetto a potestà dei genitori e recita: "l'esercizio di una impresa commerciale non può essere continuato se non con l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare"¹.

L'attività di impresa nel caso di minore non viene svolta dall'incapace ma dai genitori, in quanto questi lo sostituiscono in ogni atto sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione. L'esigenza che soddisfa tale norma è quella di evitare che i genitori debbano chiedere una specifica autorizzazione per ogni atto concernente l'attività di impresa, cosa che sarebbe assolutamente pregiudizievole alla dinamicità dell'azienda. Al contrario invece, ottenendo l'autorizzazione in parola i genitori possono, in rappresentanza del figlio, compiere qualsiasi atto concernente l'impresa, senza necessità di

¹ Continua il quinto comma stabilendo che "questi (il giudice tutelare) può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa, fino a quando il tribunale abbia deliberato sull'istanza".

distinguere tra atti di ordinaria e atti di straordinaria amministrazione. Per gli atti che non attengono all'impresa resta ferma la regola generale della necessità di richiedere una specifica autorizzazione, per ogni singolo atto di straordinaria amministrazione. Al di là di questa eccezione al regime generale, ovvero la necessità di una sola autorizzazione per l'intera attività, si applicano all'impresa dell'incapace tutte le norme dettate in tema di potestà dei genitori. Quindi l'esercizio spetterà congiuntamente ad entrambi i genitori, salvo vi siano discordanze, impedimenti, o conflitti di interesse, nel qual caso troveranno applicazione rispettivamente gli articoli 316, 317, 320 ultimo comma del codice civile.

Per il minore sottoposto a tutela il legislatore detta una specifica norma che devia parzialmente rispetto alla disciplina sopra citata e precisamente l'art. 371 c.c. stabilisce che: "Compiuto l'inventario, il giudice tutelare, su proposta del tutore e sentito il protutore, delibera: 3) sulla convenienza di continuare ovvero alienare o liquidare le aziende commerciali, che si trovano nel patrimonio del

minore, e sulle relative modalità e cautele. Nel caso in cui stimi evidentemente utile per il minore la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il tutore deve domandare l'autorizzazione del tribunale”²

Si è quindi in presenza di un doppio procedimento, nel quale la decisione fondamentale sulla sorte dell'impresa è attribuita al giudice tutelare, ma tale decisione, se consiste nella continuazione e quindi nello svolgimento della attività di impresa, viene considerata non sufficiente, e si richiede l'intervento aggiuntivo del tribunale. A questo ultimo è affidata la valutazione effettiva dei rischi che possono derivare al patrimonio del minore dallo svolgimento dell'attività di impresa.

Anche in tal caso l'attività di impresa sarà svolta dal rappresentante legale in nome dell'incapace, senza necessità di richiedere nuove autorizzazione per il compimento di atti di straordinaria amministrazione concernenti l'impresa.

² “...In pendenza della deliberazione del tribunale il giudice tutelare può consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa” (art. 371).

Diversa da quelle finora esaminate è la disciplina dello svolgimento dell'attività commerciale da parte del minore emancipato. L'emancipato, ovvero colui che avendo raggiunto l'età di sedici anni, è stato autorizzato ed ha poi effettivamente contratto matrimonio, viene considerato dal legislatore come un soggetto parzialmente capace. Al suo fianco non c'è più, infatti, il rappresentante legale che lo sostituisce in tutte le decisioni, ma vi è un curatore assistente, che lo accompagna solo nelle decisioni di particolare rilievo (atti di straordinaria amministrazione).

L'autorizzazione al minore emancipato di svolgere attività di impresa commerciale, non ha solo una funzione, come visto per i minori non coniugati, di facilitare l'esercizio dell'impresa, evitando che i tempi delle autorizzazioni contrastino con la dinamicità dell'impresa, ma incide anche sul grado di capacità del minore.

Il minore emancipato, autorizzato all'esercizio dell'impresa diventa un soggetto capace, salvo per alcune limitazioni: egli potrà infatti compiere da solo, senza autorizzazione e senza assistenza, tutti gli atti di ordinaria

e di straordinaria amministrazione, anche se non concernenti l'esercizio dell'impresa. Rimangono tuttavia alcune limitazioni che impediscono di considerare il minore emancipato autorizzato all'esercizio dell'attività di impresa una persona pienamente capace e precisamente egli non potrà fare donazioni, fare testamento, essere nominato tutore ed inoltre dovrà necessariamente accettare con beneficio di inventario le eredità a lui devolute³. Tali limitazioni, previste in generale per ogni soggetto minore non sono, infatti, derogate da apposite norme dettate per il minore emancipato.

Il minore emancipato autorizzato all'esercizio di una impresa commerciale resta quindi un soggetto parzialmente incapace in quanto, oltre alle limitazioni indicate, egli continua ad essere affiancato da un curatore, il cui ruolo resta esclusivamente collegato alla possibilità di richiedere la revoca dell'autorizzazione, ove il minore non si dimostri più capace a gestire l'impresa.

³ Tale punto risulta particolarmente controverso in dottrina.

In definitiva deve quindi considerarsi la diversa ottica con la quale il legislatore ha regolato la disciplina dell'attività d'impresa svolta dal minore non emancipato, rispetto a quello emancipato: nel primo caso infatti il giudice dovrà valutare le esigenze dell'impresa e l'idoneità dei rappresentanti a svolgere una proficua gestione nell'interesse dell'incapace, nel secondo caso invece il giudice dovrà valutare la particolare capacità del minore stesso.

Sempre in questa prospettiva di considerare il minore emancipato autorizzato all'attività di impresa quale soggetto più capace rispetto a quello non autorizzato, si spiega anche la previsione del legislatore di consentire allo stesso non solo la continuazione di una attività già in corso, ma anche l'inizio di una nuova attività.

Per gli interdetti il legislatore si limita ad operare un rinvio alle norme dettate in tema di minore sottoposto a tutela e precisamente quindi troverà applicazione l'art. 371 c.c., già esaminato. Non mancano però, come si vedrà, dei

difetti di coordinamento tra le due discipline in particolare in riferimento al giudice competente per l'autorizzazione.

L'attività di impresa sarà anche in questo caso svolta esclusivamente dal rappresentante legale, la cui idoneità, oltre all'interesse dell'incapace, sarà oggetto del provvedimento giudiziale.

Parzialmente diversa appare infine la disciplina dettata per l'inabilitato, soggetto che viene normalmente accostato al minore emancipato per la sua limitata capacità. In relazione allo svolgimento dell'attività di impresa il legislatore tratta però le due figure in modo totalmente difforme, considerando che l'inabilitato è un maggiormente parzialmente incapace, mentre il minore emancipato è un minorenne parzialmente capace. Da tale differenza di fondo deriva che l'inabilitato potrà solo continuare e non anche iniziare una nuova attività di impresa e che in tale attività sarà assistito dal suo curatore, nonché eventualmente da un institore (art. 425).

In dottrina sono però sorti contrasti sia relativamente alla portata dell'assistenza del curatore sia il relazione alla

nomina dell'istitutore. In relazione al primo problema si sono prospettate tre soluzioni.

Parte della dottrina ha ritenuto che l'inabilitato possa svolgere l'attività di impresa senza alcuna assistenza del curatore. Tale tesi basa le sue argomentazioni sulla norma dell'art. 424 c.c. che rinvia per la curatela dell'inabilitato alle norme sull'emancipazione. Il rinvio sarebbe pertanto riferito anche all'art. 397 c.c. che consente l'esercizio dell'impresa senza l'assistenza del curatore. Tale tesi sarebbe avvalorata ulteriormente dal fatto che l'art. 425 c.c., che regola l'esercizio dell'impresa commerciale da parte dell'inabilitato, non fa alcun riferimento alla presenza del curatore.

Ciò nonostante la tesi in esame può essere sconfessata considerando che l'assistenza del curatore all'attività svolta dall'inabilitato rappresenta l'essenza stessa della disciplina dell'inabilitazione e pertanto una così importante deroga non può essere ricavata meramente in via interpretativa ma necessiterebbe di una apposita previsione legislativa.

Ma anche tra coloro che ritengono necessaria la presenza del curatore nell'esercizio dell'impresa da parte dell'inabilitato non vi è concordia di opinioni. Alcuni Autori tendono a distinguere tra atti di straordinaria amministrazione e atti di ordinaria amministrazione in relazione all'attività di impresa, e ritengono necessaria la presenza del curatore solo per quelli di ordinaria. In realtà però in relazione all'attività di impresa, a differenza delle altre attività di tipo negoziale, non è possibile distinguere tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, ma solo tra atti concernenti e atti non concernenti l'impresa.

L'autorizzazione all'esercizio dell'impresa da parte dell'inabilitato consente quindi all'incapace di compiere tutti gli atti concernenti l'impresa senza chiedere ulteriori autorizzazioni, ma pur sempre con la presenza del curatore.

Quanto al secondo dei dubbi prospettati ci si è chiesti se per la nomina del curatore occorra o meno una specifica autorizzazione del giudice.

Secondo un primo orientamento la proposizione institoria deve essere fatta dall'inabilitato, con l'assistenza del curatore e con l'autorizzazione del giudice tutelare, trattandosi di atto di straordinaria amministrazione.

Secondo un'altra opinione, dominante in dottrina, la proposizione institoria non necessita di alcuna autorizzazione in quanto atto pertinente all'esercizio dell'impresa e pertanto già compreso nel provvedimento del tribunale che ha consentito all'inabilitato di continuare l'esercizio dell'impresa. Ciò sta a significare che il giudice non ha alcun controllo sulla idoneità dell'istituto, rimettendosi alla valutazione dell'inabilitato, assistito dal suo curatore.

Alla disamina appena conclusa va oggi aggiunta la situazione del beneficiario dell'amministratore di sostegno, per il quale non è espressamente prevista una disciplina per lo svolgimento dell'attività di impresa. Per riempire il vuoto legislativo bisogna partire dalle linee guida dettate dal legislatore per l'amministrazione di sostegno con la legge 9 gennaio 2004 n.6

La figura del beneficiario dell'amministratore di sostegno è stata inserita dal legislatore tra i soggetti maggiorenni che necessitano di una protezione da parte dell'ordinamento. Essa non ha però sostituito gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, ma si aggiunge ad essi.

L'amministratore di sostegno viene nominato dal giudice tutelare quando vi sono delle incapacità fisiche o morali, anche temporanee, che non sono però tali da rendere il soggetto completamente incapace. L'art. 409 c.c. stabilisce che il beneficiario dell'amministratore di sostegno è un soggetto capace, salvo per le limitazioni contenute nel provvedimento di nomina. Spetta quindi al giudice tutelare stabilire una disciplina apposita, diversa a seconda delle esigenze del singolo incapace, stabilendo gli atti che devono essere compiuti con la rappresentanza e quelli che devono essere compiuti con l'assistenza dell'amministratore.

Anche l'esercizio dell'attività di impresa, non avendo nulla previsto il legislatore, deve essere regolato

espressamente dal giudice tutelare, nel provvedimento di nomina. Pertanto se in tale sede non viene indicata alcuna limitazione, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno potrà svolgere liberamente qualsiasi attività di impresa, continuandola o iniziandone una completamente nuova. Al contrario il giudice tutelare può richiamarsi alla disciplina dettata dal legislatore per un altro incapace o potrà creare una nuova disciplina che sia coerente con le esigenze del soggetto da tutelare.

2. La continuazione dell'attività d'impresa.

Ad eccezione di quanto previsto per il minore emancipato, a tutti gli altri incapaci è consentita solamente la continuazione di una attività di impresa già in corso e non l'inizio di una nuova attività.

Le ragioni per cui è stata disposta dal legislatore l'impossibilità per l'incapace di iniziare (a mezzo dei suoi rappresentanti o con l'assistenza del curatore) una nuova

attività di impresa si sogliono ritrovare nella disciplina dell'imprenditore commerciale. Tale disciplina è considerata particolarmente rischiosa⁴, per cui è opportuno che la soggezione alla stessa dipenda normalmente dalla decisione personale di un soggetto capace⁵. Nel caso di incapaci il legislatore si è quindi preoccupato di dettare una serie di regole, tra le quali la possibilità della sola continuazione, al fine di limitare gli effetti negativi che da tale disciplina possono derivare.

Parte della dottrina, infatti, più precisamente spiega la normativa in esame ravvisando il motivo unico o quantomeno principale della limitazione in parola nella possibilità per l'incapace di essere esposto al fallimento⁶. Il fallimento rappresenta senza dubbio il principale effetto negativo collegato alla qualifica di imprenditore commerciale, per cui, secondo l'orientamento in parola, il

⁴ si parla di rischio della qualità di commerciante; cfr. la *Relazione* del Guardasigilli Solmi di al *Libro delle persone*, n. 166.

⁵ in altri ordinamenti la protezione dell'incapace è totale e sotto questo profilo, nel senso che in nessun caso può essere esercitato il commercio *per l'incapace*. È quanto accade in Francia, dove non si ammette rappresentanza nell'esercizio di una professione: vedi RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, VI ed. a cura di ROBLOT, Paris, 1968, I, p. 129.

⁶ Così RAGUSA MAGGIORE, *L'impresa agricola e suoi aspetti di diritto commerciale e fallimentare*, Napoli, 1964, p. 55; DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, I, *Patria potestà*, Milano, 1962 p. 144.

legislatore, nel porre la limitazione all'inizio di una nuova attività di impresa, avrebbe avuto come obiettivo quello di limitare tale possibilità. Tale interpretazione non va sconsigliata interamente in quanto è sicuramente ipotizzabile che tra i motivi politici che sono stati alla base della disciplina dell'impresa da parte di un'incapace vi è stata la volontà di sottrarre l'incapace al fallimento e alle sue conseguenze. Tanto è vero che il legislatore ha cercato di limitare gli effetti negativi del fallimento sulla vita dell'incapace, stabilendo che i cosiddetti effetti personali del fallimento, quelli cioè che la legge ricollega direttamente, più che al fallimento in sé, all'iscrizione del nome del fallito nel registro dei falliti, non colpiscono e non possono colpire l'incapace insolvente e fallito (si veda al riguardo il capitolo IV). Ma se l'esposizione a fallimento è stato uno dei motivi ispiratori della disciplina legislativa, probabilmente esso non è stato né l'unico né il principale⁷.

Il fallimento rappresenta infatti una forma particolare di esecuzione forzata, la quale, da un punto di vista

⁷ Cfr. OPPO, *Materia agricola e "forma" commerciale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 85.

economico, non porta a risultati diversi da quelli che risulterebbero da una serie di azioni esecutive singolari⁸; anzi si può ritenere che esso apporta un beneficio per il debitore, beneficio che consiste in un risparmio circa le spese di procedura (il che peraltro non basta evidentemente per poter sostenere che la procedura fallimentare esiste per il vantaggio del debitore)⁹.

E neppure può revocarsi in dubbio che il patrimonio di un soggetto incapace possa essere oggetto di esecuzione forzata ed anzi essere interamente assorbito da una azione o da una serie di azioni esecutive: ciò si verifica infatti ogni qual volta l'incapace sia considerato

⁸ FERRARA jr., *Imprenditori e società*, cit., p.217: importa poco che l'incapace fallisca o meno, una volta che si è arrivati al suo dissesto. CANDIAN, *Fallimento del genitore gestore o fallimento del minore?*, in *Temi*, 1957, p. 274, sottolinea invece l'la sostanziale appartenenza del fallimento dell'incapace all'espropriazione forzata, motivando proprio in base alla mancanza, in queste ipotesi, degli effetti personali.

⁹ infatti indipendentemente dall'aspetto morale, il fallimento presenta altri caratteri del tutto negativi per il fallito: così nel fatto di essere disposto per *l'insolvenza* dell'imprenditore, cioè per la sola impossibilità di adempiere regolarmente a le proprie obbligazioni; la qual cosa significa che il fallimento può essere dichiarato anche se il presumibile attivo supera il presumibile passivo, con l'ovvia conseguenza di una svalutazione generale dell'attivo; così anche nella circostanza, tutta altro che trascurabile, che in caso di opposizione al fallimento da parte del fallito e di sua vittoria nella relativa causa, vengono a gravare sul patrimonio del fallito stesso anche le spese sostenute dal fallimento, senza o quasi i possibilità di recupero data l'interpretazione restrittiva che viene comunemente data all'articolo 21 , comma 3 , legge fall.: v. TEDESCHI G. U. , *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, Padova, 1962, p. 191. Ad un aspetto negativo del fallimento dal punto di vista psicologico sembra accennare il CELORIA, *Ancora sulla questione se il minore possa essere dichiarato fallito*, in *Mon. Trib.* , 1958, p. 862,: infatti, tra i gravi inconvenienti che accompagnerebbero il fallimento di un minore, vi sarebbe la formazione, in quest'ultimo, di gravi turbe psichiche e di complessi di inferiorità. Ma con turbamento psichico in soggetto immaturo può essere determinato da molte cause, diverse dal proprio fallimento.

responsabile di un'obbligazione. Ad esempio l'incapace può essere responsabile per un inadempimento di un' obbligazione contrattuale, inadempimento a causa di una azione o di una omissione del legale rappresentante, ma ciò non impedisce che gli effetti negativi di tale inadempimento si riversino sul patrimonio dell'incapace, salva poi un eventuale azione di questi per ottenere il risarcimento del danno subito.

Così ugualmente nel caso di responsabilità extracontrattualmente, sia nelle ipotesi di responsabilità oggettiva (ad esempio ex articolo 2053 cod. civ.) sia in quelle legate al dolo e alla colpa (art. 2043 cod. civ.), il patrimonio dell'incapace si trova ad essere esposto alle azioni dei danneggiati, qualora, beninteso, l'incapace legale abbia almeno la capacità di intendere e di volere.

Tuttavia, benché esista tutta una serie di ipotesi in cui l'incapace può venire spogliato in tutto o in parte dei suoi beni esattamente come nel caso di fallimento, non si può negare che in questa ultima ipotesi, a differenza delle altre c'è qualcosa di più: c'è precisamente una notazione di

carattere sociale di contenuto nettamente sfavorevole per il soggetto dichiarato fallito.

Il fallito si trova, infatti, esposto ad una diminuzione nella considerazione sociale; nei suoi confronti si manifesta una sfiducia generale, non limitata alla cerchia degli operatori economici. Si tratta in verità di un fenomeno spesso ingiustificato (soprattutto per l'incapace), ma che pur tuttavia esiste.

È probabile quindi che anche la preoccupazione di sottrarre l'incapace al fallimento abbia spinto il legislatore a introdurre restrizioni e formalità complesse per permettere l'esercizio di un'impresa commerciale in nome e per conto di lui. D'altra parte però è indubbio che questa preoccupazione non può essere da sola sufficiente a spiegare la *ratio* della disciplina contenuta negli articoli 320, 371 e 425 codice civile. Se il legislatore, infatti, avesse unicamente temuto che l'incapace potesse un giorno trovarsi sottoposto ad una procedura concorsuale, sarebbe stato assai più semplice sottrarlo alla qualifica di imprenditore commerciale. Invece l'incapace viene

considerato imprenditore anche se l'attività viene materialmente esercitata da un soggetto diverso e cioè dal legale rappresentante.

Ammesso, per queste considerazioni, che la preoccupazione di evitare all'incapace la sottoposizione alla procedura fallimentare non può costituire il motivo unico, né quello determinante, della particolare disciplina prevista per l'incapace imprenditore, la ratio delle norme citate va individuata nella struttura economica dell'attività commerciale¹⁰.

L'attività commerciale è per sua natura – in quanto attività – continuativa nel tempo: essa è formata da una serie di atti che se non infinita certamente ha una durata indeterminata. Questo dato comporta, già da solo, che qualunque giudizio complessivo si voglia dare *a priori* all'attività di impresa risulta essere necessariamente incerto, tanto più incerto e variabile quanto più la

¹⁰ il codice di commercio delle 1882 - come è noto - più in là vietando espressamente al minore emancipato il compimento anche di un singolo atto di commercio (art. 10), se non con le autorizzazioni e le formalità previste per l'esercizio del commercio. Questo rigore si spiegava però storicamente con il fatto che il legislatore aveva voluto sottrarre l'emancipato ai rigori della giurisdizione commerciale (v. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia annotato*, Torino, 1868, I).

previsione viene spinta lontano nel tempo. Inoltre l'attività commerciale presenta sempre un elevato grado di aleatorietà, tale da poter vanificare ad un certo punto tutte le previsioni, per quanto numerosi siano stati i fattori presi in considerazione.

Questa incertezza di valutazione circa il risultato finale dell'impresa (e anche circa i risultati parziali) si traduce nel c.d. rischio d'impresa: l'attività commerciale è rischiosa in quanto, anche se l'imprenditore è diligente, può comunque portare ad uno squilibrio tra i costi e i ricavi.

Da un esame anche superficiale delle norme che concernono il patrimonio degli incapaci (ad esempio l'articolo 372 c.c. che detta i criteri per l'investimento dei capitali del minore sottoposto tutela), appare invece chiaro che il principio a cui si è ispirato il legislatore è quello della conservazione del patrimonio, conservazione vista come sinonimo di sicurezza, che può derivare solo dalla presenza di elementi stabili. Ed è facile comprendere che, poiché il concetto di sicurezza si contrappone a quello di rischio, il compimento di un'attività che può portare a

breve o lunga scadenza all'assorbimento dell'intero patrimonio (l'attività per sua natura implica un dinamismo incompatibile con la staticità presa dalla legge come ideale nell'amministrazione dei beni dell'incapace) non può che essere vista con disfavore dall'ordinamento. A ciò si può ancora aggiungere da un lato la normale sfiducia con cui sempre (non solo nell'ipotesi dell'incapace) la legge vede l'amministrazione del patrimonio altrui¹¹, dall'altro le difficoltà di conciliare la necessità di controlli e autorizzazioni sulle attività imprenditoriali con le incognite collegate al necessario protrarsi nel tempo dell'attività stessa.

Tenuto conto di tutte queste considerazioni si spiegano agevolmente i limiti che condizionano l'esercizio di una attività commerciale in nome e per conto di un incapace.

Ma, dopo aver appurato che l'attività di impresa è un'attività così rischiosa e così contrastante con i principi di cura del patrimonio dell'incapace, resta ancora da

¹¹ PANUCCIO, voce *Amministrazione dei beni altrui*, cit.; v. anche CICU, *La filiazione*, nel *Trattato di dir. Civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1958; BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1951; GRASSETTI, *Della patria potestà*, nel *Codice Civile-Commentario* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro I*, (Persone e Famiglia), Firenze, 1940.

spiegare perché è invece consentita la continuazione dell'attività di un'impresa commerciale in nome e per conto di esso.

Le due ipotesi di inizio e di continuazione si presentano profondamente diverse tra di loro.

Quando si dà inizio ad un'impresa le previsioni da farsi sono più difficile e più aleatorie rispetto a quelle possibili dopo un certo tempo da che l'impresa è iniziata; possono infatti essere valutati sono a distanza di tempo il grado di sviluppo, le fonti di approvvigionamento e l'estensione della clientela (tutti elementi che fanno sì che le previsioni sui costi e i ricavi possono diventare più attendibili).

Non va inoltre dimenticato che l'inizio *ex novo* di un'impresa presuppone un'organizzazione di beni destinati al suo esercizio, a mezzo della costituzione di una azienda. Devono quindi destinarsi ad essa beni e capitali, che devono essere distolti da una destinazione più certa. Per dare inizio all'impresa sono cioè necessari atti che non hanno come fine la mera conservazione del patrimonio nella sua struttura attuale e che, anche singolarmente

considerati (indipendentemente dal futuro esercizio dell'impresa) presentano un elemento non indifferente di rischio: ogni singolo bene destinato a far parte dell'azienda, è produttivo come bene singolarmente considerato, o, perlomeno, può avere una destinazione utile nel complesso del patrimonio; ma, una volta inserito nell'azienda, tale bene si presenta come improduttivo se non si esercita utilmente l'impresa.

Tutti questi atti quindi, che necessariamente precedono l'esercizio *ex novo* di impresa commerciale, rientrerebbero nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, per ciascuno dei quali il legale rappresentante dovrebbe chiedere una specifica autorizzazione, che potrebbe essere concessa solo se l'atto si presentasse necessario o evidentemente utile per l'incapace (articolo II 320 comma c.c.); ma stante l'impossibilità di esprimere un simile giudizio su ciascuno di tali atti, la cui utilità non è mai *evidente* e comunque esiste solo in connessione con tutti gli altri atti destinati allo stesso fine, il giudice non

potrebbe mai autorizzare l'inizio di un'attività commerciale¹².

Tutto quanto fino ad ora detto può servire a spiegare il divieto legislativo per il legale rappresentante di iniziare un'impresa commerciale in nome e per conto dell'incapace.

A questo punto va, però, attentamente esaminato il concetto di continuazione per verificarne la sua effettiva portata, onde evitare di restringere ulteriormente il campo di attività imprenditoriale degli incapaci.

Innanzitutto deve ritenersi che il legislatore nel consentire la continuazione di una impresa abbia voluto riferirsi ad una impresa oggettivamente già esistente, rispetto alla quale può già farsi una valutazione di rischi e opportunità e non si sia voluto riferire ad una impresa soggettivamente già presente nel patrimonio dell'incapace.

Un'indicazione contraria a tale soluzione potrebbe trarsi dalla lettera dell'articolo 371 c.c. il quale si riferisce ad un'impresa che si trova nel patrimonio dell'incapace. La

¹² Si tratta infatti di *atti di organizzazione* della cui opportunità si può giudicare solo quando la fase - appunto, di organizzazione - è compiuta e incomincia l'attività di impresa per e propria. Una parte della dottrina (ad es. FERRARA jr. , *Imprenditori società*, cit.) preferisce dire che l'esercizio e l'ex novo di impresa commerciale non può mai essere autorizzato in quanto in esso *manca l'evidente utilità*.

conseguenza di tale interpretazione restrittiva sarebbe però quella di precludere all'incapace non solo l'inizio ex novo di una nuova attività commerciale, ma anche la continuazione di un'impresa, la cui attività è oggettivamente valutabile, ma appartenente ad un soggetto diverso dall'incapace. L'incapace quindi non potrebbe acquistare un'impresa, ma non potrebbe nemmeno riceverla per donazione, in quanto anche in questo caso l'impresa non si troverebbe nel suo patrimonio. L'incapace potrebbe invece solo continuare un'attività già esercitata prima dell'interdizione o dell'inabilitazione o al massimo gestire un'azienda devolutagli per successione.

Questa chiusura nell'interpretazione del concetto di continuazione dell'attività di impresa da parte di un incapace non può essere accettata, in quanto può portare a risultati contrari agli interessi stessi del soggetto che si vuole tutelare. Né la lettera dell'art. 371 c.c. rappresenta un ostacolo insormontabile per considerare possibile un

acquisto inter vivos di un'azienda da parte di un'incapace, con prosecuzione dell'attività commerciale.

L'art. 371 c.c. è infatti dettato solo in riferimento alla situazione del minore sotto tutela e non invece nella disciplina del minore in potestà. Ciò si spiega considerando che la norma in oggetto è volta a regolare la situazione in cui l'incapace si viene a trovare in un istante ben definito della sua vita, ovvero nel momento dell'apertura della tutela, affidando al giudice il compito di decidere la sorte delle imprese che in quel momento si trovano nel patrimonio dell'incapace. La norma non vuole porre limitazioni di sorta, pertanto è ben possibile che nel patrimonio del minore si trovi un'azienda acquistata precedentemente dall'incapace con un atto vivi. Ciò spiega perché il legislatore all'art. 320 c.c. non parla di "aziende che si trovano nel patrimonio", proprio in quanto non c'è un momento, quale è quello dell'apertura della tutela, a cui deve essere rapportata la valutazione del giudice.

Man mano che il minore si trova ad essere titolare di un'impresa commerciale, il tribunale ne valuterà la sorte,

autorizzando o negando l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa.

E' però necessario distinguere i due momenti dell'acquisto dell'impresa e della continuazione della stessa, in quanto ciascuno va autorizzato indipendentemente in base a valutazioni diverse.

Pertanto affinché un incapace acquisti con un atto tra vivi a titolo oneroso un'impresa commerciale è necessario innanzitutto che l'acquisto sia di per se stesso utile per il patrimonio dell'incapace, a prescindere dalle prospettive di continuazione dell'impresa stessa. Ciò può accadere nel caso ad esempio di prezzo particolarmente conveniente, tale da far ritenere al giudice tutelare che l'acquisto rappresenti un buon investimento per il minore, anche in vista di una possibile rialienazione o di un possibile affitto dell'impresa. Una volta che l'azienda è divenuta di proprietà del minore, sarà un altro giudice, il Tribunale, a valutare la convenienza alla continuazione dell'attività di impresa.

Tenendo quindi distinti i due momenti dell'autorizzazione all'acquisto e dell'autorizzazione alla continuazione non sorgono ostacoli a ritenere che l'incapace possa acquistare inter vivos a titolo oneroso un'azienda. Egli infatti si troverà comunque a continuare un'attività di impresa già iniziata da altri, per la quale è possibile valutare le prospettive reddituali e i rischi economici.

Sempre nell'analisi del concetto di continuazione dell'attività di impresa, va considerato anche un ulteriore aspetto e precisamente la possibilità per un incapace di costituire una nuova società.

Le stesse norme previste per lo svolgimento di una impresa individuale da parte di incapaci, vengono richiamate (art. 2294 c.c.) anche per l'assunzione della qualità di socio di società in nome collettivo e di socio accomandatario di società in accomandita semplice.

In relazione alla partecipazione in tali società il concetto di continuazione assume un significato diverso.

Esso non va infatti riferito alla società, come sostenuto da parte della dottrina, con conseguente possibilità per

l'incapace di partecipare solo ad una società già esistente, ma va riferito sempre all'impresa commerciale che la società gestisce.

Pertanto ben può un'incapace partecipare alla costituzione di una nuova società, a condizione però che lui stesso o un altro socio conferiscano un'impresa già avviata, rispetto alla quale il giudice potrà operare le sue valutazioni.

3. Il sistema legislativo in relazione alle diverse tipologie d'incapacità.

La disciplina dell'attività di impresa da parte dei soggetti incapaci è basata su un sistema complesso di autorizzazioni. Solo con l'autorizzazione del giudice l'incapace diventa imprenditore e può esercitare l'attività commerciale.

Vale pertanto la pena di approfondire le difficoltà pratiche che gli operatori giuridici devono affrontare per consentire lo svolgimento dell'attività di impresa da parte di un'incapace, cercando una soluzione ai problemi di volontaria giurisdizioni collegati alle fattispecie in esame.

Poiché le autorizzazioni richieste sono diverse a seconda del tipo di incapacità occorrerà procedere distinguendo tra i vari tipi di incapacità.

Per il minore soggetto a potestà l'art. 320 c.c. richiede l'autorizzazione del tribunale su parere del giudice tutelare: il tribunale competente è quello ordinario del luogo ove ha il domicilio l'incapace stesso. Problemi interpretativi sono sorti per il caso di azienda pervenuta al minore in via successoria: in tal caso occorrerà sicuramente l'autorizzazione ad accettare l'eredità, nella quale è compresa l'azienda, con beneficio di inventario, di competenza del giudice tutelare ai sensi dell'art. 320 c.c. e sarà poi necessaria l'autorizzazione per la continuazione dell'attività di impresa di cui si è già detto.

Non vi è invece concordia di opinioni circa la necessità di ottenere una ulteriore autorizzazione ai sensi dell'art. 747 c.p.c., da parte del tribunale del luogo di apertura della successione.

Parte della dottrina ritiene superflua questa ulteriore autorizzazione, prevista per la vendita di beni ereditari, nell'interesse dei creditori e dei legatari del de cuius: per tali soggetti sarebbe infatti indifferente che a continuare l'impresa sia l'erede in luogo del de cuius. Secondo una diversa impostazione invece al fine di consentire al minore l'esercizio di un'attività commerciale risulta necessaria anche l'autorizzazione in parola quando l'azienda ha provenienza ereditaria. Tale tesi si basa sulla considerazione che l'art. 747 c.p.c., pur previsto letteralmente solo in riferimento all'alienazione dei beni ereditari, ha assunto una portata più ampia, come forma di controllo su tutti i beni che appartengono al complesso ereditario.

Il giudice delle successioni viene ad avere quindi un ruolo fondamentale sulla sorte dell'impresa devoluta

all'incapace, potendo ritenere pregiudizievole per i creditori la continuazione dell'impresa da parte dell'incapace.

Per quanto invece concerne il minore sottoposto a tutela il giudice competente a rilasciare l'autorizzazione è il tribunale per i minorenni sempre in riferimento al luogo di domicilio del minore (art. 371 e 38 disp. att.). In relazione a tale fattispecie oltre a ripetersi i problemi di ordine successorio, già esaminati, si pongono ulteriori difficoltà. Il legislatore, come già accennato, richiede, infatti, un doppio stadio di controllo: in un primo momento il giudice tutelare decide sulla sorte dell'impresa, se quindi deve essere alienata, affittata o continuata in nome dell'incapace; se la decisione concerne la continuazione, su di essa deve esprimere giudizio il tribunale per i minorenni.

Ma se il giudice tutelare ritiene più conveniente l'alienazione dell'azienda sarà necessaria l'autorizzazione del tribunale ordinario, ai sensi dell'art. 375 c.c., come per ogni altro atto di alienazione?

Tali dubbi non sono di poco conto considerando che il mancato rispetto delle norme autorizzative dettate a tutela degli incapaci comporta l'annullabilità dell'atto compiuto in difetto.

Proprio in considerazione delle rilevanti conseguenze sulle fattispecie negoziali si tende, in tale materia, ha scegliere le soluzioni più prudenti e pertanto, nel caso di specie, è preferibile ritenere necessaria la seconda autorizzazione. Quindi non solo per la continuazione ma anche per l'alienazione dell'azienda ci si trova di fronte ad un sistema più complesso, rispetto a quello dettato per gli altri beni. Tuttalpiù si può ritenere che la valutazione del giudice tutelare circa la convenienza ad alienare l'azienda vada considerata come espressione di parere positivo all'operazione, come richiesto dall'art. 375 c.c.

Proseguendo con l'esame delle difficoltà concernenti il sistema di autorizzazioni per l'esercizio dell'impresa da parte di un incapace va infine rilevato che, nonostante il legislatore rinvii alla disciplina dettata per il minore sotto tutela al fine di regolare lo svolgimento di impresa

dell'interdetto, il giudice competente per l'autorizzazione non può essere il tribunale per i minorenni, ma sarà il tribunale ordinario, del luogo in cui l'incapace ha il suo domicilio.

4. La partecipazione dell'incapace in società di persone.

La partecipazione dell'incapace in società di persone viene dal legislatore trattata alla stregua dello svolgimento di una impresa individuale. Anche se infatti, come oggi riconosciuto dalla dottrina dominante, essere socio di una società di persone non equivale ad essere imprenditore, i rischi e le responsabilità che derivano dalla partecipazione in tali società sono tali da rendere opportuna la stessa forma di tutela per l'incapace.

Naturalmente il discorso in oggetto riguarda solo la partecipazione come socio di società in nome collettivo o come socio accomandatario in società in accomandita

semplice, uniche forme di partecipazione che comportano la responsabilità illimitata del socio per le obbligazioni della società.

Nessuna normativa è dettata invece per l'assunzione di partecipazioni in società semplice e quale socio accomandante di società in accomandita semplice.

Nessuna previsione, ancora, esiste in riferimento alle società di capitali e cooperative.

Il dato normativo contenuto nell'art. 2294 c.c. si limita ad operare un mero rinvio alle norme contenute negli articoli 320 c.c., 371, già innanzi esaminate. Inoltre al socio accomandatario di s.a.s. vanno applicate le norme per i soci della s.n.c.¹³

Questi i dati normativi riguardanti la partecipazione di incapaci in società di persone, che però, per quanto chiari, non evitano il sorgere di alcuni problemi interpretativi.

¹³ L'art. 208 disp. Att. stabilisce inoltre che: L'incapace, che sia socio di una società in nome collettivo o socio accomandatario di una società in accomandita, deve ottenere le autorizzazioni previste dagli articoli 320, 371, 397, 424 e 425 del Codice entro tre mesi dall'entrata in vigore di questo."

Circa il concetto di continuazione si è già avuto modo di esprimere opinione, nel senso di ritenere possibile anche la costituzione di una nuova società da parte di incapaci, essendo la continuazione riferita dal legislatore non alla società, ma all'azienda gestita dalla società stessa.

Altro dubbio che può nascere dall'art. 2294 c.c. è quello relativo alla necessità di autorizzazione per un incapace che voglia partecipare ad una s.n.c. o quale accomandatario di una s.a.s., che svolgono un'attività agricola. Il problema nasce dal fatto che le citate forme di società, insieme alle società di capitali, sono considerate società di tipo commerciale, anche quando svolgono attività agricola.

La qualifica di società di tipo commerciale non è però da sola sufficiente a far ritenere derogata la regola contenuta nelle norme di riferimento (art. 320, 371) che richiedono l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa, solo quando l'attività svolta è commerciale e non agricola. Pertanto nessuna autorizzazione ex 2294 c.c. sarà richiesta ove la società di tipo commerciale, svolga attività agricola. A

conferma di ciò si può considerare anche che i soci di una s.n.c. o gli accomandatari di una s.a.s. agricola non sono soggetti a fallimento, che è istituito relativo solo allo svolgimento di una attività commerciale. Ed anche se si è sostenuto in precedenza che l'assoggettabilità a fallimento non è il motivo né unico né determinante delle scelte legislative in materia di impresa svolta da incapaci, non si è certo negata una sua valenza e un suo collegamento con i limiti legislativi.

A tal punto, chiariti i casi in cui è necessario ricorrere all'autorizzazione ex 2294 c.c.(costituzione, sottoscrizione di aumento, acquisto di quote) resta da verificare il contenuto e le valutazioni connesse all'autorizzazione del giudice.

Riguardo le valutazioni vi sono in dottrina due opinioni. Secondo la teoria della doppia autorizzazione¹⁴, oltre all'autorizzazione a continuare l'impresa stabilita dall'art. 2294 c.c., con la quale il giudice valuta il rischio d'impresa, risulta necessaria una ulteriore autorizzazione

¹⁴ Iannuzzi Santarcangelo

in riferimento all'atto con il quale l'incapace acquista la qualità di socio.

Secondo l'opposta teoria dell'unica autorizzazione¹⁵ invece l'autorizzazione ex art. 2294 sarebbe necessaria e sufficiente, nel senso che con essa il giudice valuterà anche la convenienza del negozio da compiersi, oltre naturalmente al rischio derivante dalla partecipazione con responsabilità illimitata.

Tra le due tesi sembra però preferibile aderire alla prima, non solo in quanto le valutazioni sono diverse e separate ma anche perché spesso volte esse sono affidate a giudici diversi.

Relativamente invece al contenuto dell'autorizzazione in oggetto ci si chiede innanzitutto se l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di impresa sia sufficiente per il caso in cui successivamente l'incapace decida di svolgere l'attività insieme ad altri. Probabilmente l'autorizzazione ha ad oggetto la specifica attività di impresa nella forma richiesta, pertanto sarà necessaria una nuova

¹⁵ Capozzi Ferrario Mazzacane

autorizzazione non solo per passare da una impresa individuale ad un'altra, ma anche se è necessario modificare la forma della società o l'oggetto dell'attività di impresa. Il giudice infatti deve valutare i rischi collegati alla specifica impresa e non all'esercizio di impresa in generale. Inoltre si potrebbe ritenere non possibile la modifica dell'oggetto sociale, quando essa comporti lo svolgimento di un'attività completamente diversa, da potersi considerare nuova e quindi non consentita all'incapace.

Ancora altri dubbi derivano nel caso di scioglimento del singolo rapporto sociale e in caso di scioglimento della società.

Per il recesso può trovare applicazione la normativa relativa all'alienazione della partecipazione, con conseguente necessità di autorizzazione ai sensi del 320, 375, 394 e 424 c.c.

Al contrario naturalmente l'esclusione dell'incapace, non presupponendo una sua volontà, non richiederà nessuna

autorizzazione, se non quella relativa alla riscossione della somma liquidata.

Anche la decisione di scioglimento anticipato della società non richiede una specifica autorizzazione trattandosi di una vicenda sociale. In particolare poi se dal rendiconto finale deriva un risultato negativo della società, il socio incapace, in quanto illimitatamente responsabile, sarà obbligato ad adempiere al suo obbligo ed un eventuale intervento del giudice potrebbe riguardare solo il negozio finalizzato al recupero del denaro necessario per far fronte a tale obbligazione.

5. La partecipazione dell'incapace in società di capitali.

Il legislatore non ha previsto alcun limite per la partecipazione di incapaci a società di capitale, in quanto, stante la responsabilità limitata dei soci, il rischio

d'impresa è limitato esclusivamente alla parte di ricchezza investita in essa. Conseguenza della mancanza di una apposita disciplina è quindi la possibilità per il minore e per gli altri incapaci di partecipare a società di capitali preesistenti o di nuova costituzione, senza necessità di ottenere un'apposita autorizzazione per l'esercizio dell'impresa.

Sono invece necessarie e sufficienti le ordinarie autorizzazioni per l'atto a mezzo del quale si diventa soci. In particolare se la quota di partecipazione è compresa nell'asse ereditario, a differenza di quanto visto per le società di persone, sarà sufficiente l'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, debitamente autorizzata, per acquistare la qualifica di socio.

Se non esiste nessun limite per l'ingresso dell'incapace in società di capitali, esistono invece limiti relativamente alle sue funzioni: l'incapace non può essere amministratore o sindaco della società. Gli articoli 2382 e 2399 c.c. relativi alle cause di ineleggibilità e di decadenza, rispettivamente per amministratori e sindaci,

prevedono una inidoneità all'ufficio solo per gli interdetti e per gli inabilitati, nulla stabilendo per i soggetti minori. Trattandosi di norme limitative si potrebbe ritenere che questi ultimi possano essere chiamati a svolgere le funzioni direttive, ma la responsabilità e l'esigenza di una gestione rapida ed efficace sconsigliano l'accoglimento di tale soluzione. Non sarebbe infatti prospettabile né che l'amministratore minorenni agisca senza alcuna autorizzazione, né che ciò venga fatto dal rappresentante legale, come nelle società di persone, mancando un'apposita autorizzazione al riguardo, né infine che si debba chiedere una specifica autorizzazione per ogni atto di gestione o per esprimere il voto nell'ambito del consiglio di amministrazione.

Conseguenza di ciò è che l'incapace non può mai assumere il ruolo di accomandatario di una società in accomandita per azioni, in quanto egli diventerebbe di diritto amministratore della società.

Problemi particolari sorgevano, *ante* riforma del diritto delle società di capitali, per la partecipazione quale socio

unico di società per azioni, stante la conseguente responsabilità illimitata derivante da tale situazione. Oggi, anche se limitato, il problema può essere ancora prospettato in riferimento alle ipotesi eccezionali in cui l'unico socio acquista responsabilità illimitata, ovvero nel caso in cui non abbia versato interamente il capitale sociale, oppure non abbia effettuato la pubblicità specifica nel registro delle imprese. Ci si è chiesti, ed entro questi limiti ci si può chiedere ancora, se sia necessaria un'autorizzazione ex art. 2294 c.c., per l'acquisto di una partecipazione totalitaria in s.p.a. o in s.r.l.

La soluzione negativa a tale problema, che già era prevalente prima della riforma, diventa oggi d'obbligo, visto che solo situazioni eventuali procurano, come sanzione per il socio unico, la responsabilità limitata. Sarebbe quindi inutile un'autorizzazione all'esercizio di impresa, per le ipotesi in cui il rappresentante legale non rispetti gli obblighi imposti all'incapace unico socio. Inoltre in ogni caso si tratta di una responsabilità transitoria senza esposizione dell'incapace a fallimento. Sarà quindi

sufficiente l'autorizzazione al negozio con il quale si diventa unico socio: vendita, donazione, accettazione dell'eredità o altro.

Il problema maggiormente posto in dottrina in riferimento alla partecipazione di incapaci in società di capitali riguarda la possibilità per il rappresentante legale di partecipare alle assemblee, senza autorizzazioni del giudice.

La soluzione al problema non è univoca e tra le varie tesi si ricordano quella che richiede sempre l'autorizzazione del giudice, quella che al contrario la nega in ogni caso e quella intermedia secondo cui l'autorizzazione sarebbe necessaria solo per le assemblee straordinarie.

Alcune riflessioni portano ad accogliere una tesi che esclude l'intervento del giudice per autorizzare la partecipazione del rappresentante legale alle singole assemblee.

Innanzitutto i tempi stretti di convocazione dell'assemblea non consentono di aspettare l'esito del

giudizio di volontaria giurisdizione. Inoltre nelle società dove partecipano incapaci non sarebbe possibile avere un'assemblea totalitaria.

In secondo luogo in caso di rigetto di autorizzazione il socio sarebbe costretto a votare contro la delibera, a meno che non voglia rinunciare al suo diritto di partecipare all'assemblea.

Infine si deve considerare che in assemblea i soci devono votare per conseguire l'interesse sociale, tanto che la delibera diventa annullabile se essi perseguono scopi propri contrari a quelli sociali, mentre il giudice nel consentire il voto favorevole potrebbe tener conto solo degli interessi individuali dell'incapace.

Tutte queste ragioni sono di ostacolo alla richiesta di una autorizzazione per consentire all'incapace o al suo rappresentante legale di partecipare in assemblea. Pertanto fino a quando non vengono lesi diritti individuali dei soci ma si tratta di decisioni che attengono alla sfera sociale, l'incapace può esprimere liberamente il proprio giudizio.

Ad esempio il socio potrà esprimere il proprio consenso o dissenso ad una delibera di aumento del capitale sociale, ma potrà sottoscrivere lo stesso solo previa autorizzazione, in quanto tale atto incide sulla sfera individuale dell'incapace. Anche in riferimento ad una delibera di scioglimento anticipato per consenso dei soci il rappresentante legale può esprimere il proprio voto, mentre sarà necessaria l'autorizzazione del giudice per la riscossione della somma liquidata.

Le stesse osservazioni svolte per le società di capitali possono essere applicate anche alle società cooperative, in quanto esse oggi sono sempre a responsabilità limitata e pertanto sarà solo necessaria l'autorizzazione al negozio con cui si entra in società.

6. L'impresa agricola dell'incapace.

Nessuna specifica disciplina è dettata per lo svolgimento di una impresa agricola da parte di incapaci, sia in forma individuale che in forma societaria. La scelta del legislatore comporta da un lato che non esistono limiti all'esercizio di tale attività, per cui un incapace può sia continuare, sia iniziare una nuova attività agricola, dall'altro che, non essendoci un'autorizzazione iniziale, l'imprenditore incapace deve ottenere volta per volta le autorizzazioni necessarie per compiere i singoli atti di straordinaria amministrazione.

CAPITOLO II

L'ATTIVITA' D'IMPRESA DELL'INCAPACE NON AUTORIZZATO

1. La necessità dell'autorizzazione per l'esercizio commerciale dell'impresa dell'incapace –
2. Capacità di agire ed attività d'impresa: l'impresa esercitata personalmente dall'incapace
senza autorizzazione – 3. Incapacità naturale ed attività d'impresa – 4. La titolarità dell'impresa
nell'ipotesi di dolo del minore – 5. La revoca dell'autorizzazione giudiziale all'esercizio
dell'attività d'impresa

1. La necessità dell'autorizzazione per l'esercizio dell'impresa commerciale dell'incapace.

Il codice civile contiene una serie di norme (art. 320, 371 e 425 codice civile) le quali regolano l'esercizio dell'impresa commerciale da parte degli incapaci, fissando i

presupposti perché i rappresentanti degli incapaci assoluti ovvero l'incapace relativo ed il suo curatore siano legittimati all'esercizio di tale impresa. Si tratta di un regolamento particolare, che viene di solito indicato come regolamento della capacità all'esercizio di una impresa commerciale.

Tale regolamento non riguarda i presupposti della capacità, ma la legittimazione (del rappresentante assoluto o dell'incapace relativo e del suo curatore) all'esercizio dell'impresa che è regolata diversamente dalla legittimazione agli atti. La differenza che suole soprattutto mettersi in luce è la seguente: mentre i rappresentanti degli incapaci possono essere legittimati, mediante l'autorizzazione giudiziale, al compimento di qualunque atto di straordinaria amministrazione, l'autorizzazione giudiziale per l'esercizio di un'impresa commerciale può riguardare soltanto la continuazione e non ha già l'inizio di un'impresa commerciale (salvo quanto previsto dall'art. 397 c.c. per il minore emancipato).

La predetta disciplina importa, così, la impossibilità per l'incapace di iniziare (per mezzo dei suoi rappresentanti o con l'assistenza del curatore) un'impresa commerciale; si è soliti ritrovare le ragioni per cui è stata disposta tale impossibilità nella disciplina dell'imprenditore commerciale considerata come una disciplina particolarmente rischiosa¹⁶, onde è opportuno che normalmente (a parte cioè l'ipotesi di "continuazione") la soggezione alla stessa dipenda dalla decisione personale di un soggetto capace. Essa è pertanto di solito considerata come una disciplina limitativa della capacità di diritto dell'incapace (l'incapace non può diventare imprenditore commerciale se non nell'ipotesi di continuazione dell'impresa) attraverso la limitazione di legittimane dei suoi rappresentanti: se non ci fosse la disciplina limitativa, gli incapaci potrebbero essere titolari di un'impresa commerciale così come possono essere titolari di una impresa non commerciale, onde l'eccezione, relativa alla possibilità dell'autorizzazione alla continuazione della impresa, non

¹⁶ Si parla di rischio della qualità di commerciante; cfr. la *Relazione* del Guardasigilli Solmi di al *Libro delle persone*, n. 166.

fa che rimuovere quella limitazione in questa ipotesi particolare.

Bisogna individuare il concreto motivo per cui il legislatore ha ritenuto opportuno limitare nei noti termini l'acquisto della qualità di imprenditore commerciale da parte di persone incapaci¹⁷.

Parte della dottrina spiega la normativa in esame ravvisandone il motivo unico o quantomeno principale nel pericolo di fallimento¹⁸: sarebbe questa la ragione che ha spinto il legislatore ad impedire il più possibile l'esercizio del commercio ai minori ed agli incapaci in genere. Non si dubita che tra i motivi politici della disciplina in questione vi sia la volontà di evitare l'acquisto dello status di imprenditore per un incapace, in particolare la volontà di sottrarre l'incapace al fallimento e alle sue conseguenze. E il legislatore ha senz'altro tenuto presente gli effetti giuridici della titolarità dell'impresa commerciale intesa

¹⁷ In altri ordinamenti la protezione dell'incapace è totale sotto questo profilo, nel senso che in nessun caso può essere esercitato il commercio *per l'incapace*. È quanto accade in Francia, dove non si ammette rappresentanza nell'esercizio di una professione: vedi RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, VI ed. a cura di ROBLOT, Paris, 1968, I, p. 129.

¹⁸ Così' RAGUSA MAGGIORE, *L'impresa agricola e suoi aspetti di diritto commerciale e fallimentare*, Napoli, 1964, p. 55; DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, I, *Patria potestà*, Milano, 1962 p. 144.

come attività, tra i quali l'assoggettabilità a fallimento è quello più rilevante, e praticamente l'unico di cui si possa dire con sufficiente sicurezza rappresentativo di aspetti negativi per l'imprenditore. L'elemento negativo del fallimento rimane anche quando si ritenga che i cosiddetti effetti personali del fallimento, quelli cioè che la legge ricollega direttamente, più che al fallimento in sé, all'iscrizione del nome del fallito nel registro dei falliti, non colpiscono e non possono colpire l'incapace insolvente e fallito. Ma se questo è stato uno dei motivi ispiratori della disciplina legislativa, probabilmente esso non è stato né l'unico né il principale. Può ritenersi, infatti, che la giustificazione dello sfavore legislativo verso l'incapace imprenditore vada visto prevalentemente sotto il profilo delle conseguenze patrimoniali derivanti dall'esercizio di un'impresa commerciale¹⁹.

È vero che il fallimento non è in realtà nient'altro se non una forma particolare di esecuzione forzata, la quale, da un punto di vista economico, non porta certo a risultati

¹⁹ Cfr. OPPO, *Materia agricola e "forma" commerciale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 85.

diversi da quelli che risulterebbero da una serie di azioni esecutive singolari²⁰, se non, forse, proprio un beneficio per il debitore, che consiste in un risparmio circa le spese di procedura (il che peraltro non basta evidentemente per poter sostenere che la procedura fallimentare esiste per il vantaggio del debitore)²¹.

E non può neppure revocarsi in dubbio che il patrimonio di un soggetto incapace possa essere oggetto di esecuzione forzata ed anzi essere interamente assorbito da una azione o da una serie di azioni esecutive: ciò si verifica infatti ogni qual volta l'incapace sia considerato responsabile di un'obbligazione. Così l'incapace può

²⁰ FERRARA jr., *Imprenditori e società*, cit., p.217: importa poco che l'incapace fallisca o meno, una volta che si è arrivati al suo dissesto. CANDIAN, *Fallimento del genitore gestore o fallimento del minore?*, in *Temi*, 1957, p. 274, sottolinea invece la sostanziale appartenenza del fallimento dell'incapace all'espropriazione forzata, motivando proprio in base alla mancanza, in queste ipotesi, degli effetti personali.

²¹ infatti indipendentemente dall'aspetto morale, il fallimento presenta altri caratteri del tutto negativi per il fallito: così nel fatto di essere disposto per l'*insolvenza* dell'imprenditore, cioè per la sola impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni; la qual cosa significa che il fallimento può essere dichiarato anche se il presumibile attivo supera il presumibile passivo, con l'ovvia conseguenza di una svalutazione generale dell'attivo; così anche nella circostanza, tutta altro che trascurabile, che in caso di opposizione al fallimento da parte del fallito e di sua vittoria nella relativa causa, vengono a gravare sul patrimonio del fallito stesso anche le spese sostenute dal fallimento, senza o quasi possibilità di recupero data l'interpretazione restrittiva che viene comunemente data all'articolo 21, comma 3, legge fall.: v. TEDESCHI G. U., *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, Padova, 1962, p. 191. Ad un aspetto negativo del fallimento dal punto di vista psicologico sembra accennare il CELORIA, *Ancora sulla questione se il minore possa essere dichiarato fallito*, in *Mon. Trib.*, 1958, p. 862; infatti, tra i gravi inconvenienti che accompagnerebbero il fallimento di un minore, vi sarebbe la formazione, in quest'ultimo, di gravi turbe psichiche e di complessi di inferiorità. Ma un turbamento psichico in soggetto immaturo può essere determinato da molte cause, diverse dal proprio fallimento.

essere responsabile per un inadempimento contrattuale, inadempimento certamente dovuto ad una azione o ad una omissione del legale rappresentante, ma che altrettanto certamente riverbera i suoi effetti sul patrimonio dell'incapace, salva poi un eventuale azione di questi per ottenere il risarcimento del danno subito; parimenti il patrimonio dell'incapace è esposto nei casi in cui il suo titolare sia tenuto extra contrattualmente vuoi per la responsabilità oggettiva (ad esempio ex articolo 2053 cod. civ.) e vuoi per responsabilità da dolo e colpa (art. 2043) qualora, beninteso, l'incapace legale abbia la capacità di intendere e di volere (fatta salva anche qui una azione verso il genitore o tutore per la violazione della cura personae).

Tuttavia, benché esista tutta una serie di ipotesi in cui l'incapace può venire spogliato in tutto o in parte dei suoi beni esattamente come nel caso di un suo fallimento, non si può negare che nel caso di fallimento c'è qualcosa di più: c'è precisamente una notazione di carattere sociale di contenuto nettamente sfavorevole per il soggetto

dichiarato fallito. È indubbio che il fallito si trova esposto ad una diminuzione nella considerazione sociale; nei suoi confronti si manifesta una sfiducia generale, non limitata alla cerchia degli operatori economici; si tratta di un fenomeno spesso ingiustificato (soprattutto per l'incapace), ma che pur tuttavia esiste.

È probabile quindi che anche la preoccupazione di sottrarre l'incapace al fallimento abbia spinto il legislatore a introdurre restrizioni e formalità complesse per permettere l'esercizio di un'impresa commerciale in nome e per conto suo. D'altra parte è indubbio che questa preoccupazione non può essere da sola la ratio delle norme contenute negli articoli 320, 371 e 425 codice civile; se il legislatore avesse unicamente temuto che l'incapace potesse un giorno trovarsi sottoposto ad una procedura concorsuale, sarebbe stato assai meno macchinoso sottrarre puramente e semplicemente l'incapace a queste conseguenze della qualifica di imprenditore commerciale.

Non solo, ma una volta ammesso che un'impresa commerciale possa venire esercitata in nome e per conto di un soggetto incapace, ne deriva la possibilità che le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa siano di tale entità da assorbire l'intero patrimonio dell'incapace. Sotto questo profilo ha scarso rilievo la circostanza che il soddisfacimento delle ragioni creditizie avvenga tramite la procedura fallimentare ovvero per mezzo di una molteplicità di azioni esecutive.

Ammesso, per queste considerazioni, che la preoccupazione di evitare all'incapace la sottoposizione alla procedura fallimentare non possa costituire il motivo unico, ne quello determinante, della particolare disciplina prevista per l'incapace imprenditore, la ratio delle norme citate va individuata nella struttura economica dell'attività commerciale²².

²² il codice di commercio delle 1882 - come è noto - vietava espressamente al minore emancipato il compimento anche di un singolo atto di commercio (art. 10), se non con le autorizzazioni e le formalità previste per l'esercizio del commercio. Questo rigore si spiegava però storicamente con il fatto che il legislatore aveva voluto sottrarre l'emancipato ai rigori della giurisdizione commerciale (v. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia annotato*, Torino, 1868, I).

L'attività commerciale infatti è per sua natura - di attività - continuata nel tempo, si presenta cioè come serie di atti, se non infinita, certamente indeterminata; già per questo solo motivo qualunque giudizio complessivo che su di essa si voglia dare a priori è necessariamente incerto; e tanto più incerto e variabile quanto più la previsione viene spinta lontano nel tempo. Inoltre il commercio presenta sempre un elemento di aleatorietà che può vanificare ad un certo punto tutte le previsioni, per quanto numerosi siano i fattori da esse presi in considerazione.

Questa incertezza di valutazione circa il risultato finale dell'impresa (e anche circa i risultati parziali) si traduce nel c.d. rischio: l'attività commerciale è rischiosa in quanto - anche in assenza di un comportamento non diligente dell'imprenditore - può portare ad uno squilibrio tra i costi e i ricavi con conseguenze negative per il patrimonio dell'imprenditore. Da un esame anche soltanto superficiale delle norme che concernono il patrimonio degli incapaci (ad esempio l'articolo 372 c.c. che detta i criteri per l'investimento dei capitali del minore sottoposto a tutela),

appare manifesto il principio a cui si è ispirato il legislatore: si tratta di un principio di conservazione del patrimonio, conservazione vista come sinonimo di sicurezza, per cui un patrimonio è tanto più sicuro quanto più i suoi elementi sono stabili. Ma sicurezza e rischio sono concetti tra loro incompatibili, onde il compimento di una attività che può portare a breve o lunga scadenza all'assorbimento dell'intero patrimonio, attività che per sua natura implica un dinamismo incompatibile con la staticità presa dalla legge come ideale nell'amministrazione dei beni dell'incapace, non può essere vista con favore. A ciò si aggiunga la sfiducia con cui sempre (non solo nell'ipotesi dell'incapace) la legge vede l'amministrazione del patrimonio altrui, circondata da autorizzazioni e controlli²³; controlli ed autorizzazioni che avendo per oggetto una attività, si trovano a dovere valutare incognite collegate al necessario protrarsi nel tempo

²³ PANUCCIO, voce *Amministrazione dei beni altrui*, cit.; v. anche CICU, *La filiazione*, nel *Trattato di dir. Civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1958; BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1951; GRASSETTI, *Della patria potestà*, nel *Codice Civile-Commentario* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro I*, (Persone e Famiglia), Firenze, 1940.

dell'attività stessa, e che non si presentano quando oggetto di valutazione è un singolo atto.

Tenuto conto di tutte queste considerazioni si spiegano agevolmente i limiti che condizionano l'esercizio di una attività commerciale in nome e per conto di un incapace.

In particolare si spiega perché il rappresentante legale dell'incapace possa solo continuare l'impresa commerciale in nome e per conto di esso e mai iniziarla.

Le due ipotesi infatti si presentano profondamente diverse tra di loro.

Quando si dà inizio ad un'impresa commerciale (ma anche non commerciale) le previsioni da farsi sono sempre più difficili rispetto a quelle possibili dopo un certo tempo da quando l'impresa è iniziata, in un momento cioè in cui si conoscono il suo grado di sviluppo, le sue fonti di approvvigionamento e l'estensione della sua clientela (tutti elementi che fanno sì che le previsioni sui costi e i ricavi possono basarsi su di una esperienza già acquisita); non va dimenticato poi che l'inizio ex novo di un'impresa presuppone l'organizzazione dei beni destinati al suo

esercizio, presuppone cioè la costituzione di una azienda. Ma la costituzione di un'azienda comporta necessariamente la destinazione ad essa di beni e capitali, i quali devono essere distolti dalla destinazione che hanno attualmente.

Per dare inizio all'impresa sono cioè necessari degli atti che non hanno come fine la mera conservazione del patrimonio nella sua struttura attuale e che, anche singolarmente considerati (indipendentemente dal futuro esercizio dell'impresa) presentano un elemento non indifferente rischio: ogni singolo bene destinato a far parte dell'azienda era produttivo come beni singolarmente considerato o, perlomeno, aveva una destinazione utile nel complesso del patrimonio; ma una volta inserito nell'azienda, tale bene si presenta come improduttivo se non si esercita utilmente l'impresa per cui l'azienda è stata organizzata. Anzi, improduttiva è in tal caso l'intera azienda.

Tutti questi atti quindi, che necessariamente precedono l'esercizio ex novo di impresa commerciale, rientrano in

quella categoria di atti che viene definita di straordinaria amministrazione. Ma in quanto atti di straordinaria amministrazione, per ciascuno di essi il legale rappresentante dovrebbe chiedere una specifica autorizzazione: dato che una autorizzazione di questo genere può essere concessa solo qualora l'atto risulti necessario o evidentemente utile per l'incapace (si veda per il minore l'art. 320 II comma c.c.), è palese l'impossibilità di esprimere un simile giudizio su ciascuno di tali atti, la cui utilità non è mai evidente e comunque esiste solo in connessione con tutti gli altri atti destinati allo stesso fine²⁴.

Tutto ciò spiega ampiamente il divieto legislativo per il legale rappresentante di iniziare un'impresa commerciale in nome e per conto dell'incapace.

²⁴ Si tratta infatti di *atti di organizzazione* della cui opportunità si può giudicare solo quando la fase - appunto, di organizzazione - è compiuta e incomincia l'attività di impresa vera e propria. Una parte della dottrina (ad es. FERRARA jr. , *Imprenditori società*, cit.) preferisce dire che l'esercizio ex novo di impresa commerciale non può mai essere autorizzato in quanto in esso *manca l'evidente utilità*.

2. Capacità d'agire ed attività d'impresa: l'impresa esercitata personalmente dall'incapace senza autorizzazione.

L'articolo 2082 codice civile non richiede alcun requisito di capacità per l'imprenditore; d'altra parte le norme del primo libro del codice civile (articoli 320, 371, 397, 424, 425), benché spesso richiamate tutte a proposito della "capacità all'esercizio dell'impresa", sono in parte norme che disciplinano la legittimazione del legale rappresentante di un incapace ad esercitare un'impresa commerciale in nome e per conto dell'incapace stesso ed in parte invece si riferiscono all'ipotesi di imprese commerciali che debbono venir esercitate da soggetti limitatamente capaci (inabilitati ed emancipati). In entrambi i casi la legge impone particolari autorizzazioni per permettere ai legali rappresentanti di persone incapaci o alle persone limitatamente capaci di continuare l'esercizio dell'impresa commerciale, ma nulla dicono sulle conseguenze che la mancanza delle prescritte

autorizzazioni provoca sull'impresa commerciale eventualmente esercitata da un incapace o da un rappresentante legale²⁵.

Da ciò una situazione di incertezza circa il regime da applicare alle ipotesi in cui una attività avente le caratteristiche di impresa venga esercitata da un incapace o dal suo rappresentante legale a ciò non autorizzati. Ciò ha portato taluno a sostenere che la capacità di agire è del tutto irrilevante per l'acquisto della qualità di imprenditore²⁶: l'incapacità opererebbe quindi allo stesso modo delle cosiddette incompatibilità, disposte da varie leggi, che, secondo un'opinione univoca²⁷, non

²⁵ Naturalmente le norme sulla capacità all'esercizio di un'impresa commerciale non possono essere considerate alla stregua di quelle che compongono lo status di imprenditore, in quanto la loro applicabilità ad un determinato soggetto non consegue all'esercizio di impresa, ma, al contrario, esse costituiscono un particolare presupposto per la stessa giuridica esistenza dell'impresa o quanto meno per la sua imputabilità ad un soggetto incapace. Al contrario alcuni autori, nell'elencazione delle norme componenti lo status ovvero lo statuto dell'imprenditore commerciale, hanno ricompreso quelle sulla "capacità": cos' MINERVINI, *L'imprenditore – Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966

²⁶ RICCIOTTI, *L'imprenditore abusivo*, in *Dir. Fall.* 1959, I, 61; PAJARDI, *Ancora sul fallimento del minore; in particolare il minore non autorizzato*, in *Casi clinici di diritto fallimentare*, III, Milano, 1962, 91; BRUNORI, *Appunti sul fallimento del minore*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1961, I, 443. In giurisprudenza v. Trib. Milano, 28 Maggio 1960, in *Mon. Trib.*, 1961, 438, dove si dice che l'interdetto può assumere la qualità d'imprenditore commercialmente indipendentemente dall'autorizzazione: tuttavia nella fattispecie esaminata dal Tribunale la questione riguardava un imprenditore ricoverato in un ospedale psichiatrico, ma non dichiarato interdetto.

²⁷ L'opinione che nega che la situazione di incompatibilità in cui si trova un determinato soggetto possa influire sulla acquisizione, da parte di quest'ultimo, dello status di imprenditore, è suffragata d'altronde da un chiaro argomento testuale ricavato dall'articolo 219, secondo comma, numero 2, legge fallimentare, dove è previsto un aggravamento di pena per il fallito che abbia commesso uno dei fatti costituenti reato di bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito, qualora egli, *per divieto di legge*, non avrebbe potuto

impediscono l'acquisto della qualifica di imprenditore commerciale.

Per giudicare se la capacità di agire abbia rilevanza per l'esistenza dell'impresa, è innanzitutto necessario stabilire cosa sia una impresa sotto il profilo della classificazione delle cause produttive di modificazioni nella sfera giuridica di un soggetto o più soggetti. Ci si riferisce in particolare alla configurazione dell'impresa come fatto giuridico, tesi questa piuttosto ricorrente in dottrina, sia pure più come affermazione indimostrata che come frutto di meditato ragionamento.

L'affermazione secondo cui "l'impresa è un fatto" può in astratto essere interpretata in due sensi: se si intende la parola "fatto" (fatto giuridico naturalmente) come equivalente dell'espressione "causa di effetti giuridici", non vi è dubbio che l'impresa, intesa come attività e quindi unitariamente, è un fatto giuridico, dato che produce effetti

esercitare un'impresa commerciale. Ma se in queste ipotesi egli è stato dichiarato fallito, è chiaro che è l'impresa esercitata ha prodotto tutti i suoi effetti giuridici e ciò malgrado gli fosse vietato l'esercizio di qualunque impresa commerciale. L'impresa esercitata da chi non può esercitarla per divieto di legge va piuttosto considerata come un caso particolare di impresa illecita, la cui illiceità comporta l'apposizione di sanzioni a carico dell'imprenditore ma non ha conseguenze sulla natura e sugli effetti dell'impresa stessa.

giuridici in capo a chi la esercita (l' imprenditore). In altre parole non si può dubitare, né si è mai dubitato, che l'impresa sia un fatto giuridico in senso lato, dato che l'attività è giuridicamente rilevante in quanto tale solo perché la legge vi ricollega conseguenze giuridiche. Per dare un significato all'affermazione "l'impresa è un fatto" non si può quindi che intendere il termine nella seconda accezione giuridica e cioè come fatto giuridico in senso stretto; nozione questa che, com'è noto, viene abitualmente contrapposta a quella di atto giuridico (in senso lato)²⁸. Fatto giuridico in senso stretto è ritenuto quell'evento, produttivo di conseguenze giuridiche, il cui verificarsi è indipendente dalla volontà dell'uomo o comunque quell'evento rispetto al quale la coscienza e la volontà umana sono del tutto irrilevanti per l'ordinamento giuridico: coloro quindi che affermano che l'impresa è un fatto (in senso stretto) ammettono perciò stesso che per l'esistenza di impresa sono irrilevanti la coscienza e la volontà, o, meglio, che le conseguenze giuridiche che la

²⁸ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1966; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Tratt. Di dir. Civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1950.

legge riconnette all'esercizio di una attività di impresa si verificano indipendentemente da qualunque riferimento alla coscienza e alla volontà di colui che pone in essere tale attività. A maggior ragione quindi sarà irrilevante la situazione di incapacità di agire.

Tuttavia una tale posizione non sembra ragionevolmente sostenibile. Per cominciare occorre tener conto della presenza, nell'ordinamento vigente, di un orientamento legislativo teso alla massima possibile tutela degli interessi dell'incapace legale; quindi coloro che ritengono che un'impresa possa essere esercitata anche da un incapace, devono innanzitutto giustificare una così grave deviazione dai principi, come è indubbiamente il verificarsi di conseguenze giuridiche sfavorevoli in testa ad un soggetto incapace: la presunta giustificazione viene identificata con la necessità di tutelare l'affidamento dei terzi, cioè di coloro che, in un modo o in un altro, vengono in contatto con colui che esercita l'impresa; nel campo del commercio l'affidamento deve essere difeso al di sopra di ogni altra considerazione, dato il numero e l'intensità dei

rapporti che vi si stringono; questa sarebbe un'esigenza primaria, il cui soddisfacimento sarebbe essenziale per la sicurezza dei traffici e, in definitiva, per lo sviluppo dell'economia.

Questa giustificazione si palesa subito priva di consistenza: esse infatti non tiene conto che quando si parla di affidamento a proposito di una impresa, tale affidamento non può avere come oggetto la qualifica di imprenditore nel soggetto con cui si è contratto, dato che la disciplina dei singoli atti di impresa (ossia degli atti e negozi giuridici che formano l'attività di impresa) non subisce modifiche a causa della qualità di imprenditore del soggetto o di uno dei soggetti: il regime giuridico dei contratti e degli altri atti e negozi compiuti nell'esercizio di un'impresa (commerciale e no) rimane invariato rispetto al diritto comune. I contratti conclusi dall'incapace imprenditore (ammettendo per un momento l'esistenza di questo binomio) potrebbero essere tutti annullati secondo

le regole generali; se, in ipotesi di incapacità naturale²⁹, viene compiuto un atto giuridico da chi si trova in stato di ebbrezza alcolica, la circostanza che l'atto sia stato compiuto da un imprenditore nell'esercizio della sua impresa non impedirà l'applicazione dell'articolo 428; qualora poi si tratti del legale rappresentante di un incapace legale, la circostanza che costui - senza l'autorizzazione specifica - eserciti un'impresa commerciale in nome e per conto del rappresentato, non è certo sufficiente per impedire l'applicazione delle regole generali sulla necessità delle autorizzazioni ai singoli atti e sulle conseguenze (annullabilità) della loro mancanza.

Quale affidamento quindi dovrebbe essere tutelato, in maniera così speciale e drastica, a proposito dell'impresa commerciale? Come si è già detto l'affidamento non potrebbe che riguardare la qualifica personale di imprenditore nella controparte, la sicurezza cioè di trattare

²⁹ L'incapacità di intendere e di volere è prevista come causa di annullamento dei negozi dall'articolo 428 codice civile. In queste ipotesi, tra i due interessi in conflitto, quello dell'incapace naturale e quello del terzo che con lui è entrato in contatto, la legge mostra chiaramente di preferire quest'ultimo in base al principio di tutela dell'affidamento. Solo quando di affidamento non si può parlare, perché il terzo è in malafede, la legge si preoccupa della tutela dell'incapace naturale. È chiaro che questi principi non subiscono deviazioni per essere l'atto compiuto nell'esercizio di un'impresa.

con un soggetto che possiede la qualifica di imprenditore. Che esista un interesse a trattare con un imprenditore anziché con un cittadino qualsiasi, privo di questa qualità, è indubbio: basta pensare al fallimento, con le conseguenze che questa procedura ha circa il rispetto della par condicio e la reintegrazione del patrimonio dell'insolvente tramite le revocatorie.

Molti dubbi solleva invece il fatto che questo interesse sia talmente importante per i traffici e per la pubblica economia, da prevalere su quello dell'incapace. Innanzitutto una osservazione si impone: se l'incapace (che si vuole imprenditore) ha concluso dei contratti, questi sono sicuramente annullabili; al limite, a seguito di una serie di azioni di annullamento, tutti i contratti conclusi possono essere annullati e cancellati dal mondo giuridico: a questo punto non dovrebbero più esistere neppure i creditori da tutelare, a meno di non sostenere che un fallimento può essere chiesto o mantenuto al solo scopo di ottenere da un incapace la restituzione delle prestazioni da questi ricevute e rivolte a suo vantaggio

(articolo 1443 codice civile); comunque, anche ammesso che in una tale situazione si possa ancora parlare di insolvenza e che la situazione che si viene così creare possa conciliarsi con le regole processuali del fallimento, resta sempre la sproporzione gigantesca tra il mezzo (il fallimento o meglio, in generale, lo status di imprenditore) ed il fine, sproporzione aggravata dalla netta deviazione dai principi che avrebbe bisogno di un'esplicita sanzione da parte del legislatore: tutto l'ordinamento infatti - come si è accennato - è improntato ad una rigorosa, ferrea tutela dell'incapace legale (nella specie: iscrizione, nel registro delle imprese, delle autorizzazioni all'esercizio di imprese commerciali per conto di incapaci o da parte di limitatamente capaci)³⁰.

Infine chi vuole che la capacità di agire sia irrilevante per l'esistenza o meno di un'impresa, non sa dare alcuna spiegazione per l'esistenza delle norme di cui agli articoli 320, 371, 397, 424, 425 codice civile; ne sa giustificare in

³⁰ PORZIO, *L'impresa commerciale del minore*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova, 1965, III, 1505, il quale riconosce che l'assoluta preminenza dell'interesse dell'incapace deve prevalere anche sull'esigenza dell'affidamento dei terzi nelle iscrizioni del registro delle imprese.

qualche modo l'imposizione di formalità così complesse, che sarebbero prive di qualunque ragion d'essere, se la loro inosservanza non pregiudicasse comunque l'attuazione della fattispecie "impresa" e l'acquisto dello status di imprenditore. Le norme in questione costituiscono la riprova della particolare tutela predisposta dal legislatore nei confronti dell'incapace in tutti i campi, anche quello delle attività commerciali.

Ora, se questa tutela viene assicurata dalla legge prescrivendo determinate autorizzazioni, la mancanza di tali autorizzazioni non può essere giuridicamente irrilevante. Si tratta solo di stabilire quali sono le conseguenze che ne derivano. Indubbiamente, essendo l'impresa una attività, non si può ricorrere alla figura dell'annullabilità (senza contare che l'annullabilità avrebbe dovuto essere espressamente prevista).

La circostanza però che l'autorizzazione richiesta dalla legge sia ispirata alla tutela dell'incapace, e che detta tutela sarebbe frustrata e la stessa norma si rivelerebbe inutile, fa ritenere che la mancanza di autorizzazione non

può non avere conseguenze. Nell'ambito negoziale la conseguenza della mancanza di autorizzazione è l'annullabilità; dato che tale istituto è inapplicabile alla figura dell'attività, non di annullabilità si può parlare bensì di inesistenza. La conseguenza della mancanza di autorizzazione non è e non può non essere che l'inesistenza dell'impresa, ossia inesistenza di una attività rilevante come impresa; il che porta necessariamente a dire che l'autorizzazione per l'esercizio di una impresa commerciale in nome e per conto di un incapace è un presupposto dell'impresa stessa; non solo, ma la circostanza che l'autorizzazione sia richiesta in ipotesi in cui imprenditore sarebbe un incapace di agire (con soggetto comunque dalla limitata capacità), porta inoltre a ritenere che anche la capacità di agire sia un presupposto dell'impresa. Pertanto, se un interdetto, in un periodo di lucido intervallo, o un minore particolarmente precoce esercitano un'attività economica avente tutte le caratteristiche dell'impresa commerciale, non diventano per questo imprenditori, perché l'attività non è

dall'ordinamento apprezzata come tale ma è considerata solo nei singoli momenti costitutivi, degli atti e dei negozi giuridici, che seguiranno per ciò la disciplina propria degli atti posti in essere da incapaci, senza subire neppure le deviazioni dalla disciplina normale causate dall'essere l'atto compiuto nell'esercizio di un'impresa. Lo stesso avviene naturalmente nell'ipotesi che il rappresentante legale eserciti lui l'impresa in nome e per conto dell'incapace ma senza autorizzazione: prescindendo per il momento dalle possibili conseguenze a carico del rappresentante legale, è escluso che l'incapace diventi imprenditore, così come è escluso che gli risponda delle conseguenze dei singoli atti posti in essere senza autorizzazione dal rappresentante legale (che sono invalidi). In queste ipotesi non siamo cioè più in presenza di una attività alla quale la legge ricolleggi conseguenze giuridiche in quanto attività; si potrà ancora usare il termine attività, ma solo in senso descrittivo, intendendo cioè una molteplicità di fatti, di atti e di negozi uniti da un fine comune, ma che non provoca conseguenze giuridiche

in quanto attività, cioè in quanto impresa: le uniche conseguenze giuridiche rimarranno quelle proprie dei singoli fatti, atti e negozi.

Dunque, non si può affermare che l'impresa è un fatto, intendendo con ciò dire che la volontà del soggetto è giuridicamente irrilevante. Vi ostano, infatti, in maniera insormontabile, quelle norme del codice civile che prevedono autorizzazioni per i soggetti limitatamente capaci che esercitano imprese commerciali; autorizzazioni che non avrebbero ragione di esistere se la legge non riconoscesse alcuna importanza alla capacità del soggetto che esercita un'impresa, e quindi ovviamente anche alla sua volontà.

La problematica, come si vede, è assai vicina a quella che si riscontra in altri campi del diritto quale ad esempio alle dispute sulla natura giuridica del pagamento e dell'emissione dei titoli di credito: in entrambi i casi la rilevanza data dalla legge all'incapacità del soggetto, è stata argomento per sostenere la natura di fatto (del

pagamento) e di atto giuridico (dell'emissione dei titoli di credito).

È escluso quindi che l'impresa (come attività) possa essere ritenuta un fatto giuridico (in senso stretto), resta soltanto da osservare che probabilmente nel pensiero di molti Autori la qualifica dell'impresa come fatto deriva implicitamente dalla constatazione che gli effetti dell'impresa si verificano indipendentemente da una volontà del soggetto diretta ad ottenerli³¹. Gli effetti dell'impresa e lo status di imprenditore sono ricollegati dalla legge al suo solo esercizio: essi si verificano senza la volontà o anche contro la volontà dell'imprenditore. Può darsi benissimo che un soggetto svolga una attività corrispondente ad una di quelle descritte nell'articolo 2195 codice civile senza sapere assolutamente di essere un imprenditore commerciale. Però, benché l'acquisto della

³¹ A questa affermazione va attribuito un duplice significato. Si ritiene che essa vada intesa sia nel senso di non ammettere che sia rilevante una volontà, in colui che esercita un'impresa, diretta ad escludere del tutto o in parte gli effetti giuridici che la legge ricollega appunto all'esercizio dell'impresa; sia, contemporaneamente, nel senso di non riconoscere l'esistenza di *imprenditori senza impresa*, di imprenditori cioè che sarebbero tali indipendentemente dall'effettivo esercizio di un'impresa, ma solo in virtù dell' *intenzione* di esercitarla. In altre parole, non si può essere imprenditori solo perché si vuole esserlo né si può non essere imprenditori solo perché non si vuole esserlo. La dottrina è praticamente unanime su questa seconda parte dell'affermazione.

qualifica di imprenditore sia determinato dal solo esercizio dell'impresa, perché impresa vi sia occorre che esista la volontà (o, se si preferisce, la volontarietà) di esercitare una attività avente le caratteristiche previste dalla legge. In altre parole è vero che nel valutare se vi è impresa non va considerata la volontà del soggetto di diventare imprenditore, ma è altrettanto vero che va accertata in concreto l'esistenza di una volontà di compiere quella serie qualificata di atti coordinati che la legge dice è essere impresa.

La situazione giuridica così descritta non è certo un unicum nell'ordinamento, anzi, secondo la dottrina tradizionale, è la caratteristica fondamentale di quelli che vengono chiamati atti giuridici in senso stretto. Questa caratteristica (che li distinguerebbe dai negozi) consiste appunto nel verificarsi degli effetti indipendentemente da una volontà del soggetto diretta ad ottenerli, anzi indipendentemente dalla consapevolezza della loro verificarsi.

Tutto ciò porta a concludere che l'attività di impresa, considerata unitariamente per quanto riguarda gli effetti giuridici che ad essa si ricollegano, è un atto giuridico³².

Né a questa conclusione va contro la circostanza che tale attività ricomprenda comportamenti materiali, atti e negozi. A parte la considerazione che la stessa obiezione potrebbe essere rivolta alla tesi che qualifica l'impresa come fatto, basta ricordare che l'attività di impresa unitariamente considerata è altra cosa dai singoli elementi che la compongono.

Ciò premesso, resta naturalmente da accertare quanto della disciplina generale sia applicabile all'attività di impresa. Non vi è problema per gli aspetti che siano espressamente regolati dalla legge e tra queste rientra la capacità (perlomeno limitatamente all'impresa commerciale). Quindi, a differenza di quanto spesso sostenuto a proposito dell'atto giuridico, per l'esistenza dell'impresa commerciale non è sufficiente la capacità di

³² L'identificazione dell'impresa con la categoria degli atti giuridici non è una novità: essa fu infatti prospettata fin dall'entrata in vigore del codice civile dal CARNELUTTI, *Lettera a Mossa – Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, I, 67.

intendere e di volere ma è necessaria la capacità di agire. Non avrebbe altrimenti ragione d'essere il continuo riferimento che la legge fa, a proposito delle autorizzazioni all'esercizio dell'impresa commerciale, alle categorie di incapaci legali e di limitatamente capaci (articoli 320, 371, 397, 425, più volte citati). Conseguentemente non può parlarsi di annullabilità dell'impresa ma solo di esistenza o di inesistenza di essa; quindi le cause che per i negozi determinano annullabilità, nel caso dell'impresa impediscono la sua venuta ad esistenza: così l'incapacità di agire del soggetto, la mancanza o l'irregolarità delle autorizzazioni prescritte, nell'ipotesi di soggetto incapace, per l'esercizio di un'impresa commerciale, impediscono che l'attività economica esercitata in queste condizioni possa essere considerata un'impresa: essa non è né impresa né attività giuridicamente rilevante.

3. Incapacità naturale ed attività d'impresa.

Una volta accertato che la capacità di intendere e di volere non è elemento sufficiente per l'esistenza dell'impresa commerciale, si tratta ancora di vedere se essa sia però un elemento in qualche modo rilevante.

Da un lato, infatti, stante la analogia poc'anzi rilevata tra l'impresa (l'attività di impresa) e l'atto giuridico in senso stretto sotto il profilo della volontà, si dovrebbe ritenere che l'assenza nel soggetto della capacità di intendere o di volere impedisca il verificarsi degli effetti giuridici dell'impresa, così come avviene per l'atto in senso stretto: dall'altro, la circostanza che la legge già a proposito della capacità di agire detti una disciplina diversa per l'impresa da quella che abitualmente si ritiene operante nei confronti dell'atto in senso stretto, giustifica l'ipotesi che diversa sia la disciplina anche a proposito della capacità di intendere e di volere.

La circostanza che per l'esistenza dell'impresa la legge richiede la capacità di agire non è di per sé sufficiente a

risolvere il problema. Il particolare fondamento dell'incapacità di agire sembra infatti postulare un'identità di disciplina tra questa e l'incapacità di intendere o di volere in tema di impresa. Tale fondamento va infatti ravvisato in una valutazione di inidoneità del soggetto ad esprimere una volontà valida, in base all'id quod plerumque accidit³³. E se tale valutazione legislativa di inidoneità a volere validamente impedisce di qualificare come impresa l'attività dell'incapace di agire e di riferire all'incapace gli effetti dell'attività stessa, a maggior ragione le stesse conseguenze dovrebbero verificarsi nel caso in cui ci si trova in presenza di una attività che è certamente compiuta senza una precisa volontà e una coscienza determinata: quella dell'incapace di intendere o di volere.

D'altra parte non si può nemmeno negare che la legge stessa, per evidenti ragioni di opportunità (es. la tutela dei terzi) consideri di norma irrilevante l'incapacità naturale in sé considerata: esse infatti può causare l'annullamento dei

³³ E' il fondamento dell'incapacità legale, in particolare della minore età: v. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, 865.

negozi (unilaterali o contratti) solo quando concorre con altri fattori³⁴, quali il pregiudizio dell'incapace stesso e la malafede del terzo.

Precisati così i termini del problema, bisogna sottolineare in primo luogo che non si tratta di una questione meramente accademica.

Ci si potrebbe chiedere, è vero, se posso mai darsi il caso che, nella realtà della vita, un'impresa commerciale venga in concreto esercitata da una persona priva della capacità di intendere e di volere: ciò perché sia l'incapacità sia l'esercizio dell'impresa dovrebbero avere una certa durata (e per tutto questo periodo - si deve supporre - non dovrebbe esserci alcun intervento, privato o dell'autorità, diretto alla protezione, in un modo o nell'altro, dell'incapace). Tale interrogativo, se ha ragione di sussistere qualora per incapace di intendere o di volere si consideri solo il furiosus, di romana e romanistica memoria³⁵, ovvero l'ubriaco, seguendo l'esempio spesso

³⁴ Coiè l'incapacità naturale rende invalido l'atto soltanto come elemento di una fattispecie complessa: così RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, cit.

³⁵ Invece questa ipotesi, a giudizio della migliore dottrina, sarebbe fuori dalla previsione dell'art. 428 c.c.: v. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 295.

ricorrente a proposito dell'articolo 428 codice civile, appare meno fondato qualora si consideri che nelle ipotesi regolate dalla norma rientrano altresì casi di alterazioni mentali meno appariscenti e soprattutto esplicantesi i loro effetti in direzioni ben determinate e specifiche, ma non per questo tuttavia prive di riflessi sull'intera psiche dell'individuo che ne è affetto, quali le monomanie³⁶. In altre parole, non può essere escluso che un individuo affetto da monomania riesca ad esercitare, per un certo periodo almeno, un'impresa commerciale. Non solo: può accadere che l'incapacità di intendere o di volere dovuta a malattia mentale non venga accertata giudizialmente (e che quindi il soggetto non venga né interdetto né inabilitato) né venga nominato un tutore provvisorio o un amministratore di sostegno, che tuttavia qualcuno (il coniuge, o un parente)³⁷ mandi avanti l'impresa agendo in

³⁶ Sul problema delle monomanie v. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 338, il quale però, sia pure riferendosi al problema della imputabilità, ritiene che, ove le perturbazioni psichiche manifestino la loro influenza in certi settori solo di riflesso, e questi riflessi siano assai piccoli o addirittura minimi, le perturbazioni stesse siano irrilevanti per il giurista che esamina quei settori. Cfr. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit.

³⁷ Questa sembra essere la fattispecie esaminata dalla sentenza del Tribunale di Bologna, 21 luglio 1951, in *Dir. Fall.*, 1951, II, 464, benchè la motivazione, non del tutto chiara, parli sia di società di fatto tra il marito, imprenditore colpito da arteriosclerosi, e la moglie, (che aveva in effetti continuato l'impresa), sia di mandato del primo alla seconda, ad amministrare l'azienda,

nome e per conto dell'incapace stesso. Può darsi, ancora, che l'impresa, già prima del sopravvenire della causa di incapacità, fosse affidata ad un institore, e che questi - supposto sempre che l'incapacità non venga dichiarata - continui ad esercitarla.

In tutte queste ipotesi si tratta di stabilire se l'incapacità di intendere e di volere impedisca di imputare al soggetto l'attività di impresa comunque compiuta.

L'importanza della questione si coglie tra l'altro considerando che, se l'incapacità di intendere e di volere escludesse la possibilità di imputare al soggetto tale attività, il sopravvenire di una causa di incapacità non dichiarata dovrebbe essere considerata alla stregua di una interruzione dell'impresa. Di conseguenza risulterebbe applicabile all'ipotesi considerata l'articolo 10 legge fallimentare, ossia l'incapace potrebbe essere dichiarato fallito solo entro un anno dal manifestarsi della causa di incapacità³⁸.

fondandosi sul fatto che nella circostanza non si poteva escludere, del tutto la capacità materiale dell'uomo ad esprimere un valido consenso.

³⁸ Per quanto riguarda l'aspetto meramente processuale del problema, ossia la possibilità di emettere validamente una sentenza di fallimento nei confronti di un incapace di intendere e di

Dunque, nell'affrontare il problema, è necessario ancora una volta premettere che l'attività di impresa deve essere valutata su un piano diverso da quello degli atti che pure la compongono, e che in particolare nessuna influenza su di essa può venire esercitata dall'eventuale condizione di invalidità in cui versino gli atti e i contratti compiuti nel corso del suo esercizio: come l'eventuale non impugnabilità dei contratti, in quanto conclusi con una controparte in buona fede, e degli altri negoziali unilaterali perché non pregiudizievoli all'incapace non costituisce argomento decisivo per l'esistenza dell'impresa, così il fatto che tutti gli atti e contratti compiuti nell'esercizio dell'impresa siano annullabili, perché rientranti nella previsione dell'articolo 428 codice civile, non comporta di per sé l'inesistenza dell'impresa.

L'esistenza ovvero l'inesistenza dell'impresa possono essere stabilite, come più volte rilevato, esclusivamente in

volere, nessun dubbio ha ragione di sussistere, specie se si segue l'interpretazione corrente dell'art 78 c.p.c.: v. infatti ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955, p. 336; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 178; Cfr. in giurisprudenza Cass. 25 luglio 1964, n. 2039, in *Foro it.*, 1965, I, 87. In questo senso, cioè come limitate all'aspetto meramente processuale, vanno interpretate, per lo più, le decisioni giurisprudenziali e le affermazioni, della dottrina che non ammettono discussioni sulla possibilità di far fallire un incapace non dichiarato: v. in particolare, App. Palermo, 30 maggio 1949, in *Foro it.*, 1950, I, 744; Cass. 23 febbraio 1954, n. 519, in *Foro it.*, 1955, I, 377.

base a considerazioni che riguardino l'impresa stessa, intesa come fattispecie produttiva di particolari effetti giuridici.

Ebbene, sotto questo profilo, va detto che l'incapacità di intendere o di volere non impedisce l'imputazione al soggetto dell'attività di impresa e il verificarsi dei relativi effetti in capo allo stesso incapace³⁹. La ragione va vista nel fatto che l'incapacità di intendere e di volere non è mai considerata dalla legge come uno stato permanente in cui si può venire a trovare un soggetto. La sua rilevanza è sempre soltanto puntuale: l'incapacità di intendere o di volere cioè è presa in considerazione solo come influente sul singolo atto o sul singolo contratto⁴⁰; l'attività di

³⁹ V. Cass. 16 gennaio 1964, n. 101, in *Gius. Civ.*, 1964, I, 9 (per la quale l'incapacità naturale non può impedire l'acquisto di una determinata qualità professionale); nel medesimo senso GIUNTA, *Incapacità di agire*, cit., p. 162, il quale però aggiunge che "incapacità di intendere e di volere di un imprenditore commerciale... non è sufficiente.... Al fine di escludere la sua responsabilità patrimoniale nei confronti dei terzi il per tutti gli atti di commercio compiuti, nel loro complesso"; è palese in tale affermazione, la solita confusione tra atto e attività, per cui l'inserimento dell'atto nell'attività di modificerebbe il regime giuridico, nella specie escluderebbe l'annullamento dell'atto ex articolo 428. V. anche Cass. 23 Febbraio 1954, n. 519, in *Foro it.*, 1955, I, 377; Trib. Bologna, 21 luglio 1951, cit.; Trib. Milano, 28 maggio 1960, in *Mon. Trib.*, 1961, 439, che, dichiarando fallito un imprenditore ricoverato in manicomio, ma non inedito, ha argomentato che "ai fini dell'attribuzione della qualità di imprenditore... non si richiede che l'attività sia esplicata con il compimento di atti giuridici validi". Cfr. RICCIOTTI, *L'imprenditore abusivo*, in *Dir. Fall.*, 1959, 76, per il quale, essendo l'impresa un fatto giuridico in senso stretto, l'incapace d'intendere o di voler può acquistare la qualità di imprenditore commerciale.

⁴⁰ Cfr. ASCARELLI, *Corso*, cit. p.294, : "rimane irrilevante la cosiddetta incapacità naturale perché questa necessariamente attiene a un atto singolo e non all'esercizio di una attività". Più o meno nello stesso senso è anche PANUCCIO, voce *Impresa*, cit. p. 600, per il quale è da

impresa invece si estende su un arco di tempo indefinito, la qual cosa significa che l'incapacità per essere rilevante dovrebbe a sua volta venire in rilievo, sotto il profilo giuridico, come situazione indefinitamente perdurante. In altre parole, per considerare inesistente l'impresa esercitata dall'incapace naturale occorrerebbe dare all'incapacità un rilievo che essa ha non e non può avere se non è accertata da un provvedimento giudiziario. Non va dimenticato poi che anche i terzi sono interessati alla qualifica di imprenditore rivestita da un soggetto e che

escludere "la configurabilità pratica, prima ancora che giuridica, della cosiddetta incapacità naturale in tema di attività". Si potrebbe solo osservare a questo proposito che è perfettamente concepibile ed anche, in pratica, verificabile, una incapacità di intendere o di volere che perduri nel tempo, senza interruzioni: Tuttavia questa perduranza è giuridicamente irrilevante in quanto l'incapacità naturale è presa in considerazione dal diritto solo nei singoli momenti. *Contra*, sia pure con qualche dubbio, PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1968, 67 67, il quale, dopo aver premesso che l'incapacità di intendere o di volere nei confronti di un'impresa deve intendersi come "inconsapevolezza di tutta una serie di atti e dell'acquisizione di uno *status*" continua dicendo che "per quanto difficilmente applicabile... vederei l'estensione del regime dell'articolo 428 anche nel caso che uno o più atti fossero validi per difetto di malafede dell'altro contraente. Il contemperamento di interessi tra i contraenti può avere senso per la sorte degli effetti di un singolo atto (a ciò mira all'articolo 428 codice civile) ma non per la tematica della capacità di agire in generale e per l'acquisizione di uno *status*". A parte che non si capisce cosa c'entri con il problema specifico, la "tematica della capacità di agire generale", l'autore cade in contraddizione estendendo prima il regime dell'articolo 428 e poi escludendolo, a meno che non si debba intendere con "estensione del regime" il semplice fatto della annullabilità degli atti giuridici compiuti in stato di incapacità di intendere o di volere: ma una attività non può essere annullabile (se mai è inesistente), quindi, - dato che la mala fede del terzo non ha rilevanza - cosa resta del richiamato articolo 428? Piuttosto si potrebbe dire un'altra cosa: l'incapacità non dichiarata viene presa in considerazione dalla legge come momento, e, non come stato, in quanto la legge lo considera solo nei confronti di atti e negozi; nei confronti di una attività, che per sua natura si estende per un tempo indeterminato, deve essere presa in considerazione - è cioè rilevante - una incapacità di intendere o di volere estesa nel tempo, per tutto il tempo anzi che dura l'attività. Solo in tal caso dovremmo ritenere inesistente l'attività, salvo restando il regime dell'articolo 428 per i singoli atti di impresa. In ogni caso però non si potrà riscontrare l'incapacità di intendere o di volere nell' "inconsapevolezza della acquisizione di uno *status*", come sembra fare l'Autore citato, dato che gli effetti dell'attività di impresa si verificano indipendentemente da una volontà diretta a provarli.

essi non sono in grado di accertare l'eventuale stato di incapacità non dichiarata; infatti anche per l'annullamento dei negozi posti in essere dall'incapace naturale la legge tiene in particolare considerazione la posizione del terzo, richiedendo, in aggiunta all'incapacità, altri requisiti, requisiti (è superfluo rilevarlo) che non possono trovare riscontro nell'impresa.

L'intervento di una causa di incapacità quindi non può mai essere apprezzato come interruzione o cessazione dell'impresa: l'impresa si potrà considerare cessata solo nel momento dell'interdizione o dell'inabilitazione dell'imprenditore (ovvero nel momento della nomina del tutore o curatore provvisorio⁴¹), a meno che, beninteso, non venga accordata l'autorizzazione alla continuazione dell'impresa.

Questa soluzione, per quanto concerne la riferibilità degli effetti dell'impresa e, anzi, la stessa qualifica di impresa da attribuire all'attività, vale anche per le ipotesi

⁴¹ Com'è noto, in base all'art. 427 c.c., questo provvedimento ha i medesimi effetti della sentenza di interdizione o inabilitazione, pur essendo condizionato all'effettiva emanazione di una sentenza di tal genere: v. in particolare BARBERO, *La cessazione dell'ufficio del tutore provvisorio*, in *Riv. Dir. Matr.*, 1959, p. 153; DI DONATO, *Intorno ai poteri del tutore provvisorio dell'infermo di mente definitivamente internato in manicomio*, in *Foro it.*, 1963, I, 1018.

in cui l'impresa è esercitata in nome e per conto dell'incapace naturale da una altra persona, e ciò nei due casi sopra accennati.

Nel primo di essi, quello concernente cioè l'impresa esercitata per l'incapace da una persona che non aveva ricevuto l'incarico, si versa in un'ipotesi di negotiorum gestio. Siffatta qualificazione potrebbe essere soggetta a gravi obiezioni: non tanto asserendo che la gestione di affari altrui non può esplicarsi con atti di straordinaria amministrazione⁴², e neppure che l'incapacità non può essere considerata una situazione tale da rendere applicabili le norme sulla gestione di negozi, quanto perché è opinione dominante, e probabilmente fondata, che la gestione di affari non possa mai consistere in una gestione patrimonii, cioè in un'attività di amministrazione dell'intero patrimonio dell'impedito, e neppure di una parte di patrimonio, come una azienda commerciale o agricola. I dubbi maggiori sono forniti dalla lettura dell'articolo 2028,

⁴² La giurisprudenza e la dottrina dominanti sono infatti di segno opposto: v. Cass. 23 luglio 1960, n. 2122, in *Giur. It.*, 1962, I, 92,; implicitamente anche Cass. 13 marzo 1964, n. 550, in *Mass. Foro. It.*, 1964, 138; DE BERNARDINIS, *Gestione di affari altrui*, in *Codice civile – Commentario* diretta da D'Amelio-Finzi, cit. sub. Art. 2082, p. 160; FERRARI, voce *Gestione degli affari altrui*, in *Enc. Del dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 672.

I comma, codice civile: sembra infatti che, nel sistema del codice, la negotiorum gestio debba avere un termine che sia, almeno approssimativamente, determinabile dal gestor al momento in cui si assume il compimento dell'affare altrui, perlomeno iniziale, dell'affare.

Ora, non si può giudicare se un dato comportamento amministrativo sia utile o no, e in che misura, prima di intraprenderlo, se non gli si fissa un limite temporale; l'attività di amministrazione, genericamente intesa, è invece di durata indefinita; quindi si potrà dire che questo affare sarà utilmente gestito e quest'altro no, ma non si potrà dare lo stesso giudizio sull'intera attività di amministrazione che si intende intraprendere e che non si sa - né si può sapere - quali affari comporti nel futuro.

È vero bensì che tutti gli atti che vengono compiuti da un gestore (sia atti giuridici sia atti materiali⁴³) possono senza difficoltà essere ritenuti atti di amministrazione, ma la negotiorum gestio non può essere esplicita se non

⁴³ V. SCADUTO- ORLANDO-CASCIO, voce *Gestione di affari altrui*, in *Nuovo Digesto it.*, VI, Torino, p. 247; DE SEMO, voce *Gestione di affari altrui*, in *Novissimo Digesto it.*, VII, Torino, 823.

riguardo al singolo affare, cioè al singolo complesso di atti e negozi collegati. La conseguenza sarebbe naturalmente che il gestor compirebbe sì degli affari inerenti all'azienda commerciale dell'incapace, ma non una attività commerciale, attività che si dovrebbe ritenere cessata, in questo caso, al verificarsi della causa di incapacità (dato che l'incapace non può - di fatto - esercitarla).

La questione non si esaurisce in questi termini: infatti compiuto un affare, se ne può compiere un altro, e poi un altro ancora, e così via; se la gestione è riferita sempre al singolo affare, nell'obbligo di portarla a termine ha riferimento sempre al singolo affare, tuttavia al termine di questa serie di affari compiuti, al termine cioè dell'ultimo affare di cui il gestore ha deciso di occuparsi, se guardiamo all'arco di tempo compreso fra l'inizio della gestione del primo affare e la fine dell'ultimo, non è forse palese che il negotiorum gestor ha compiuto una attività di amministrazione? E se gli affari compiuti si riferiscono ad una azienda commerciale, perché non si può dire che essi formano un'impresa (ovviamente commerciale)?

Impresa che, naturalmente, non potrà che produrre i suoi effetti e in testa al dominus⁴⁴? Anche in questa ipotesi quindi si può dire che l'incapacità naturale non interrompe l'esercizio dell'impresa, che sarà sempre riferita all'incapace, come sono riferiti allo stesso i singoli atti e negozi.

Il secondo caso ipotizzato prevede invece che un imprenditore abbia preposto all'esercizio della sua impresa commerciale un institore e che, sopravvenuta una causa di incapacità non dichiarata, il medesimo institore prosegua l'esercizio dell'impresa. Anche queste ipotesi non ammette soluzione diversa dalle precedenti; l'incapacità naturale non toglie efficacia alla preposizione e alla procura inestitoria: ciò si argomenta dall'articolo 1722, n. 4, codice civile, dalla lettura del quale risulta che solo la sopravvenuta incapacità legale estingue il mandato e quindi la procura. In generale - cioè anche al di fuori

⁴⁴ Qualora si tratti di *negotiorum gestio* rappresentativa. Nel caso contrario la soluzione del problema dipende dalla concezione che si abbia circa la spendita del nome come requisito (necessario e/o sufficiente) dell'impresa. In ogni caso è escluso che il *gestor* assuma la qualifica di inestitore, proprio perché la gestione deve riferirsi al singolo affare mentre la preposizione institoria (qualunque sia il rapporto sottostante) ha come oggetto l'esercizio di impresa. Il *gestor* cioè non esercita alcun impresa ma compie una serie di affari che appartengono all'impresa.

dell'ambito dell'impresa - l'incapacità naturale sopravvenuta del rappresentato non rileva nei confronti degli atti compiuti dal rappresentante e ciò per varie e intuibili ragioni, fra cui non ultima l'impossibilità (per il rappresentante e per i terzi) di esserne a conoscenza. Le conseguenze dell'impresa esercitata dall'istitutore si produrranno quindi nei confronti dell'incapace naturale fino al momento in cui venga pronunciata una sentenza di interdizione o di inabilitazione.

4. La titolarità dell'impresa nell'ipotesi di dolo del minore (art. 1426 c.c.)

Fermo restando che il minore non può mai assumere la qualità di imprenditore grazie ad una attività di impresa da lui direttamente esercitata, è tuttavia da chiedersi se tale regola non soffra perlomeno una eccezione.

Ci si riferisce, per la precisione, alla fattispecie prevista dall'articolo 1426 codice civile. Secondo questa norma, il minore, che trattando con un terzo, ha con raggiri occultato la sua minore età, non può chiedere l'annullamento del contratto eventualmente concluso in queste condizioni.

Si ritiene che questa norma non possa trovare applicazione nella fattispecie dell'impresa.

Oltre all'argomento meramente letterale infatti (la legge sembra limitare l'applicazione della norma ai contratti) va rilevato innanzitutto come i raggiri del minore debbano essere diretti a celare la sua vera età⁴⁵. Comunque il dolo del minore che avesse per oggetto solo l'avvenuta concessione di un'autorizzazione all'esercizio di un'impresa commerciale (evidentemente in connessione con una emancipazione, dato che negli altri casi l'autorizzazione è data non al minore ma al suo legale rappresentante) non potrebbe venire in considerazione.

⁴⁵ il dolo del minore deve essere diretto a far credere alla controparte che essa sta trattando con una persona che ha raggiunto la maggiore età, eliminando il sospetto ingenerato dal suo aspetto fisico

Ciò perché il terzo deve credere di essere in contatto con un maggiore di età, ed il solo accenno ad una autorizzazione dovrebbe essere considerato sufficiente a far sorgere in lui il dubbio sulla capacità d'agire del soggetto che gli sta di fronte⁴⁶.

In secondo luogo la situazione giuridica soggettiva di imprenditore non può venire acquistata nei confronti di singoli soggetti: essa si acquista nei confronti di tutti, anche di coloro che ignorano di avere trattato o di trattare con un imprenditore commerciale; non è possibile ritenere il minore ora è imprenditore ora no, a seconda che le sue manovre fraudolente abbiano avuto successo oppure no⁴⁷; non è possibile neppure giudicare in astratto, a seconda che i raggiri del minore siano idonei oppure no allo scopo da lui prefissosi: occorre che questi raggiri abbiano in

⁴⁶ è la ragione medesima per cui comunemente si ritiene che l'articolo 1426 codice civile non trovi applicazione per l'interdetto e per l'inabilitato, persone dal cui aspetto fisico non può apparire l'incapacità di agire, i cui raggiri quindi non potrebbero che essere rivolti ad ingannare una controparte a conoscenza del loro stato; in caso contrario si verrebbe a vanificare tutti gli effetti della sentenza di interdizione o di inabilitazione, permettendo, in particolare all'interdetto, di agire in ogni lucido intervallo. In questo senso è invece in definitiva una vecchia tradizione, specie giurisprudenziale (Appello Palermo, 2 aprile 1957, in *Foro it.*, 1958, I, 1765).

⁴⁷ così invece, vigente il codice di commercio, VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milano, 1922, I, p.160 ("si potrà chiedere il fallimento - del minore - se mediante quella egli riuscì ad esercitare professionalmente una serie continuata di atti obiettivi di commercio. Ma quelli dei suoi creditori che fidarono in lui appunto perché avevano desunto dai pubblici registri che egli non era commerciante, non dovranno subire le conseguenze del fallimento"). Non spiegava però il Vivante come si potesse ottenere questo impossibile risultato, di una procedura concorsuale universale che si sarebbe dovuta applicare ad alcuni creditori soltanto.

concreto ottenuto il loro scopo. E che un minore riesca a trarre in inganno sulla sua età la generalità dei cittadini, o perlomeno tutti coloro che direttamente o indirettamente sono venuti in contatto con lui, è cosa di cui non si può non dubitare: com'è possibile pensare che il minore sia riuscito a raggirare degli organi statali (ad esempio gli uffici delle imposte)?

A ciò si aggiunga la considerazione che nell'ipotesi contemplata dall'articolo 1426 codice civile, applicata all'impresa, non si tratterebbe di considerare irrilevante lo stato soggettivo di ignoranza (di aver trattato con un minore) bensì di dare rilevanza ad un comportamento del minore; ma questo comportamento - per requisiti richiesti dalla legge a proposito dello stesso - non può assumere rilevanza se non nei confronti di singoli soggetti che vengono in contatto con il minore.

Ulteriore argomento per l'inapplicabilità dell'articolo 1426 codice civile all'ipotesi in esame può essere tratto dalla tesi che nel disposto di tale norma ravvisa una

sanzione (a carico del minore autore del raggio⁴⁸): mentre nel caso di un contratto la sanzione si concreta in una modificazione negativa della sfera giuridica del minore (perdita dell'azione di annullamento), nell'ipotesi concernente un'attività di impresa commerciale, nei cui confronti non si può parlare di annullabilità, la sanzione non potrebbe concretarsi se non nell'attribuire esistenza all'impresa, cioè nel considerare esistente l'impresa pur in assenza di uno dei suoi presupposti, vale a dire la capacità di agire di colui che la esercita. La stranezza della situazione che viene così a verificarsi non può non essere rilevata; dato che la qualità di imprenditore viene acquisita nei confronti di tutti, il minore - per effetto della sanzione - potrebbe trarre vantaggio dalla situazione; ad esempio dal riconoscimento di valore ai suoi libri contabili

⁴⁸ di sanzione nei confronti del minore autore del dolo parla espressamente MIRABELLI, *Dei Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Utet, Libro IV, Tomo II, s.a. ma 1967, 471; v. anche Trib. Firenze, 25 Gennaio 1957, in *Foro pad.*, 1958, I, 304 ss. Naturalmente l'argomento di cui nel testo non potrebbe valere qualora si ritenesse che l'articolo 1426 prenda in considerazione un'ipotesi in cui il minore ha, ingannando il maggiore di età, si sia posto al suo livello, dimostrando inutili gli strumenti legislativi posti a sua difesa, come cioè se si ritenesse che la legge nell'ipotesi considera, eccezionalmente, il minore capace di agire. È probabilmente questo il senso da attribuire al noto brocardo *malitia supplet aetatem*, e questa sembra essere anche l'opinione di alcuni Autori, come FEDELE, *Della nullità del contratto*, in *Codice civile – Commentario*, diretta da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, Firenze, 1948, sub art. 1426, p 702; TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937, p234; PELLIZZI, voce, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto it.*, VI, p 1080.

(potrebbe ottenere decreti ingiuntivi sulla base di soli loro estratti - articolo 634, secondo comma di procedura civile -).

Naturalmente, anche se l'articolo 1426 codice civile non può rilevare a proposito dell'attività d'impresa considerata nel suo complesso⁴⁹, non è escluso che un minore - particolarmente sveglio ed intelligente - possa concludere tutta una serie di contratti, serie diretta ad un fine economicamente strutturato come quello di un'impresa commerciale, contratti non annullabili per avere egli posto in essere atti idonei a concretare la fattispecie dell'articolo 1426⁵⁰.

⁴⁹ Così ASCARELLI, *Corso di diritto Commercial e-Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p 297 ss.; FERRARA Fr jr., *Imprenditori e società*, Milano, 1971; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1959; Tonni, *Stato d'incapace e qualità di imprenditore commerciale o di socio in società commerciale di persone*, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 394 s., nonché Trib. Firenze 25 Gennaio 1957; Trib.Bologna, 21 Luglio 1951, in *Dir. Fall.*, 1951, II, 464; *contra* BUNORI, *Appunti sul fallimento del minore*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1961, I, P. 443 ss., per il quale nell'ipotesi dell'art. 1426, "si reggono i singoli atti negoziali, compiuti dal minore, non può - *ex necesse* - non reggere anche la situazione generale, da cui deriva, fra l'altro, lo statuto di commerciante, e la possibilità del suo fallimento".Ma quel *ex necesse* è tutto da dimostrare, non bastando certo, come fa l'Autore, invocare una generica tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede, tutela che prevarrebbe su quella concessa al minore; infatti nel caso dell'impresa, e dei suoi effetti, non esiste né una controparte né, quindi, un affidamento da tutelare. Sotto il codice di commercio la dottrina era assai più divisa. Negavano l'applicabilità dell'articolo 1305 codice civile 1865(corrispondente al vigente articolo 1426) all'esercizio del commercio, fra gli altri: BOLAFFO, *Il codice di commerciocommentato*, I, Torino, 1935; DE SEMO, *Posizione giuridica del minore per inosservanza delle formalità inerenti alla sua attività commerciale*, in *Studi di diritto civile in onore di Vivante*, I, Roma, 1931; GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Torino, 1936, p 258, ; MONTESSORI, *La capacità commerciale ed il minore di età*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936 , II, p 181;

⁵⁰ in tal senso ASCARELLI, *op.cit.*, p. 297 ss.

Conseguentemente, sarebbe necessario ammettere che il minore è imprenditore commerciale nei confronti di alcuni soggetti ma non di altri. Ne conseguirebbe la necessità di riconoscere una intermittenza nella professionalità, mentre è certo che il principio dell'attribuzione della qualità di imprenditore si fonda sulla continuità dell'imputabilità degli atti, a meno che non voglia distinguersi l'ipotesi del minore che raggiuri alcuni terzi soltanto da quella del minore che sia in ogni momento vigile nell'inganno dei terzi. Certo, in tal modo si tutelerebbero meglio i terzi, però dovremmo anche riconoscere nel sistema due livelli di regolamentazione della capacità: una, stabilita dal legislatore, che si acquista in base a certi presupposti e l'altra è che si ottiene di fatto, mediante l'esercizio del commercio. È altresì certo però che una simile deroga richiede una espressa previsione normativa. Non si può tuttavia non rilevare come nel contesto del codice l'articolo 1426 assuma carattere eccezionale, sia in relazione ai soggetti che hanno contratto col minore e per i quali l'ordinamento

giuridico appresta un certo tipo di tutela, sia in ordine alla posizione stessa del minore.

Secondo la disciplina generale, infatti, può essere chiesto l'annullamento degli atti (articolo 427 codice civile) o dei contratti (articolo 1425 codice civile) compiuti o stipulati da un incapace⁵¹, ma è escluso l'annullamento dei contratti quando il minore abbia raggirato l'altra parte sulla sua minore età. C'è sicuramente un parallelo tra l'articolo 1426 e l'articolo 428, comma 2, codice civile, poiché tra la mala fede del contraente che ha pregiudicato l'incapace e i raggiri del minore si stabilisce una proporzione, in base alla quale deve essere tutelata la posizione del contraente in buona fede che non ha arrecato pregiudizio all'incapace o di colui che in buona fede a contratto col minore. Se si osserva attentamente, si vedrà però che la salvezza dell'atto deriva da una valutazione caso per caso, poiché la buona fede non può essere valutata in astratto, ma in relazione all'ipotesi concreta.

⁵¹ Cassazione, 11 febbraio 1978, n. 619, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, 1200.

Dunque, la legge riconosce al minore ex art. 428 codice civile una capacità di fatto, limitata alla fattispecie contrattuale, che non può cioè estendersi ad altra fattispecie diversa da quella considerata. In caso diverso, la valutazione del singolo atto o del singolo contratto diverrebbe valutazione di un'intera attività, e mediante una norma regolatrice di atti singoli - e perciò di diritto eccezionale - si giungerebbe ad attribuire la qualità normale dell'imprenditore.

Se dunque se si potesse estendere l'articolo 1426 codice civile oltre la sua lettera, dovrebbe riconoscersi che la capacità non è un presupposto per l'esercizio del commercio: ciò che da un lato proverebbe troppo e, dall'altro, farebbe cadere la distinzione tra atto e attività sulla quale si basa il diritto commerciale⁵². Altro e quindi l'affermazione della validità di un singolo atto, altro è il riconoscimento della qualità di imprenditore, per cui si

⁵² Si spiega così come il fallimento del minore potesse giustificarsi sulla base dell'articolo 1305 codice civile 1865, nel precedente sistema; cfr. Vivante, *Trattato di diritto Commerciale*, I, Milano, 1922; Sotgia, *L'esercizio commerciale di fatto del minore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I; Trib. Napoli, 6 Luglio 1925, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, II, 181.

presuppone una ininterrotta capacità⁵³, la raggiunta maturità e il riconoscimento giudiziale di questa maturità. Si tratta cioè del riconoscimento di una qualità che si radica in una situazione sostanziale, sulla quale nessuna incidenza può spiegare una norma che si giustifica sul piano formale.

Quando perciò nella legge si richiede l'autorizzazione per la validità dell'esercizio economico, si considera un provvedimento conseguente ad una effettiva valutazione di maturità o all'accertamento che il soggetto è incapace e deve procedersi ad una gestione sostitutiva nel suo interesse.

5. La revoca dell'autorizzazione giudiziale all'esercizio dell'attività d'impresa.

Si ritiene che l'autorizzazione sia revocabile in ogni ipotesi. E vero che nel contesto delle norme, che

⁵³ Tonni, *Stato d'incapace e qualità di imprenditore commerciale o di socio in società commerciali di persone*, in *Foro Pad.*, 1958, I, 394.

disciplinano le varie ipotesi di autorizzazioni, la possibilità di revoca è prevista solo nell'articolo 397 codice civile, per l'ipotesi di autorizzazione all'esercizio di imprese commerciali del minore emancipato, ma si ritiene che si tratti di un principio generale in base ai seguenti argomenti: a) sistematico, in quanto in altre norme, e precisamente negli articoli 2198 codice civile e 100 disp. Att. si parla dei provvedimenti di revoca delle autorizzazioni dopo aver enumerato tutte le varie ipotesi di autorizzazioni; b) logico, inquanto, se l'autorizzazione viene concessa sul presupposto che la stessa sia giovevole all'incapace, la stessa è legata al realizzarsi di tale presupposto, con la conseguente possibilità di revoca non appena l'impresa non appare conforme a tale interesse; c) in base al principio generale di revocabilità dei provvedimenti dati in camera di consiglio (articolo c.p.c. 742).

Per l'emancipato può presentarsi l'ipotesi più grave, in cui si debba revocare l'emancipazione ai sensi dell'articolo 398 codice civile. Si è affermato che, revocata

l'emancipazione, l'autorizzazione diviene inefficace, con la conseguente cessazione automatica della capacità all'esercizio dell'impresa, senza bisogno di alcuna revoca dell'autorizzazione. È stato tuttavia osservato criticamente che in tal modo il giudice tutelare potrebbe, revocando l'emancipazione, emettere un provvedimento i cui effetti inciderebbero in una sfera di poteri riservati alla superiore competenza del tribunale; seguendo tale rilievo critico, si può osservare che l'autorizzazione all'esercizio di imprese commerciali costituisce un provvedimento di attribuzione di un maggior grado di capacità (capacità piena) rispetto all'emancipazione; la mancanza del presupposto dell'emancipazione (maturità per gli atti di ordinaria amministrazione) importa necessariamente mancanza del presupposto dell'autorizzazione (maturità per qualunque atto patrimoniale), onde il giudice inferiore non può accertare la mancanza del presupposto minore finché vige un provvedimento del giudice superiore, che accerta l'esistenza del presupposto maggiore. Deve perciò ritenersi che, finché non sia stata revocata dal tribunale

l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa, il giudice tutelare non possa revocare l'autorizzazione.

L'articolo 397, comma II, codice civile regola il procedimento di revoca disponendo che la revoca può venire: a) d'ufficio (l'iniziativa di ufficio presuppone che nel provvedimento di autorizzazione siano stati predisposti dei mezzi per seguire l'andamento dell'impresa); b) su istanza del curatore (che è colui che normalmente segue l'andamento dell'impresa); c) previo il parere, ritenuto non vincolante, del giudice tutelare; d) sentito l'emancipato.

Si ritiene che in forza dell'articolo 336, comma III, codice civile il giudice tutelare, in caso di urgente necessità, nell'attesa della decisione del tribunale possa ordinare la sospensione dell'impresa, riferendo pubblico ministero.

Il provvedimento di revoca spiega efficacia per il futuro, facendo venir meno la legittimazione all'impresa e agli atti di impresa, per cui dal momento del provvedimento si ha cessazione dell'impresa da parte dell'incapace, mentre gli

atti di impresa, che venissero compiuti successivamente,
sono annullabili.

CAPITOLO III

RAPPRESENTANZA LEGALE E ESERCIZIO DELL'IMPRESA DELL'INCAPACE

1. La funzione della rappresentanza legale: differenza genitore – tutore. – 2. Procura institoria e rappresentanza legale. – 3. Titolarità dell'impresa nell'ipotesi di usufrutto legale dei genitori. – 4. L'attività d'impresa svolta dal rappresentante legale in assenza di autorizzazione giudiziale.

1. La funzione della rappresentanza legale: differenza genitore - tutore

La rappresentanza è il potere conferito ad un soggetto di sostituire il rappresentato nel compimento di attività negoziali. Quando tale potere trova la sua fonte non in un

atto di parte ma nella legge si parla appunto di rappresentanza legale⁵⁴.

La rappresentanza legale è conferita nel caso di minori in primo luogo congiuntamente ai genitori, che esercitano sui figli stessi la potestà genitoriale; nel caso di mancanza di uno dei genitori il potere rappresentativo si concentra sul genitore superstite: nel caso di mancanza di entrambi i genitori tale potere viene attribuito ad un tutore.

L'interdetto, invece, sarà sempre sostituito da un tutore nominato dal giudice preferibilmente tra i parenti dell'incapace stesso.

Genitori e tutori sono quindi i soggetti a cui è attribuita per legge la rappresentanza delle persone assolutamente incapaci. Per i soggetti parzialmente incapaci, ossia per gli inabilitati e per i minori emancipati non è prevista, invece,

⁵⁴ Come nella rappresentanza volontaria anche nella rappresentanza legale gli effetti degli atti compiuti dal rappresentante si verificano nella sfera giuridica del rappresentato. A differenza della rappresentanza volontaria, però, si ritiene che non sia necessaria la spendita del nome, ovvero dichiarare di agire in nome e nell'interesse del minore ma è sufficiente dichiarare di agire nella qualità di genitori esercenti la patria potestà o in qualità di tutore. Altre differenze tra la rappresentanza volontaria e quella legale possono ritrovarsi nel fatto che la prima rientra nell'ambito della collaborazione giuridica, pre cui il rappresentante deve attenersi alle direttive del dominus, mentre la seconda rientra nel concetto di officium, e quindi è attribuito al rappresentante un più ampio potere di autodeterminazione. Diverse, infine sono le cause di estinzione dell'uno e dell'altro tipo di rappresentanza: la rappresentanza legale si estingue con il raggiungimento della maggiore età o con l'emancipazione, mentre la rappresentanza volontaria si estingue per revoca della procura, morte del rappresentante, rinuncia da parte dello stesso.

la nomina di un rappresentante, cioè di un sostituto, ma la nomina di un curatore con funzioni di assistente.

La disciplina della rappresentanza legale affidata a genitori e tutore si basa essenzialmente sugli stessi principi, ed in particolare è in entrambi casi orientata a perseguire l'interesse dell'incapace. Tuttavia dalla formulazione delle norme si possono evincere alcune significative differenze che denotano una maggiore fiducia del legislatore verso i genitori piuttosto che verso il tutore⁵⁵.

Prima di addentrarci nelle differenze che attengono alla gestione dell'impresa dell'incapace, vale la pena soffermarsi brevemente su altre differenze riscontrabili tra la disciplina della rappresentanza dei genitori e del tutore, al fine di comprendere al meglio l'intento del legislatore.

Innanzitutto solo per il tutore è prevista la necessaria autorizzazione del tribunale per atti particolarmente importanti e cioè per gli atti di disposizione, che, invece,

⁵⁵ La tutela si distingue dalla potestà dei genitori innanzitutto in base alla fonte, perché il potere del tutore non deriva dalla legge, ma da un provvedimento di nomina da parte del giudice, che deve valutarne l'idoneità; in secondo luogo l'attività del tutore è più vincolato e meno libera rispetto a quella dei genitori, in quanto soggetta ad una serie continua di controlli da parte del giudice.

nel caso di potestà dei genitori, restano affidati alla competenza del giudice tutelare. Solo per il tutore sono previsti controlli esterni a mezzo della nomina di un protutore e obblighi di rendicontazione sull'operato alla fine di ogni anno. Ancora, solo in via esemplificativa, si può ricordare che il tutore è responsabile per i danni cagionati all'incapace per il caso di violazione dei doveri relativi alla cura della persona o del patrimonio.

Alle differenze esposte si aggiunge poi un'importante differenza relativa all'impresa dell'incapace, solamente però nella fase iniziale di richiesta dell'autorizzazione e non nella fase dell'effettiva gestione dell'impresa.

Per comprendere la differenza in parola va operato un raffronto tra l'articolo 320 c.c., quinto comma relativo al minore in potestà e l'articolo 371 c.c., relativo al minore sotto tutela, richiamato poi nella disciplina dell'interdizione.

La prima norma, come già detto prevede che:
“L'esercizio di un'impresa commerciale non può essere continuati se non con l'autorizzazione del tribunale su

parere del giudice tutelare". L'articolo 371 c.c. invece recita: *"...il giudice tutelare, su proposta del tutore e sentito il protutore, delibera:...3) sulla convenienza di continuare ovvero alienare o liquidare le aziende commerciali, che si trovano nel patrimonio del minore, e sulle relative modalità e cautele"*.

La differenza tra le due discipline risiede essenzialmente nel potere di impulso.

Nel primo caso, ossia per la potestà, anche se non espressamente detto, sono i genitori a richiedere l'intervento del giudice: infatti l'intera disciplina contenuta nell'art. 320 c.c. si basa su una decisione iniziale dei genitori che si rivolgono al giudice. Il giudice, come non può, senza una richiesta di parte, decidere la convenienza di un'operazione di vendita o di acquisto di un immobile nell'interesse del minore, non può d'ufficio decidere le sorti di una impresa. Sono i genitori, nell'ottica del legislatore le persone più indicate alla cura degli interessi dell'incapace e l'autorizzazione del giudice ha la funzione di controllo esterno sull'operato dei rappresentanti legali,

che può arrivare fino alla pronuncia di un provvedimento di decadenza, in caso di pregiudizio per il minore.

D'altronde, mancando un inventario dei beni del minore e un rendiconto annuale, il giudice potrebbe non sapere che il minore è titolare di un bene o, per quel che ci riguarda, di una azienda, in particolare nel caso in cui la provenienza sia successoria. Sono quindi i genitori gli unici ad avere una visione complessiva del patrimonio del figlio minore e quindi i soli che possono prendere iniziative relative ai beni degli stessi.

Il sistema, improntato ad una tutela massima degli interessi del minore, non può, però, restare indifferente rispetto ad un atteggiamento omissivo dei genitori. A differenza degli altri beni l'azienda infatti non può restare per lungo tempo non amministrata, in quanto ciò creerebbe sicuramente un danno economico per il minore. Pertanto ove i genitori non ritengono utile la continuazione dell'impresa, sempre in considerazione degli interessi dell'incapace, oppure in caso di diniego di autorizzazione,

essi dovranno attivarsi per ottenere (dal giudice tutelare) l'autorizzazione alla vendita o all'affitto dell'azienda.

E neppure ove i genitori restino inerti è possibile ritenere che la decisione circa la continuazione o meno dell'azienda passi direttamente al giudice, in quanto è il legislatore stesso ad indicare dei sostituti rispetto ai genitori nell'esercizio del potere d'impulso. In questo caso, come in ogni altro caso di inerzia di entrambi i genitori, troverà applicazione l'articolo 321 c.c., che prevede l'intervento del figlio stesso, del pubblico ministero o di uno dei parenti che vi abbia interesse, per richiedere la nomina di un curatore speciale e l'autorizzazione al compimento dell'atto.

Diversa è la situazione relativa all'esercizio di un'impresa di un incapace sotto tutela: in tal caso è il giudice che interviene d'ufficio, mentre il tutore viene solo ascoltato in modo non vincolante.

Il potere d'impulso, normalmente affidato al tutore, ai sensi dell'articolo 374 c.c. e 375 c.c., viene in questo caso

esercitato dal giudice tutelare, al quale spetta la scelta tra continuazione, affitto, vendita o liquidazione dell'impresa.

Il tutore ha quindi il dovere di fare proposte al riguardo, ma il giudice potrà anche dissentire dall'opinione dello stesso, optando per la continuazione anche qualora il tutore non sia d'accordo⁵⁶, o per la vendita anche qualora il tutore voglia esercitare l'attività d'impresa.

Il tutore ha altresì l'obbligo di presentare al tribunale l'istanza per ottenere l'autorizzazione alla continuazione se tale è stata la decisione del giudice tutelare. In caso di inerzia il tutore potrà subire le conseguenze previste dall'articolo 384 c..c

Si è posto in dottrina il dubbio circa il potere del tutore di opporsi alla decisione del giudice tutelare relativa alle sorti dell'azienda. Secondo alcuni Autori il tutore, anche nel caso di scelta diversa del giudice tutelare, può sempre rivolgersi al tribunale per ottenere l'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio dell'impresa, in quanto a

⁵⁶M. PORZIO, *L'Impresa commerciale del minore*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova, 1965, p. 1533: " Ne consegue che il genitore che non ritiene utile l'esercizio dell'impresa, non potrà essere costretto ad esercitarlo, mentre al contrario, il tutore potrà essere invitato a presentare istanza di continuazione (venendo meno ad un suo obbligo in caso non ottemperi all'invito) anche contro il suo personale giudizio di opportunità".

quest'ultimo e non al giudice tutelare, spetta il giudizio definitivo, in quanto organo superiore. Tale interpretazione non può essere accolta in quanto, viene in tal modo stravolto l'iter previsto dal legislatore, rendendo fungibili le decisioni del giudice tutelare e del tutore.

Nonostante, dunque, la non divisibilità della tesi sopra esposta, si può arrivare ad una conclusione simile percorrendo un diverso iter di ragionamento.

Ogni provvedimento dei giudici in materia di volontaria giurisdizione è suscettibile di reclamo innanzi al giudice superiore. Anche la decisione del giudice tutelare circa le sorti dell'azienda, sia che consista nella continuazione, sia che consista nella vendita o nell'affitto, può essere impugnata dal tutore, quale legale rappresentante dell'incapace. Il giudice competente a decidere sul reclamo è il tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 45 disp. att. c.c., ed il reclamo fa effetto nel termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione o notificazione.

La diversa disciplina esposta, circa il potere di impulso per la continuazione all'esercizio dell'impresa, ha la sua

giustificazione principale, come detto, nella maggiore fiducia accordata dal legislatore alle scelte dei genitori piuttosto che del tutore⁵⁷.

Il legislatore ha infatti considerato la possibilità che il tutore, per evitare l'onere di gestire personalmente un'impresa commerciale, decidesse per una diversa forma di sfruttamento dell'impresa, non considerando invece l'interesse patrimoniale del pupillo.

Se ciò può essere condiviso, stante il vincolo di sangue che intercorre necessariamente tra genitori e figli, non va, però, dimenticato che è il tutore stesso a dovere gestire l'impresa, anche contro la sua volontà, e ciò anche può comportare delle conseguenze negative sul patrimonio dell'incapace.

I genitori, infatti, chiederanno l'autorizzazione alla continuazione solo se si considerano idonei alla gestione dell'impresa, il tutore deve gestire l'impresa anche nel

⁵⁷ M. PORZIO, *L'impresa commerciale del minore*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova, 1965, p. 1534, afferma: "Questo maggiore potere di iniziativa del padre (genitori) rispetto al tutore ed il conseguente diverso potere di impulso del G.T. nelle ipotesi considerate si inquadra, del resto, perfettamente nella maggiore influenza dell'autorità giudiziaria nella tutela, pienamente giustificata dalla minore fiducia che può ispirare il tutore rispetto al genitore".

caso in cui ritenga di non avere le capacità necessarie in campo imprenditoriale.

Sarà quindi necessario che il giudice tutelare tenga nella massima considerazione il parere del tutore, onde evitare situazioni pregiudizievoli per l'incapace.

Queste le differenze tra l'ipotesi di impresa dell'incapace in potestà o sotto tutela; nella fase della gestione invece genitori e tutori sono considerati allo stesso modo dal legislatore, che attribuisce loro gli stessi poteri⁵⁸.

Come già precisato, infatti, i rappresentanti legali gestiranno l'impresa senza chiedere ulteriori autorizzazioni al giudice, nemmeno per gli atti di gestione straordinaria purchè relativi all'attività d'impresa.

⁵⁸ COLUSSI, *Capacità e impresa*, Padova, 1974, p. 224: "Escluso quindi questo momento iniziale, di celta tra continuazione e non continuazione dell'impresa, i poteri del genitori e del tutore, per quanto riguarda la successiva gestione dell'impresa (eventualmente) autorizzata, sono identici.....E' vero che per il tutore sono previsti dei controlli (il protutore, la tenuta di una regolare contabilità e il rendiconto annuale) che non esistono per il genitore esercente la patria potestà, ma sono controlli che, oltre che riguardare tutta l'amministrazione del patrimonio del pupillo e non la sola amministrazione dell'azienda, non limitano (come del resto tutti i controlli) i suoi poteri di amministratore".

2. Procura institoria e rappresentanza legale.

I genitori e il tutore che esercitano l'attività di impresa per conto dell'incapace sono stati assimilati, da parte della dottrina, all'istitutore, in quanto preposti alla gestione di un'impresa altrui⁵⁹.

Secondo l'orientamento in oggetto chiunque si occupi della gestione di un'impresa non propria, va considerato un istitutore, anche se i poteri di gestione non derivano da un atto volontario dell'imprenditore⁶⁰. In tal caso essendo la legge la fonte del potere institorio si può parlare a proposito di genitori e tutore, di institori legali⁶¹.

⁵⁹ Santarcangelo, op. cit., p. 273: "I genitori assumono la direzione dell'azienda e, con gli stessi poteri degli institori, possono compiere, senza bisogno di chiedere ulteriori autorizzazioni, tutti gli atti inerenti all'esercizio dell'impresa, anche non previsti o prevedibili nel momento in cui l'autorizzazione è stata concessa".

⁶⁰ Colussi, op. cit. p. 225 critica questo orientamento sostenendo che: "Si tratta cioè del completamento di un sillogismo, la cui premessa maggiore consiste nell'affermazione che tutti coloro che esercitano un'impresa commerciale in nome e per conto di un terzo sono institori. Ma questa è una affermazione arbitraria e che oltretutto potrebbe qualificare come fattispecie institorie tutte le ipotesi di sostituzione nell'esercizio dell'impresa: ponendosi in questa prospettiva, cioè, si verrebbe a qualificare come institore (del fallito) anche il curatore del fallimento, autorizzato a continuare l'esercizio dell'impresa, appunto, del fallito".

⁶¹ Nel vigore del codice di commercio la tesi che assimila i genitori esercenti l'impresa del minore all'istitutore era particolarmente diffusa e si soleva distinguere tra istitutore volontario, che traeva i suoi poteri dalla procura institoria e istitutore legale, quale era appunto il genitore o il tutore. Oggi la tesi è per lo più avversata sulla base della considerazione che l'esercizio dell'impresa del minore da parte dei legali rappresentanti si distingue dall'esercizio da parte dell'istitutore non solo in quanto è un potere derivante dalla legge, ma altresì perché è un dovere

Considerare i rappresentanti legali che gestiscono l'impresa quali institori legali, comporta di conseguenza l'applicazione della normativa legislativa riguardante agli institori⁶².

In particolare gli institori hanno dei poteri limitati di gestione, essendo loro preclusa l'alienazione o la sottoposizione ad ipoteca dei beni aziendali, senza autorizzazione dell'imprenditore⁶³. In caso di gestione d'impresa affidata ai rappresentanti legali tale limitazione non è applicabile in quanto l'incapace che è imprenditore non potrebbe mai rimuoverla⁶⁴.

del rappresentante legale, il quale è necessario per la gestione di una impresa, che altrimenti rimarrebbe non amministrata.

⁶² Di difficile applicazione sarebbe però la norma sulla responsabilità personale dell'institore (art. 2208), la quale prevede che: "l'institore è personalmente responsabile se omette di far conoscere al terzo che egli tratta per il preponente". La rappresentanza legale non richiede infatti la spendita del nome, così come invece necessario per la rappresentanza volontaria. Gli atti compiuti dai genitori o dal tutore sui beni dell'incapace sono sempre compiuti in qualità di legali rappresentanti, e per ciò stesso producono i loro effetti nella sfera patrimoniale dell'incapace. Problemi sorgono poi in caso di fallimento dell'incapace imprenditore, come si vedrà più ampiamente nel capitolo quarto: considerare i genitori quali institori legali comporterebbe infatti l'applicazione ad essi dell'art. 227 legge fallimentare, che prevede che: "All'institore dell'imprenditore dichiarato fallito, il quale nella gestione affidatagli si è reso colpevole dei fatti preveduti negli articoli 216, 217, 218, 220 si applicano le pene in questi previste".

⁶³ Di questa opinione è Iannuzzi, op. cit. p. 535, il quale ritiene che: "Quanto ai poteri del legale rappresentante che gestisce l'impresa dell'incapace, si può individuare, per analogia dalla norma del 2204 c.c., che abilita l'institore a compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, il divieto ad alienare ed ipotecare i beni immobili del preponente".

⁶⁴ Secondo Porzio, op. cit., p. 1526, per rimuovere il divieto di alienazione e sottoposizione ad ipoteca dei beni aziendali deve trovare applicazione l'art. 320 c.c. e quindi è necessario chiedere una specifica autorizzazione al giudice tutelare.

Né si può ritenere che il limite debba essere rimosso con un'apposita autorizzazione del giudice: questa disciplina risulterebbe, infatti, confliggente con la disciplina prevista per i rappresentanti legali che gestiscono l'impresa dell'incapace ai sensi degli articoli 320 e 372 c.c.

I rappresentanti possono compiere qualsiasi atto di gestione concernente l'azienda, senza distinguere tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, e senza richiedere per questi ultimi atti una specifica e ulteriore autorizzazione.

Pertanto, i genitori e il tutore non possono essere considerati alla stregua degli institori, oppure si deve ritenere che la qualifica di institori legali abbia solo una valenza nominalistica, escludendosi poi in concreto l'applicazione della specifica disciplina dettata dal legislatore agli articoli 2203 e seguenti c.c.

Ma anche tale ultima soluzione, oltre a configurarsi come una sterile applicazione di principio, risulta non coerente con le norme dettate in generale dal legislatore per la cura del patrimonio degli incapaci.

Il legislatore, infatti, individua dei soggetti a cui affida l'amministrazione del patrimonio dell'incapace e affida loro un'amministrazione generale, salvo a richiedere l'autorizzazione giudiziale, ove richiesto⁶⁵.

Ora, che nel patrimonio da amministrare ci sia anche un'azienda, è indifferente dal punto di vista del potere di amministrazione: i rappresentanti legali amministreranno l'azienda, così come amministrano gli altri beni dell'incapace.

Quindi non esiste un potere separato di gestione dell'impresa proveniente dalla legge, ma esiste un potere generale di amministrazione del patrimonio dell'incapace attribuito ai legali rappresentanti.

In virtù di questo potere, una volta eliminato l'ostacolo all'esercizio di esso, con apposita autorizzazione, i genitori e il tutore esercitano personalmente l'impresa in nome e soprattutto nell'interesse dei minori e degli interdetti, che assumono la qualifica di imprenditori commerciali e

⁶⁵ Colussi, op. cit., p. 220: "Il potere che ha il rappresentante legale di esercitare un'impresa in nome e per conto dell'incapace trova appunto la sua giustificazione nella circostanza che egli è titolare di un potere più generale, che gli spetta, in virtù di legge, sia sui beni sia sulla persona dell'incapace".

subiscono le conseguenze di un eventuale andamento negativo dell'impresa.

Chiarito dunque che i rappresentanti legali che esercitano attività d'impresa per conto degli incapaci non sono institori legali, può essere esaminato un ulteriore problema, diverso, ma connesso, e precisamente quello relativo alla possibilità per i rappresentanti legali di nominare un institore da preporre all'esercizio dell'impresa dell'incapace o ad un ramo della stessa.

La possibilità di nominare un institore relativamente all'impresa di cui è titolare un incapace, è affrontato e risolto positivamente dal legislatore solo nelle norme che disciplinano l'inabilitazione: in questo caso è il giudice stesso a poter imporre la nomina di un institore. Questa previsione, dimostrando che non vi è incompatibilità tra esercizio dell'impresa da parte dell'inabilitato assistito dal curatore e nomina di un institore, può portare sicuramente a ritenere possibile la nomina di institore, anche dove non vi sia imposizione da parte del giudice.

Il legislatore tace invece a proposito degli altri incapaci e da qui il dubbio circa la possibilità di nominare un'istitutore.

Che la previsione manchi in relazione alla figura del minore emancipato può essere giustificato dal fatto che, in tal caso, il giudice valuta la particolare capacità e attitudine del minore, tanto che egli non sarà neppure assistito dal suo curatore. Se quindi non è richiesta l'assistenza del curatore, tanto meno ci sarà la necessità di imporre la presenza di un istitutore. Nulla esclude che il minore emancipato autorizzato all'attività d'impresa, essendo ormai capace di compiere qualsiasi atto, anche non concernente l'impresa (salvo gli specifici divieti), in quanto imprenditore possa farsi aiutare nella gestione da un istitutore di sua nomina.

La mancanza di una previsione legislativa relativa alla nomina di un istitutore da parte di genitori e tutore desta invece qualche perplessità.

Si è infatti sostenuto che la nomina dell'istitutore comporterebbe una sostituzione dei genitori nell'attività di amministrazione, non consentita dalla legge. I genitori e il

tutore hanno non solo il potere ma anche il dovere di amministrare i beni del minore, e lo svolgimento dell'attività di impresa rientra, come detto, nell'ambito del generale compito di amministrazione.

Tale soluzione, se accolta, comporterebbe come conseguenza la necessità per i rappresentanti legali di gestire in prima persona l'impresa, senza possibilità di farsi coadiuvare, anche quando ciò corrisponderebbe all'interesse dell'impresa e quindi dell'incapace.

E' però questa una soluzione che non appare condivisibile: nonostante, infatti manchi una previsione legislativa al riguardo, come nella disciplina dell'inabilitato, si può ritenere che il genitore, una volta ottenuta l'autorizzazione alla continuazione dell'impresa, possa nominare un institore per la gestione dell'azienda o di un ramo di essa⁶⁶.

⁶⁶ In tal senso Iannucci, op. cit., p. 535, ove si afferma: "come il genitore e il tutore possono affidare, con un mandato, l'amministrazione dei beni dell'incapace ad un terzo, il quale può anche rappresentare il minore per gli affari che rientrano nell'ambito del mandato stesso, così essi possono proporre un o institore alla gestione dell'impresa, affidandogli l'amministrazione di una parte dei beni con il correlativo potere rappresentativo, come è espressamente previsto nell'art. 425 c.c. relativamente all'esercizio di un'impresa commerciale da parte di un inabilitato". Tale possibilità di nominare un institore viene considerata da Colussi, op. cit., p. 228 la prova del fatto che i genitori non possono essere considerati institori; egli afferma: "Tra i poteri che spettano al rappresentante legale rientra il potere di nominare un institore all'impresa

Si tratta infatti non di una sostituzione nell'esercizio della potestà, non consentito dal legislatore, ma di un deferimento di potere, che comunque resta anche in capo al genitore (o tutore). Quest'ultimo, in rappresentanza del figlio minore, può sempre revocare la proposizione institoria così come l'ha conferita. Né per il conferimento né per la revoca appare necessaria un'ulteriore autorizzazione del giudice, rientrando entrambi gli atti nel normale esercizio dell'attività d'impresa.

Altri Autori hanno ritenuto che la ragione ostativa alla nomina di un institore da parte del rappresentante legale non fosse basata sul divieto di sostituzione ma sul fatto che il giudice nel concedere l'autorizzazione abbia valutato l'idoneità del rappresentante legale nella gestione dell'impresa, e solo lui, di conseguenza, è legittimato a gestirla.

Anche tale argomentazione può essere sconfessata da una serie di osservazioni.

dell'incapace: siccome certamente fra i poteri che all'institore spettano ex art. 2204 non rientra quello di nominare un altro institore, cioè di sostituire un altro soggetto a se stesso, e dal momento invece che tale potere viene riconosciuto al legale rappresentante, se deve necessariamente concludere che quest'ultimo non è un institore".

In primo luogo la valutazione del giudice non si fonda solo su elementi soggettivi relativi all'abilità del rappresentante legale nella gestione dell'impresa, ma anche e soprattutto su elementi oggettivi, relativi ai beni aziendali e alla produttività dell'impresa stessa.

Inoltre anche se si vuole considerare determinante per il giudice la valutazione soggettiva circa l'idoneità del rappresentante legale, si può dire che la nomina di un institore idoneo rientra nell'idoneità del rappresentante legale di gestire al meglio l'impresa. Consentendo l'autorizzazione alla continuazione dell'impresa il giudice si affida alle decisioni del genitore (o tutore) per tutto ciò che concerne la gestione dell'impresa.

Infine si deve considerare che sarebbe assurdo, almeno nel caso della tutela, impedire al tutore di nominare un institore che lo affianchi nella gestione dell'impresa, dal momento che l'autorizzazione alla continuazione dell'impresa potrebbe essere imposta dal giudice anche contro la volontà del tutore stesso, il quale potrebbe

considerarsi non sufficientemente idoneo allo svolgimento di tale attività.

Se tutte queste considerazioni fanno propendere per la possibilità per i rappresentanti legali di nominare un institore, allora perché il legislatore non ne ha previsto la nomina, come invece ha fatto nell'ambito della disciplina dell'inabilitazione?

Innanzitutto si può considerare che il legislatore, anche per l'inabilitato, non si è preoccupato di consentire la nomina dell'institore da parte dell'imprenditore, in quanto atto a lui già consentito, ma ha attribuito al giudice il potere di nominare, ex ufficio, un institore, anche contro la volontà dell'inabilitato, quando ritenga necessaria una cooperazione nello svolgimento dell'attività d'impresa.

Quindi quello che può mettersi in discussione non è tanto la possibilità dei genitori di nominare un institore, ma piuttosto quella del giudice di limitare il potere di amministrazione dell'impresa, imponendo la presenza di un institore. Il silenzio del legislatore potrebbe essere

interpretato a favore dei genitori, e come un limite all'autorità giudiziaria.

Tale silenzio prova però troppo. Il giudice può sempre imporre al rappresentante legale modalità di gestione dell'impresa, come espressamente prevede l'art. 371 c.c., a proposito del tutore, e tra queste modalità non è esclusa la possibilità di imporre la presenza di un institore.

Pertanto nessuna limitazione deve trarsi dalla previsione solo per l'inabilitato della nomina di un institore.

3. Titolarità dell'impresa nell'ipotesi di usufrutto legale dei genitori

In dottrina si è posto il problema della applicazione delle norme di autorizzazione all'esercizio dell'impresa nell'ipotesi in cui sull'azienda insista l'usufrutto legale dei genitori.

Il dubbio nasce dal fatto che, se si considerano i genitori quali usufruttuari dell'azienda, ai sensi dell'articolo 2562 c.c., essi hanno il potere - dovere di gestire in proprio la stessa, diventando essi stessi imprenditori. In tal caso essendo i genitori persone capaci non sarebbe necessaria alcuna autorizzazione.

Il problema esposto trova le sue radici in una questione più complessa e generale, ovvero nella natura giuridica dello stesso usufrutto legale⁶⁷ e di conseguenza nella possibilità di applicare all'usufrutto legale dei genitori tutte le norme dettate dal legislatore per l'usufrutto costituito volontariamente.

La dottrina dominante considera l'usufrutto legale come un diritto reale, diverso dall'usufrutto ordinario, stante i suoi caratteri e la sua disciplina peculiare⁶⁸.

⁶⁷ Per quanto attiene al fondamento dell'usufrutto legale la dottrina più moderna riconosce allo stesso una funzione solidaristica nel senso che con questo istituto il legislatore ha inteso fornire uno strumento diretto a soddisfare in modo paritario i bisogni di tutti i membri della famiglia, senza discriminazioni relative al diritto di proprietà. Più approfonditamente sul punto: BASINI, *L'usufrutto legale dei genitori*, in *Diritto di Famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, Torino, 1997; PELOSI, *L'usufrutto legale del genitore*, in *Noviss. Digesto*, XX, Torino, 1975; ZANINI, *L'usufrutto legale*, in *La Famiglia*, IV, Il diritto privato nella giurisprudenza, a cura di Cendon, Torino, 2000.

⁶⁸ Altra dottrina (Bucciante Pelosi) al contrario ritengono che l'usufrutto legale non abbia natura reale ma rientra nell'ambito del potere- dovere affidato ai genitori e la sua opponibilità erga omnes discende dal fatto che tutti i poteri compresi nella potestà genitoriale sono assoluti.

Le più importanti differenze tra i due istituti si ritrovano nel seguenti dati.

Innanzitutto l'usufrutto legale, a differenza di quello ordinario è caratterizzato dall'inseparabilità rispetto alla nuda proprietà spettante al figlio. Se, infatti, il figlio aliena, a qualsiasi titolo, o perde in qualsiasi modo, la proprietà del bene, viene ad estinguersi automaticamente anche l'usufrutto dei genitori, che non può gravare che sui beni del figlio minore. L'usufrutto legale si estingue per il raggiungimento della maggiore età del figlio, ma non si estingue nemmeno pro quota in caso di morte di uno dei genitori.

Ancora un'importante differenza tra i due istituti consiste nella indisponibilità dell'usufrutto legale, che non può essere alienato, ipotecato, dato in pegno, né può essere oggetto di esecuzione forzata da parte dei creditori (art. 326 c.c.).

L'usufrutto legale non si estingue per abuso, comportando questo la decadenza dalla potestà dei genitori. Inoltre non può verificarsi mai un fenomeno di

consolidazione, in quanto i genitori non possono alienare l'usufrutto al figlio e non possono rendersi acquirenti della nuda proprietà.

Infine i poteri degli usufruttuari legali sono più ampi, in quanto essi possono modificare la destinazione economica del bene, in caso di utilità o necessità per l'incapace.

Stante queste differenze si può affermare che l'usufrutto legale ha natura diversa rispetto all'usufrutto ordinario. Bisogna adesso valutare se, al di là delle citate differenze, può, per il resto, trovare applicazione la disciplina dettata per l'usufrutto ordinario e quindi in particolare le norme sull'usufruttuario di azienda⁶⁹.

A favore di una generale applicazione delle norme sull'usufrutto ordinario anche all'usufrutto legale c'è il dato testuale dell'art. 978 c.c. che menziona la legge come fonte del diritto reale in questione. Ciò significherebbe riconoscere che il legislatore ha individuato una disciplina generale dell'usufrutto sempre applicabile, e una disciplina

⁶⁹ Cfr. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Commentario del Codice Civile*, di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959.

particolare per l'usufrutto legale, che va a disapplicare quella generale, ove incompatibile.

E poiché nell'ambito della disciplina dell'impresa del figlio minore, non esiste una norma derogatrice all'art. 2561 c.c., esso trova integralmente applicazione.

La disciplina dell'usufrutto legale si limita, infatti, ad individuare delle fattispecie nelle quali l'usufrutto non sorge, senza però operare distinzioni a seconda della natura del bene. Pertanto l'azienda, come gli altri beni, sarà esclusa dall'usufrutto legale solo se ricorre una delle ipotesi previste dall'art. 324 c.c.⁷⁰.

Nelle ipotesi normali i genitori avranno l'usufrutto dell'azienda e la dovranno gestire in proprio⁷¹, in particolare dovranno esercitare l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue, gestirla senza modificare la destinazione ed in modo da conservare l'efficienza

⁷⁰ Beni acquistati dal figlio con i proventi del proprio lavoro; beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione, beni lasciati o donati con la condizione che i genitori esercenti la potestà o uno di essi non ne abbiano l'usufrutto (tranne che per i beni a titolo di legittima); beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettati nell'interesse del figlio contro la volontà dei genitori esercenti la potestà; beni ereditati da soggetto nei cui confronti i genitori o uno di essi sono stati dichiarati indegni.

⁷¹ Di questa opinione è FERRARA, *Imprenditori e società*, 1975, Milano, nota 6

dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte (art. 2561)⁷².

Il ragionamento fino ad ora seguito porta ad un dato non accettabile e cioè alla quasi completa disapplicazione delle norme previste dal legislatore per l'esercizio dell'impresa appartenente ad incapaci⁷³.

Sarebbe assurdo pensare che il legislatore ha dettato una disciplina generale ma applicabile solo a casi marginali, in cui l'usufrutto legale è escluso. Più coerente con l'intento legislativo sembra essere la contraria interpretazione dottrina in base alla quale la disciplina dell'impresa dell'incapace ha portata omnicomprensiva,

⁷² ROTONDI, *Lusufrutto di azienda*, in *Studi di diritto industriale*, Milano, 1957,, il quale a proposito dell'usufrutto di azienda spiega che: "Il codice ha collegato il potere-dovere di gestione che fa capo all'usufruttuario di azienda al generale onere di evitare il deterioramento della cosa usufruita, sancito dall'art. 1015, I comma, sotto pena di decadenza. L'usufrutto di azienda non si discosta, così, dal diritto di usufrutto regolato in via generale, subendo solo quegli adattamenti che l'oggetto del diritto impone necessariamente".

⁷³ M. PORZIO, *L'impresa commerciale del minore*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, Padova, 1965, p. 1056, il quale afferma: "Questo rilievo costituisce un primo motivo di perplessità; sembra, infatti, poco probabile che il legislatore abbia dettato la norma in esame e forse tutto l'insieme delle cautele e dei controlli posti all'amministrazione del patrimonio del minore in vista di quelle ipotesi in cui non esiste usufrutto legale" e a p. 1513, ove afferma: "Del resto la ragione giustificatrice delle cautele pubblicistiche che tradizionalmente accompagnano l'amministrazione del patrimonio minorile è certamente quella di impedire abusi del legale rappresentante a danno del minore stesso. Tale ratio può sussistere anche quando al genitore spetta l'usufrutto legale; ne è riprova l'art. 326 c.c. che sancisce, proprio a tutela del minore, l'inespropriabilità e la inalienabilità dell'usufrutto legale e l'art. 334 c.c. che prevede la privazione dell'usufrutto legale come sanzione per la cattiva amministrazione del patrimonio minorile". Nello stesso senso PIOLA, *Delle persone incapaci*, Napoli, 1910, p. 758,:"il caso di esenzione dei beni dall'usufrutto legale è un caso di eccezione, la legge disciplinerebbe il caso di eccezione, lasciando senza regola il caso normale, che è quello dell'esistenza dell'usufrutto, nel mentre in via generale deve dirsi che intendimento del legislatore è quello di dare disposizioni per i casi ordinari"

trovando applicazione sia nel caso in cui i genitori hanno l'usufrutto legale sui beni aziendali sia nel caso contrario.

È vero infatti che, nonostante la diversa natura dell'usufrutto legale rispetto a quello ordinario, è alla disciplina di quest'ultimo che bisogna ricorrere per colmare le lacune, ma tale operazione analogica non può comportare il completo svilimento di una disciplina di autorizzazioni e tutele, così dettagliatamente elaborata dal legislatore.

Può ritenersi quindi che le norme sulla gestione dell'impresa appartenenti ad incapaci rappresentino una deroga tacita alla disciplina dell'usufrutto di azienda.

Le norme sull'usufrutto di azienda sono inoltre basate sull'idea che ci sia un rapporto configgente tra nudo proprietario e usufruttuario, rapporto, invece che non esiste nel caso di usufrutto legale, in quanto i genitori sono obbligati a perseguire gli interessi del figlio minore, e non il proprio⁷⁴.

⁷⁴ Da Santarcangelo, op. cit., p. 266: "La migliore dottrina (Pelosi, Bucciante) obietta che l'usufrutto legale non attribuisce ai genitori l'amministrazione in nome proprio dei beni, ma solo il diritto di fare propri i frutti: perciò, anche nel caso in cui il minore sia titolare di un' impresa

A nulla vale, per contestare il risultato interpretativo prescelto, l'osservazione di parte della dottrina, che così operando si finirebbe per ledere oltremodo la posizione dell'incapace. Infatti è stato osservato che, in ipotesi di usufrutto legale sull'azienda, i risultati positivi della gestione verranno goduti dai genitori, mentre i risultati negativi ricadranno sul minore, che in quanto imprenditore, è soggetto a fallimento⁷⁵.

Tali argomentazioni non possono essere condivise perché l'usufrutto legale è un istituto introdotto per avvantaggiare la famiglia, alla quale fa parte anche il minore, e non per recare un vantaggio personale ai genitori. Inoltre anche in riferimento agli altri beni sui quali grava l'usufrutto legale può presentarsi una situazione analoga, in quanto per qualsiasi bene acquistato, se nasce un'obbligazione, questa ricade sul patrimonio del minore, nonostante che il bene sia goduto da tutta la famiglia.

commerciale, i genitori devono amministrare il bene in nome e per conto del figlio minore mentre per effetto dell'usufrutto legale possono far propri i ricavi dell'impresa"

⁷⁵ In tal senso FERRARA –CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 82 il quale afferma: " La tesi contrario si fonda su una stortura, perché considera il genitore gestore dell'impresa nell'interesse del figlio, mentre invece per l'usufrutto legale egli la gestisce anzitutto nel proprio interesse, ed arriva poi all'assurdo di ritenere che i vantaggi realizzati sono incamerati dal padre (genitori), mentre i danni si scaricano sul figlio (che può fallire!). Ma che razza di protezione dell'incapace è questa?".

I genitori, usufruttuari legali, dovranno quindi utilizzare i frutti dell'azienda, come quelli di ogni altro bene, nel modo più utile per la famiglia, reinvestendo ciò che avanza sempre nell'impresa del minore.

Non si può infatti condividere la teoria secondo cui i genitori sono liberi di utilizzare i frutti dei beni sui quali hanno l'usufrutto, che avanzano dopo avere soddisfatto *l'interesse della famiglia*. Tale concezione, che nasce dalla mancanza di un obbligo scritto di conservazione dei frutti, come invece previsto nel caso di genitore che passa a nuove nozze, si basa su un errato fondamento, e cioè che ci sia un limite ai bisogni della famiglia. Tutti i frutti vanno utilizzati per soddisfare, tali bisogni, che crescono con l'aumentare delle possibilità economiche della famiglia; in particolare i frutti di un'impresa vanno riutilizzati nella impresa stessa.

Inoltre bisogna considerare che nel caso di andamento negativo dell'impresa, non vi saranno frutti da poter utilizzare per la famiglia, in quanto qualsiasi risultato

positivo dovrà essere impiegato per il ripianamento delle perdite.

A favore della tesi sostenuta della indifferenza dell'usufrutto legale per l'applicazione della normativa in oggetto, è possibile considerare che nell'ambito della potestà è impossibile distinguere i poteri che spettano ai genitori, in quanto usufruttuari da quelli più generali di amministrazione del patrimonio⁷⁶.

Non è forse sbagliato ritenere che il legislatore con l'istituto dell'usufrutto legale abbia voluto soltanto attribuire ai genitori un godimento sui beni dei figli minori, al fine di consentire loro di soddisfare le esigenze familiari, mentre il potere di amministrare quei beni va disciplinato

⁷⁶ Cfr. Iannuzzi, op. cit. p. 536: "è da rilevare che il potere amministrare i beni del figlio spetta ai genitori quel attributo della potestà. Pertanto non è esatto ritenere che l'azienda commerciale del figlio gravata da usufrutto legale a favore dei genitori da essi sia gestita in nome proprio, in base a quel potere di amministrazione che spetta all'usufruttuario. E' vero, invece, che la qualità di rappresentanti del figlio e di amministratori dei suoi beni, che spetta ai genitori esercenti la potestà, prevale ed assorbe quel limitato potere di amministrazione e pertanto si devono considerare i genitori quali gestori dell'azienda nell'interesse del figlio". Così anche Porzio, op. cit., p. 1506, secondo cui l'equiparazione tra usufrutto ordinario e legale "presuppone, evidentemente, la possibilità di scissione, nell'ambito delle facoltà dell'usufruttuario legale, tra facoltà che gli spettano come tale e quelle che gli spettano come rappresentante ed amministratore del minore proprietario. La scissione presupposta non è, invece, possibile". L'autore insiste sulla differenza a p. 1509 sostenendo: "Nell'usufrutto ordinario spetta all'usufruttuario un potere di amministrazione del bene oggetto del diritto strumentale per l'acquisizione dei frutti che il bene stesso può dare e limitato dal rispetto della destinazione economica. All'usufrutto legale, invece, si accompagna normalmente la rappresentanza legale del minore soggetto alla patria potestà e il potere di amministrazione di tutti i suoi beni, ampio, quanto al suo potenziale contenuto, come le facoltà del proprietario, seppure sottoposto al controllo pubblicistico che i particolari interessi implicati impongono.

non in base alle norme sull'usufrutto ordinario ma in base alle norme dettate specificamente per la potestà dei genitori⁷⁷.

In conclusione quindi, stante le osservazioni fatte, va riconosciuta l'applicazione delle norme autorizzative per l'esercizio dell'impresa del minore anche nel caso che su di essa insista l'usufrutto legale dei genitori.

4. L'attività d'impresa svolta dal rappresentante legale in assenza di autorizzazione giudiziale.

Uno dei più importanti problemi da affrontare relativamente al rapporto tra rappresentanza legale ed esercizio dell'impresa di un incapace è quello che attiene allo svolgimento dell'attività d'impresa da parte del legale rappresentante in assenza dei provvedimenti autorizzativi.

⁷⁷ La fondamentale differenza sul punto tra usufrutto ordinario e legale viene ben messa in evidenza da PORZIO, op. cit., p. 1509, , che afferma :” Nell'usufrutto ordinario spetta all'usufruttuario un potere di amministrazione del bene oggetto del diritto, strumentale per l'acquisizione dei frutti che il bene stesso può dare e limitato dal rispetto della destinazione economica. All'usufruttuario legale, invece, si accompagna normalmente la rappresentanza legale del minore soggetto a patria potestà e il potere d'amministrazione di tutti i suoi beni, ampio, quanto al suo potenziale contenuto, come la facoltà del proprietario, seppure sottoposto al controllo pubblicistico che i particolari interessi implicati impongono”

Per affrontare la problematica esposta è opportuno soffermarsi brevemente sulla funzione dell'autorizzazione nell'ambito della volontaria giurisdizione e sulle conseguenze della sua mancanza sui negozi giuridici.

L'autorizzazione, necessariamente preventiva, ha la funzione di eliminare un ostacolo all'esercizio di un potere⁷⁸. Essa non è, quindi, attributiva del potere di agire per l'incapace, ma si limita a rendere tale potere operativo.

La mancanza di autorizzazione può avere varie conseguenze, a seconda della scelta operata dal legislatore. In alcuni casi, come appunto nell'ipotesi di autorizzazioni ai legali rappresentanti la mancanza di autorizzazioni comporta l'annullabilità del negozio compiuto in spregio. Altre volte è prevista, invece, la nullità del negozio; altre volte ancora il legislatore tace

⁷⁸ Sulla funzione dell'autorizzazione non vi è univocità di consensi in dottrina. Una prima teoria la qualifica come una *condicio iuris*, ma in contrario si può rilevare che la condizione incide su un negozio già perfezionato, mentre l'autorizzazione deve essere preventiva al negozio; secondo altra teoria l'autorizzazione è un atto che conferisce un potere, ma si obietta che il potere già esiste in quanto derivante dalla legge; ancora secondo una diversa teoria l'autorizzazione integra la capacità di agire del soggetto, ma si può obiettare che il destinatario della stessa è il genitore, soggetto certamente capace. Per un maggiore approfondimento sul tema cfr. Auciello, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi, Milano, 2000, p. 50

sulle conseguenze e si ritiene che, anche in tali casi il negozio vada considerato nullo⁷⁹.

I discorsi fino ad ora fatti non possono essere ripetuti, senza gli opportuni adattamenti, anche in relazione alla mancanza di autorizzazione all'esercizio dell'impresa. L'esercizio dell'attività d'impresa, infatti, non è un negozio, che può essere nullo, annullabile o inefficace, esso è un fatto, che attiene prima di tutto alla realtà materiale che a giuridica. Impresa o esiste o non esiste.

Va precisato che si sta trattando esclusivamente dell'ipotesi di impresa gestita dai soggetti capaci, quali sono appunto i legali rappresentanti e non dell'ipotesi, già esaminata, di impresa gestita dall'incapace stesso senza autorizzazione. In tal caso, a meno di non volere riconoscere un dolo dell'incapace, non si può far altro che sacrificare gli interessi dei terzi che sono venuti a contatto con l'attività di impresa, al fine di tutelare gli interessi

⁷⁹ Non può essere accolta la tesi dell'annullabilità, perché essa è una sanzione tassativamente prevista; né la tesi dell'inefficacia, che presuppone una possibilità di futura efficacia, in quanto il negozio non produrrà mai effetti; né la tesi della rappresentanza senza poteri, in quanto i genitori sono già investiti per legge del potere di agire. Pertanto non resta che ritenere il negozio non autorizzato radicalmente nullo e quindi non convalidabile successivamente.

dell'incapace. Perciò in tal caso non vi è altra soluzione che considerare l'impresa giuridicamente inesistente.

All'ipotesi del rappresentante che gestisce l'impresa senza autorizzazione va equiparata l'ipotesi in cui si è avuta la revoca dell'autorizzazione, provvedimento possibile in ogni momento nell'ambito della volontaria giurisdizione⁸⁰.

Per l'ipotesi in oggetto, invece, la dottrina ha elaborato tre diverse soluzioni: secondo un primo orientamento l'incapace acquista comunque la qualifica di imprenditore ed è assoggettato alla relativa disciplina; secondo altra interpretazione, in mancanza di autorizzazione non esisterebbe un'impresa ma solo singoli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione; secondo altri ancora l'attività d'impresa compiuta dal legale rappresentante senza autorizzazione non è imputabile all'incapace, bensì in proprio al rappresentante stesso, che pertanto diventa imprenditore.

⁸⁰ Impresa non autorizzata è anche quella esercitata in base ad una autorizzazione inefficace. E' ad esempio il caso dell'impresa esercitata prima che siano trascorsi i dieci giorni dalla comunicazione come previsto dall'art. 741 c.p.c.

In base alla prima teoria si ritiene che l'autorizzazione del giudice non è costitutiva del potere di esercitare un'impresa a nome del minore; i rappresentanti legali possono agire spendendo il nome dell'incapace e impregnando lo stesso nei confronti dei terzi. La mancanza di autorizzazione viene quindi ad incidere solo sulle conseguenze che scaturiscono dall'esercizio dell'impresa, nel senso che, poiché non c'è stata una preventiva valutazione del giudice circa la convenienza o meno dell'attività d'impresa, nell'interesse del minore, i genitori saranno costretti a risarcire i danni, ove da tale attività dovessero scaturire risultati economici negativi per l'incapace stesso.

La tesi non trova accoglimento nell'opinione dominante, in quanto gli effetti negativi che possono derivare da un'impresa non attengono solo al piano patrimoniale ma anche al piano personale. In particolare se si ritiene, come sostiene l'orientamento in parola, che un'impresa non autorizzata deve essere comunque imputata all'incapace, questi, in quanto imprenditore, può fallire ed è quindi

soggetto a tutte le conseguenze, personali e patrimoniali che dal fallimento derivano.

Si è avuto già modo di osservare, nel primo capitolo, che la predisposizione di una disciplina così dettagliata per lo svolgimento dell'attività di impresa, è giustificata anche, ma non solo, dalla preoccupazione del legislatore di esporre l'incapace ad una conseguenza così grave, qual è appunto il fallimento, senza una accurata valutazione dei vantaggi e degli svantaggi conseguenti all'esercizio di impresa.

D'altronde sarebbe quanto meno inverosimile che un atto di vendita, senza autorizzazione è annullabile, in quanto l'incapace rischio di perdere la differenza tra quanto pagato e quanto vale il bene venduto, mentre l'attività d'impresa, senza autorizzazione resterebbe in piedi, esponendo l'incapace a fallimento, salvo il mero risarcimento dei danni da parte dei genitori.

Bisogna quindi sostenere che a differenza di quanto visto per gli atti di straordinaria amministrazione, che senza autorizzazione sono comunque imputabili

all'incapace, pur essendo viziati e pertanto suscettibili di annullamento, l'impresa esercitata senza autorizzazione non è imputabile all'incapace⁸¹.

Mentre quindi l'autorizzazione per la conclusione di un atto di straordinaria amministrazione, come detto, si limita ad eliminare un ostacolo ad un potere di agire per conto, che già appartiene al legale rappresentante, l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa attribuisce il potere di esercitare l'impresa stessa.

Per i motivi esposti la tesi esaminata non può essere accolta.

Passando all'esame del secondo orientamento esso sostiene che l'impresa non può essere imputata all'incapace, per i motivi sopra evidenziati, ma che essa non può nemmeno essere imputata al legale rappresentante, che ha agito. La tesi in oggetto fa leva sul fatto che il rappresentante legale non spende nella

⁸¹ PORZIO, op. cit., p. 1515 afferma: "l'esercizio da parte del genitore in nome proprio e senza la preventiva autorizzazione deve ritenersi illecito e non produrrà conseguenze valide sul patrimonio del minore, che resterà giuridicamente insensibile agli effetti di questa attività. In questo caso, a garanzia dei creditori non vi sarà né il patrimonio del minore, perché il genitore non può, senza autorizzazione, validamente impegnarlo, né l'usufrutto legale, per esplicita disposizione di legge, in espropriabile e indisponibile".

gestione dell'impresa il proprio nome a agisce in nome dell'incapace. Non essendoci pertanto la spendita del suo nome nessun effetto può prodursi nella sua sfera giuridica, tanto meno l'acquisto della qualità di imprenditori.

Il problema è fondato in astratto, ma va poi rapportato alla particolare situazione in oggetto, cioè quella di una impresa esercitata senza le autorizzazioni a tutela degli incapaci.

La regola della spendita del nome è alla base del fenomeno rappresentativo tanto è vero che, nell'ambito della rappresentanza volontaria, il falsus procurator che acquista ad esempio un bene, senza procura, e al di là dei limiti stabiliti nella procura, non diventa proprietario del bene, proprio perché non ha speso il proprio nome, ma è costretto solo a risarcire i danni.

Anche nell'ambito della rappresentanza nella gestione di un'attività d'impresa vige il principio della spendita del nome, pertanto è imprenditore e fallirà il rappresentato e non il rappresentante.

Ma il soggetto che senza avere il potere spende il nome altrui nella gestione dell'impresa, non può essere considerato alla stregua di un falsus procurator, che non assume su di se gli effetti della gestione, ma deve solo risarcire i danni⁸².

Alla base c'è la sostanziale differenza tra l'attività negoziale e l'attività d'impresa, già esposta.

In sostanza mentre ci può essere un negozio può essere inefficace, non può essere inefficace un'impresa. L'impresa esiste perché sono stati posti in essere una serie di atti organizzati e se l'impresa esiste ci deve essere un'imprenditore.

Poiché però imprenditore non può essere considerato l'incapace, non resta che considerare imprenditore il legale rappresentante, anche in deroga alle norme formali sulla spendita del nome.

⁸²In tal senso COLUSSI, op. cit., p. 263: "Ma proprio perché si tratta di un elemento formale, l'importanza della spendita del nome altrui non va sopravvalutata fino al punto da ritenere che in ogni caso l'affermazione, fatta da colui che esercita un'impresa, di agire in nome e per conto di un altro soggetto, mentre in realtà agisce nell'esclusivo interesse proprio, sia sufficiente ad allontanare dal suo capo le conseguenze dell'esercizio dell'impresa. Oltretutto, sarebbe veramente troppo comodo se fosse possibile evitare le conseguenze del proprio agire mediante l'uso di un espediente così semplice come il dichiarare di esercitare l'impresa in nome di un terzo, terzo che alla prova dei fatti potrebbe anche risultare defunto o addirittura inesistente".

L'impresa gestita dal legale rappresentante senza autorizzazione è direttamente a lui imputabile e pertanto sarà lui a subire gli effetti del fallimento.

D'altronde la disciplina autorizzativa è posta a tutela dell'incapace, il quale non può diventare imprenditore se non dopo che si è perfezionato l'iter autorizzativo, e non può diventare uno strumento di elusione a favore dei rappresentanti legali, che sono soggetti pienamente capaci.

Gli stessi non possono far valere una presunta inesistenza di un'impresa che hanno gestito, pregiudicando i diritti dei terzi, perché essi stessi sono stati manchevoli nel richiedere un'autorizzazione necessaria. Si andrebbe in tal modo ad avvantaggiare soggetti che non meritano tutela, a danno degli interessi dell'economia e dei singoli soggetti che sono venuti in contatto con l'impresa esercitata dai legali rappresentanti⁸³.

⁸³ COLUSSI afferma a p. 279: "L'autorizzazione rappresenta uno strumento di esclusiva protezione degli interessi dell'incapace e il mancato verificarsi, a carico di questi, delle conseguenze giuridiche dell'impresa non autorizzata, è protezione sufficiente degli interessi stessi. Non vi è quindi motivo per considerare questa impresa del tutto inesistente, sacrificando così, sotto questo profilo, gli interessi dei terzi: non vi è ragione cioè per escludere che gli effetti giuridici dell'impresa non autorizzata si manifestino in capo a colui che l'impresa stessa di fatto esercita e cioè il legale rappresentante".

Lo stesso discorso può ripetersi nel caso in cui il minore ha ricevuto insieme ad altri un'azienda commerciale, che viene gestita dal rappresentante legale senza autorizzazione.

La cogestione dell'azienda dà vita ad una società di fatto, che è disciplinata dalle norme sulla s.n.c., ma per partecipare ad una società in nome collettivo è necessaria l'autorizzazione, senza la quale l'incapace non può essere considerato socio. Pertanto socio sarà il legale rappresentante che a gestito l'azienda per il minore, senza autorizzazioni.

Problema connesso a quello esposto è quello relativo alla possibilità di ottenere un'autorizzazione successiva che porti gli effetti della gestione compiuta in capo all'incapace. Così come è possibile ottenere un'autorizzazione successiva per convalidare un atto compiuto senza autorizzazione preventiva, così sarebbe possibile ottenere un'autorizzazione successiva per

ratificare la gestione dell'impresa svolta dai rappresentanti legali senza autorizzazione preventiva⁸⁴.

La ratifica è il negozio con il quale il rappresentato fa propri gli atti inefficaci compiuti dal falsus procurator, rendendoli efficaci nei suoi confronti.

Come detto però la gestione di impresa del legale rappresentante senza autorizzazione non è assolutamente improduttiva di effetti, ma li produce nella sfera giuridica del rappresentato stesso.

Già tale argomentazione dovrebbe portare ad escludere la possibilità di ottenere un'autorizzazione per ratificare l'operatore del legale rappresentante senza il potere di gestire l'impresa dell'incapace.

Ma c'è di più: è lo stesso concetto di attività di impresa che risulta incompatibile con il concetto di ratifica: infatti non si può acquistare retroattivamente la qualifica di imprenditori commerciali. Presupposto costitutivo della qualità di imprenditore per un incapace è, oltre all'effettivo

⁸⁴ Cfr. TASSINARI, *Questioni in tema di rappresentanza legale e di capacità personale*, in *Riv. Not.*, 1958, p. 851; FAZZALARI, *Autorizzazione e non omologazione del contratto concluso dal rappresentante legale del minore*, in *Giur. It.*, I, 1, c. 1043 e FRIERI, *Rappresentanza legale senza poteri e ratifica*, in *Dir. e Giur.*, 1969, p. 287

svolgimento dell'attività di impresa, l'autorizzazione: solo nel momento in cui sussistono entrambi i presupposti l'incapace diventa imprenditore ed è sottoposto alla relativa disciplina⁸⁵.

⁸⁵ A tal proposito COLUSSI, op. cit., p. 270, afferma: "come per diventare imprenditori non basta la sola dichiarazione di esserlo né quella di voler esercitare un'impresa, ma è necessario che l'attività abbia effettivo svolgimento - seppur tale svolgimento debba essere sorretto da una volontà cosciente- così non è possibile acquistare la qualifica di imprenditore in base ad una semplice dichiarazione di ratifica di atti compiuti dal falsus procurator. Si può essere imprenditori solo per il presente, non per il passato e neanche per il futuro, eccezionali dovendosi considerare i casi di sopravvivenza della qualifica di imprenditore alla cessazione dell'esercizio; sopravvivenza che comunque è sempre disposta con effetti limitati e circoscritti. In altre parole: è la natura giuridica stessa dell'attività d'impresa, natura assai prossima a quella dell'atto giuridico in senso stretto, che impedisce che nei suoi confronti abbia senso parlare di ratifica".

CAPITOLO IV

IL FALLIMENTO

DELL'IMPRENDITORE INCAPACE

1. Assoggettabilità al fallimento degli incapaci regolarmente autorizzati all'esercizio di una impresa commerciale – 2. Effetti di carattere patrimoniale e personale conseguenti al fallimento – 3. Il fallimento dell'incapace non autorizzato, gestore *di fatto* di un'impresa commerciale – 4. Tutela dell'incapace fallito e affidamento dei terzi – 5. Il fallimento dell'impresa esercitata dal legale rappresentante non autorizzato

1. Assoggettabilità al fallimento degli incapaci regolarmente autorizzati all'esercizio di una impresa commerciale.

La legge fallimentare non prevede espressamente una norma che assoggetti al fallimento l'imprenditore incapace. E' tuttavia opinione pressocchè unanime in dottrina che l'incapace, ottenute le autorizzazioni prescritte dalla legge, assuma la veste di imprenditore commerciale e possa essere sottoposto alle procedure

concorsuali⁸⁶. Vero è che esiste una certa resistenza nella valutazione comune sotto il profilo dell'assoggettività a fallimento delle quattro ipotesi di incapacità (minore non emancipato, minore emancipato, interdetto, inabilitato). Infatti, se è facile ammettere che subisca le conseguenze della cattiva gestione colui che ha esercitato personalmente l'attività commerciale (il minore emancipato), meno evidente è che debba essere dichiarato fallito il soggetto che di fatto non abbia svolto alcuna attività commerciale. Ciononostante si ritiene pacificamente in dottrina che la disciplina delle quattro categorie non consente una distinzione per gradi di incapacità di fronte ad una pronuncia di dissesto.

Questa soluzione, apparentemente iniqua per il minore non emancipato e per l'interdetto, è data dalla considerazione secondo cui l'incapace non può godere i frutti utili della gestione per suo conto senza essere esposto ai relativi rischi negativi, a meno di non voler creare una figura anomala di imprenditore o di negare la qualifica d'imprenditore all'incapace.

⁸⁶ Opinione indirettamente confermata dalla Cass. , Sez. I, 9 febbraio 1965, n. 210, in *Mass. Giur. It.* 1965, col. 52, la quale, in sostanza, stabilendo che "... non assume la qualità d'imprenditore commerciale e non fallisce, l'incapace che sia stato autorizzato a continuare l'esercizio di un'impresa commerciale da un provvedimento del Tribunale rimasto inefficace per difetto di comunicazione al P.M." riconosce che l'incapace legittimamente autorizzato diventa imprenditore ed è sottoposto a fallimento.

Tale ultima soluzione è stata accolta da una risalente pronuncia del Tribunale di Milano⁸⁷, che con la sentenza del 13 giugno 1957 ha stabilito: *“non può essere dichiarato il fallimento del minore, nel cui interesse il legale rappresentante abbia continuato, con le debite autorizzazioni, l’esercizio di una impresa commerciale: deve essere invece dichiarato fallito il legale rappresentante in tale sua qualità”*.

Di non diverso contenuto anche la sentenza del Tribunale di Napoli del 28 ottobre 1957⁸⁸, la quale, prendendo le mosse dalla distinzione tra effetti personali e patrimoniali, e dopo aver stabilito che questi ultimi si producono nei confronti del minore, stabiliva: *“...gli effetti personali non possono colpire il minore se non a condizione di venir meno alla loro funzione (sanzionatoria).... Il minore non può essere dichiarato fallito appunto perché incapace di agire e di essere soggetto delle predette sanzioni, le quali non possono che ricadere su di colui che legalmente lo rappresenta e che personalmente ha agito, salvo i su rilevati effetti patrimoniali della dichiarazione di fallimento”*.

⁸⁷ Trib. Milano 13 giugno 1957, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, p. 648, con nota di De Marini; in *Temì*, 1957, p. 274, con nota di Candian; in *Foro Pad.*, 1958, I, con nota di Tonni.

⁸⁸ Trib. Di Napoli, 28 ottobre 1957, in *Temì Nap.*, 1958, I, 300.

La soluzione adottata dalle sentenze citate dimostra come la giurisprudenza sia sensibile all'incongruenza del caso, che vede un rappresentante legale a capo dell'impresa, che ne dirige discrezionalmente l'esercizio, e che al momento del fallimento, causato spesso dalla sua inettitudine ed imprevidenza, non è raggiungibile dalle limitazioni e dalle cautele che la legge prescrive a carico dell'imprenditore fallito. Vero è, del resto, che tali conseguenze personali del fallimento (incapacità, controllo della corrispondenza, obbligo di residenza, iscrizione nel casellario giudiziario, perdita del diritto elettorale, ecc.) non hanno senso alcuno se poste a carico dell'incapace, il quale non ha personalmente partecipato alla gestione dell'impresa e non ha capacità di agire. Sulla scorta di tali considerazioni il Tribunale di Milano e quello di Napoli hanno quindi ritenuto che la soluzione migliore fosse quella di assoggettarlo agli effetti del fallimento il patrimonio dell'incapace rappresentato e la persona del rappresentante legale.

Per motivare logicamente e giuridicamente tale conclusione concreta, la giurisprudenza in esame ha ritenuto che il fallimento debba, nella fattispecie, essere dichiarato non in persona

dell'incapace, bensì in persona del rappresentante *in quanto tale*, con effetti patrimoniali nei confronti del rappresentato e personali nei confronti del rappresentante.

Tale soluzione, tuttavia, non è stata ritenuta accoglibile dalla dottrina sul piano giuridico.

Una volta accettata la figura della rappresentanza legale con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano giuridico, sono possibili soltanto due soluzioni: o fallisce il rappresentato, o fallisce in proprio il rappresentante. Poiché, però, si riconosce che l'esercizio dell'impresa viene continuato in nome e nell'interesse dell'incapace, che egli è, quindi, il titolare dell'impresa, e che l'attività svolta dal rappresentante manifesta i suoi effetti direttamente nella sfera giuridica del rappresentato, non si può negare che, secondo le regole generali, in quanto titolare dei rapporti sostanziali, spetta all'incapace la legittimazione passiva per i provvedimenti giurisdizionali che a tali rapporti si riferiscano. L'incapace, dunque, deve essere dichiarato fallito.

Si evidenzia, al riguardo, che in nota alla sentenza del Tribunale di Milano è stato infatti autorevolmente sostenuto che la soluzione proposta dalla sentenza è probabilmente frutto dell'errore di ritenere

esistente la coincidenza tra il soggetto passivo del fallimento è colui che ne subisce le necessarie sanzioni personali e patrimoniali. Al contrario si ritiene comunemente in dottrina che in tale situazione si verifica un fenomeno dissociativo tra mera titolarità (in capo all'incapace) ed effettivo esercizio dell'impresa (attribuito al suo rappresentante) che si ritrova poi riflesso in sede fallimentare, laddove sul primo vengono fatti ricadere gli effetti patrimoniali e sul secondo gli effetti personali⁸⁹.

2. Effetti di carattere patrimoniale e personale conseguenti al fallimento.

Assodata l'assoggettabilità al fallimento dell'imprenditore incapace⁹⁰, è necessario indagare se possono essere applicate tutte

⁸⁹ La giurisprudenza, peraltro non recente, che si ritrova nelle citazioni di argomento, rispecchia questo atteggiamento di riguardo nei confronti di chi in realtà subisce le conseguenze dell'erroneo operato altrui: e così App. Milano 24 maggio 1968, in *Mon. Trib.* 1969, 285; Trib. Napoli 28 ottobre 1957, in *Rep. Gen. Giur. It.* 1957, voce *Fallimento*. V'è però anche chi riconosce la possibilità di assoggettare a fallimento l'incapace equiparando in tal caso il rapporto tra persona giuridica e suo organo, e persona fisica e suo rappresentante legale: Trib. Pistoia 9 maggio 1960, in *Giur. It.* 1961, I, 2, 357.

⁹⁰ Rescigno, in *Giur. it.*, 1951, I, 2, 689 (nota ad App. Palermo 30 maggio 1949) : anche senza autorizzazione (che nel caso di transitorietà dell'incapacità naturale non è neppur concepibile) il soggetto sarà quindi sempre considerato imprenditore, responsabile anche con la soggezione al fallimento e alle altre procedure concorsuali. Cfr. Cass. 16 gennaio 1904, in *Foro it.*, Mass. 1964, e. 26.

le disposizioni previste per il fallimento, oppure se la disciplina in questione subisce delle deroghe. Quel che sembra non dubitabile è che la dichiarazione di fallimento comporterà sicuramente lo “spossessamento” e gli altri effetti di natura patrimoniale nei confronti dell’incapace, con l’attribuzione della rappresentanza e dell’amministrazione dell’impresa al curatore fallimentare⁹¹. Maggiori problemi derivano dalla individuazione degli effetti c.d. personali⁹² che l’imprenditore incapace subisce in dipendenza del fallimento. E’ da premettere che le norme che prescrivono determinati divieti o incapacità a carico del fallito, possono trovare applicazione solo se

⁹¹ E’ da notare, infatti, che la disposizione dell’art. 42 L.F., generalmente considerata come produttiva di una limitazione alla capacità di agire del fallito, nella nostra ipotesi ha invece per effetto la perdita della legittimazione del rappresentante; è questi, infatti che perde il potere di amministrare e disporre e non il minore, per sua natura già incapace di agire.

⁹²La dichiarazione di fallimento produce anzitutto, com’è noto, una serie di vere e proprie *incapacità personali*, stabilite da varie disposizioni di legge (in base all’iscrizione nel registro dei falliti), che si devono far rientrare piuttosto nel quadro della incapacità giuridica che non della semplice incapacità di agire, in quanto escludono la possibilità per il fallito di acquistare determinati diritti o poteri pubblici e privati: così ricordiamo che il fallito è escluso dalle sale della Borsa (art. 8 e 9 della legge 20 marzo 1913, n. 272) e gli è vietato l’esercizio dell’attività di agente di cambio (art. 57 1. cit), non può essere tutore o protutore (art. 350, n. 5 cod. civ.), curatore dell’emancipato (art. 393 cod. civ.), giurato in Corte d’Assise (1. 23 marzo 193:1 , n. :149 e 10 aprile 951 n. 287), esattore delle imposte, organo ausiliare o incaricato giudiziario, giudice conciliatore (R.D. 30 gennaio 1941, n.12, sull’ordinamento giudiziario, art. 8 e 23), consigliere delle camere di commercio (1. 16 giugno 1927, n. 1071, art. 4 D.L.L. 21 settembre 944, n. 315). Inoltre il fallito non può essere amministratore o liquidatore, nè sindaco nelle società per azioni (artt. 2382 e 2399 cod. civ.) , nè rappresentante comune degli obbligazionisti (art. 2417), perde l’elettorato attivo e passivo (L. 7 ottobre 1947, n. 1058, art. 2, n. 2 ; L. 20 gennaio 1948, n. 6, art. 2 e 4 ; L. 6 febbraio 1948, n. 29 art. 5 : l’incapacità dell’elettorato attivo e passivo alla Camera dei Deputati dura non più di cinque anni dalla dichiarazione di fallimento); è escluso da talune professioni (per es. non può essere iscritto all’albo degli avvocati : L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 12, n. 2 ; dei commercialisti : D.P. 27 ottobre 1953, n. 1067, art. 3 ; dei ragionieri e periti commerciali : D.P. 27 ottobre 1953, n. 1068, art. 3), non può aprire o esercitare farmacie (l. 22 Inaggio 1913, n. 468 art. 11 b), ecc.

si tratta di divieti che per legge non sussistevano già nei confronti di qualsiasi incapace di agire, indipendentemente dal fallimento.

E' possibile distinguere tra gli obblighi imposti al fallito al fine di favorire l'opera degli organi fallimentari (artt. 48 e 49 L.F.) e le incapacità derivanti dall'iscrizione del nome del fallito nell' apposito registro (art. 50 L.F.). Si è sostenuto, in analogia all'art. 146 L.F., che la disposizione relativa alla corrispondenza ex art. 48 L.F. andrebbe applicata all'incapace, mentre quella riguardante l'obbligo di residenza ex art. 49 L.F., diretta a favorire il sollecito svolgimento della procedura, andrebbe riferita alla persona fisica che ha avuto l'effettiva gestione dell'impresa, e cioè al legale rappresentante⁹³. Il diverso trattamento troverebbe una giustificazione in quanto la corrispondenza relativa all'impresa è indirizzata alla ditta commerciale e, poiché tale ditta dovrebbe contenere il nome o la sigla dell'imprenditore, dovrebbe essere facile individuare la corrispondenza che rientra nella disposizione dell'art. 48 L.F. con l'applicazione diretta della norma. La disposizione relativa alla residenza (art. 49 L.F.), invece, è ovvio che vada riferita alla persona fisica che di fatto ha amministrato

⁹³ Porzio, *L'impresa commerciale del minore*, in *Riv. Dir Civ.*, 1962, 382.

l'impresa, ciò coerentemente con lo scopo della disposizione diretta a favorire il sollecito svolgimento della procedura. L'obbligo di residenze per il rappresentante legale si può desumere dall'art. 146 L.F. che tale obbligo sancisce per gli amministratori ed i liquidatori della società dichiarata fallita. Non solo, infatti, la posizione di costoro è perfettamente analoga a quella del rappresentante legale per quanto riguarda l'esercizio dell'impresa, ma si deve osservare che sia per gli uni che per l'altro unica è la *ratio legis*. L'art. 146 L.F. chiaramente ci conferma che l'obbligo di residenza è in funzione della partecipazione personale alla procedura fallimentare di coloro che hanno la responsabilità della direzione dell'impresa dissestata (stabilisce infatti detto articolo che gli amministratori debbono essere sentiti in tutti i casi in cui la legge richiede che sia sentito il fallito). Nel caso di fallimento dell'incapace non è certo questi che deve essere utilmente sentito, bensì il suo rappresentante legale; sarà pertanto quest'ultimo, in forza dell'applicazione analogica degli articoli 49 e 146 L.F., vincolato all'obbligo di residenza.

Secondo altra parte della dottrina⁹⁴ gli effetti degli articoli 48 e 49 L.F. andrebbero sempre applicati all'incapace fallito ed al suo

⁹⁴ Fumaioli, *Sugli effetti del fallimento dell'incapace*, in *Riv. Notariato*, 1967, 275.

legale rappresentante, e ciò non in analogia all'art. 146 L.F., che anzi espressamente vi si contrappone, ma in virtù di uno sforzo di *adeguamento giurisprudenziale* che i singoli casi richiedono. Tuttavia più difficile appare applicare estensivamente anche al legale rappresentante (oltre che all'incapace fallito) l'art. 49 L.F. sull'obbligo di non allontanarsi dalla residenza senza il permesso del giudice delegato e di presentarsi personalmente agli organi del fallimento ogni volta che questi ne facciano richiesta, per fornire le informazioni necessarie. L'incertezza sulla estensibilità della norma dell'art 49 L.F. al legale rappresentante deriva sia dalla dizione letterale dell'articolo, che si riferisce solo al fallito, sia — soprattutto — dalla differenza fra questa norma e l'art. 146 1. L.F., in cui espressamente gli obblighi suddetti sono posti a carico degli amministratori in tema specifico di società (non potendosi applicare che a persone fisiche, e non alla società stessa)⁹⁵. Queste considerazioni però costituiscono un ostacolo

⁹⁵ Così infatti il Ferrara, *Il Fallimento*, Milano, 1966, p. 257, ritiene che tanto l'art. 48 L.F. che l'art. 49 L.F. siano astrattamente applicabili all'incapace, «anche se ovviamente il giudice delegato consentirà all'incapace ignaro della gestione » (cioè in quanto di fatto non abbia partecipato in tutto o in parte a questa e non ne sia consapevole) « di allontanarsi liberamente dalla residenza, salvo restando per l'applicazione delle norme sulla imputabilità penale di cui all'art. 220 L.F. ». Il Ferrara ammette anche l'applicabilità dell'art. 48 L.F. (non invece dell'art. 49 L.F.) in caso di fallimento del defunto (nei confronti degli eredi di costui). Quanto all'applicabilità dell'art. 49 L.F. al rappresentante legale, il Ferrara attenendosi alla più rigorosa interpretazione testuale ritiene che « nessun obbligo è posto a carico di chi ha gestito l'impresa

grave, sì, ma non insuperabile a una interpretazione estensiva e quindi all'applicazione dell'art. 49 L.F. anche al rappresentante legale dell'incapace, perché è vero che nell'art. 49 L.F. — a differenza che nell'art. 146 L.F. per le società — nessun obbligo è posto a carico del rappresentante amministratore dei beni dell'incapace (e anzi tale obbligo è applicabile, secondo quanto abbiamo detto, all'incapace stesso), ma è anche vero che in tale articolo non è preso espressamente in considerazione il caso di cui ci occupiamo in cui il fallito sia un incapace (si detta, infatti, solo una regola concernente il fallito in generale: e quindi l'applicabilità dell'articolo anche al rappresentante, nella specie, è da desumersi in base ad altre considerazioni circa la *ratio* della legge). Ciò, in definitiva può rendere ammissibile l'interpretazione estensiva dell'art. 49 L.F. al rappresentante legale, per tutte le ragioni suddette, a somiglianza di quanto abbiamo detto per l'art. 48 L.F., dovendosi altrimenti ritenere come conseguenza - e ciò sembra assai strano — che da un lato il rappresentante legale dell'incapace fallito, pur non fallendo egli

nell'interesse dell'incapace, perchè l'art. 49 L.F. riguarda il fallito e l'art. 146 L.F. riguarda gli amministratori e liquidatori della società fallita. Il che costituisce sicuramente una lacuna nel sistema ».

stesso, sia responsabile degli atti della sua amministrazione (essendo egli solo legittimato ad agire in base alla legge), dall'altro non possa essere sentito dagli organi del fallimento e non debba porsi a disposizione del giudice delegato per dare tutte le informazioni che occorrono in rapporto alla sua responsabilità concernente il fallimento dell'impresa (nonchè ovviamente in base alle sue eventuali e sempre possibili responsabilità, penali, per concorso in reati fallimentari ecc.).

Altra parte della dottrina, infine, equipara la posizione del legale rappresentante a quella dell'istitutore, non ritenendo sufficiente l'applicazione delle norme sulla rappresentanza in generale. Ne deriva quindi la diretta applicabilità degli articoli 48 e 49 L.F. all'istitutore legale rappresentante⁹⁶.

Più problematica è l'applicazione dell'art. 50 L.F. (iscrizione nel registro dei falliti) per le numerose conseguenze che essa comporta.

La prevalente dottrina ritiene che l'iscrizione nel registro dei falliti ex art. 50 L.F. vada riferita al rappresentato, il quale ne sopporterà le incapacità personali conseguenti previste da molte

⁹⁶ De Marini, *Rappresentante legale e fallimento del minore*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, 468.

leggi particolari⁹⁷. L'applicazione di queste conseguenze, di evidente sapore penale, nell'ipotesi del minore iscritto magari nel registro dei falliti nell'ultimo anno della sua minore età, comporta che, una volta divenuto maggiorenne, egli si trovi senza sua colpa privato per anni del diritto elettorale, della possibilità di esercitare alcune professioni, ecc. Questo aspetto è ugualmente grave, ma meno sentito, per gli altri incapaci, che probabilmente a causa proprio della loro incapacità sono privi di fatto di esercitare i diritti e svolgere le professioni che gli sarebbero negate in seguito alla iscrizione del loro nome nel registro dei falliti.

La gravità delle citate conseguenze ha avuto ripercussioni in giurisprudenza, più sensibile della dottrina ai riflessi pratici delle vicende della vita concreta. Non essendovi, infatti, un preciso appiglio normativo in base al quale si possa paralizzare l'applicazione dell'art.50 L.F., che prevede l'iscrizione nel pubblico registro di tutti coloro che sono dichiarati falliti, la giurisprudenza⁹⁸ ha avuto occasione di statuire che la dichiarazione di fallimento non comporti necessariamente il

⁹⁷ Si veda l'esauriente elenco in Fumaioli, op. cit., p. 276.

⁹⁸ Trib. Pistoia, 9 maggio 1960, in *Giust. Civile*, 1960, I, p. 2045.

dover sopportare tutti gli effetti del fallimento stasso da parte della persona fallita. In particolare si è giudicato che gli effetti degli articoli 42 – 50 L.F. si verificano per il fallito che non abbia la capacità di agire, soltanto in quanto applicabili, in analogia a quanto accade per i soggetti costituiti da società – persone giuridiche. Il rapporto rappresentante legale - incapace sarebbe cioè equivalente a quello persona giuridica – organi che la rappresentano, e così come la persona giuridica risente solo degli effetti economici della pronunzia di fallimento, lo stesso avverrebbe per l'incapace. Agli effetti personali, in quanto derivanti direttamente dalla legge e non da rapporti di diritto privato, non sarebbe applicabile il principio della rappresentanza. Dunque la dichiarazione di fallimento comporterebbe la intrasmissibilità delle responsabilità personali e delle relative sanzioni, talchè il nome dell'incapace non andrebbe iscritto nel registro dei falliti e, nel caso del minore, al raggiungimento della maggiore età egli acquisterebbe la piena capacità d'agire⁹⁹.

⁹⁹ Secondo il Tribunale di Milano, 13 giugno 1957: “*Non può essere dichiarato fallito il minore, nel cui interesse il legale rappresentante abbia continuato, con le debite autorizzazioni, l'esercizio di un'impresa commerciale: deve essere invece dichiarato fallito il legale rappresentante in tale sua qualità*”. La soluzione proposta dal Tribunale di Milano eviterebbe l'ostacolo, cambiando il nome del fallito. Tale soluzione viene rifiutata dal Porzio, *L'impresa commerciale del minore*, in *Riv. Dir Civ.*, 1962, 382, secondo il quale si ripropone il problema per il rappresentante legale di essere dichiarato fallito “nella qualità”, espressamente

Pur apprezzando gli sforzi di dottrina e giurisprudenza per una più equa soluzione, bisogna verosimilmente ritenere che, allo stato della legislazione, non è possibile evitare l'iscrizione del nome dell'incapace nel registro dei falliti ai sensi dell'art. 50 L.F., con l'applicazione di tutte le conseguenze relative¹⁰⁰.

Altro problema riguarda la posizione dell'incapace e del suo legale rappresentante rispetto agli effetti penali conseguenti al fallimento. L'art. 862 dell'abrogato codice di commercio prevedeva la responsabilità penale per l'istitutore o il rappresentante del commerciante fallito che nella gestione affidatagli si fosse reso colpevole di uno dei fatti previsti dalle norme sulla bancarotta del fallito.

inaccettabile secondo i principi generali. In nota alla sentenza il Candian, in *Temj*, 1957, p. 274, sostiene che vi sono già altre ipotesi, come quella dell'imprenditore defunto, in cui il fallimento produce soltanto gli effetti patrimoniali, senza che gli effetti personali si producano per nessuno. Il fallimento del minore rientrerebbe in questa ipotesi. I diritti dei creditori sul patrimonio del rappresentato non sarebbero delusi, in quanto il legale rappresentante, agendo a norma dell'art. 1388 c.c., avrebbe appunto impegnato la responsabilità patrimoniale dell'incapace. Si tratta evidentemente di un ragionamento troppo gravoso per il rappresentante legale, tale che la decisione del Tribunale di Milano, 13 giugno 1957, è stata unanimemente criticata, in quanto non avrebbe alcun significato giuridico parlare di fallimento del genitore o del tutore non in proprio, ma in quanto legali rappresentanti dell'incapace.

¹⁰⁰ Tale convinzione era già espressa nel vigore del codice comm. Dal Bolaffio, *Leggi ed usi comm. – Atti di comm.- Dei commercianti (ne Il codice di commercio commentato*, I, dell'Utet) Torino, 1935, p. 661.

La legge fallimentare del 1942, all'art. 227¹⁰¹ si limita, invece, a nominare l'istituto senza citare il rappresentante legale, lasciando così spazio al dubbio che la nuova formulazione normativa abbia esonerato quest'ultimo dalla responsabilità penale per atti di bancarotta. Una tale conclusione apparirebbe certamente ingiusta, considerato che il rappresentante legale è il vero capo dell'impresa, e tutti gli atti previsti dalle norme sulla bancarotta possono essere compiuti esclusivamente da lui. D'altro canto l'incapacità realizza un caso di inimputabilità che sottrae l'incapace alla responsabilità penale. E' evidente che in questo settore più che mai si manifesta il valore dell'incapacità di agire dell'incapace ed in cui assume maggiore rilevanza la definizione giuridica della posizione da attribuire al rappresentante legale.

Senonchè il divieto di applicazione analogica della norma penale sembra costituire un insormontabile ostacolo per tutti coloro che si limitano a considerare il genitore ed il tutore come dei generici rappresentanti legali. La responsabilità penale del

¹⁰¹ Art. 227 L.F. *“All'istituto dell'imprenditore dichiarato fallito, il quale nella gestione affidatagli si è reso colpevole dei fatti preveduti negli articoli 216 (bancarotta fraudolenta), 217 (bancarotta semplice), 218 (ricorso abusivo al credito) e 220 denuncia di creditori inesistenti) si applicano le pene in questi stabilite.”*

rappresentante può essere affermata, invece, riconoscendo che i rappresentanti legali degli incapaci che esercitano per essi l'attività d'impresa sono del tutto parificabili agli institori legali. Solo riconoscendo che la loro attività è regolata dalle norme sulla rappresentanza institoria è possibile, mediante l'applicazione diretta dell'art. 227 L.F. rendere costoro personalmente responsabili per l'illecita attività svolta durante la gestione dell'impresa.

Tutto quanto detto fin qui detto vale soltanto per gli effetti del fallimento nei riguardi della persona fisica totalmente incapace (minore e interdetto) e del suo legale rappresentante. Gli stessi problemi non si pongono nel caso di soggetto c.d. *parzialmente capace* (inabilitato o minore emancipato: artt. 397 e 425 c.c., per il quale non esiste legale rappresentanza e non occorre neppure l'assistenza del curatore nel caso di minore emancipato¹⁰²).

Non è escluso che gli articoli 48 e 49 L.F. si possano applicare, oltre che al parzialmente incapace, anche all'institore se questo è

¹⁰² Si veda, per la necessità dell'assistenza del curatore nel caso di inabilitato all'esercizio dell'impresa commerciale, Ferrara, *"Gli imprenditori e le società"*, Milano, 1952, p. 61, e Stella Richter e Sgroi, *Delle persone e della famiglia*, 1958, p.565.

nominato come espressamente previsto per l'inabilitato dall'art. 425 c.c.

3. Il fallimento dell'incapace non autorizzato, gestore *di fatto* di una impresa commerciale.

Per tentare di dare una risposta plausibile all'interrogativo circa il possibile fallimento dell'incapace che, pur non essendo autorizzato, gestisce *di fatto* una impresa commerciale, non può prescindersi da un interrogativo preliminare, e cioè se l'incapace non autorizzato che *di fatto* esercita un'attività definibile come attività d'impresa, può essere considerato imprenditore secondo l'ordinamento giuridico.

E' noto che la qualifica di imprenditore commerciale si acquista non per atto di autorità (quale potrebbe una abilitazione, come accade per le libere professioni) né per adempimenti amministrativi (come l'iscrizione nel registro delle imprese), ma semplicemente in seguito all'esercizio di fatto di una attività economica finalizzata alla produzione e/o allo scambio di beni e di servizi (art. 2082 c.c.).

Dunque è l'aver esercitato una attività definibile come attività d'impresa che fa assumere al soggetto che ne è autore la qualifica di imprenditore, e giammai può avvenire il contrario. Ciò accade perché l'impresa è un'attività, cioè una serie continua ed ininterrotta di atti, che non può assumere alcuna giuridica rilevanza se non dopo che essa sia compiuta.

Conseguentemente la legge fallimentare stabilisce che chiunque, in base all'attività che svolge, ha assunto la qualifica di imprenditore commerciale non piccolo, è assoggettabile al fallimento.

A questo punto bisogna indagare se tale principio è valido anche per gli incapaci, per i quali, come precedentemente detto, è necessario uno specifico provvedimento autorizzativo per la (sola) continuazione (e per il minore emancipato anche per l'inizio) dell'attività d'impresa. Bisogna cioè tentare di stabilire se il rilievo normativo che il legislatore attribuisce alla necessità di un'autorizzazione per l'esercizio dell'attività d'impresa da parte dell'incapace, sia tale da impedire, in caso di sua mancanza o irregolarità, la nascita dell'impresa dell'incapace oppure no.

Una parte della dottrina¹⁰³ e della giurisprudenza¹⁰⁴ hanno ritenuto che l'incapace che esercita di fatto un'attività d'impresa, pure in assenza della prevista autorizzazione giudiziale, diviene imprenditore commerciale ed è assoggettabile al fallimento. Tale tesi si fonda sulla circostanza che non è necessaria una valida, previa qualità personale perché un soggetto possa esercitare l'attività d'impresa; al contrario: occorre ed è sufficiente aver esercitato tale attività per ottenere la qualifica di imprenditore commerciale.

In altri termini è l'attività che la legge pone come causa della qualità che ne discende come effetto.

Secondo parte della dottrina in esame, in particolare, contrapponendosi l'art. 2294 codice civile, che espressamente subordina la partecipazione degli incapaci a società di persone all'osservanza degli articoli 320, 371, 397, 424, e 425 codice civile, all'art. 2082 codice civile, che tal richiamo non opera, se ne deriva

¹⁰³ Brunori, *Appunti sul fallimento del minore*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1961, I; Ricciotti, *L'inabilitato non autorizzato alla continuazione dell'impresa non fallisce?*, in *Il dir fallimentare e le soc di capitali*, 1958, II, 153; Recanatesi, *Esercizio d'impresa commerciale e legittimazione passiva delle procedure concorsuali degli incapaci di agire*, in *Arch. Ric. Giur.*, 1955, p. 278, PAJARDI, *Ancora sul fallimento del minore; in particolare il minore non autorizzato*, in *Casi clinici di diritto fallimentare*, III, Milano, 1962, 91;

¹⁰⁴ Trib. Macerata, 21 Febbario 1953, in *Arch. Ric. Giur.*, 1955, p. 278; Trib. Milano, 28 Maggio 1960, cit.

che per l'assunzione della qualità di imprenditore commerciale sia sufficiente l'esercizio di fatto di una attività di commercio, senza che sia necessaria alcuna capacità di agire, trattandosi di un mero fatto giuridico e non di un negozio. Ciò comporta che siamo di fronte ad una fattispecie che potremmo definire a *soggetto indifferente*, tale al punto che non ha alcuna importanza che nel caso specifico il soggetto sia un incapace. La dimostrazione della validità della tesi in esame sarebbe data dalla considerazione che esistono, ad esempio, alcune norme che vietano ai soggetti che svolgono determinate professioni (impiegati pubblici, avvocati, notai) di svolgere attività d'impresa, ma trattasi di norme che stabiliscono delle incompatibilità, la violazione delle quali comporta esclusivamente conseguenze di carattere disciplinare¹⁰⁵. E' stato pure sostenuto che l'iscrizione nel registro delle imprese non ha efficacia costitutiva ma dichiarativa, e che gli atti, di cui l'attività

¹⁰⁵ L'opinione che nega che la situazione di incompatibilità in cui si trova un determinato soggetto possa influire sulla acquisizione, da parte di quest'ultimo, dello status di imprenditore, è suffragata d'altronde da un chiaro argomento testuale ricavato dall'articolo 219, secondo comma, numero 2, legge fallimentare, dove è previsto un aggravamento di pena per il fallito che abbia commesso uno dei fatti costituenti reato di bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito, qualora egli, *per divieto di legge*, non avrebbe potuto esercitare un'impresa commerciale. Ma se in queste ipotesi egli è stato dichiarato fallito, è chiaro che è l'impresa esercitata ha prodotto tutti i suoi effetti giuridici e ciò malgrado gli fosse vietato l'esercizio di qualunque impresa commerciale. L'impresa esercitata da chi non può esercitarla per divieto di legge va piuttosto considerata come un caso particolare di impresa illecita, la cui illiceità comporta l'apposizione di sanzioni a carico dell'imprenditore ma non ha conseguenze sulla natura e sugli effetti dell'impresa stessa.

d'impresa sarebbe la somma, sono pur sempre atti annullabili, ma ciò comporta che finquando gli interessati, per una qualsiasi ragione, non agiscano per far valere l'annullamento, l'operatività ed efficacia dell'atto (e quindi, di riflesso, l'attività) resta in piedi.

Si ritiene, in adesione con altra parte della dottrina¹⁰⁶ e della giurisprudenza¹⁰⁷, che quest'ultima affermazione, con la sua incongruenza, finisca per travolgere e far cadere la tesi ora esposta.

Vi è da premettere che l'argomentazione secondo cui l'art. 2082 codice civile, a differenza dell'art. 2294 codice civile, non richiama gli articoli 320, 371, 397, 424, e 425 codice civile che richiedono l'autorizzazione giudiziale per l'esercizio dell'attività d'impresa, per cui quest'ultima non sarebbe necessaria per l'acquisto della qualità di imprenditore commerciale, è frutto di un grave errore interpretativo; è evidente, infatti, che le norme da ultimo citate esprimono una regola che ha un valore assoluto e non necessita di essere richiamata dall'art 2082 codice civile, tanto più che l'art.

¹⁰⁶ Colesanti, *Sul Fallimento del minore autorizzato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 37; RAGUSA-MAGGIORE "Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale e fallimento", in *Diritto Fallimentare*, 1980

¹⁰⁷ Trib. Firenze, 25 gennaio 1957, in *Banca e Borsa*, 1961, I, 433; Tribunale Forlì, 18 gennaio 1958, in *Dir. Fall.*, 1958, II, 153; Appello Catanzaro, 29 Agosto 1959, in *Giur. It.*, 1960, I, 2, 668; Trib. Busto Arsizio, 19 dicembre 1960, in *Dir. Fall.*, 1961, II, 542; App. Milano 15 giugno 1962, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 121; Cass. 9 febbraio 1965, n. 210, in *Giust. Civ.*, 1965, I, 693; Trib. Milano, 13 Giugno 1957, cit.; Trib. Napoli, 28 Ottobre 1957, cit.; Tribunale Bologna, 17 aprile 1973, in *Dir. Fall.*, 1974, II, 205;

2294 codice civile richiama le norme citate per l'autorizzazione giudiziale a compiere un negozio giuridico (cioè la partecipazione dell'incapace ad una società di persone) e non per l'autorizzazione ad esercitare l'attività d'imprenditore commerciale.

Comunque non si tratta di chiarire se l'iscrizione nel registro delle imprese abbia natura dichiarativa (come appare essere sostenuto dalla quasi totalità della dottrina) o costitutiva, ovvero se gli atti compiuti dall'incapace, la cui somma farebbe l'attività d'impresa, siano effettivamente annullati oppure no, perché in questo modo risulta errato il metodo di valutazione del problema in esame. E' da premettere che, come pure detto in precedenza, l'attività d'impresa non può essere considerata la somma degli atti compiuti dall'incapace, perché gli atti che il legislatore prende in considerazione comminando la sanzione dell'annullabilità in caso di mancanza dell'autorizzazione, sono esclusivamente atti di natura negoziale, mentre quelli che caratterizzano l'attività d'impresa sono anche (e prevalentemente) di natura materiale. Ma il punto fondamentale è che l'incapace non diviene imprenditore perché il valore dell'autorizzazione giudiziale che il legislatore ha previsto per l'abilitazione dello stesso all'attività d'impresa (ed alla conseguente

assunzione della qualifica dell'imprenditore) è tale che in sua mancanza quell'attività posta in essere non è giuridicamente rilevante per assurgere ad essere definita come attività d'impresa perché, come emerge ad es. dall'art. 320 codice civile, l'ordinamento si preoccupa di evitare che il patrimonio dell'incapace sia messo a repentaglio o possa comunque subire pregiudizio per lo stato di incapacità in cui si trova il suo titolare. Dunque non esiste un problema di salvaguardia del terzo che ha fatto affidamento sull'attività posta in essere dall'incapace, ne si mette in discussione che è l'esercizio effettivo dell'attività d'impresa che fa nascere la qualifica di imprenditore, perché qui il problema, come appena detto, va risolto a monte. In questo senso può affermarsi che l'autorizzazione giudiziale per la continuazione dell'attività d'impresa ha un valore costitutivo, e solo aderendo a tale soluzione si attribuisce ad essa il giusto peso normativo; in caso contrario l'importanza dell'autorizzazione sarebbe fatalmente compromessa e degradata a platonica affermazione di legittimità, priva di contenuto ed inutilmente ingombrante e fastidiosa. Del resto, se l'autorizzazione è necessaria per la validità degli atti di straordinaria amministrazione – che rientrano nell'ambito dei negozi patrimoniali

– a maggior ragione non si può prescindere da essa quando si vuole incidere sullo stato e sulla capacità delle persone, cosa che avviene con l'autorizzazione all'esercizio di un'impresa commerciale, con conseguenze assai rilevanti anche nella sfera pubblicistica.

In conclusione in caso di mancanza dell'autorizzazione in parola, non essendo adempiute le condizioni cui la legge subordina la possibilità di continuare l'esercizio dell'impresa, l'incapace, anche se gestisse *di fatto* una attività d'impresa, non diverrà mai imprenditore, e non potrà mai essere assoggettato al fallimento.

4. Tutela dell'incapace fallito e affidamento dei terzi.

Pare opportuno porre in evidenza il rapporto esistente tra la tutela normativa prevista a protezione dell'incapace e l'affidamento dei terzi che trova la sua tutela nell'espletamento della procedura fallimentare.

Ci si chiede cioè se, di fronte ad una situazione di fatto in cui l'incapace pare esercitare l'attività d'impresa, il terzo, invocando

la tutela dell'affidamento, possa invocare a sua protezione l'attivazione della procedura concorsuale fallimentare, oppure no.

La risposta non può che essere negativa in base a quanto precedentemente affermato. Più precisamente tale soluzione deriva in primo luogo considerando che quando vi è conflitto tra le norme a tutela degli incapaci ed il principio dell'affidamento, è quest'ultimo che viene sacrificato, come emerge chiaramente dall'art. 1445 c.c. – il quale prevede, appunto, che l'annullamento di un contratto, dipendente da incapacità legale, pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda – in relazione agli articoli 322, 377, 396 codice civile che tale annullamento consentono; in secondo luogo neanche è possibile a tutela del terzo invocare l'applicazione dell'art. 1426 codice civile¹⁰⁸ (contratto

¹⁰⁸ Sul punto cfr. Tribunale Firenze, 25 gennaio 1958, in *Dir. Fall.*, 1958, II, 791, che ha deciso per la non assoggettabilità al fallimento del minore. Così ASCARELLI, *Corso di diritto Commercial e-Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p 297 ss.; FERRARA Fr jr., *Imprenditori e società*, Milano, 1971, e in *Il Fallimento* III ed., Milano, 1974, 117, secondo cui il minore non acquisterebbe la qualità di imprenditore commerciale e l'art. 1426 c.c. non sarebbe estensibile a queste ipotesi in quanto norma eccezionale; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1959; Tonni, *Stato d'incapace e qualità di imprenditore commerciale o di socio in società commerciale di persone*, in *Foro pad.*, 1958, I, p. 394 s., nonché Trib. Firenze 25 Gennaio 1957; Trib.Bologna, 21 Luglio 1951, in *Dir. Fall.*, 1951, II,

concluso con dolo del minore che ha occultato la sua minore età) per le molteplici ragioni già indicate nel paragrafo IV del capitolo II, le cui principali sono le seguenti: a) la situazione giuridica soggettiva di imprenditore non può venire acquistata nei confronti di singoli soggetti: essa si acquista nei confronti di tutti, anche di coloro che ignorano di avere trattato o di trattare con un imprenditore commerciale; non è possibile ritenere il minore ora è imprenditore ora no, a seconda che le sue manovre fraudolente abbiano avuto successo oppure no; b) l'art. 1426 codice civile ravvisa una sanzione (a carico del minore autore del raggio): mentre nel caso di un contratto la sanzione si concreta

464; *contra* MORUZZI, *Fallimento di incapaci*, in *Dir. Fall.*, I, 1976; BUNORI, *Appunti sul fallimento del minore*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1961, I, P. 443 ss., per il quale nell'ipotesi dell'art. 1426, "si reggono i singoli atti negoziali, compiuti dal minore, non può – *ex necesse* - non reggere anche la situazione generale, da cui deriva, fra l'altro, lo statuto di commerciante, e la possibilità del suo fallimento".Ma quel *ex necesse* è tutto da dimostrare, non bastando certo, come fa l'Autore, invocare una generica tutela dell'affidamento dei terzi di buona fede, tutela che prevarrebbe su quella concessa al minore; infatti nel caso dell'impresa, e dei suoi effetti, non esiste né una controparte né, quindi, un affidamento da tutelare. Sotto il codice di commercio la dottrina era assai più divisa. Negavano l'applicabilità dell'articolo 1305 codice civile del 1865 (corrispondente al vigente articolo 1426) all'esercizio del commercio, fra gli altri: BOLAFFO, *Il codice di commerciocommentato*, I, Torino, 1935; DE SEMO, *Posizione giuridica del minore per inosservanza delle formalità inerenti alla sua attività commerciale*, in *Studi di diritto civile in onore di Vivante*, I, Roma, 1931; GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Torino, 1936, p 258, ; MONTESSORI, *La capacità commerciale ed il minore di età*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, II, p 181;

¹⁰⁸ in tal senso ASCARELLI, *op.cit.*, p. 297 ss.

in una modificazione negativa della sfera giuridica del minore (perdita dell'azione di annullamento), nell'ipotesi concernente un'attività di impresa commerciale, nei cui confronti non si può parlare di annullabilità, la sanzione non potrebbe concretarsi se non nell'attribuire esistenza all'impresa, cioè nel considerare esistente l'impresa pur in assenza di uno dei suoi presupposti, vale a dire la capacità di agire di colui che la esercita, disapplicando per tale via i limiti normativi stabiliti per l'esercizio dell'impresa.

Ad ogni modo ciò che maggiormente convince ad adottare la soluzione negativa all'interrogativo posto inizialmente è la considerazione che neppure l'affidamento dei terzi può avere l'effetto di sovvertire i presupposti che nel nostro ordinamento condizionano l'esecuzione concorsuale. Difatti, per quanto concerne l'eventualità di essa, non si sfugge alla seguente alternativa: o si è di fronte ad un imprenditore commerciale, ed allora nel caso di insolvenza il fallimento avrà luogo senza alcun riguardo per la

posizione soggettiva del terzo; o, invece, l'insolvente non ha la qualifica di imprenditore commerciale, ed allora non sarà possibile dar corso all'esecuzione concorsuale, appunto per il difetto irrimediabile di un presupposto del fallimento. Se questo è il sistema della legge fallimentare, è chiaro che nemmeno la teoria dell'apparenza può fuggire una terza prospettiva, senza dar vita ad una insanabile contraddizione ed a conseguenze a dir poco sorprendenti: o si ammette che possa fallire anche chi non è imprenditore commerciale, ovvero si deve concludere che l'affidamento dei terzi è decisivo persino nel determinare lo stato e la capacità delle persone¹⁰⁹, il che è palesemente assurdo¹¹⁰.

¹⁰⁹ Secondo il Colesanti, *Sul fallimento del minore autorizzato a continuare l'esercizio di un'impresa commerciale da un provvedimento inefficace*, in *Rivista di diritto processuale*, 1960, 37,:" Non avrebbe migliore fortuna il tentativo di ripiegare su di un affidamento destinato sulla stessa capacità del minore, che ha voluto apparire capace, e neppure al fine di invocare l'odierno art. 1426 cod. civ. (art. 1305 cod. civ. 1865). In primo luogo sarebbe infatti facile osservare che la norma, anche là dove preclude la possibilità di annullare il contratto, non assegna al minore per effetto dei raggiri quella capacità da cui discende la qualifica di imprenditore commerciale (e la soggezione al fallimento). Inoltre non giova il rinvio ad una presunta volontà di apparire capace, che si risolve facilmente in una finzione e non produce gli effetti sperati: giacché si dovrebbe prima dimostrare che la capacità delle persone rientri nel potere di disposizione del singolo, legittimato ad essere (*rectius*: apparire) capace o incapace a proprio piacimento, o, peggio, ad arbitrio del terzo che abbia avuto a che fare con lui".

¹¹⁰ Cfr. Vivante, *Trattato*, I, 160; Rammella, *Fallimento*, II ed., Milano 1972; Trib. Napoli 6 luglio 1925, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, II, 181; Sotgia, *L'esercizio commerciale di fatto del minore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I, 754.

5. Il fallimento dell'impresa esercitata dal legale rappresentante non autorizzato.

Resta da esaminare la fattispecie in cui il rappresentante legale prosegue la gestione dell'impresa commerciale in nome e per conto dell'incapace rappresentato, pur in assenza del richiesto provvedimento autorizzativo giudiziale.

Dottrina e giurisprudenza sembrano concordare sul fatto che nell'ipotesi in parola l'attività d'impresa resta esclusivamente imputabile in capo al rappresentante legale, il quale finisce per subire anche, eventualmente, le conseguenze connesse alla dichiarazione di fallimento. Rimane del tutto estranea alla gestione dell'impresa commerciale la sfera giuridica personale dell'incapace rappresentato, al quale non potranno essere imputati né

gli effetti positivi né quelli negativi (il fallimento) dell'attività d'impresa¹¹¹.

La fattispecie in esame si complica quando il rappresentante legale non dichiara di agire per conto dell'incapace, ma di fatto si serve nel proprio interesse dell'azienda di proprietà dell'incapace. Esclusa, in base a quanto finora detto, che in tal caso possa essere assoggettato a fallimento l'incapace per la sola titolarità dell'azienda utilizzata dal rappresentante per l'esercizio dell'impresa, ci si chiede se nel fallimento di quest'ultimo debbano essere ricompresi anche i beni di cui il (solo) incapace è effettivamente titolare. Va premesso che i beni dell'incapace, pur rimanendo nel suo patrimonio, possono essere utilizzati da un terzo per l'esercizio di una attività d'impresa, secondo il noto principio che scinde titolarità dell'impresa e titolarità dell'azienda, principio che trova una conferma normativa negli articoli 2561 e 2562 codice civile su usufrutto e affitto di azienda.

¹¹¹ Cfr. Tribunale Firenze 25 gennaio 1958, *cit.*; anche secondo il Ferrara, *Il Fallimento*, III ed. , Milano, 1974, 117, il minore non acquisterebbe la qualità di imprenditore commerciale e l'art. 1426 cod.civ. non sarebbe estensibile a quest'ipotesi in quanto norma eccezionale; in senso contrario, invece il Buroni, *op cit.*

Bisogna chiedersi, tuttavia, se tale principio sia operativo, con evidenti conseguenze sfavorevoli per il patrimonio dell'incapace, anche nel caso in cui l'attività d'impresa si sia compiuta contro la volontà del soggetto titolare dell'azienda, o meglio, senza che quest'ultimo avesse la possibilità di esprimere legittimamente una volontà contraria. La soluzione di tale interrogativo non può prescindere dalla comparazione delle due diverse esigenze di tutela: quella della proprietà e quella del credito. Considerando che l'incapace può disporre dei propri beni soltanto con le forme abilitative richieste dalla legge, deve concludersi che la proprietà riceve maggiore tutela del credito, con la conseguenza che l'azienda di cui l'incapace è titolare non può essere assoggettata al fallimento del rappresentante legale non autorizzato; il problema non si pone neppure quando non fosse stato speso il nome dell'incapace¹¹².

¹¹² cfr. De Marini, *op.cit.*; Ragusa Maggiore, *op.cit.*; Moruzzi, *op.cit.*

L'opposta soluzione, sostenuta da parte minoritaria della dottrina¹¹³, contrasta con il principio vigente nel nostro ordinamento secondo il quale nessuno può essere esposto a subire le conseguenze di un atto da lui non voluto o a lui non imputabile. Pertanto la giustificazione della tesi che vede coinvolta nella procedura fallimentare l'azienda dell'incapace non autorizzato dovrebbe ricavarsi mediante la costruzione di una sorta di responsabilità oggettiva, che non sia legata ad un singolo atto, ma derivi da un'intera attività.

A tal riguardo è opportuno verificare se possa essere d'ausilio l'art. 2208 codice civile¹¹⁴ secondo cui l'istitutore è personalmente obbligato se omette di far conoscere ai terzi di trattare per il preponente, che resta però obbligato verso i terzi per gli atti compiuti dall'istitutore che siano pertinenti all'esercizio dell'impresa. In verità la norma sembra inapplicabile al caso in esame, sia perché altrimenti bisognerebbe sostenere che un soggetto ignaro

¹¹³ Candian, *Fallimento del genitore gestore o fallimento del minore?*, in *Temì*, 1957, 275.

¹¹⁴ Così ¹¹⁴ Candian, *Fallimento del genitore gestore o fallimento del minore?*, in *Temì*, 1957, 275.

o non volente per presunzione di legge (cioè l'incapace) sia un preponente volontario, sia perché dall'art. 2208 codice civile si deduce che esiste già un'impresa in capo a colui (l'incapace) che ha conferito in capo ad un terzo il potere di agire per suo conto, trovandosi egli stesso nella possibilità di esercitare un'attività d'impresa. Ulteriore conseguenza dovrebbe essere quella di assoggettare al fallimento non solo i beni del preponente (incapace) ma anche egli stesso. Tale conclusione è ovviamente inaccettabile, in primo luogo perché l'incapace non può certamente conferire alcuna autorizzazione; in secondo luogo perché è assai discutibile ed altamente improbabile che l'art. 2208 codice civile possa essere utilizzato per farne conseguire il fallimento del preponente (incapace). Con ciò non si vuole negare ai terzi ogni tipo di tutela, perché questi certamente potranno contare sempre sulla qualità d'imprenditore del rappresentante legale e sulla sua assoggettabilità a fallimento¹¹⁵.

¹¹⁵ Altro caso viene prospettato dal De Marini, *op.cit.*, secondo cui "Ipotesi diversa è quella in cui l'autorizzazione alla continuazione dell'impresa nell'interesse del minore sia stata regolarmente concessa dal Tribunale, ma non siano adempiute le formalità prescritte dalla legge per la pubblicità dell'atto. (art. 2198 cod. civ. e 100 disp. Att. Cod. civ.). In questo caso la mancata

BIBLIOGRAFIA

- BONACINA, *Partecipazione di incapace a società di fatto* in *Notariato* 1997, n.4;
- BRUNORI, *Appunti sul fallimento del minore* in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1961, I, 443;
- CANDIAN, *Fallimento del genitore gestore o fallimento del minore?* in *Temi*, 1957;
- CAPOZZI G., *Incapaci e impresa*, Giuffrè, Milano, 2003;
- COLESANTI “*Sul Fallimento del minore autorizzato*”, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 37;
- DE MARINI “*Rappresentante legale e fallimento del minore*”, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, 468
- DETTI “*Minore, impresa commerciale e fallimento*”, in *Giust. Civ.*, 1961, IV, 93;
- FARRARIO, *La partecipazione dei minori e degli incapaci alle società* in *Rivista del Notariato*, 1962;

iscrizione dell'atto nel registro delle imprese non sembra sufficiente ad escludere la titolarità dell'impresa da parte del minore. Se infatti la pubblicità del provvedimento di autorizzazione, sotto il vigore dell'abrogato codice di commercio, aveva efficacia costitutiva, la disposizione generale dell'art. 2193 cod. civ., cui bisogna ricorrere in difetto di una norma esplicita, chiaramente dimostra come secondo la nuova codificazione la pubblicità abbia una efficacia chiaramente dichiarativa; ne consegue che il minore assume la titolarità dell'impresa dalla data del provvedimento, anche se questo non venga successivamente iscritto. La mancata iscrizione può avere effetti nei confronti dei terzi qualora l'autorizzazione contenesse particolari limitazioni all'esercizio dell'impresa, ma a parte ciò non esclude la qualità di imprenditore del minore né l'immediato riferimento degli atti compiuti in suo nome dal rappresentante legale. In caso d'insolvenza dovrà pertanto dichiararsi il fallimento del minore e non del rappresentante”; sul caso in esame Cfr. anche Auletta, *Appunti di Dir. Comm. Imprenditori e società*, Napoli, 1946, 18; Ferri, *Delle Imprese commerciali*, in *Commentario al cod. civ. Scialoja- Branca*, art. 2060-2246, Bologna, 1943, 713; Pavone La Rosa, *Il Registro delle imprese*, Milano, 1954, 278; De Semo, *Diritto Fallimentare*, Firenze, 1948, 91.

FERRARIO G.M., *Note minime sull'assoggettabilità a fallimento del minore e suoi presupposti*, nota a Trib. Varese, 18/4/89, in *Foro Padano* 1990, n.1, p. 356;

FUMAIOLI ” *Sugli effetti del fallimento dell'incapace*”, in *Riv. Notariato*, 1967, 275.

JANNUZZI, *Fallimento di incapaci in Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1964, p. 375;

MARCHIO, *Autorizzazione alla continuazione di attività imprenditoriale e partecipazione del minore a società di capitali quale unico azionista* in *Giur. it.* 1985, I, 2, p. 377;

MAROCCO F.B., *Costituzione di S.A.S. tra genitori e figlio minore: conflitto d'interesse e nomina di curatore speciale*, nota a Giudice tutelare P.Roma, 24/1/95, in *Dir. Famiglia* 1997, p. 1474;

MINUSSI D., *Continuazione dell'impresa in forma societaria da parte del minore*, nota a Trib. Napoli 17/6/92, in *Società*, 1992, p.1554;

MORUZZI, *Fallimento di incapace* in *Dir. Fall.* 1976, I;

PAJARDI, *Ancora sul fallimento del minore; in particolare il minore non autorizzato*, in *Casi clinici di diritto fallimentare*, III, Milano, 1962, 91;

PELLEGRINI. L., *Partecipazione del minore quale accomandante alla S.A.S. costituita tra gli eredi dell'imprenditore*, nota a Cass. 14/2/2001 n. 2099, in *Famiglia e diritto* 2001, p. 495;

PORZIO, *Impresa commerciale del minore* in *Riv. Dir. Civ.* 1962, I;

PUGLIESE, *Consolidamento, continuazione ed entrata: il problema della successione nella titolarità dell'impresa* in *Rass. Dir. Civ.* 1999, p. 824;

RAGUSA-MAGGIORE, *Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale e fallimento in Diritto Fallimentare*, 1980;

RESCIGNO, *Effetti dell'incapacità non dichiarata sulla sentenza di fallimento, sulla vendita coattiva e sulla partecipazione sociale*, in *Giur. it.*, 1951, I;

RICCIOTTI “*L'inabilitato non autorizzato alla continuazione dell'impresa non fallisce?*” , in *Il dir fallimentare e le soc di capitali*, 1958, II, 153;

SCHIAVON F., *Quando il minore <<gestisce>> l'impresa in Impresa*, 2000, p. 43;

SPARANO B., *Il minore e le procedure concorsuali*, nota a Cass. Sez I, 28/2/98 n. 2257 in *Dir. Fall.* 1999, n.2, p. 71;

GIURISPRUDENZA

GIUDICE Tutelare P. Roma, 24/1/1995, in *Riv. Not.* 1995, 1508;

TRIB. Palermo 4/5/90 in *Vita Notarile*, 1990, 259;

TRIB. Sciacca 24/10/96 in *Dir. Famiglia*, 1997, 1458;

TRIB. Sciacca 23/12/96 in *Dir. Famiglia*, 1997, 1462;

CASS. Sez I, 3/8/94 n. 7204, in *Arch. Civ* 1995, 219;

