

ATTIVITÀ ECONOMICA E ATTI ANTIECONOMICI NELL'ESERCIZIO DELL'IMPRESA

ELISABETTA LOFFREDO

SOMMARIO: 1. La libertà “condizionata” degli atti di esercizio dell’impresa. – 2. L’attività economica e la rilevanza di atti antieconomici. – 3. La compatibilità con l’attività economica di atti onerosi non remunerativi e di atti non onerosi a rilievo economico. - 4. Gli atti antieconomici interessati e il collegamento con l’iniziativa produttiva: atti interni, atti infragruppo e atti di mercato. - 5. L’apprezzamento dell’atto antieconomico nella relazione con l’attività e con l’operazione economica. – 6. Il rispetto del criterio di economicità e le compensazioni esterne: spunti dalla regolazione dei SIEG. – 7. Economicità della gestione e atti antieconomici nelle imprese individuali e societarie tra moventi e causa associativa.

1. La libertà sancita dall’art. 41 Cost., che presidia l’iniziativa economica privata assicurandone l’autonomia nelle scelte di avvio e di cessazione su base volontaria e nella selezione delle forme organizzative e associative funzionali al programma¹, si proietta sul suo esercizio e, dunque, regge la dimensione attuativa dell’impresa anche nella prospettiva dei singoli atti giuridici e negoziali che vengono compiuti.

Pure in questa visuale, tuttavia, lo svolgimento dell’impresa non è interamente riservato alla autodeterminazione, né è realmente insindacabile nella sua operatività. Subisce, al contrario, diversi livelli di condizionamento, sia sul piano dell’attività - intesa come sintesi che ordina e unifica nella comune finalità economica la varietà di atti materiali e negoziali con la quale l’iniziativa si concretizza-, sia sul piano dei singoli atti con cui ad essa viene data attuazione. I limiti posti alla libertà di iniziativa sono infatti condivisi dall’attività e dagli atti che ne costituiscono le unità elementari. Si estende a questi ultimi, di conseguenza, il vincolo costituzionale del rispetto dell’utilità sociale stabilito dall’art. 41 per l’iniziativa economica, alla luce del quale tanto si definiscono le restrizioni al compimento di atti tipici,

¹ Per tutti cfr. OPPO, *L’iniziativa economica*, in *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell’impresa*, Padova, 1992, spec. p. 31.

quanto si svolge il vaglio di meritevolezza giuridica su quegli schemi che nell'agire dell'impresa, anche ripetendo modelli *alieni*², si collocano all'esterno delle cause contrattuali tipiche³.

Gli atti giuridici, gli atti negoziali e i contratti, in quanto strumenti che mediano giuridicamente tra gli interessi e i fini economici dell'impresa e gli interessi generali del contesto nel quale essa opera⁴, si confrontano con l'assetto dato dall'ordinamento a questi ultimi, sui quali si parametrizza l'estensione della autonomia privata nell'impresa e la legittimità delle singole operazioni.

Per tracciare a grandi linee il contesto dei vincoli negoziali nel quale si svolge l'attuazione delle iniziative economiche conviene ricordare che nell'orizzonte politico della dittatura nel quale si plasmò la codificazione del 1942, la valutazione degli interessi plurimi e collettivi coinvolti sia nell'impresa, sia dall'impresa - figura alla quale nella Carta del Lavoro si attribuiva "funzione di interesse generale"-, fu, per la verità, ambivalente, tanto da non giungere a connotare in senso spiccatamente fascista la fattispecie astratta.

In particolare, il disegno programmatico di realizzare, per il tramite del sistema delle corporazioni, un controllo totalitario di tutte le attività professionali, non condusse, per quanto qui è di interesse, a differenziare significativamente l'autonomia contrattuale riconosciuta all'impresa e quella consentita al privato non imprenditore. Da questo punto di vista, infatti, non sembrano rivestire un particolare rilievo né il permanere, all'interno del codice unico, di regole proprie per gli "atti tipici delle imprese", giustificate da tecnicismi economici o giuridici, e comunque decisamente ridotte rispetto al sistema degli atti di commercio del previgente Codice settoriale dal quale provenivano⁵, né

² La qualificazione di alieno, in quanto altro, straniero, e in quanto extraterrestre, è di DE NOVA, *Dal tipo contrattuale al contratto alieno*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti, Maugeri, Notari, I, Bologna, 2012, p. 24 s.

³ In questo senso OPPO, *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, p. 202 ss., a p. 216. Nella medesima prospettiva v. già RIVOLTA, *Mercanti all'uso antico (lavoro dell'imprenditore e disciplina dell'impresa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 90, e, più di recente ID., *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1274 ss., il quale sottolinea l'articolazione dell'autonomia nell'impresa nei diversi risvolti della autonomia privata (quella che può dirsi organizzativa) e della autonomia negoziale e contrattuale, ed osserva che "nel concreto esplicitarsi della libertà d'iniziativa economica, trova larghissimo spazio l'autonomia contrattuale degli stipulanti imprenditori", rispetto ai quali "il controllo di meritevolezza non può prescindere dalla ricaduta sociale di tale attività e deve quindi estendersi a una verifica del rispetto dei paletti costituzionali della libertà d'iniziativa, che attraverso quei contratti si esplica". Non diversa la lettura di LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, cit., p. 50 ss., dell'art. 41, comma 2, Cost., come norma limitatrice dell'autonomia di impresa, per il quale essa è "un'applicazione moderna ed estensiva del principio del *neminem laedere*, riferito all'esercizio dell'attività d'impresa". Sul punto, in termini sostanzialmente omogenei, si v. inoltre, BUONOCORE, *L'impresa*, in *Tratt. dir. comm.* diretto dallo stesso A., Sez. I, t. 2.1, Torino, 2002, spec. p. 371 ss. Sul tema, che coinvolge la responsabilità sociale dell'impresa, si tornerà più avanti, al § 7.

⁴ OPPO, *Impresa e mercato*, in *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, p. 184.

⁵ Per la verità, come è noto, già il Progetto Asquini di riforma del Codice di commercio, aveva rinunciato in ampia misura a norme "eccezionali" per i contratti commerciali, riducendo anche significativamente le specie di atti propri dell'impresa, sulla base di un criterio di "normalità" o di necessità dell'impresa nel funzionamento della causa di tali atti e mantenendo un limitato numero di "rapporti commerciali assoluti" soggetti ad apprezzamento differenziato.

l'imposizione legale di obblighi a contrarre nelle attività svolte in regime di monopolio legale, con la quale si generalizzava l'idea, di marca liberale, di un rimedio alla soppressione della concorrenza sino ad allora confinato al settore dei trasporti⁶, né, infine, la formalizzazione, vincolata alla redazione per iscritto, per i contratti stipulati sulla base di condizioni generali predisposte in via unilaterale, che recepiva sostanzialmente un uso commerciale.

Grazie al fallimento sostanziale dell'obiettivo di definire, con il codice unico, un codice fascista⁷, la sistemazione dell'impresa nel codice unificato, funzionale alla definizione delle migliori condizioni dello sviluppo dell'economia fondata sulla organizzazione professionale di ogni attività di produzione e di scambio, una volta depurata formalmente dalla subordinazione a principi corporativi, poté superare indenne l'introduzione del nuovo ordine politico dell'Italia repubblicana e di quello economico, solidaristico e sociale, disegnato dalla Carta costituzionale del 1948.

Piuttosto, furono l'innesto successivo di modelli economici diversi e la valorizzazione degli interessi che in essi trovano affermazione, specialmente per la pressione proveniente dalla unificazione comunitaria e dall'ingresso imperioso di regole di mercato, a determinare uno svolgimento in termini nuovi dei concetti generali di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana che l'art. 41, co. 2, Cost., pone a limite allo svolgimento delle iniziative economiche, e, di conseguenza, a incidere in grado più intenso sulla autonomia privata, in specie su quella contrattuale dell'impresa.

La risultante di questi processi, quella con la quale oggi ci si confronta, è una orditura composta di precetti, divieti e regole, derivanti da una pluralità di fonti⁸, ciascuno dei quali assolve a una funzione di limite alla autodeterminazione, a garanzia di uno specifico valore sovraordinato alla libertà di iniziativa economica.

In alcuni casi i limiti si traducono nell'imposizione di regolamenti contrattuali differenziati per l'impresa, come si evidenzia per i rapporti, che oggi comprendono anche l'ambito dei contratti di

⁶ Al riguardo si rinvia alle ricostruzioni dell'origine e del significato delle disposizioni e alle considerazioni, tra gli altri, di LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e di dir. pubbl. dell'ec.*, diretto da Galgano, IV, Padova, 1981, 277 ss., e a NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1992.

⁷ Si tratta di un giudizio ampiamente condiviso nella letteratura giuridica relativa al tema: se ne veda una delle molte riproposizioni nel recente scritto di LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, § 5. Più in generale, per la ricostruzione degli eventi, delle affermazioni dei protagonisti e delle prospettive interpretative, con particolare riguardo alla unificazione e alla codificazione del libro del lavoro e alla dimensione giuridica dell'impresa, cfr., per tutti, TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, *passim*, nonché, per il suo particolare valore documentario sui lavori preparatori, RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003.

⁸ Se ne veda una parziale ricognizione in VETTORI, *I contratti per l'impresa tra tipi e clausole generali*, in *I contratti per l'impresa*, cit., p.101.

servizi⁹, che intercorrono con soggetti che agiscono al di fuori della loro qualità professionale. In altre ipotesi viene vincolata la libertà di selezione dei tipi contrattuali disponibili per le parti, come occorre per i contratti agrari; in altre evenienze si comprime la libera negoziazione degli assetti convenzionali, come accade negli accordi commerciali di distribuzione o di concessione che, nella logica della concorrenza non falsata, possono non tollerare esclusive o clausole attinenti ai prezzi minimi o massimi di rivendita. Ancora, si impongono regole di riequilibrio, specie nelle ipotesi di negoziazioni asimmetriche proprie del c.d. terzo contratto¹⁰, e di non discriminazione nei rapporti inter-impresariali, che possono culminare nell'obbligo di concludere un contratto, e di concluderlo a condizioni eque, rispetto a condotte che incidono, alterandole, sulle relazioni concorrenziali o con le quali si abusa della propria potenza economica in danno del mercato o di uno specifico sub-fornitore, così come restrizioni e divieti di genere filo-concorrenziale possono intervenire a governare taluni accordi tra operatori, di tipo funzionale o strutturale, come quelli in senso lato consortili o cooperativi, o quelli che trovano attuazione per mezzo di fusioni.

Il limite dell'utilità sociale, poi, declinato nelle forme della tutela del lavoro, da un lato impone all'impresa l'impiego di modelli negoziali normativamente predeterminati, dall'altro può arrivare a contrastare, per alcuni aspetti, il principio di insindacabilità delle scelte organizzative e strategiche dell'imprenditore presidiato dall'art. 41 Cost., come evidenziano le regole sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sulle iniziative di riorganizzazione dell'apparato produttivo che, senza essere motivate da reali esigenze della produzione, sopprimono posti di lavoro può infatti venire esercitato un sindacato giurisdizionale. Quest'ultimo, se non può riguardare il merito delle scelte imprenditoriali¹¹ può renderle, tuttavia, meno "libere", fino a imporre un ripensamento delle originarie opzioni di riorganizzazione tese alla mera riduzione della struttura dei costi o strumentali all'incremento

⁹ L'estensione è avvenuta grazie all'ultima direttiva 2011/83/EU sui diritti dei consumatori, trasposta nel diritto interno con il d. lgs. 21/2014. Per una prima lettura delle nuove disposizioni v. ARGENTATI, *The main innovations of the Italian legislative Decree No. 21/2014 transposing the Directive 2011/83/EU on Consumer Rights*, in *Rivista italiana di Antitrust (RIA/IAR)*, 2014, n.2.

¹⁰ L'espressione, come è noto, coniata da PARDOLESI, *Prefazione*, in COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII, a indicare i rapporti che intercorrono tra imprenditori dotati di differente potere contrattuale, ha avuto larga fortuna e si è accreditata in letteratura. Sul tema, che registra una mole riguardevole di studi e reazioni interpretative divergenti, ci si può limitare a rinviare, per tutti, ai contributi raccolti nel volume collettaneo *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008.

¹¹ E' peraltro niente affatto pacifico il contenuto e, quindi, la forza di tale sindacato, sulla quale v., da ultimo, Cass., 5 novembre 2012, n. 18926. Sul limite alla scelta di organizzazione dell'impresa che la tutela dell'utilità sociale può provocare, basti qui ricordare il principio statuito da Corte Cost., 26 giugno 1990, n. 316, che tale limite "non deve comportare un aggravio eccessivo del costo del lavoro tale da pregiudicare gli equilibri finanziari di bilancio".

del profitto¹², e il *repêchage* del lavoratore licenziato, sia nell'impresa monade, sia nella realtà dei gruppi di società¹³.

2.E' solo all'interno del perimetro delimitato da questo sistema normativo che la gestione dell'impresa può avvalersi di una piena autonomia negoziale, interamente governata da criteri di discrezionalità tecnico-aziendale e dalle regole degli affari. Qui, l'attività potrà concretarsi liberamente nelle condotte più consone alle sue caratteristiche, alle specificità del modello organizzativo adottato, e agli intenti dei soggetti ai quali l'iniziativa è riferibile, e potranno venire assunte senza coazioni le determinazioni sugli atti da compiere: per tipi, oggetto, contenuti e regole del rapporto.

Nulla sembra escludere, quindi, che in quest'ambito di discrezionalità gestoria possano fare ingresso anche atti che, nella loro singola considerazione, appaiono a tutta prima incoerenti con gli obiettivi di remunerazione della produzione e del conseguimento di risultati utili –sotto forma di profitti o di altri vantaggi –, propri degli schemi imprenditoriali e societari. Anche senza scomodare, per giustificarli, le più recenti teorie comportamentali sulla presunta irrazionalità delle imprese e i suoi effetti¹⁴, non può sorprendere il ricorso ad atti non remunerativi, se compensati da vantaggi prospettici non immediati, ma economicamente significativi per l'impresa e le sue aspettative, e quantificabili secondo un giudizio prognostico.

La questione, piuttosto, consiste nel comprendere se il paradigma giuridicamente rilevante della economicità dell'attività, assunto nell'art. 2082 c.c. tra gli elementi costitutivi della fattispecie normativa, rendendo essenziale la pianificazione dell'azione verso l'obiettivo dell'equilibrio e della continuità aziendale, che è quanto il requisito prescrive, non rappresenti, da questo punto di vista, un ulteriore livello di vincoli all'azione. Vale a dire, se esso non precluda, in linea di principio, operazioni anti-economiche, cioè atti in sé anomali rispetto all'economicità dell'esercizio dell'impresa, il compimento dei quali risulta in contrasto con altri interessi e posizioni protetti e fondi, quindi, specifiche responsabilità dell'imprenditore o altre conseguenze in senso lato sanzionatorie.

¹² In argomento, per tutti, si veda BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012, *passim*. In giurisprudenza, di recente, v. Cass., 21 novembre 2011, n. 24502, e, specificamente, App. Bologna, 13 novembre 2012.

¹³ Per l'applicazione della regola ai gruppi di società cfr., Cass., 8 marzo 2012, n. 3629.

¹⁴ Cfr., in particolare, la ricostruzione critica di VAN DEN BERGH, *Behavioral economics: un attore non (ancora) protagonista sulla scena antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, p. 9 ss., ove i puntuali richiami alla letteratura sul tema; per una prima prospettazione si v. già OSTI, *Il mercato fuori di sé. Consumatori irrazionali, amministratori irrazionali e giudici irrazionali*, ivi, 2010, p. 311 ss.

Il dubbio è ingenerato dalla considerazione per nulla neutra che gli atti non remunerativi ricevono in contesti normativi differenti e contigui al diritto dell'impresa: in particolare in quello del diritto della concorrenza comunitario e nazionale, e in quello del diritto tributario. Nel primo di tali ambiti condotte non retributive possono essere sintomatiche di disegni e manovre esclusionarie, animate da intenti monopolistici e come tali represses dal diritto antitrust; nel secondo, le operazioni che avvengono a valori non di mercato ricadono tra quelle sospette e presuntivamente elusive, e di conseguenza possono venire, e vengono, riqualificate nell'assoggettamento a tassazione.

Parrebbe allora riduttivo pensare che, invece, negli schemi del diritto commerciale questi atti siano irrilevanti, e che la prospettiva del metodo economico di gestione sulla base del quale si individua l'esistenza di un'impresa e si imputa la disciplina corrispondente, non consenta, o non imponga, attenzione anche ai singoli atti, o ritenere che il loro valore, o disvalore, contributivo al risultato utile coerente con la forma organizzativa venga sempre metabolizzato nella logica dell'attività economica, causando la scomparsa della sua componente. Peccherebbe altrettanto di approssimazione l'approccio che si limitasse ad ascrivere questa differenza alle conseguenze di un vocabolario giuridico che, nella considerazione settoriale dei medesimi fenomeni, registra frequentemente il ricorso a termini identici in accezioni diversificate, non univoche, e che, non meno spesso, riflettono concetti indeterminati, puntualizzati e trattati normativamente in modo non uniforme. Al contrario, il dialogo tra discipline giuridiche diverse si nutre assiduamente della ricerca di possibili significati comuni e della identificazione dei corretti differenziali d'uso e delle conseguenze giuridiche collegate, nell'uno e nell'altro sistema normativo, a un'espressione da essi condivisa¹⁵.

Da questi presupposti muove il tentativo di identificare, dal punto di vista del diritto commerciale, le linee di interferenza e i criteri di coerenza tra i canoni giuridici dell'esercizio di un'attività imprenditoriale e il compimento, in quel medesimo contesto, non solo di atti onerosi, e in specie, remunerativi del valore della prestazione resa o del bene scambiato, come è proprio e funzionale all'impresa, ma anche di atti apparentemente antieconomici: in particolare ,di atti a titolo gratuito e

¹⁵ In specie, il confronto tra termini e categorie del diritto commerciale e del diritto tributario può dirsi una costante del metodo di molte Scuole, in specie di quelle romane, nelle scienze di tali discipline, testimoniata da numerosi convegni e occasioni di studio dedicati a tali prospettive. Tra le numerosissime testimonianze scientifiche di tale metodo di indagine, mi piace qui richiamare, in particolare, alcuni contributi dei miei Maestri: OPPO, *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*. Relazione al Convegno "Riforma tributaria e diritto commerciale: le fattispecie, svoltosi nell'Università di Macerata, 12 e 13 novembre 1947, in *Scritti giuridici*, I, *Diritto dell'impresa*, Padova, 1990, p.218 ss. , e MASI, *Categorie privatistiche e nuovo regime dell'IVA*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I; *Impresa agricola e legislazione fiscale*, in *Dizionari del dir. priv.* diretti da Irti, IV, *Diritto agrario*, a cura di Carrozza, Milano, 1983.

liberali. Per tale via potrebbe sperabilmente acquisirsi il risultato di una maggiore determinatezza del significato dei concetti, utile alla applicazione delle categorie e delle diverse regole settoriali.

Sul terreno del confronto, quindi, si trovano da un lato un'attività programmata, al suo minimo, a recuperare i costi di produzione, quale condizione per la prosecuzione dell'iniziativa produttiva, e in funzione di tale carattere qualificata economica¹⁶, e dall'altro i molteplici, singoli, atti giuridici di diversa natura, non tutti di genere in astratto compatibile, o non compatibile in uguale modo, con l'indirizzo economico che caratterizza lo svolgimento di un'impresa¹⁷.

L'apprezzamento dell'attività secondo una prospettiva unitaria, verso il quale conduce la saldatura funzionale che la finalità economica produttiva opera tra i diversi atti che la compongono, potrebbe spingere a formulare giudizi di segno opposto, in relazione all'appartenenza del singolo atto all'una o all'altra categoria. In particolare, sembrerebbe che si debbano considerare distintamente, da un lato, tutti gli atti a titolo oneroso, nei quali entrambe le parti del rapporto subiscono sacrifici e acquisiscono vantaggi, anche in misura diversa e non necessariamente proporzionata o sinallagmatica, e, dall'altro, tutti quelli che non sono a titolo oneroso o, meglio, che non sono corrispettivi della prestazione imprenditoriale.

Semplificando, e quindi rinunciando a una gran parte della ricchezza di posizioni e della vivacità del dibattito tuttora in corso, e anzi rinnovato nell'ultimo decennio della civilistica italiana, a proposito dei concetti di gratuità e di liberalità, può assumersi qui come criterio identificativo degli atti gratuiti quello della assenza di un corrispettivo immediato o diretto, e nell'essere preordinati a realizzare l'arricchimento del beneficiario, in assenza di qualsiasi interesse economico del disponente, la regola di connotazione degli atti di liberalità¹⁸.

Sulla base di questo postulato convenzionale, dunque, nel valutare i singoli e diversi atti di cui l'attività d'impresa si compone potrebbe parere, a prima vista, che si debba formulare un giudizio generale di coerenza degli atti a titolo oneroso con l'equilibrio economico necessario all'impresa, e di

¹⁶ Sul concetto di economicità dell'attività nell'impresa e il suo ruolo nella prospettiva della fattispecie, sia permesso rinviare a LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, 1999, *passim*.

¹⁷ In termini interrogativi sulla circostanza che nell'impresa l'esercizio sia "davvero sinonimo di compimento di una serie coordinata di atti materiali oltre che giuridici" e che implichi, dunque, "lo «svolgimento» di un'attività" si esprime ora WEIGMANN, *L'impresa nel codice civile del 1942*, in *AGE*, 2014, p. 7 ss. a p. 17.

¹⁸ Per i concetti di liberalità e gratuità, oltre che al contributo fondamentale di PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, e ai più recenti dello stesso A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, *I singoli contratti*, Torino 2000, *passim*, si rinvia a *I contratti gratuiti*, a cura di Palazzo e Mazzaresse, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, 10, Torino, 2008, ove, in particolare, PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*,¹⁷. Per la compiuta ricostruzione dell'ambito delle liberalità diverse dalla donazione, l'individuazione e i criteri di qualificazione delle figure che vi si riconducono si v. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, *passim*.

incoerenza, secondo un grado crescente, degli atti gratuiti e di quelli liberali di ogni specie, benché possa ritenersi sostanzialmente ormai fugato ogni dubbio sulla capacità di donare dell'impresa¹⁹ e, quindi, sulla teorica ammissibilità di liberalità anche di carattere donativo da parte di quest'ultima.

Infatti, se considerati in astratto, gli atti a titolo oneroso svolti nel contesto della attività economica generano per l'impresa il diritto, o l'aspettativa giuridicamente tutelata, a conseguire un vantaggio patrimoniale a fronte dell'operazione di scambio. Quindi, essi sono quelli grazie ai quali possono venire rigenerate le risorse impiegate nel ciclo della produzione ed essere garantita, almeno in prospettiva programmatica, la continuità aziendale. Di contro, gli atti dispositivi privi di corrispettivo - gratuiti e in specie liberali, anche diversi dalla donazione -, improduttivi di vantaggi patrimoniali diretti, causano diseconomie dissipando ricchezza, di modo che, ancora in astratto, si prospettano nocivi per l'equilibrio della gestione. In presenza di questi ultimi, quindi, si motiverebbe l'assoggettamento della condotta complessiva, o del singolo atto, a regole differenziate rispetto a quelle ordinarie che governano la dimensione dell'azione imprenditoriale svolta correttamente, nei rapporti di mercato, e secondo criteri di buona e corretta gestione, con riguardo ai rapporti interni e nei confronti dei creditori.

Le conseguenze di una deviazione dal perseguimento dell'equilibrio economico, anche per effetto di un singolo atto non remunerativo, in modo diretto o indiretto, dei costi di esercizio, possono cogliersi sul terreno della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore - nonché di quella sussidiaria e solidale dei partecipanti all'impresa collettiva nelle società di persone, e in ogni caso di quella risarcitoria che grava sui suoi gestori -, e su quello dell'illecito concorrenziale per violazione delle regole sulla lealtà della concorrenza e sulla concorrenza non falsata.

3. A una riflessione più attenta, invece, può giustificarsi l'accoglimento di opinioni meno nette rispetto a quelle poco sopra prospettate, o se non altro più articolate.

La prima correzione del giudizio deve farsi rispetto alla valutazione di compatibilità di tutti gli atti onerosi con l'equilibrio economico dell'impresa: tra essi rientrano, infatti, anche atti in concreto

¹⁹ Per la disciplina previgente inerente ai limiti alla donazione da parte di delle persone giuridiche e l'impostazione, ad allora risalente, anche riguardo alle società commerciali si v., per tutti, TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956; in senso diverso, cfr., ad esempio, OPPO, *Sulle erogazioni gratuite delle aziende di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, 926 ss., e ora in *Scritti giuridici*, IV, Padova, 1992. Per una ricostruzione recente del problema cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Profili civilistici delle "donazioni" d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2008, 227 ss.

incapaci di contribuire alla stabilità dell'impresa, quando la onerosità non si traduca né in piena corrispettività, né in un livello almeno adeguato alla remunerazione dei costi della prestazione resa²⁰.

Situazione, questa, che trova evidenza emblematica nelle vendite sotto costo²¹ o effettuate a prezzi predatori, ma che si verifica anche in presenza di atti con prestazioni affette da squilibri economici meno gravi per l'impresa, conseguenti all'adozione di politiche concorrenziali aggressive, che potrebbero venire praticate dal nuovo entrante su un mercato, o da un'impresa in posizione dominante assoluta o relativa, quale forma di sfruttamento abusivo del suo potere²², nelle quali l'operazione si attua a valore inferiore - per utilizzare il lessico ricorrente nelle norme tributarie - rispetto al "valore normale"(cfr., in particolare, art.9 TUIR).

Tutte le ipotesi di manovre ribassiste, in effetti, salvo che non siano giustificate da eventi propriamente promozionali o dalle caratteristiche del prodotto - in particolare dalla sua deperibilità, da obsolescenza tecnologica accelerata, da stagionalità -, oppure dalla riduzione effettiva dei costi di produzione o dalla razionale contrazione dei propri margini di profitto²³, risultano prive di un fondamento di tipo gestionale o industriale e si motivano in termini di pura strategia commerciale di genere predatorio²⁴. Gli atti finalizzati a tali obiettivi concorrenziali erodono risorse e presuppongono,

²⁰CIPPITANI, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 503 ss.

²¹La casistica giurisprudenziale in tema è piuttosto nutrita e registra interventi di diverse giurisdizioni: del giudice ordinario - ma specializzato per funzioni -, della Autorità Garante della concorrenza e del mercato, anche di concerto con altre Autorità indipendenti di settore, e del giudice amministrativo. Per il concetto di vendita sotto costo e i profili di rilevanza della figura, nell'interferenza tra slealtà concorrenziale e regole antitrust v., NICCOLINI, *Le vendite sottocosto*, Torino, 2001; SANSONE, *Implicazioni competitive delle rivendite a prezzi non remunerativi*, in *Ec. e dir. terziario*, 2002, p. 211 ss.; in giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass., 16 novembre 2000, n. 14844. Per applicazioni nell'esperienza più recenti, v., ancora in via esemplificativa, Cass., 14 giugno 2010, n. 14251, con riguardo alla vendita sottocosto posta in essere da impresa in posizione dominante tale da frapporre ostacoli all'ingresso nel mercato di altri concorrenti; Trib. Bari, 28 aprile 2011, nel sito web *Giurisprudenzabarese.it*, 2011; AGCM, Provvedimento n. 24339, 9 maggio 2013, A428-Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia, in *Boll.*, 20/2013; per la prospettiva della slealtà della concorrenza v., invece, Trib. Torino, 18 luglio 2013, nel sito web *Giurisprudenzadelleimprese.it*, per la vendita di libri con uno sconto superiore a quello consentito dall'art. 2, L. n. 128/2011, sotto forma del rilascio di buoni sconto, e in concreto sottocosto rispetto al prezzo di acquisto per il libraio. Nello specifico, sulla rilevanza anticoncorrenziale della normativa sugli sconti librari v. MELI, *La resale price maintenance nel commercio librario. Limitare la concorrenza per promuovere la cultura?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, p. 149 ss.

²²v. Tribunale Torino, 25 marzo 2004, in *Giur. comm.*, 2005, II, 33, con nota di FAELLA, *Vendita sotto costo e slealtà concorrenziale: applicazioni opinabili di una figura in cerca d'autore*, e in *Dir. ind.*, 2004, p. 565, con nota di VENTURELLI, *La vendita sottocosto quale atto di concorrenza sleale*.

²³Per l'esclusione della concorrenza sleale per vendita sottocosto quando la vendita di prodotti a prezzi più vantaggiosi derivi da una contrazione del profitto o da una reale diminuzione dei costi v. Trib. Nuoro, 3 luglio 2003, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 759, nota DEPAU. Va tuttavia ricordato che anche la compressione dei differenziali di prezzo, quando il margine si riduca a valore negativo, ha valore sintomatico di manovre abusive: se ne v. la prospettazione in FAELLA - PARDOLESI, *«Squeezing price squeeze»: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2010, p. 29 ss.

²⁴In questi termini VIGO, *Le vendite a prezzi predatori e le strategie di marketing*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 165, al quale si rinvia anche per la ricostruzione tipologica delle condotte e i riferimenti alla letteratura sul tema. Per una applicazione giurisprudenziale che ha rappresentato un *leading case* in tema, a esito di una vicenda con contrastanti esiti giurisprudenziali nelle diverse sedi di giudizio, cfr. Cons. Stato, 1 ottobre 2002, n.5156, sez. VI, in *Giur. comm.*, 2003, II, 150 ss., con nota di COLANGELO, *Enel/Infostrada e la "terza via" del Consiglio di Stato*; più di recente, Cons. Stato, 13 maggio 2011, n. 2925, sez. VI,

se reiterati e posti in essere durevolmente, o almeno in modo non episodico, che l'impresa posseda direttamente, o attinga all'esterno, una ricchezza finanziaria sufficiente a sostenere l'antieconomicità non occasionale della sua gestione. Si tratta di condotte che si collocano, perciò, al di fuori del "normale" esercizio dell'iniziativa e possono fondare specifiche responsabilità dell'impresa a causa della violazione delle regole sulla lealtà e sulla non alterazione artificiosa della concorrenza²⁵. D'altra parte, minando l'integrità del patrimonio destinato all'attività e rischiando di compromettere la continuità aziendale, possono giustificare l'esperimento di azioni risarcitorie da parte di creditori e terzi verso il titolare o i gestori dell'impresa sociale.

Da queste ipotesi di sottocosto o ribasso predatorio concorrenziale vanno tenute distinte tutte le operazioni con le quali l'impresa presta servizi o fornisce beni gratuitamente o con remunerazione figurativa, ma reintegra lo sbilancio con forme di compensazione pubblica degli oneri di servizio sopportati nella gestione dell'attività, in ragione della rilevanza pubblicistica dell'attività in sé considerata – riconducibile all'area dei servizi di interesse economico generale (SIEG) - e della posizione dell'impresa rispetto ai poteri pubblici. Qui, come si vedrà, è il valore programmato della compensazione a ricomporre, a saldo, l'economicità della gestione, anche in assenza di autonomia finanziaria dell'impresa.

Sul versante opposto, anche per taluni atti privi di corrispettivo occorre rettificare la valutazione di incompatibilità con la gestione svolta secondo rigorosi canoni economici che li concerne. Pur se immediatamente depauperativi della sostanza patrimoniale che sostiene l'iniziativa, essi possono infatti essere interdipendenti con una diversa attribuzione a favore dell'impresa, generata anche da un rapporto separato, o comunque trovarsi in connessione con un risultato sperato utile, sicché, senza che a causa di ciò muti il carattere gratuito dell'atto, l'impresa risulta portatrice di un interesse economico rispetto agli effetti dell'atto stesso. Non vi sarebbe quindi alcuna contraddizione con il criterio di economicità di gestione quando l'atto gratuito si colleghi al ciclo produttivo.

Il giudizio di incompatibilità con l'impresa dovrebbe tenersi fermo solo per gli atti realmente liberali. Vuoi che si conformino sulla struttura della donazione o di contratti essenzialmente gratuiti,

in *Foro amm.*, 2011, 1261 ss.; con riguardo a offerte predatorie presentate in gare d'appalto, sotto forma di ribassi di prezzo non correlati a maggiori costi evitati, v. AGCM, Provvedimento n. 23065, 14 dicembre 2011, A413 – Tnt Post Italia/Poste italiane, in *Boll.*, 48/2011.

²⁵ Sul fenomeno e sulla sua qualificazione anticoncorrenziale si vedano, di recente, FAELLA, *L'incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, p. 267 ss.; SAMÀ, *Sconti fedeltà tra approccio economico e danno per il consumatore*, *ibidem*, p. 237 ss.; MANEN, *Condotte predatorie. Deterrenza ottimale e falsi positivi*, *ivi*, 2012, p. 431 ss. di Micol Manen

come nell'esempio del comodato di cose sociali a favore dei soci, ex art. 2256²⁶, vuoi che integrino strutture negoziali diverse, ad esempio quelle della rinuncia (al corrispettivo, alla rivalsa o ad altri diritti), della prestazione di garanzie per debiti scaduti²⁷, del contratto a favore di terzo, o dell'adempimento del debito altrui²⁸, figure queste ultime nelle quali il beneficiario rimane estraneo all'accordo²⁹, in questo genere di atti difetta, o perlomeno non assume rilievo a livello causale, un interesse economico dell'impresa disponente e risulta difficilmente individuabile un nesso con l'attività svolta che annulli la diseconomicità prodotta. Per essi, che generano l'arricchimento gratuito del beneficiario senza che sia possibile rinvenire una prospettiva di collegamento con il ciclo produttivo, come emerge invece nelle situazioni che si sono sopra rassegnate, parrebbe da escludersi la compatibilità con il principio di economicità di gestione dell'impresa.

E tuttavia, anche a questo proposito emerge una linea di lettura che può far mutare di segno il giudizio. All'atto o al negozio ispirato da un *animus* e con risultati propriamente liberali - doppio criterio al quale la dottrina civilistica subordina il riconoscimento di un atto di tale specie -, può infatti corrispondere una aspettativa che, se anche non tutelata, quale è una semplice speranza di una contropartita di significato economico per l'impresa, come l'accreditamento della propria immagine³⁰, potrebbe neutralizzare l'inefficienza economica della liberalità e ricondurre l'atto alla dimensione di mercato che lo legittima.

4. La tipologia degli atti gratuiti o anti-economici, ma economicamente interessati, recuperabili alla logica dell'economicità comprende, in primo luogo, atti che possono definirsi "interni", cioè che si pongono a servizio del ciclo produttivo o di alcune sue componenti, in vista del conseguimento di vantaggi funzionali. A questo genere potrebbero ascrivere tutte le forme note all'esperienza imprenditoriale di servizi prestati collettivamente o individualmente ai dipendenti, non riconducibili al profilo salariale, e posti in diretta relazione con la prestazione lavorativa e ad essa ancillari: trasporto

²⁶ Cfr. Cass., sez. trib., 10 febbraio 2006, n. 2934, che pronuncia sul trattamento fiscale di un immobile sociale in parte ceduto in comodato al socio, legittima l'operazione; Cass., 18 settembre 2008, n. 23853, sul comodato gratuito degli impianti di distribuzione carburanti; Trib. Perugia, 16 marzo 2009, in *Giur. comm.*, 2011, II, 687.

²⁷ Sulla quale da ultimo v. Cass., 3 luglio 2013, n. 16624.

²⁸ Al riguardo cfr. in particolare, Cass., S.U., 18 marzo 2010, n. 6538, sulla quale si tornerà più avanti.

²⁹ Sulle liberalità realizzate con l'uso del contratto a favore di terzo, tramite l'adempimento del debito altrui e la rinuncia, si v., per tutti, CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., 126 ss., ove compiuti riferimenti.

³⁰ Ad esempio penso alla figura ricorrente nelle raccolte di fondi per fini di beneficenza e solidarietà sociali della prestazione congiunta di un servizio gratuito da parte di imprese di telefonia nel trasferimento di contributi e di gestione gratuita del fondo da parte di imprese bancarie. In questa prospettiva si suggerisce la costruzione di una categoria di atti gratuiti rappresentati dalle "attività benevole dell'impresa" strumentali alla costruzione della propria immagine positiva, sorrette da una "apparenza" di disinteresse economico: così MOROZZO DELLA ROCCA, *Profili civilistici*, cit., 230.

gratuito, comodato di immobili concessi a fronte di prestazioni di custodia o di manutenzione, servizi di mensa, e così via, ma anche atti con i quali si rendono al dipendente servizi alla persona o alla famiglia – per esempio tramite strutture di cura ed educazione per i figli dei prestatori di lavoro - a valori non di mercato.

Il criterio che riconduce questa congerie di atti alla prospettiva dell'economicità della gestione risulta quello della loro riferibilità ad uno dei fattori produttivi, con il quale risultano collegati in posizione servente, accessoria o integrativa. La deviazione dell'atto o della serie di atti gratuiti o sotto-remunerati dal criterio di economicità viene quindi compensata dal recupero di efficienza del ciclo produttivo complessivo, che muove sul piano dei servizi alla forza lavoro.

Mi pare, peraltro, che questo possa avvenire legittimamente, cioè senza conseguenze in termini di una o altra responsabilità di impresa, solo a condizione che la maggiore efficienza complessiva sia prevedibile e pre-determinabile. Ciò non necessariamente in termini strettamente ragioneristici o di bilancio, ma almeno secondo una quantificazione adeguata a venire inserita nella prospettiva programmatica della continuità aziendale e di una redditività complessiva coerente con la forma organizzativa assunta dall'impresa: lucrativa, mutualistica o non profit. Quindi, non sarebbe sufficiente, a questi fini, per escludere illeciti o responsabilità gestorie, né un generico auspicio del management al conseguimento di una maggiore efficienza, quale risultante dell'accresciuto benessere dei lavoratori, né l'evenienza – che potrebbe solo essere del tutto fortuita – di una economicità dell'esercizio “a saldo”, conseguita grazie ad altre voci di bilancio che assorbono il maggior costo del lavoro; lo sarebbe, invece, la stima di una accettabile e accettata compressione dell'utile derivante dall'aumento dei costi o dalla minore redditività, anch'essa misurata, di immobili o veicoli propri destinati a sostenere quelle iniziative.

Non distante da questa prospettiva fondata sull'integrazione con il ciclo produttivo, con la quale atti anti-economici attinenti al costo della produzione vengono saldati all'attività economica, è quella, ben più indagata e nota, che consente di normalizzare, attraverso il parametro dei vantaggi compensativi, le prestazioni di fare o dare gratuite, o non proficue, o effettuate a valori inferiori a quelli di mercato³¹, che intervengono tra società soggette a direzione e coordinamento unitari, che obbediscono, cioè, a una logica di gruppo.

Nelle operazioni infragruppo - ad esempio quelle che riguardano servizi svolti in gestione accentrata, che possono ricomprendere anche quella della liquidità³², oppure obbligazioni assunte da

³¹ Per l'analisi di dettaglio del concetto di prestazioni a valore di mercato nella prospettiva del gruppo, con una specifica attenzione ai profili del diritto tributario, si rinvia a MARCHISIO, *Il valore del gruppo e il valore nel gruppo. Disciplina civilistica e fiscale degli scambi intragruppo a valore diverso da quello di mercato*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, p. 89 ss.

³² Cfr., in particolare, MIOLA, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in AA.VV., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, 36 ss.

una, a favore di altra società del gruppo, aventi a contenuto principalmente apporti finanziari o prestazioni di garanzia³³, o, ancora, prestazioni rese a prezzi non remunerativi alle società che lo compongono o a terzi -, è il medesimo criterio di appartenenza al gruppo che tanto può provocare il danno all'onerata, quanto può valere a neutralizzarlo, compensandolo con un vantaggio patrimoniale equivalente³⁴, sempre che, invece, le diseconomie non vengano eliminate grazie a una specifica operazione, quale un trasferimento diretto di risorse.

Di queste dinamiche gestionali, dalle quali scaturiscono i problemi- estranei al tema che qui si tratta, ma non irrilevanti per esso poiché ne costituiscono il fondamento -delle forme nelle quali può manifestarsi l'esercizio di una direzione unitaria, della sua ampiezza in termini di oggetto e contenuto³⁵ e quelli focalizzati sulla composizione legittima degli interessi in evidenza³⁶, qui interessano in modo specifico i criteri di definizione dei vantaggi che, per escludere l'illecito civile di cui all'art. 2497, e d'altro canto l'inadempimento responsabile dei gestori verso la propria amministrata, devono contro bilancia rei deficit gestionali subiti dalla società eterodiretta a causa di operazioni antieconomiche. Si tratta, perciò, di chiarire in che modo debba operare il sistema della compensazione perché essa possa assumere valore esimente e, più in particolare, se pregiudizio subito e vantaggio destinato a compensarlo abbiano entrambi necessariamente come soggetto di riferimento immediato la società diretta e coordinata³⁷, e non il gruppo nel suo complesso. Ora, se è vero che nella dimensione del gruppo la programmazione economico-reddituale dell'attività si proietta, a causa e a motivo della direzione unitaria, sull'intero

³³ In tema cfr., per tutti, MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993.

³⁴ Esula da questa indagine l'esame della nutrita serie di questioni coinvolte dal tema - compiutamente elencata da MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.- rispetto al quale sono note le divergenze interpretative fin già sulla bontà e qualità della disciplina introdotta. Può bastare qui, al proposito, il richiamo al netto contrasto tra la valutazione negativa che dà chi vi ha scorto un elemento «caratterizzante il disegno, linearmente perseguito dalla riforma, di dare più potere ai “padroni del vapore”» (COTTINO, *Dal vecchio al nuovo diritto azionario: con qualche avviso ai naviganti*, in *Giur. comm.*, I, 2013, 5 ss., a p. 18), e il giudizio positivo di intervento in funzione di una adeguata razionalizzazione del sistema, condiviso dai più. Per alcune riaffermazioni recenti di quest'ultima opinione v., in specie, G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 517ss., per la quale le previsioni sull'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società legalizzano una «legittima esplicazione dell'iniziativa economica privata, funzionale alla realizzazione di un peculiare modello organizzativo dell'impresa» (*ivi*, p. 524), giudicato un paradigma «al contempo realistico, flessibile, equilibrato, controllabile, coerente con la nostra trazione giuridica»: così ABRIANI-MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in Abriani, AMBROSINI, MONTALENTI, CAGNASSO, *Le società per azioni*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2010, IV,1, p. 566 ss., *ivi* a p. 636 ss.

³⁵ In particolare, per la legittimazione in termini molto ampi di direttive impartite dalla capogruppo e del condizionamento dell'attività delle società etero direttev., di recente, L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 420 ss.

³⁶ La ricostruzione più recente è quella di GILOTTA, *Interesse sociale, interesse di gruppo e interesse collettivo nella regola sulla responsabilità per abuso di direzione unitaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 176 ss., alla quale si rinvia per i riferimenti aggiornati.

³⁷ In questi termini v. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229 ss., a p. 1247; più di recente cfr. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», *cit.*, p. 542.

processo produttivo³⁸ articolato sulle diverse società che lo compongono, non significa che sia possibile azzerare la programmazione secondo canoni di economicità dell'impresa propria della singola partecipante, che, anche se frazione dell'iniziativa del gruppo, ha una distinta imputazione. La soluzione di maggiore coerenza con il fenomeno regolato dall'art. 2497 sembra quindi essere quella fondata sull'idea chela deviazione dal perseguimento esclusivo degli interessi patrimoniali della società amministrata da parte dei suoi gestori, e la *legittimazione*³⁹ della lesione così provocata, imponga che la programmazione strategica complessiva individui e indichi il vantaggio effettivo, congruo e misurato sul danno⁴⁰, che quella società ha ricevuto che “(in base a una *ragionevole previsione*) riceverà, a compensazione del pregiudizio sofferto”⁴¹. Non sembra perciò possibile accontentarsi né di una compensazione solo eventuale o virtuale⁴², come da taluni si sosteneva, principalmente prima della riforma, giacché la possibilità è oggi smentita dalla formulazione registrata nella disposizione, né di una “compensazione di gruppo”⁴³, come ancora viene diffusamente sostenuto, perché questa non andrebbe a ristorare il danno in capo al soggetto che l'ha subito, salvaguardandone autonomia e integrità patrimoniale, ma finisce per operare a favore di un'entità terza e diversa: altra società o gruppo che sia. Pare, per contro, che termine di riferimento della compensazione non possa essere altri che lo stesso soggetto che è termine di riferimento del pregiudizio e che quindi le operazioni programmate dalla capogruppo in funzione compensativa debbano avere “un saldo complessivo, *calcolato con riferimento alla singola società e al suo patrimonio*, di segno positivo”⁴⁴.

³⁸Di impresa allo stesso tempo “una e multipla” parla perciò SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., p. 528, in relazione al fenomeno che il gruppo realizza di sdoppiamento fra le società e l'iniziativa economica che per mezzo di esse si realizza e che tutte le attraversa, e che viene a imputarsi, mediante la sua scomposizione in fasi o segmenti diversi, ad una molteplicità di soggetti distinti (*ivi*, p. 532).

³⁹Si v., a questo proposito, la limpida critica di G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, 279 ss., all'antinomia sistematica provocata dalla disposizione dell'art. 2497, per effetto della quale il comportamento illegittimo o illecito dell'organismo che dirige e coordina cessa di essere perseguibile, perdendo la qualificazione di illegittimità o illiceità, quando il danno provocato da quel comportamento è neutralizzato dal risultato positivo di un distinto comportamento conforme alla legge.

⁴⁰Intervento di compensazione chela dottrina più rigoristica esige specifico e suscettibile di stima secondo criteri di mercato: DENOZZA, *Rules vs Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327 ss., 330.

⁴¹In questi termini SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 582, corsivo aggiunto, e, più ampiamente EAD., “*Clausole generali*”, cit., alla quale si deve anche la declinazione del vantaggio in termini di congruenza del ristoro per l'onerosità, e della taratura di esso sulla lesione sofferta.

⁴²In questo senso si orientavano, prima della riforma del diritto societario, v. MONTALENTI, *Conflitto d'interessi nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, p. 710 ss.; ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni infragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 698 ss.

⁴³Per l'affermazione relativa a una fattispecie coperta dal regime normativo previgente cfr. Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, 373, con nota di CARIELLO, *La “compensazione” dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*.

⁴⁴Così, ancora, SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, cit., p. 545, corsivo dell'A., e, già, CARIELLO, *La “compensazione”*, cit., 374.

Immediatamente comprensibile è, infine, la legittimazione di atti antieconomici che qualificherei di mercato, anche se avvengono a condizioni non di mercato. Destinati ad un pubblico indeterminato di consumatori e utenti o a uno specifico contraente, o anche riservati a soci e dipendenti, essi sono gli atti che attengono a prestazioni complementari, accessorie o prodromiche rispetto a quelle proprie dell'impresa, assicurate alla clientela tramite contratti essenzialmente gratuito con corrispettivo non remunerativo. La logica funzionale e concorrenziale che presiede a tali operazioni vale a giustificarne di per sé l'effettuazione e a qualificarle come normali rispetto all'attività produttiva svolta. Gli esempi possono rinvenirsi nel mandato, nel deposito, ancora, nella prestazione di altri servizi svolti in guisa di prestazioni accessorie- di frequente resi in numerose attività di impresa in aggiunta gratuita o a complemento ad una di carattere primario⁴⁵- o di prestazioni funzionali collocate a monte rispetto alla prestazione tipica e che ne consentono la fruizione⁴⁶.

L'interdipendenza tra atto gratuito e risultato utile per l'impresa assume in queste situazioni la fisionomia della accessorietà o della connessione del servizio o della prestazione svolti a titolo gratuito rispetto a un rapporto principale, che funge da strumento di attrazione del primo nella economicità della gestione.

Agli atti già indicati si sommano, inoltre, tutte le forme di cessione gratuita di beni, singoli o in abbinamento, ampiamente diffuse nella prassi di molti settori merceologici, e le forniture effettuate nel contesto di rapporti di sponsorizzazione, che sempre più vanno connotandosi come donazione remuneratoria⁴⁷, o di relazioni di paternariato culturale: ipotesi accomunate dalla presenza di un fine informativo e promozionale che neutralizza la gratuità degli atti con i quali esso viene perseguito, giacché il fine lega la prestazione gratuita al risultato, programmato ed economicamente significativo per l'impresa, della valorizzazione della propria immagine e di crescita e fidelizzazione della clientela.

5. Se dunque non può presumersi che tutti gli atti a titolo gratuito, inclusi quelli liberali, siano lesivi del credito d'impresa o che rappresentino comportamenti in sé non consentiti e *contra ius*, non può neppure escludersi pregiudizialmente che la gestione che comprende atti a titolo gratuito e liberalità –

⁴⁵ Nella casistica e nella prassi particolarmente frequente emerge il ricorso al deposito, ad esempio in relazione alle attività di autoriparazione, o di lavanderia, o rispetto a titoli in amministrazione, ovvero a strumenti, mezzi e materiali nell'appalto di opere o di servizi. Per l'ampia casistica cfr., *ex multis*, Cass. 18 settembre 2008, n. 23845, Cass., 23 agosto 2011.

⁴⁶ Un esempio emblematico può ravvisarsi nella concessione di licenze gratuite di software o di altri oggetti protetti dalla proprietà intellettuale da parte degli internet providers agli utenti, come presupposto funzionale, appunto, dell'accesso al servizio fornito.

⁴⁷ In particolare cfr., per la più recente ricostruzione e qualificazione contrattuale del fenomeno, MUSSO, *La sponsorizzazione come contratto commerciale*, in *Aedon*, 2, 2013.

più in generale atti senza corrispettivo - e produce, a causa di quelli, immediate diseconomie sia compatibile con il riconoscimento di un'impresa svolta in condizioni di "normalità".

Per superare anche tale preconetto ed evitare il rischio di giudizi apodittici, il confronto tra attività imprenditoriale e atti non remunerativi nella prospettiva del diritto commerciale può utilmente avvalersi di una doppia linea di verifica, i cui risultati forse potrebbero avere anche rilevanza trasversale, ad esempio rispetto al diritto tributario, o in ordine alle tutele laburistiche che operano solo nei rapporti con datori di lavoro di carattere imprenditoriale, talvolta negate per il disconoscimento di tale qualità in un organismo che opera in assenza di compiuta autonomia finanziaria⁴⁸. Le due prospettive secondo le quali è possibile valutare il ruolo e l'incidenza nell'impresa di atti di diversa natura e, in particolare, per quanto si è detto, la capacità di taluni di essi o a certe condizioni di determinare scostamenti giuridicamente significativi dall'economicità della gestione imprenditoriale, ovvero la loro neutralità funzionale ed effettuale rispetto a quest'ultima, attengono l'una all'atto oggettivamente considerato, l'altra a condizionamenti di diversa origine nella attività d'impresa che ne connotano il concreto svolgimento.

La prima linea di analisi, quella che riguarda oggettivamente l'atto in sé, si sviluppa nella ricerca e nella verifica del collegamento – in senso lato – che esso presenta con l'iniziativa produttiva. In altre parole, essa è indirizzata a valutare se l'inserimento dell'atto in una condotta imprenditoriale possa attribuirgli, nella sua specifica conformazione, una giustificazione in concreto capace di trasformarne la non corrispettività⁴⁹ e di individuare un criterio – quali l'integrazione funzionale, l'accessorietà, la rilevanza promozionale o altro - che rende l'atto coerente con il metodo economico della gestione.

La prospettiva si avvalora nella logica dell'operazione economica che la dottrina civilistica contemporanea ha proposto da tempo⁵⁰ e la giurisprudenza ha con decisione assunto come contesto interpretativo del singolo atto giuridico e trova pieno risalto nell'attività d'impresa. Sia l'economicità che la non corrispettività nell'impresa, infatti, sono categorie che non si confrontano con il singolo negozio nella sua considerazione isolata; entrambe, al contrario, impongono una valutazione complessa:

⁴⁸ Si v. di recente Cass., 27 maggio 2011, n. 11777, rispetto alle fondazioni, nella specie la fondazione teatrale bolognese, sull'assunto che l'ente sarebbe un datore di lavoro non imprenditoriale per il difetto di autonomia finanziaria che consente un pareggio di bilancio solo attraverso l'acquisizione di contributi e sovvenzioni pubbliche e private. Nella prospettiva qui assunta, invece, nella misura in cui questi ultimi siano programmabili ex ante nella struttura delle entrate non vi è alcuna contraddizione con il principio di economicità di gestione proprio di un'impresa.

⁴⁹ BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*, Napoli, 2005, 69.

⁵⁰ Per indicazioni sul concetto di operazione economica quale concetto unificante nella logica del contratto, nell'ambito di una letteratura ormai molto ampia, mi limito a rinviare ai diversi saggi dedicati da Gabrielli al tema e raccolti di recente nel volume *«Operazione economica» e teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013.

l'economicità va rapportata all'attività, quindi a una serie non finita di atti collegati e unificati nel fine produttivo⁵¹, mentre la corrispettività va accertata con riguardo all'intera operazione economica all'interno della quale vive l'atto⁵².

In queste diverse visuali cambia o può acclararsi una diversa qualificazione dell'atto, rispetto a quella che esso riceve quando valutato nella sua connotazione astratta, come è ben evidente nell'indirizzo in questo senso uniforme dei giudici di legittimità in materia tributaria per l'accertamento del fine elusivo di un'operazione.

Nell'ottica del diritto commerciale il problema della qualificazione dell'atto, come gratuita o non, assume specifica rilevanza nel sistema revocatorio fallimentare e, in particolare, rispetto alla alternativa di applicazione o dell'art. 64 o dell'art. 67 l. fall., per il diverso trattamento degli atti pregiudizievoli ai creditori in base alla loro gratuità od onerosità. Con l'autorevole avallo prestato di recente da Cass., S.U., 18 marzo 2010, n. 6538⁵³, in ordine al pagamento di debito altrui, ma con affermazioni che riguardano in termini generali l'apprezzamento del titolo di un atto, può dirsi consolidato il criterio che impone di accertare l'eventuale appartenenza di questo a un'operazione economica complessa, con la quale le parti perseguono interessi meritevoli di tutela e della cui qualificazione l'atto partecipa. Ne consegue il vizio di apoditticità della considerazione dell'atto nella sua struttura astratta poiché, per richiamare le parole dei giudici di legittimità, essa non tiene conto del "collegamento con il complessivo regolamento contrattuale predisposto dalle parti ed ancor più con l'effettivo rapporto economico da esse inteso perseguire".

Secondo questo indirizzo, che si ricostruirà qui solo per puntualizzazioni schematiche, l'individuazione del carattere gratuito di un atto non può procedere sulla base del concetto tradizionale di causa tipica valutata in astratto, il quale, in passato, conduceva ad affermare l'onerosità o la gratuità sempre e soltanto in funzione del rapporto bilaterale tra chi effettua l'attribuzione e colui che se ne avvantaggia, e a far concludere per la gratuità dell'atto di disposizione tutte le volte in cui non risultasse un corrispettivo o un rapporto causale che la giustificasse secondo il modello tipico.

⁵¹ Sulla rilevanza della attività nell'impresa e dalla sua qualificazione in termini di economicità cfr., ancora, LOFFREDO, *Economicità e impresa*, cit., spec.

⁵² Sul riconoscimento del nesso di corrispettività ravvisabile anche tra negozi distinti si v. già BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività*, cit.; più di recente, nella prospettiva suggerita dell'operazione economica come canone interpretativo delle liberalità non donative v. ampiamente CAREDDA, *Le liberalità*, cit., pp.25; 115 ss.

⁵³ Per un puntuale commento alla decisione e ampi riferimenti sui principi di diritto in essa affermati, si v., tra altri, L. BENEDETTI, *La revocatoria fallimentare del pagamento di debito altrui: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 585 ss. Per successive riaffermazioni del criterio cfr. Cass., 14 giugno 2013, n. 14995.

Grazie alla analisi della categoria delle prestazioni isolate e di alcune figure negoziali in sé e in astratto prive di corrispettivo, che assumono la struttura della prestazione di garanzia per debito altrui, dell'adempimento del terzo, della cessione del credito o della rinuncia a un diritto, sotto forma, in particolare, di remissione di debito, da tempo è emerso, infatti, che le difficoltà che si incontrano nella ricerca della causa oggettiva di queste situazioni possono essere superate solo se ci si confronti con il concetto di causa secondo una diversa visuale. La causa individuata in concreto rappresenta infatti l'approccio concettuale più idoneo e corretto per accertare il reale titolo di un atto compreso in un'operazione economica complessa, corrispondente a interessi meritevoli di tutela, realizzata ricorrendo anche al collegamento di più negozi distinti. Sembra quindi evidente che se taluni atti isolatamente considerati potrebbero avere titolo sia oneroso sia gratuito, essi si apprezzano adeguatamente solo in base ad un esame dell'affare considerato unitariamente e in questa logica, per quanto qui interessa, possono rivelarsi coerenti con l'economicità della gestione imprenditoriale.

Solo per atti che anche nella prospettiva dell'operazione economica di rilevanza imprenditoriale risultino privi di corrispettività e difettino di giustificazione causale concreta in termini economici, si motiva l'attivazione della disciplina latamente sanzionatoria, funzionale alla maggiore tutela dei creditori, specie in sede fallimentare, ma non soltanto, a quella dei soci - come soggetti co-interessati al rispetto della integrità del patrimonio sociale depauperato dall'atto gratuito, da un lato, e come interessati al conseguimento di un avanzo di gestione, dall'altro -, a quella della concorrenza, lesa da un atto non corrispondente alle logiche della competizione leale e della parità degli operatori sul mercato.

6. La seconda linea di analisi va ad appuntarsi invece, come si è sopra anticipato, sulla condotta imprenditoriale complessiva, in relazione alle concrete espressioni che essa assume, in quanto condizionata da elementi che attengono al soggetto al quale essa è riferibile; elementi che possono attenersi a finalità, motivi o ragioni della persona fisica, causa della struttura societaria, situazione del titolare rispetto a pubblici poteri, specificità dei partecipanti, ed altro. "Qualità" e caratteristiche strutturali o funzionali del soggetto al quale si imputa l'impresa possono, difatti, contribuire ad acclarare la causa concreta di un atto dispositivo gratuito inserito nella condotta imprenditoriale e quindi qualificarlo come pertinente ad essa.

Sotto questo profilo è noto che per il diritto dell'impresa, in particolare per l'applicazione dello statuto dell'imprenditore e delle regole sulla concorrenza non falsata, è un punto d'arrivo da tempo pacifico che la qualificazione imprenditoriale dell'iniziativa e del soggetto, persona fisica o organismo al

quale essa è riferibile, si fonda esclusivamente sulle modalità di organizzazione e di finanziamento dell'attività e non rilevino fine, scopi, motivi o moventi. Gli stessi principi sembrano peraltro ormai attestati anche in altri contesti disciplinari. Così, nella logica impositiva del diritto tributario, gli interventi della giurisprudenza di legittimità sono valsi a stabilizzare il criterio di apprezzamento del carattere imprenditoriale di un'iniziativa nei termini di "attività economica, organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi ed esercitata in via esclusiva o prevalente, che sia ricollegabile ad un dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività"⁵⁴.

E' irrilevante, del resto, anche il modo in cui si realizza la remunerazione dei fattori produttivi: se sulla base di una totale autonomia finanziaria dell'ente o se grazie alla programmazione di una compensazione, con contributi privati, ad esempio degli stessi partecipanti nelle strutture cooperative e consortili⁵⁵, o con risorse pubbliche, sotto forma di sovvenzioni o di rinuncia a introiti da parte del soggetto pubblico⁵⁶, delle prestazioni rese gratuitamente o connotate da squilibrio economico a danno dell'impresa. L'economicità dell'attività si valuta, come si è già ricordato, sulla base della sua programmazione ex ante verso l'equilibrio di bilancio, anche non interamente autoconseguito, e non della realizzazione di questo in via eventuale, a saldo.

A questo ulteriore approdo ha fortemente contribuito il contesto dell'integrazione europea. L'applicazione delle regole del mercato interno segue infatti da tempo principi consolidati nella giurisprudenza comunitaria per il riconoscimento di una attività economica, principi che hanno acquisito via via spazi di applicazione più ampi. Il criterio per il quale l'impresa si individua essenzialmente per il modo in cui l'attività è svolta, organizzata e finanziata, adoperato in relazione a tutte le attività di carattere economico, indipendentemente da fini lucrativi e forme organizzative⁵⁷, ha

⁵⁴ Il criterio interpretativo è ripercorso, da ultimo, in Cass., sez. trib., 6 novembre 2013, n., richiamando, in specie, Cass. n. 5766/1994, per l'esclusione del carattere imprenditoriale di un'attività nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti, e Cass. n. 16612/2008, per la precisazione che, ai fini dell'industrialità dell'attività svolta, è sufficiente l'idoneità, almeno tendenziale, dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio.

⁵⁵ MARASÀ, *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, in *AGE*, 2014, p. 33 ss., spec. p.43, ove ulteriori riferimenti.

⁵⁶ Cfr., ad esempio, C. Giust., 16 dicembre 2010, causa C-239/09, Seydaland.

⁵⁷ Cfr. in particolare, C. Giustizia, Grande Sezione, Sentenza 9.12.2008, C-442/07, per la quale "il fatto che l'offerta di prodotti o servizi non abbia uno scopo di lucro non sia determinante. Infatti, la circostanza che un'associazione caritativa non persegua uno scopo di lucro non esclude che essa possa avere come obiettivo di creare e, successivamente, conservare uno sbocco per i propri prodotti o servizi". Le considerazioni dell'avvocato generale Radetzky-Orden al riguardo segnalano che, del resto, esistono servizi di beneficenza remunerati, posto che diversi tipi di associazioni senza scopo di lucro che, a prima vista, forniscono gratuitamente i loro servizi, ma che in realtà vengono finanziati mediante sovvenzioni o percepiscono compensi sotto varie forme. Il provvedimento e la valutazione sono ora ripresi, in ambito italiano, da Trib.

conquistato in un primo tempo l'ambito dei servizi di interesse economico generale (SIEG) e, di recente, anche il terreno dello svolgimento di servizi sociali di interesse sociale (SSIG), cioè di quelli "...generalmente forniti in maniera personalizzata, al fine di rispondere alle esigenze di utenti vulnerabili, e (che) si basano sul principio di solidarietà e di parità d'accesso". Questo processo di progressiva estensione delle regole sul mercato interno a sfere di attività in passato escluse perché intrinsecamente non economiche, viene puntualizzato da una serie di interventi della Commissione europea, a iniziare dal 2006⁵⁸, nei quali si evidenzia che, eccetto che per le attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri, di norma escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno, "un numero sempre maggiore di attività svolte quotidianamente dai servizi sociali vadano a rientrare nel campo di applicazione del diritto comunitario, nella misura in cui sono considerate a carattere economico". A segnare le tappe di questo percorso sono state le misure adottate sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico contenute nel Pacchetto Monti-Kroes del 2005, prima, e nel cosiddetto "Nuovo pacchetto SIEG", noto come Pacchetto Almunia, adottato nel dicembre del 2011⁵⁹, che ricomprende anche un'ampia serie di servizi sociali⁶⁰: da quelli sanitari, a quelli rivolti alla inclusione e alla coesione sociale.

Bologna, Sez. spec. propr. industr. ed intell. (Ord.), 2 luglio 2010. Per una diversa prospettiva dei giudici comunitari, nella quale invece rileva forma organizzativa e causa del soggetto, v., ampiamente, CUSA, *Aiuti di Stato, polimorfismo imprenditoriale e principi costituzionali*, reperibile nel sito *Associazione Disiano Preite*, nella sezione *Materiali*.

⁵⁸ V. Comunicazione CE, 20 novembre 2007, "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo".

⁵⁹ Si tratta dell'insieme rappresentato dai documenti varati in data 20 dicembre 2011: Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale C(2011) 9404 def.; Decisione della Commissione riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, C(2011) 9380 def. – (in particolare di esenzione dall'obbligo di notificazione alla Commissione le compensazioni di servizio pubblico per talune categorie di SIEG, nei quali si comprendono servizi sanitari, edilizia sociale e altri servizi diretti alla coesione e all'integrazione sociale; Comunicazione della Commissione, Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2011), C(2011) 9406 def., ai quali si è accompagnato il Regolamento n. 360/2012, c.d. Regolamento de minimis SIEG. Per una prima analisi dei provvedimenti v. FILPO, *La nuova disciplina dell'Unione Europea in materia di Aiuti di stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Contr. e impr. Europa*, 2013, p. 102 ss.; GIGLIONI, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 538 ss.; LO SCHIAVO, *Dalla giurisprudenza Altmark all'adozione del Pacchetto Almunia. Chiarimenti sulla portata delle compensazioni concesse per la prestazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2012, 1273 ss.; indicazioni sulla concreta operatività del Pacchetto Almunia in HOORNAERT, *Looking Back to the ERA Conference. One Year of Application of the New Package for Services of General Economic Interest*, in *ESTAL*, 2013, p. 773.

⁶⁰ Così, per esempio, in materia di assistenza sanitaria, superando gli indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione Europea, per la quale gli ospedali pubblici che sono parte integrante di un servizio sanitario nazionale, non agiscono come imprese e, quindi, non sono soggetti alle regole sugli aiuti di Stato, per il nuovo pacchetto SIEG la sussistenza di un certo grado di concorrenza tra ospedali relativamente alla prestazione di servizi sanitari rende sufficiente la qualificazione dell'attività come economica. Specificamente in tema cfr. HANCHER – SAUTER, *This won't hurt a bit: the Commission's approach to services of general economic interest and state aid to hospitals*, in *TILEC Discussion Paper*, DP 2012-012.

La penetrazione dei principi e delle regole comunitarie nel diritto nazionale, sul piano del sistema di affidamento in concessione di servizi di interesse generale⁶¹, conferma, anzitutto, che anche in presenza di vincoli a gestioni non remunerative, imposti in funzione degli obblighi di servizio pubblico assunti verso l'organismo affidante, le compensazioni entrano, senza affatto negarla, come maggiori entrate o risparmi di spesa, nella programmazione della gestione economica imprenditoriale⁶². Soprattutto, però, dal nuovo assetto regolamentare degli aiuti di stato per i prestatori di SIEG, realizzato tramite la assunzione di criteri che, al fine di impedire effetti distorsivi del mercato interno⁶³, stabilizzano i principi di quantificazione delle compensazioni ammissibili, il loro controllo e l'eventuale revisione, vietano la sovracompensazione ex post, definiscono i parametri di confronto con le prestazioni di mercato, possono trarsi indici di avvaloramento del significato della economicità di gestione e della separazione concettuale tra economicità dell'impresa e fini egoistici del soggetto al quale essa è riferibile.

Nelle ipotesi nelle quali il servizio di interesse economico venga concesso con il vincolo di "prezzi sociali" (prezzi o tariffe amministrati, controllati, o predeterminati), che non consentono al gestore un'adeguata remuneratività dall'attività svolta, la compensazione legittima riconoscibile all'impresa per i costi di investimento aggiuntivi o per i minori ricavi è, infatti, quella che consente l'equilibrio di bilancio. Essa si misura, ex ante, nella logica di programmazione dell'impresa, sul costo netto dell'adempimento degli obblighi di servizio pubblico e, preferibilmente, secondo la metodologia del c.d. costo evitato netto (Disciplina, punti 25-26⁶⁴), cioè quale differenza calcolata tra il costo netto per il fornitore del servizio e il costo netto, o utile, del medesimo fornitore in assenza di tale obbligo. Al costo va aggiunto anche il riconoscimento al concessionario di un ragionevole profitto⁶⁵, che vale a incentivare l'efficienza nella prestazione dei SIEG, obiettivo che il Pacchetto Almunia impone agli Stati Membri di perseguire. Le sovracompensazioni, cioè quanto eccede la misura stimata ammissibile, che

⁶¹ In tema si rinvia a TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in *La costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di Pinelli e Treu, Bologna, 2010, p. 249 ss.

⁶² Si v., al riguardo, *la Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2.

⁶³ Tra i contributi più recenti specificamente attinenti al tema della quantificazione delle compensazioni, VAN BUIREN, GERRITSEN, VAN DER VOORT, *The Prohibition of Overcompensations to Services of General Economic Interest*, in *EStAL (European State Aid Law Quarterly)*, 2014, p. 61 ss.

⁶⁴ Per la verità la Decisione, rispetto alla Disciplina, utilizza un ordine inverso di preferenza tra le metodologie del costo evitato nello e dell'attribuzione dei costi, in termini di differenza tra costi di adempimento degli obblighi di servizio pubblico e entrate del prestatore, quali specificati e stimati nell'atto di incarico: cfr. Decisione, art. 5, par. 3 ss.

⁶⁵ Il margine di utile *ragionevole* equivale alla remunerazione del capitale richiesta da un'impresa media rispetto al prestazione del SIEG, tenendo conto del livello di rischio. Si vedano, peraltro, i parametri reputati presuntivamente ragionevoli dalla Commissione (Decisione, art. 5, par. 5 ss., spec. parr. 7-8).

emergano alla fine del periodo come risultati positivi di gestione, devono essere restituite allo Stato concedente, in base al divieto di sovracompensazioni ex post, il quale – deve incidentalmente osservarsi – rischia di svolgere un ruolo dissuasivo per l'impresa concedente⁶⁶dalla ricerca dell'efficienza.

Al di là dei tecnicismi imposti dalla prospettiva aziendalistica, sembra quindi che si tenga ben distinto quanto serve, e quanto basta, all'economicità della gestione dell'impresa, il che, dal punto di vista dello Stato sovvenzionante, corrisponde in sostanza ai costi dell'impresa gestita direttamente tramite un ente pubblico, specificamente soggetto al criterio di economicità, e quanto interessa agli investitori organizzati nel soggetto concessionario e agli altri suoi Stakeholders. Prospettiva, questa, va ancora ribadito, che è estranea all'impresa in sé e attiene al profilo causale del soggetto.

I parametri della economicità della gestione reggono, infine, anche quelle che si svolgono nella prospettiva estintiva degli enti titolari di impresa, come in quelle conservative e sostitutive: si pensi a quelle delle aziende gestite dal custode in relazione a provvedimenti di sequestro, o a quelle temporanee svolte dal curatore nel fallimento. Queste ultime, in particolare, giustificate dalla esigenza di non disperdere il valore delle organizzazioni produttive in atto, e in specie, di non dissipare un valore di avviamento eventualmente ancora collegabile alla iniziativa, sono comunque finalizzate alla migliore liquidazione, da realizzarsi poi, in particolare, tramite vendita o conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione (art. 105 l.fall.). Si tratta, come la giurisprudenza ha avuto modo di ribadire più volte, di gestioni che devono seguire i canoni ordinari della economicità. E' vero, però, che nel fallimento l'esercizio provvisorio potrebbe svolgersi al di sotto del livello di remuneratività, pur di mantenere in atto l'azienda e non comprometterne il valore di cessione, incluso quello dell'avviamento, venendo allora a gravare sulla massa il maggiore sbilancio. Ma il criterio ordinatore, salvo eccezioni, sarà comunque quello della convenienza economica, da apprezzare avendo riguardo alla presumibile entità del realizzo al netto delle spese di gestione e di vendita. La regola si attenua solo nella liquidazione di aziende socialmente rilevanti, ove il criterio viene temperato dall'esigenza di conservazione in funzione del mantenimento dei livelli occupazionali.

Solo in difetto di una gestione economica nei termini già indicati, il comportamento va ascritto all'area delle attività che, anche se si concretizzano in prestazioni di natura economica, hanno carattere

⁶⁶Per la analisi delle conseguenze causate, in termini di efficienza economica, dal divieto di sovra-compensazioni, sia secondo la stretta interpretazione di esso, sia secondo una interpretazione ampia che accompagna l'obbligo di restituzione dei profitti conseguiti che eccedano la compensazione ricevuta, con l'obbligo dello Stato di integrare ex post la compensazione inferiore ai risultati raggiunti, cfr. VAN BUIREN, GERRITSEN, VAN DER VOORT, *The Prohibition of Overcompensations*, cit., p. 64 ss., dai quali viene suggerita, come scelta generale di policy, la sostituzione del divieto attuale con quello di sovracompensazione ex ante, che lascerebbe interamente sul concessionario rischi positivi e negativi della gestione.

erogativo, e sono quindi estranee alla sfera di interesse del diritto commerciale e delle tutele che esso appresta a fronte dello svolgimento di iniziative svolte con economicità di metodo.

7. Quanto, infine, al confronto degli atti antieconomici con le finalità e i moventi del soggetto, può assumersi, come premessa ampiamente condivisa tra gli interpreti, che nell'impresa individuale gli obiettivi di chi agisce appartengono interamente alla sfera dei motivi e dunque, accertabili solo ex post, sono giuridicamente irrilevanti e inefficienti rispetto alla qualificazione di un'attività, mentre rispetto agli organismi strutturati (in forma societaria e non) è ugualmente un dato del tutto pacifico che le finalità dell'agire imprenditoriale si saldano nella causa "economica"⁶⁷ del negozio e della struttura che ne viene generata. Esse condizionano, piuttosto che la gestione - certo ispirata in ragione di una causa lucrativa alla massimizzazione del profitto, e orientata invece dalla presenza di una causa mutualistica o ideale a una redditività meno accentuata -, l'attribuzione degli utili conseguiti, che segue logiche differenti. Può trattarsi del vantaggio egoistico dei partecipanti - in guisa di remunerazione dell'investimento propria della società lucrative, o quale acquisizione di benefici economici diversamente commisurati nelle società mutualistiche di genere cooperativo o consortile - o invece della destinazione degli avanzi di gestione a terzi, in una prospettiva di attribuzione esterna interamente altruistica e secondo le logiche del dono, negli schemi di azione causalmente (associazioni, fondazioni⁶⁸) o funzionalmente (imprese sociali in forma di società lucrative e altre società di capitali legalmente non lucrative) senza fini di lucro.

Motivi di carattere personale e familiare possono sottostare al compimento da parte della persona fisica imprenditore di atti dispositivi non remunerativi, la (in)compatibilità dei quali con l'impresa si svela normalmente nel trattamento fallimentare di essi⁶⁹; in pari modo moventi e fini ideali e sociali, spirito caritativo, solidaristico o di mecenatismo del soggetto al quale è riferibile l'impresa individuale possono indurlo al compimento di atti non onerosi o non corrispettivi e moltiplicarli, giacché essi corrispondono a un "fondamentale bisogno della vita che consiste nell'arricchimento altrui"⁷⁰. Di questi ultimi non è tuttavia da escludersi il loro legame con l'impresa, che potrebbe rilevarsi anche in termini oggettivi, sebbene solo in via presuntiva, sulla base del dato del tipo di attività esercitata, ad esempio inerente a settori culturalmente o socialmente rilevanti, a vantaggio dei quali anche l'atto gratuito sia destinato, o in funzione delle modalità di gestione adottate, improntate al

⁶⁷ Mutuo l'espressione *cause economiche*, comprensiva dell'attività economico-lucrativa e dell'attività economico-mutualistica da G. MARASÀ, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, 1984, *passim*, spec. 420 ss. Più di recente, nella prospettiva della economicità dell'impresa, ID., *Impresa, scopo di lucro ed economicità*, cit., 2014, p. 33 ss.

⁶⁸ In tema si v., per tutti, la ricostruzione di CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, *passim*.

⁶⁹ Così per quanto concerne le questioni affrontate dalla giurisprudenza in tema di costituzione di fondo patrimoniale, o di cessione di un bene a prezzo nettamente inferiore a quello di mercato al coniuge dell'imprenditore.

⁷⁰ In questi termini CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p.117.

rispetto di principi etici, e in ragione della proporzionalità dell'atto stesso rispetto alle capacità patrimoniali dell'impresa.

Estranei all'impresa, quando siano posti in essere nella libertà di motivi e di bisogni propria delle condotte individuali, o invece integrati nell'azione economica del soggetto, sull'impresa riferibile alla singola persona fisica questi atti finiscono comunque per incidere. Infatti, gravano in entrambi i casi sul patrimonio del titolare, che nella sua interezza sostiene la responsabilità per l'impresa⁷¹, ex art. 2740, comma 1, e devono emergere comunque nella rappresentazione contabile dell'iniziativa restituita dall'inventario (art. 2214). La loro nocività per l'equilibrio gestionale e per la tutela dei creditori dell'impresa viene di conseguenza compensata dall'informazione sulla capienza complessiva del patrimonio della persona fisica alla quale l'impresa è riferibile, che sorregge la responsabilità del debitore-imprenditore, e dalla possibile ricostruzione del patrimonio, depauperato in danno dei creditori attraverso le azioni revocatorie.

Appunto nella logica della sottrazione di risorse alla responsabilità d'impresa possono infatti rilevare atti gratuiti dell'imprenditore individuale ispirati a motivi familiari, come il conferimento di beni in fondo patrimoniale, del quale si afferma con un'elevata uniformità, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la natura liberale e quindi la revocabilità⁷², sia con azione ordinaria, sia con azione della curatela fallimentare.

Nella dimensione dell'impresa societaria, gli atti antieconomici— al di fuori dell'ambito delle gestioni coordinate o unitarie di più società nel quale frequentemente si manifestano, alle quali si è già accennato e che qui non potranno ricevere ulteriore attenzione, - possono nutrirsi, oltre che dell'oggetto dell'impresa in senso lato sociale o culturale, come nel caso dell'impresa individuale, anche della causa della struttura organizzativa, rivelando la loro strumentalità⁷³ rispetto all'attuazione del

⁷¹ Sul principio della universalità della garanzia patrimoniale del debitore nell'impresa individuale nella quale la destinazione all'impresa non provoca separazione tra patrimonio aziendale e patrimonio domestico, si v., da ultimo, SPADA, *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa, oggi*, in AGE, 2014, p. 25 ss.

⁷² Cfr., da ultimo, nella prospettiva della revocatoria fallimentare dell'atto di destinazione, Cass., 16 luglio 2010, n. 16761, in conformità con Cass., 23 marzo 2005, n. 6267, Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, per la riaffermazione del principio per il quale "la costituzione del fondo patrimoniale per fronteggiare i bisogni della famiglia (art. 167 c.c., e segg.) non integra adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti". In dottrina da ultimo cfr., per tutti e per riferimenti, CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. famiglia*, diretto da Zatti, Milano, 2002, III, 578 ss.; FUSARO, *commento all'art. 167*, in *Commentario del codice civile, Della famiglia*, diretto da Gabrielli, Torino, 2010.III,1051 ss. Nel senso di un diverso trattamento della medesima operazione, ugualmente considerata gratuita, nel fallimento in estensione al socio illimitatamente responsabile di società fallita, si esprime la giurisprudenza di merito, per il carattere specifico della responsabilità del socio in sede fallimentare.

⁷³ Indirizza in senso restrittivo verso la valorizzazione del nesso di strumentalità con oggetto e "missione" dell'ente, acclarato da eventuali riferimenti allo statuto, MOROZZO DELLA ROCCA, *Profili civilistici*, cit., 232.

programma societario. Alla luce di tali elementi l'atto non oneroso può venire attratto nella logica dell'economicità e trovare quindi la propria piena giustificazione imprenditoriale. Così, alla stessa stregua che per le imprese delle associazioni e delle fondazioni, la gestione di servizio a favore dei soci, mutualistica e cooperativistica in specie, e quella delle imprese sociali in forma di società lucrative, può avvantaggiarsi, più che indebolirsi, nel compimento di atti gratuiti strumentali che risultano indirettamente atti propri del loro specifico mercato⁷⁴.

Ma anche nelle gestioni causalmente e funzionalmente lucrative non può escludersi la piena legittimazione di atti privi di corrispettivo che non si pongono in diretta relazione con l'obiettivo della massimizzazione del profitto, e che comprimono o sopprimono l'avanzo di gestione o attingono a riserve disponibili.

Liberalità di tipo solidaristico e sociale che non si trovino in connessione con oggetto e causa della struttura societaria sono infatti oggi da ritenersi legittime con maggiore facilità che in passato⁷⁵. Al raggiungimento di questa convinzione contribuiscono dati di rilievo positivo, come le evidenze normative sull'incentivazione fiscale alle attribuzioni a titolo gratuito a favore di enti non profit (cfr., ad esempio, l'art. 9, d. lgs. n. 460/ 1997), la tipizzazione legislativa della figura dell'impresa sociale, e la normativizzazione della rilevanza dell'equità, della solidarietà e della società nelle strategie di impresa, avvenuta, sia pure per proclami, con la l. n.180/2011, che reca il c.d. statuto delle imprese.

Ben più significativa, però, è l'apertura offerta, sul piano interpretativo e applicativo, dai risultati più recenti della riflessione sul rapporto tra gestione delle attività di impresa e interessi coinvolti, a proposito dei quali devo qui limitarmi a una brevissima indicazione.

Si tratta, in estrema sintesi, sotto un primo profilo, dell'affermarsi di principi di *Corporate Social Responsibility*⁷⁶ e, più in generale, di principi di etica dell'impresa, i quali comportano l'accoglimento, nella gestione, di istanze rivolte ad affermare, ad esempio, il rispetto dei diritti umani delle persone coinvolte nell'esercizio dell'impresa, specie dei lavoratori, della tutela dell'ambiente, o del contributo al progresso socio-culturale del contesto in cui l'impresa agisce, della moralizzazione dell'azione degli organi sociali e

⁷⁴ Con specifico riguardo alla mutualità altruistica delle banche popolari, connotata come legame e contributo al miglioramento del patrimonio collettivo delle comunità in cui esse operano, si v. le riflessioni recenti di MARASÀ, *Governo e "controllo" delle banche popolari prima e dopo le recenti modifiche del T.U.B. e del T.U.I.F.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, 517.

⁷⁵ In senso restrittivo, in passato, OPPO, *Sulle erogazioni gratuite*, cit., 934, per il quale la liberalità donativa risultava legittima solo se strumentale rispetto all'impresa, in vista della finalità mediata di incremento della sua clientela.

⁷⁶ La ricostruzione e la prospettazione sistematica del tema è offerta, di recente, da LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in ODC, 2013.

di numerose altre⁷⁷, che possono imporre una gestione comprensiva di atti antieconomici e in specie senza corrispettivo.

Sotto altro profilo, il diritto delle società di capitali - in particolare per le società quotate o diffuse -, riflette oggi l'esistenza e la rilevanza corporativa di interessi ulteriori rispetto a quelli dell'azionariato, in relazione ai quali entra in crisi il criterio dello *Shareholder Value* come cartina di tornasole della correttezza delle condotte gestori e dell'insorgere delle corrispondenti responsabilità. La presenza e il riconoscimento a livello normativo di diversi *Stakeholders*⁷⁸ motiva infatti l'adozione di gestioni di impresa rivolte alla massimizzazione del risultato economico complessivo in prospettive diverse da quella di breve periodo e funzionali al vantaggio non dei soli azionisti, ma di tutti i finanziatori e investitori sociali⁷⁹, portatori di aspettative diverse in ordine ai tempi e ai modi di accrescimento del valore del proprio investimento. Atti non corrispettivi, quindi possono motivarsi e legittimarsi in una prospettiva di creazione di valore di lungo periodo, restando intatta quella della gestione economica dell'impresa societaria. In particolare, poi, la presenza nella compagine societaria di soggetti di natura pubblica, portatori di un interesse all'esserci dell'impresa in sé, può riflettersi nella adozione di linee di gestione preordinate *anche* al rispetto di valori e posizioni che esorbitano dalla sfera

⁷⁷ La letteratura specifica in tema di etica e di responsabilità sociale dell'impresa è ormai estremamente ricca. Per limitarsi ad alcuni riferimenti essenziali, *ex multis* può rinviarsi, qui, ai contributi di carattere generale, come quello di OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Scritti Giuridici*, I, Padova, 1990, spec. 259 s.; e i numerosi saggi dedicati al tema da Guido ROSSI - tra i quali *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, e *Capitalismo e diritti umani*, in *Riv. soc.*, 2011, 5 ss. -, e ad altri che attengono a profili societari più specifici, come quelli di GUACCERO, *Il ruolo della Corporate Governance e delle regole di responsabilità nella condotta societaria*, in *Il mercato giusto e l'etica della società civile*, a cura di Semplici, Milano, 2005, 181; ROMAGNOLI, *Corporate Governance, Shareholders e Stakeholders: interessi e valori reputazionali*, in *Giur. comm.*, I, 2004, 350 ss.; SANTONI, *Etica della società per azioni e recenti misure di moralizzazione del governo societario*, in *Finanza, Impresa e Nuovo Umanesimo*, a cura di Capriglione, Bari, 2007, 59 ss.; CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. e impr.*, 2006, 136 ss.; e ai diversi saggi raccolti nel volume *La responsabilità sociale dell'impresa*, a cura di Conte, Roma-Bari, 2008.

⁷⁸ La prospettiva è quella che si pone ora alla base della adozione, da parte della Commissione Europea, dell'*Action Plan: European company law and corporate governance - A modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies* (Strasburg, 12.12.2012).

⁷⁹ E' a questa impostazione, riconducibile alla teoria dell'*enlightened Shareholder Value*, che secondo GOWER - DAVIES², *Principles of Modern Company Law*, London, Sweet and Maxwell, 2010, p. 509 ss., è ispirata la riforma del britannico *Company Law Act 2006*, nella quale, senza che sia imposto agli amministratori di valutare "*the likely consequences (short and long term) of the actions*", risulta privilegiato il perseguimento di obiettivi di lungo termine. (sec. 172, *Company Act*). Nella letteratura italiana decisi spunti di rilevanza di queste prospettive sono rinvenibili, con posizioni differenziate, ad esempio, in LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 26, ove il richiamo all'interesse della società a una "duratura presenza dell'impresa nel mercato"; in CALANDRA BUONAURO, *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Atti del Convegno in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2010, p. 108; che indirizza la riflessione sulla necessità di assicurare una crescita durevole di valore della società; in Stella Richter jr., *A proposito di interesse sociale e governo dell'impresa*, in *Capitalismo prossimo venturo. Etica Regole Prassi*, Milano, 2010, p. 454 ss. In termini più ampi cfr., inoltre, l'indagine monografica di GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società*, Milano, 2007.

prettamente economica della mano pubblica⁸⁰, con effetti di moderazione degli indirizzi speculativi dell'azione societaria⁸¹.

Entrambe le prospettive, quindi, indirizzano a ritenere non incongruente con l'attività d'impresa e con la causa lucrativa l'ingresso nella gestione sia di atti onerosi non corrispettivi, sia di atti gratuiti, sia anche di atti liberali in senso proprio.

Tuttavia, permane il limite della corretta e diligente gestione dell'impresa societaria, da osservarsi a pena di assoggettamento alla responsabilità da gestione che opera in qualunque struttura societaria⁸² - benché modulata diversamente per parametri di diligenza e per direzione della responsabilità stessa nei diversi tipi, inclusiva o non di una azione propria dei creditori sociali. Va escluso, perciò, che la considerazione di interessi esterni e di quelli dei diversi *Stakeholders* possa giungere a determinare il totale sganciamento della gestione dalla prospettiva di remunerazione autonoma dell'attività e della redditività, da mantenersi come canone generale e indefettibile, almeno nella prospettiva di lungo periodo.

⁸⁰ Per l'indicazione che il carattere pubblico dell'interesse dei partecipanti si riflette necessariamente, in questi casi, sulla gestione del patrimonio e sui poteri relativi, come può rilevarsi nell'esempio più significativo rappresentato dalla Patrimonio dello Stato s.p.a., v. OPPO, *Le grandi opzioni*, cit., p. 16, e, più ampiamente, ID., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Scritti giuridici*, VII, *Vario diritto*, Padova, 2005, p. 340. Sul punto, per una riflessione sulla possibile incidenza sull'interesse sociale delle istanze connesse al diverso interesse pubblico, v. da ultimo GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 ss.

⁸¹ Nelle società affidatarie della gestione di servizi pubblici si impone, in altri termini, l'esigenza di conseguire il temperamento dell'obiettivo "privatistico" di perseguimento del profitto (in mancanza del quale sarebbe privo di significato l'apertura al mercato) con quello "pubblicistico" di conseguimento di un adeguato standard nella prestazione del servizio, assunto dall'ente come "servizio pubblico": cfr., in questi termini, GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 511.

⁸² Rispetto alla responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche si pone, poi, la difficoltà di tracciare le corrette linee di riparto di giurisdizione tra responsabilità gestoria e responsabilità contabile dell'amministratore. Al riguardo si vedano gli indirizzi giurisprudenziali da ultimo ricostruiti in Cass. 25 novembre 2013, n. 26283, che decide peraltro in parziale controtendenza rispetto ai propri precedenti, e sulla quale si appunta il commento critico di IBBA, in *Giur. comm.*, 2014. Nel caso oggetto dell'intervento della Suprema Corte si trattava, appunto, della remunerazione del terzo per una prestazione non svolta, quindi di un atto - al di là dei profili di responsabilità - di natura gratuita. In argomento v., in particolare, la prospettazione complessiva offerta da IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 641 ss.

DALL'IMPRESA GERARCHICA ALLA COMUNITÀ DISTRIBUITA.

Il diritto e le nuove forme di produzione collaborativa.

GUIDO SMORTO

SOMMARIO: PARTE I. IMPRESA E MERCATO. - 1. Introduzione. - 2. I modelli tradizionali di produzione e scambio: il mercato e l'impresa gerarchica. - 3. Costi transattivi e impresa. - 4. L'impresa nel Novecento. - 5. La disintegrazione verticale e le forme organizzative <<ibride>>. - 6. (segue). Disintegrazione verticale e modello teorici di spiegazione. PARTE II. LE NUOVE FORME DI PRODUZIONE COLLABORATIVA. - 7. Identificazione ed allocazione del capitale umano. - 8. Modularità dei contributi e forme di coordinamento e controllo. - 9. L'appropriazione dei benefici. - 10. (segue). La conoscenza tacita. - 11. Motivazioni intrinseche, motivazioni estrinseche e *crowding-out*. - 12. Come ripensare le organizzazioni in chiave cooperativa. - 13. L'innovazione aperta. PARTE III. COME CAMBIA IL DIRITTO? - 14. Il diritto e le nuove forme di produzione. - 15. La proprietà intellettuale ed i *constructed commons*. - 16. Il diritto dei contratti tra allocazione del rischio e governo dell'incertezza. - 17. Il diritto societario. - 18. Le nuove forme del lavoro *on line*. - 19. Autoregolazione, risoluzione dei conflitti e *soft law*. - 20. Conclusioni.

PARTE I. IMPRESA E MERCATO

1. *Introduzione.*

Con l'espressione <<produzione collaborativa>> intendiamo riferirci a quei sistemi decentrati di organizzazione produttiva, alternativi tanto al mercato quanto all'impresa, in cui una comunità di soggetti non legati tra loro, con motivazioni diverse e spesso non economiche, conferisce il proprio apporto alla definizione ed al compimento di un dato progetto finalizzato alla creazione di beni comuni (*commons*) in un regime aperto di accesso alle risorse.¹

¹ A seconda dei casi, la condivisione si realizza nella forma dell'*open access* o del *common property regime*. La differenza consiste nel fatto che nell'*open access* la risorsa è utilizzabile da chiunque. In questa ipotesi nessuno è titolare del diritto di escludere altri dall'utilizzo della risorsa. Diversamente, nel *common property regime* una comunità ben delimitata di soggetti è titolare di un diritto sulla risorsa con la possibilità di escludere i non appartenenti al gruppo. La distinzione, tracciata per la prima volta da S.V. CIRIACY-WANTRUP, R.C. BISHOP, <<*Common Property*>> as a Concept in Natural Resource Policy, 15 Natural Resources

Caratteristiche peculiari della produzione collaborativa sono la centralità di forme di contribuzione di tipo volontario, l'autoselezione dei compiti da svolgere e dei contributi da offrire, forme di controllo e di organizzazione autogestite e la condivisione dei risultati al di fuori delle regole di esclusiva del contratto e della proprietà.

Gli esempi di maggior successo riguardano l'*open software* (Linux), l'*open hardware* (Arduino) ed in generale l'economia dell'informazione (Wikipedia), ma molti osservatori considerano la produzione collaborativa un modello organizzativo passibile di applicazioni significative ben al di fuori di questi confini.²

L'espressione inglese più diffusa per descrivere il fenomeno è *commons-based peer production* o, semplicemente, *peer production*³ ma in letteratura esistono molte altre formule utilizzate per rappresentare la stessa gamma di fenomeni: *crowdsourcing*, *distributed manufacturing*, *collaborative (software) development model*, *gift economy*, *global commons* ed altre.

Questo saggio intende offrire una panoramica sulle forme di produzione collaborativa, descriverne le caratteristiche salienti, proporre una spiegazione delle ragioni della loro sostenibilità economica, e soprattutto avviare una prima riflessione sulle ricadute dal punto di vista delle regole giuridiche e dei sistemi di *governance*.

Il saggio si divide in tre parti.

Nella prima ripercorreremo la letteratura sui rapporti tra scambio di mercato e impresa gerarchica e sui costi connessi alle diverse alternative istituzionali, per poi indagare l'innovazione organizzativa in atto negli ultimi decenni, di cui la produzione collaborativa rappresenta uno degli esempi più significativi.

Nella parte centrale ci dedicheremo a descrivere le principali modalità di funzionamento che, pur nell'irriducibile diversità della prassi, ricorrono nell'architettura della produzione collaborativa, e di comprendere quali siano i vantaggi di questo modello di innovazione e produzione di conoscenza rispetto ad imprese e mercati.

Nella terza parte avvieremo una prima valutazione sul modo in cui queste novità si riflettono sul diritto. Come vedremo, ad essere messa in discussione è la stessa distinzione tra impresa e lavoro; l'idea del

Journal 713 (1975), è stata poi ripresa da E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Oxford University Press, 1990; tr. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006.

² Cfr., ad esempio, J. RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society. The Internet of Things, The Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, New York, Palgrave Macmillan, 2014; tr. it. *La società a costo marginale zero. L'internet delle cose, l'ascesa del <<commons>> collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, Milano, Mondadori, 2014.

³ L'espressione è stata coniata da Y. BENKLER, *Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm*, 112 Yale L.J. 369 (2002), mentre l'identificazione del concetto si trova già in E. MOGLEN, *Anarchism Triumphant: Free Software and the Death of Copyright*, vol. 4, no. 8, First Monday 1 (2.8.1999), <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/684/594>. Per una ricostruzione del fenomeno si rinvia a Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, 2006.

contratto come strumento di governo del rischio; la protezione proprietaria sulle forme di conoscenza; gli strumenti di *governance* del diritto societario.

Si impone un profondo ripensamento di molte aree del diritto e, più al fondo, un maggiore spazio per l'autonomia privata e per le forme di autoregolazione che caratterizzano molti di questi fenomeni. Le questioni sono molte e delicate e la riflessione giuridica, non solamente in Italia, è appena agli inizi.

2. I modelli tradizionali di produzione e scambio: il mercato e l'impresa gerarchica.

In un'economia di mercato l'allocazione delle risorse avviene in base all'incontro di domanda e offerta ed al meccanismo dei prezzi. Essa è il frutto della <<mano invisibile>> del mercato, ossia della molteplicità delle scelte individuali e decentrate degli agenti economici realizzate attraverso gli scambi, in assenza di qualsiasi tipo di pianificazione, coordinamento o controllo accentrato.

L'allocazione delle risorse non avviene, tuttavia, solamente attraverso il mercato.

Insieme alla <<mano invisibile>> della metafora smithiana esiste anche la <<mano visibile>> dell'impresa.⁴ Una quota significativa delle attività economiche si svolge, infatti, all'interno delle imprese, dove a decidere il flusso delle risorse sono le scelte dell'imprenditore, <<isole di potere consapevole in un oceano di cooperazione inconsapevole, come grumi di burro in un mare di latte>>.⁵

Mercato e impresa sono, dunque, strumenti alternativi di coordinamento della produzione: all'esterno dell'impresa ad organizzare la produzione è il movimento dei prezzi derivante dall'incontro di domanda e offerta; al suo interno, sono le scelte dell'imprenditore.

Se così è, per ottenere una qualsiasi risorsa l'alternativa che si pone è o produrla all'interno dell'impresa o rivolgersi al mercato, <<*make or buy*>>.

Si tratta di comprendere quando e perché prevale l'una o l'altra.

La risposta a tale questione, a lungo rimasta priva di soluzione, è stata formulata per la prima volta da Ronald Coase in un famoso saggio sulla <<*natura dell'impresa*>>.⁶

Ciascuna delle due opzioni – afferma Coase – comporta dei costi. I costi legati all'organizzazione di impresa riguardano la gestione ed il coordinamento centralizzato delle attività di produzione, scambio e

⁴ L'espressione si deve a A.D. CHANDLER, *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Cambridge – MA, Harvard University Press, 1977.

⁵ L'efficace metafora è di D.H. ROBERTSON, *The Control of Industry*, London – Cambridge, Nisbet & Co. Ltd, 1923, 85.

⁶ R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937).

distribuzione delle risorse; i costi del mercato sono quelli connessi alla definizione ed all'esecuzione dello scambio.

Poiché tanto l'impresa quanto la transazione di mercato implicano dei costi, l'adozione dell'uno o dell'altro modello di organizzazione è molto rilevante ed i soggetti economici tendono ad adottare la forma (organizzativa o contrattuale) che minimizzi i costi di transazione, ossia i <<costi di funzionamento del sistema economico>>. ⁷

Questa descrizione del mercato e dell'impresa come modelli alternativi di organizzazione della produzione, il cui successo dipende dai relativi costi di transazione, apre la strada ad un modo nuovo di intendere le forme organizzative.

Nell'economia neoclassica, infatti, lo scambio di mercato era considerato privo di costi, in base ad una serie di assunzioni non sempre realistiche sul suo funzionamento: l'esistenza di un mercato perfettamente concorrenziale; parti informate e razionali le quali rispettano gli impegni assunti; contratti <<completi>>⁸; un sistema giuridico che garantisce in modo corretto e a costi contenuti le regole di funzionamento.

In effetti, quando i costi del mercato sono trascurabili, come nel modello neoclassico, <<comprare>> piuttosto che <<fabbricare>> è il metodo di approvvigionamento più efficace: se il mercato <<funziona>>⁹ l'intermediazione di mercato è da preferirsi rispetto all'organizzazione interna. In un contesto del genere, la forma dell'organizzazione delle attività economiche è irrilevante, posto che è sufficiente una contrattazione (non costosa) sul mercato per ottenere una risorsa, neutralizzando così eventuali vantaggi legati ad un particolare metodo organizzativo. Ed infatti l'economia neoclassica non si occupava dell'impresa, se non come funzione della produzione i cui confini restano determinati dalle tecnologie disponibili in un dato momento storico. <<In principio, per così dire, erano i mercati>>. ¹⁰

In realtà – afferma Coase - in alcuni casi le transazioni di mercato hanno costi tutt'altro che trascurabili. Se dismettiamo l'assunto irrealistico dell'assenza di costi della transazione di mercato cambia radicalmente anche il modo di intendere le forme di organizzazione della produzione.

⁷ K.J. ARROW, *The Organization of Economic Activity*, in *The Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PBB-System*, Joint Economic Committee, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://msuweb.montclair.edu/~lebel/psc643intpolecon/arrownonmktactivity1969.pdf>.

⁸ Un contratto si definisce completo se prevede al suo interno tutte le possibili variabili e tutte le circostanze che rivestono una potenziale rilevanza per le parti del contratto. Un contratto, viceversa, è incompleto, se non contiene, neppure in modo implicito, un set completo di istruzioni e presenta, pertanto, delle lacune (*gaps*).

⁹ Un mercato <<funziona>> se i prezzi non mostrano distorsioni di origine monopolistica e se riflettono un accettabile premio per il rischio e se gli scambi di mercato avvengono a costi di transazione bassi e permettono economie sostanziali.

¹⁰ O.E. WILLIAMSON, *Economic Organization*, Brighton, 1986; tr. it. *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, Il Mulino, 1991, 194.

L'impresa diviene <<il prodotto di una serie di innovazioni organizzative che hanno lo scopo e l'effetto di contenere i costi di transazione>>¹¹ e, in alcuni casi, gli agenti possono trovare più conveniente <<fabbricare>> dentro l'impresa piuttosto che <<comprare>> sul mercato.

In sintesi, stabilire i costi di un certo modello organizzativo diventa decisivo, poiché determina tanto la distribuzione delle attività economiche tra imprese e mercati quanto le forme dell'organizzazione interna.¹²

3. Costi transattivi e impresa.

Prendendo le mosse dal lavoro seminale di Coase, la letteratura ha iniziato ad esaminare le transazioni economiche, cercando di comprendere in che modo i rapporti tra gli agenti economici siano regolati attraverso organizzazioni gerarchiche o contratti e quali siano le circostanze che influenzano i costi di ciascuna scelta.

Si è aperto così, soprattutto a partire dagli anni Settanta del Novecento, un ricco filone di studi sulle diverse forme organizzative e sulle variabili che determinano la scelta tra <<acquistare o fabbricare>> una data risorsa.

Gli studi di economia dei costi di transazione¹³ e quelli di economia dei contratti¹⁴ hanno contribuito, per un verso, a raffinare e qualificare definizioni e limiti della distinzione netta tra mercati e gerarchie; per altro verso, ad elaborare una compiuta teoria sui meccanismi di governo della transazione economica.

La ragione principale, individuata da questi studi, che rende costosa la transazione di mercato è l'*opportunismo* degli agenti economici. Se non ci fossero comportamenti opportunistici le imprese non

¹¹ O.E. WILLIAMSON, *L'organizzazione economica*, (nt. 10), 111. Da qui la famosa definizione come *nexus of contracts* su cui cfr. A.A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 52 *American Economic Review* 777 (1972).

¹² L'analisi dei costi transattivi, infatti, non ci spiega solamente quando una forma organizzativa sia maggiormente efficiente, ma fornisce un'interpretazione dei limiti dimensionali dell'impresa. Man mano che l'impresa cresce, crescono anche i costi di organizzare una nuova transazione. Esiste, tuttavia, un punto nel quale il costo di organizzare una transazione ulteriore all'interno dell'impresa eguaglia il costo della medesima transazione sul mercato, ovvero della medesima transazione all'interno di un'altra impresa. Quando questo accade, diviene più conveniente acquisire le proprie risorse all'esterno attraverso i contratti anziché produrli all'interno dell'azienda. Questo segna i limiti dimensionali dell'impresa e spiega perché non esiste un'unica enorme fabbrica che produce e vende tutto ciò di cui abbiamo bisogno.

¹³ Cfr. O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York – London, 1985; trad. it, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1987.

¹⁴ B. KLEIN, R.G. CRAWFORD, A.A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *J.L. & Econ.* 297 (1978); S.J. GROSSMAN, O.D. HART, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, 94 *Journal of Political Economy* 691 (1986).

esisterebbero neppure: <<contracting would be ubiquitous in the face of nonopportunism>>. ¹⁵ In assenza di opportunismo, infatti, i costi del mercato sarebbero trascurabili rispetto a quelli dell'organizzazione gerarchica dell'impresa.

Il problema dello scambio di mercato è, dunque, principalmente una questione di opportunismo.

Se questo rischio è sempre presente nelle transazioni di mercato, alcune circostanze rendono il pericolo di comportamenti opportunistici molto elevato. La frequenza degli scambi, il livello di incertezza e soprattutto la specificità degli investimenti effettuati in vista dell'esecuzione del contratto aumentano il rischio che le parti tengano comportamenti opportunistici, innalzando così i costi e mettendo a repentaglio accordi altrimenti vantaggiosi.

In particolare, la questione degli investimenti specifici occupa un posto fondamentale nell'analisi delle forme di organizzazione.

Un investimento è considerato <<specifico>> se il suo valore al di fuori del particolare impiego cui è stato originariamente destinato - c.d. <<valore di recupero>> - sia molto più basso di quello originario. L'investimento può riguardare tanto il capitale fisico (ad esempio, la costruzione di macchinari *ad hoc*) quanto il capitale umano (ad esempio, la formazione del personale).

Non potendo riutilizzare tali investimenti al di fuori di quel particolare rapporto, o potendoli utilizzare solo in parte, il soggetto che li effettua diviene vulnerabile: la controparte potrebbe approfittare della condizione di monopolio instauratasi ed imporre condizioni a sé più favorevoli (c.d. *hold up*). Ad esempio, potrebbe interpretare clausole che presentano un margine di ambiguità a proprio favore o semplicemente violare il contratto nel presupposto che i rimedi a tutela della controparte siano inefficaci. Tanto più una risorsa possiede un'alta specificità, quanto più rischia di essere oggetto di <<appropriazione>> della controparte, innalzando così i costi di contrattazione.

L'opportunismo può talvolta essere contenuto attraverso il contratto ma non sempre questo è possibile. Quando il rischio di comportamenti opportunistici non possa essere contrastato efficacemente con apposite clausole, ossia quando un contratto non possa garantire contemporaneamente l'efficienza degli investimenti *ex ante* e della rinegoziazione *ex post*, l'integrazione verticale in un'unica impresa diviene la soluzione preferibile.

4. *L'impresa nel Novecento.*

¹⁵ O.E. WILLIAMSON, (nt. 13), 66 (corsivo nostro).

L'analisi della grande industria del Novecento sembrerebbe confermare la bontà di questo modello teorico ed offrire una spiegazione convincente delle ragioni del successo dell'impresa integrata verticalmente tipica della produzione di massa, la quale ha modificato radicalmente l'organizzazione produttiva negli ultimi centocinquant'anni.¹⁶

Se è vero che il mercante veneziano del quindicesimo secolo non avrebbe avuto difficoltà a comprendere l'organizzazione produttiva dell'imprenditore di Baltimora nel 1790¹⁷, tutto cambia a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo.

Da quel momento, la piccola impresa familiare che si rivolgeva al mercato per ottenere le materie prime e vendere i propri prodotti inizia inesorabilmente a declinare, soppiantata in termini di efficienza dalla grande impresa che assorbe queste funzioni al proprio interno.

La letteratura economica ha offerto una sofisticata cornice teorica a questa evoluzione storica ed ha dimostrato la superiorità in termini di efficienza - ossia di minimizzazione dei costi transattivi - dell'impresa integrata.

L'integrazione verticale - spiega la teoria economica - è stata la risposta alle elevate necessità di investimento che una produzione di massa e le connesse economie di scala impongono. Ed infatti, all'incremento degli investimenti specifici richiesti dalle economie di scala realizzatesi nel corso del Novecento in molti settori industriali - dall'automobile all'agroalimentare - ha corrisposto, sul piano organizzativo, un massiccio fenomeno di integrazione verticale.¹⁸

Forte di questa ricostruzione, la storia dell'industria del Novecento, soprattutto di quella nordamericana, diviene la spiegazione del successo stesso di un modello, e l'esempio del mercato dell'automobile negli anni Venti è oggi un classico della letteratura economica che illustra le ragioni di questo cambiamento epocale.¹⁹

A complemento di un'analisi basata sui costi transattivi, la traiettoria verso forme di integrazione è stata talvolta spiegata anche in base ai meccanismi di trasmissione della conoscenza che essa veicola. La scelta del modello organizzativo - si osserva - trasforma non solamente i rischi di comportamenti opportunistici, ma anche il modo in cui le conoscenze di ciascuno degli agenti sono trasmesse e

¹⁶ Osserva O.E. WILLIAMSON, (nt. 10), 186, che: «quello di Chandler è il primo approccio alla storia dell'impresa che descriva i mutamenti organizzativi in dettaglio sufficiente a permettere l'applicazione di un'interpretazione basata sui costi di transazione». Il riferimento è, ovviamente, a A.D. CHANDLER, (nt. 4).

¹⁷ S.W. BRUCHEY, *Robert Oliver, Merchant of Baltimore, 1783-1819*, Baltimore, Johns Hopkins, 1956, 370.

¹⁸ È la nota tesi di A.D. CHANDLER, *The Visible Hand*, (nt. 4).

¹⁹ Si veda, ad esempio, R. COASE, *The Conduct of Economics: The Example of Fisher Body and General Motors*, 15 J. Econ. & Mgmt. Strategy 255 (2006).

scambiate, e modella di conseguenza i meccanismi di apprendimento e sviluppo dell'informazioni acquisite.²⁰

Nel contratto diritti e doveri sono integralmente specificati *ex ante*²¹: ciascuna parte è tenuta a fornire una data prestazione rimanendo libera di stabilire le modalità attraverso le quali giungere al risultato richiesto.²² Al contrario, la ridefinizione dei compiti del lavoratore non richiede, almeno entro certi limiti, una rinegoziazione dell'accordo: l'imprenditore ha la possibilità di impartire direttive al lavoratore anche in un momento successivo a quello della conclusione del contratto (di lavoro). Questa differenza nella trasmissione delle informazioni modifica i costi connessi ad una ridefinizione di doveri e responsabilità delle parti nei due regimi. L'impresa gode di maggiore flessibilità rispetto all'accordo contrattuale e questo rappresenta un ulteriore vantaggio, particolarmente importante in momenti di incertezza.

5. *La disintegrazione verticale e le forme organizzative <<ibride>>.*

A partire dagli anni Ottanta del Novecento, tuttavia, il modello di impresa di grandi dimensioni, che ha dominato l'era della produzione di massa, entra in crisi.

E' in atto, oramai da qualche decennio, una decisa tendenza alla disintegrazione verticale.

In molti settori industriali si affermano imprese di dimensioni minori e specializzate, le quali organizzano la propria attività attraverso accordi di varia natura con soggetti esterni. Sempre più spesso all'integrazione verticale si sostituiscono forme <<ibride>> di organizzazione caratterizzate da forme di coordinamento tra soggetti in competizione tra loro.

Queste circostanze contrastano con le teorie convenzionali sui rapporti tra mercato e impresa ed impongono un ripensamento dell'impostazione tradizionale.²³

Innanzitutto, l'integrazione verticale non appare più il punto terminale di un processo verso forme più efficienti in assoluto, una sorta di <<fine della storia>> applicato al mondo dell'impresa, come talune letture sembravano suggerire, ma il frutto di contingenze storiche ben determinate legate ad un recente passato.

²⁰ K.R. CONNER, C.K. PRAHALAD, *A Resource-based Theory of the Firm: Knowledge Versus Opportunism*, 7 *Organization Science* 477 (1996).

²¹ Cfr. H.A. SIMON, *A Formal Theory of the Employment Relationship*, 19 *Econometrica* 293 (1951).

²² Cfr. S.E. MASTEN, *A Legal Basis for the Firm*, 4 *Journal of Law, Economics, and Organization* 181 (1988).

²³ Per una ricostruzione dell'industria americana che mette in discussione il modello chandleriano v. N.R. LAMOREAUX, D.M.G. RAFF, P. TEMIN, *Beyond Market and Hierarchies: Toward a New Synthesis of American Business History*, 108 *The American Historical Review* 403 (2003).

Le differenti forme organizzative, al contrario, rispondono in modo flessibile all'ambiente circostante e si modificano di conseguenza: si affermano in un dato momento storico e mutano o scompaiono al mutare dei fattori esterni.

D'altra parte, si prende atto che la lettura binaria dei modelli di produzione e scambio, articolata sulla dicotomia impresa - contratto, non rende conto della complessità del reale e si denuncia la rigidità di un'analisi che manca di cogliere organizzazioni non riconducibili a questa diade.

La riflessione teorica ha oramai preso atto di questo mutamento e si è sforzata di ridefinire i modelli che descrivono le tipologie organizzative della produzione.

Per un verso, si mette in discussione l'esistenza di una chiara e biunivoca corrispondenza tra particolari costi transattivi e date strutture organizzative, che l'economia dei costi di transazione aveva tracciato.

La risposta ai problemi relativi a singoli costi transattivi non è univocamente individuata in una data organizzazione ma in un ventaglio di alternative. Non esistono conclusioni universali: il peso di ciascuno dei differenti metodi di coordinamento della produzione e dello scambio cambia da settore a settore e da impresa a impresa.²⁴

Per altro verso, si mette in luce come le alternative non siano descrivibili in modo credibile entro la secca divisione tra contratto di mercato e impresa gerarchica.

L'insufficienza della partizione tradizionale è stata rilevata, innanzitutto, con riferimento a tutti quei fenomeni di coordinamento inter-imprenditoriale in cui si combinano, in modo formale o informale, competizione e cooperazione, come nelle reti di imprese (c.d. *network*)²⁵ e nelle forme di ricerca collaborativa (c.d. *open innovation*).²⁶

Si abbandona così la netta distinzione tra mercati e gerarchie e si studiano le forme <<intermedie>> o <<ibride>>²⁷ di cui la produzione collaborativa rappresenta – come vedremo più avanti - una delle espressioni più significative.

²⁴ B. HOLMSTROM, J. ROBERTS, *The Boundaries of the Firm Revisited*, 12 *Journal of Economic Perspectives* 73 (1998).

²⁵ W.W. POWELL, *Neither Market nor Hierarchy: Networks Forms of Organization*, in L.L. CUMMINGS, B. SHAW, *Research in Organizational Behavior*, Greenwich, 1990. Nella letteratura italiana si veda F. CAFAGGI (cur.), *Reti di imprese tra regolazioni e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2004.

²⁶ C. BALDWIN, E. VON HIPPEL, *Modeling a Paradigm Shift: From Producer Innovation to User and Open Collaborative Innovation*, Harvard Business School Working Paper 10-038 (2010), reperibile in internet al seguente indirizzo: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1502864.

²⁷ L'uso dell'uno o dell'altro termine è utilizzato, alternativamente, a seconda che si ritenga che esse siano riconducibili ad una delle due forme organizzative di base (impresa e mercato) o diano luogo ad assetti istituzionali autonomi ed irriducibili a quelli tradizionali. Osserva, ad esempio, O.E. WILLIAMSON, (nt. 10), 251, che è necessario effettuare <<una valutazione comparativa delle singole alternative istituzionali – di cui la contrattazione classica sul mercato costituisce un estremo, l'organizzazione gerarchica centralizzata l'altro estremo, mentre le soluzioni miste tra mercato e impresa si collocano nel mezzo>> (corsivo nostro).

6. (segue). *Disintegrazione verticale e modelli teorici di spiegazione.*

Se le diverse interpretazioni concordano tutte nell'affermare che i cambiamenti in atto siano da ricondurre principalmente al clima di incertezza derivante dall'accelerazione tecnologica degli ultimi anni, esse divergono nell'identificare le connessioni tra progresso tecnologico e disintegrazione.²⁸

Vediamo allora brevemente quali spiegazioni sono state offerte in letteratura per illustrare i mutamenti di questi decenni.

Una prima tesi si focalizza sulle trasformazioni nelle modalità produttive delle imprese ed, in particolare, sull'insorgenza di nuove forme di produzione di tipo <<modulare>>.²⁹

Attraverso produzioni per <<moduli>> le imprese sarebbero in grado di ridurre in misura significativa la quantità di investimenti specifici, ossia di investimenti produttivi solamente all'interno di un singolo rapporto, a favore di investimenti in grado di trovare impieghi produttivi anche al di fuori del rapporto originario.

L'impresa che effettua l'investimento (non più specifico) si sottrae al monopolio della controparte e si affranca dal rischio di comportamenti opportunistici, ben potendo destinare le risorse ad altro impiego nel caso di rottura del rapporto con la controparte.

La riduzione complessiva degli investimenti specifici modera il rischio di opportunismo e la conseguente necessità di integrazione verticale: non è più necessaria un'unica impresa ma è sufficiente concludere accordi con soggetti esterni. In questa cornice, la collaborazione tra soggetti diversi sarebbe favorita dalla sostanziale riduzione della quantità di informazioni necessarie al fine di instaurare una collaborazione tra imprese grazie allo sviluppo di standard produttivi adattabili ad una pluralità di contesti.

Altre spiegazioni, non necessariamente in contrapposizione alla prima, investono più direttamente gli strumenti di *governance*.

Un importante filone di studi riprende, valorizzandola, la tradizione teorica dei cosiddetti <<contratti relazionali>> (*relational contract*).³⁰

²⁸ Sul punto cfr. E.B. BRYNJOLFSON, T.W. MALONE, V. GURBAXANI, A. KAMBIL, *Does Information Technology Lead to Smaller Firms?*, 40 Management Science 1628 (1994).

²⁹ R.N. LANGLOIS, *The Vanishing Hand: The Changing Dynamics of Industrial Capitalism*, 12 Indus. & Corp. Change, 351 (2003); J. FARRELL, P.J. WEISER, *Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*, 17 Harv. J.L. & Tech. 85 (2003).

³⁰ Cfr. I.R. MACNEIL, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 Va. L. Rev. 947. La valorizzazione dei *relational contract* si deve principalmente a O.E. WILLIAMSON, (nt. 10), 135 ss., ove l'A. distingue tra diritto contrattuale classico, neoclassico e, appunto, contratto relazionale.

Mentre nel diritto contrattuale tradizionalmente inteso le modifiche necessarie per adeguare l'accordo alle sopravvenienze intervenute dopo la conclusione del contratto si fondano esclusivamente sulle clausole sottoscritte ed incluse nell'accordo, nel contratto relazionale il punto di riferimento esclusivo non è più solamente il contratto concluso e formalizzato ma l'intera relazione tra le parti per come si è sviluppata nel tempo. L'accordo originario fa certamente parte della relazione, ma non necessariamente riceve quel grado di deferenza che la letteratura classica sui contratti gli attribuisce.³¹ In questa cornice, l'opportunismo, che si ritiene essere alla base dell'integrazione verticale, è contenuto tramite meccanismi di fiducia e collaborazione costruiti all'interno di relazioni durature governate da contratti. Un'altra ricostruzione più recente individua un'inedita modalità di governo dei rapporti tra agenti economici, basata su un insieme di obbligazioni formali ed azionabili in giudizio e di impegni impliciti giuridicamente irrilevanti, che prende il posto dell'integrazione verticale nei settori ad alto tasso di innovazione tecnologica dando vita a quelli che vengono definiti <<contratti per l'innovazione>>.³² Il contenimento di comportamenti opportunistici si spiega qui in base all'investimento che ciascuno dei contraenti deve compiere per <<conoscere>> l'altro. Si crea così una sorta di dipendenza reciproca che, a causa dei costi connessi all'instaurazione di un rapporto con terzi soggetti (c.d. *switching costs*), scoraggia la ricerca di alternative e incentiva, invece, il coordinamento e la collaborazione.³³ È in questo complesso scenario, ancora privo di contorni chiari, che si colloca la riflessione sulla produzione collaborativa, la quale rappresenta uno degli esempi più interessanti di forme <<ibride>> di organizzazione produttiva e che, come cercheremo di dimostrare in dettaglio, possiede, a determinate condizioni, vantaggi in termini di costi transattivi rispetto alle organizzazioni classiche.

PARTE II. LE NUOVE FORME DI PRODUZIONE COLLABORATIVA

7. Identificazione e allocazione del capitale umano.

Come abbiamo detto in apertura, la produzione collaborativa è un sistema decentrato di organizzazione produttiva, alternativo al mercato e all'impresa, in cui una comunità di soggetti non legati tra loro

³¹ Il primo studio che, sulla base di dati empirici, dimostra come le relazioni d'affari siano spesso impiegate su un complesso sistema di relazioni, piuttosto che su un esclusivo riferimento alle condizioni di contratto, si deve a S. MACAULAY, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 Am. Soc. Rev. 55 (1963).

³² R.J. GILSON, C.F. SABEL, R.E. SCOTT, *Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration*, 109 Colum. L.Rev. 431 (2009).

³³ Gli <<*switching costs*>> sono tanto maggiori quanto più duraturo è il rapporto tra le parti e l'investimento che ciascuna di esse ha compiuto sull'altra, fino a divenire un monopolio bilaterale.

conferisce il proprio apporto creativo alla definizione ed al compimento di un dato progetto, in regime di accesso alle risorse aperto alla comunità, secondo la logica dei *commons* ed in assenza di forme di appartenenza esclusiva.

Tra le sue caratteristiche peculiari, un ruolo centrale rivestono i modi di contribuzione, contraddistinti dall'autoselezione dei compiti da svolgere e dei contributi da offrire.

Un primo aspetto relativo all'efficienza della produzione collaborativa riguarda proprio l'identificazione e l'allocatione delle informazioni relative al capitale umano a disposizione, ossia all'insieme di conoscenze che contribuiscono al lavoro produttivo. Anzi, la ragione principale per cui le nuove forme collaborative godono talvolta di un vantaggio in termini di efficienza risiede proprio nella maggiore efficacia nel raccogliere e processare queste informazioni.³⁴ Vediamo perché.

Impresa e mercati risolvono il problema dell'informazione necessaria per decidere le azioni da intraprendere, rispettivamente, attraverso l'ordine gerarchico dell'imprenditore ed il sistema dei prezzi.

La produzione collaborativa, al contrario, si basa su un modello decentrato di raccolta delle informazioni, basato sull'autonoma identificazione, da parte di ciascuno dei contributori, dell'apporto creativo che è in grado di dare al progetto comune. È la persona stessa che offre il proprio contributo al progetto ad identificare il compito da assolvere, in modo del tutto autonomo ed al di fuori di qualsiasi ordine gerarchico o incontro di domanda e offerta.

Questo crea un vantaggio rispetto ai modelli di produzione tradizionali sotto almeno due profili, entrambi legati alla variabilità del capitale umano ed al suo carattere disperso: l'identificazione della creatività individuale e la sua allocazione.

Sotto il profilo dell'identificazione del capitale umano, il vantaggio deriva dalla circostanza che il contributore è colui che possiede la migliore informazione su quali compiti sia in grado di svolgere, sulle motivazioni che lo spingono e sull'individuazione di quale possa essere il modo migliore di contribuire al progetto comune.

L'autoidentificazione delle capacità individuale è importante soprattutto in presenza di un'alta variabilità del capitale umano disponibile.

In un contesto stabile, infatti, non sempre un sistema del genere è lo strumento preferibile. Anzi, quando lo sforzo individuale richiesto è facilmente standardizzabile (ed è più importante della variabilità dei talenti), la codificazione delle abilità individuali è, con tutta probabilità, più efficace, e serve proprio ad evitare errori ed equivoci rispetto ad un sistema di autovalutazione delle proprie capacità individuali (si pensi, ad esempio, al titolo di studio come condizione per svolgere una certa attività).

³⁴ Y. BENKLER, *Coase's Penguin*, (nt. 3), 414 ss.

Le cose cambiano drasticamente in contesti caratterizzati da un'ampia variabilità dei potenziali contributi e della loro qualità, nei quali l'apporto creativo individuale ha carattere variabile e disperso e le conoscenze non sono facilmente codificabili, in quanto espresse in abilità, relazioni, creatività, difficili da fissare con precisione.

In casi del genere, diviene difficoltoso standardizzare e specificare *ex ante* in dettaglio il contributo richiesto, ed un sistema in cui sia il singolo ad identificare il compito da eseguire in base alle proprie capacità e/o motivazioni può risultare più efficiente nella raccolta e nell'utilizzazione delle informazioni. In sintesi, in un clima di incertezza un modello distribuito di produzione dell'informazione identifica meglio la persona maggiormente in grado di svolgere un determinato compito, rispetto a modelli alternativi di tipo tradizionale in cui un certo grado di standardizzazione è necessaria per concludere contratti o impartire ordini gerarchici.

Il secondo profilo di potenziale vantaggio riguarda l'allocazione dell'informazione.

In questo caso le ragioni dell'efficienza sono legate all'allargamento della platea dei contributori rispetto al sistema chiuso dell'impresa gerarchica o della relazione contrattuale.

La produzione collaborativa consente di avvalersi dell'apporto di un numero di persone, risorse e progetti indefinito a priori e potenzialmente illimitato, con ciò godendo di un vantaggio in termini di efficienza rispetto all'impresa o al mercato, nei quali il contratto e la proprietà stabiliscono i limiti entro i quali impiegare determinate risorse.

Anche in questo caso, occorre qualificare questa affermazione.

L'assunto secondo cui un gruppo imprecisato di persone, che operano su una quantità di risorse indefinita, è più vantaggioso rispetto ad un modello produttivo che si avvale di una quantità predefinita e limitata di agenti e risorse, vale solamente in presenza di beni non rivali, ossia di beni il cui l'uso da parte di un agente non incide sulla facoltà di goderne completamente da parte di terzi.³⁵ Ed infatti, l'emersione delle forme collaborative riguarda innanzitutto l'informazione, ossia un bene di per sé non rivale.

Radicalmente diverso è il caso dei beni rivali, ossia di quei beni il cui consumo da parte di un soggetto rende la risorsa indisponibile ad altri. La rivalità esclude, infatti, quell'effetto di maggiore produttività che deriva dall'allargamento della platea.

In sintesi, un sistema collaborativo determina vantaggi sul piano dei costi transattivi legati principalmente ad una migliore gestione dell'informazione - soprattutto di quella non standardizzabile

³⁵ Si parla, a proposito dell'informazione, del suo carattere *anti-rival*: non solo l'uso altrui non diminuisce il valore del bene ma addirittura lo aumenta. Cfr. S. WEBER, *The Success of Open Source*, Boston, Harvard University Press, 2004.

ed in presenza di asimmetrie informative tra le parti – e, limitatamente ai beni non rivali, dell'ampliamento ad una platea indefinita di contribuiti.

Il motivo per cui i descritti vantaggi nell'identificazione e nell'allocazione della creatività diventano particolarmente salienti nel definire l'efficienza di un dato modello di organizzazione produttiva è legato a due ulteriori fattori: l'abbattimento dei costi del capitale fisico e l'accresciuta centralità del fattore umano di tipo creativo.

In passato, l'industria dell'informazione era caratterizzata da una forte presenza di capitale fisico: un modello *capital intensive*, legato alla riproduzione meccanica ed in cui il prodotto era fissato e distribuito in supporti fisici e venduto come bene (libri, cd, ecc.).

Negli ultimi decenni, la diminuzione dei costi delle macchine di calcolo e la digitalizzazione dei contenuti hanno determinato un abbattimento dei costi legati al capitale fisico.

Quando il costo del capitale fisico è basso, e per di più distribuito tra una pluralità di soggetti, e quando l'informazione è liberamente disponibile, la risorsa più importante diviene la creatività umana.

Questo comporta che il sistema organizzativo più efficiente nell'identificare la risorsa creatività è quello che si candida ad ottenere un vantaggio competitivo notevole rispetto agli altri modelli.

In altre parole, in un mondo nel quale la creatività è più importante del capitale fisico, il modello organizzativo della produzione collaborativa presenta vantaggi in termini di costi sui modelli tradizionali di produzione e di scambio legati all'impresa o al sistema dei prezzi.

Di fronte a queste novità, la capacità di identificare in modo efficace l'apporto creativo individuale ad un progetto diventa un aspetto decisivo nel definire l'efficienza complessiva dei diversi modelli di produzione.

8. Modularità dei contribuiti e forme di coordinamento e controllo.

Il descritto principio di autorganizzazione, immanente al sistema decentrato di contribuzione individuale che sta alla base della produzione collaborativa, comporta però l'insorgenza di costi connessi al coordinamento delle attività ed all'individuazione di meccanismi efficienti di integrazione dei contribuiti nel prodotto finale.

L'efficienza di un modello di produzione collaborativa dipende, pertanto, dalla capacità di progettare strumenti di coordinamento efficienti, pur in assenza di un sistema di prezzi o di ordini gerarchici.³⁶

³⁶ Y. BENKLER, *Coase's Penguin*, (nt. 3), 412.

Rimane da verificare, in altre parole, in che modo i contributi prodotti autonomamente dai singoli possano essere combinati in vista del risultato finale e come questo possa modificare l'efficienza complessiva del modello in esame.

I meccanismi di integrazione devono svolgere due compiti: verificare la qualità dei contributi (per evitare giudizi erronei da parte dei diretti interessati o tentativi di sabotaggio) e armonizzare i contributi in un prodotto finale.

Gli strumenti utilizzati per filtrare e combinare i contributi individuali - c.d. *microtask aggregator* - sono generalmente riconducibili ad alcuni tipi ricorrenti: forme automatizzate di integrazione gestite attraverso *software*; verifiche basate su forme di controllo <<diffuso>> tra pari (*peer review*); forme limitate di controllo gerarchico; norme sociali condivise; ovvero, più spesso, una combinazione di tutti questi metodi.³⁷

Il coordinamento dei contributi non dipende, tuttavia, solamente da strumenti di verifica *ex post* ma anche da un divisione *ex ante* dei compiti e dalla corretta strutturazione delle modalità di contribuzione richieste ai singoli agenti: occorre, pertanto, progettare i compiti da assegnare in modo da poter tollerare contributi volti a danneggiare il progetto o semplicemente di bassa qualità, ad esempio introducendo sistemi di verifica *peer to peer*³⁸ o prevedendo contributi in eccesso rispetto a quelli necessari.³⁹

A questo proposito, una caratteristica essenziale dei progetti collaborativi consiste nella <<modularità>> dei contributi.⁴⁰

Con questa espressione si fa riferimento alla capacità di un certo progetto di essere parcellizzato in componenti ridotti, o <<moduli>> appunto, eseguibili da soggetti disparati in tempi diversi: tali cioè da poter essere prodotti in momenti e luoghi separati da persone con capacità differenti, di modo che ciascuno possa decidere quale compito intraprendere e quando farlo, indipendentemente da ogni forma di coordinamento con gli altri.

Questa strutturazione del progetto comporta che ogni modulo possa essere sviluppato in modo parallelo ed autonomo dagli altri, pur in assenza di una comunicazione costante e senza che sia indispensabile stabilire un flusso informativo tra parti del progetto. Ciò comporta, inoltre, che moduli nuovi possano essere aggiunti al sistema complessivo, stabilendo in modo appropriato le condizioni di <<interfacciabilità>>.

³⁷ Y. BENKLER, *Coase's Penguin*, (nt. 3), 436.

³⁸ BOUD, R. COHEN, J. SAMPSON, *Peer Learning and Assessment*, 24 *Assessment & Evaluation in Higher Education* 413 (1999).

³⁹ D. K.J. BOUDREAU, N. LACETERA, K.R. LAKHANI, *Incentives and Problem Uncertainty in Innovation Contests: An Empirical Analysis*, 57 *Management Science* 843 (2011).

⁴⁰ J. LERNER, J. TIROLE, *Some Simple Economics of Open Source*, 50 *J. Indus. Econ.* 197 (2002).

Per modularità si intende, dunque, la suddivisione degli elementi – decisioni, compiti, componenti – in porzioni tra loro indipendenti ed in cui eventuali modifiche non si riverberano al di fuori della singola parte.

E' importante notare, a questo proposito, che la modularità non è una caratteristica intrinseca quanto piuttosto una questione di strutturazione dei contributi, che si può raggiungere attraverso un'appropriata definizione del progetto.⁴¹

I singoli <<moduli>> hanno generalmente dimensioni ridotte, tali da agevolare la contribuzione individuale anche di modesta entità. Tale caratteristica, talvolta designata con il termine <<granularità>>, investe la dimensione dei <<moduli>> e la loro eterogeneità.⁴²

Nella produzione collaborativa la suddivisione del lavoro avviene, infatti, in blocchi minimi, concepiti in modo da abbassare il livello richiesto per il contributo individuale ed allargare, di conseguenza, la platea dei potenziali contributori. È necessario, pertanto, che l'apporto individuale sia frazionabile in moduli sufficientemente piccoli, tali da consentire un contributo anche ridotto e coerente con le motivazioni del singolo. Qui, il limite minimo è dato dal rapporto tra valore del singolo contributo e costi di integrazione: superata questa soglia di utilità, il modulo dovrebbe, quindi, essere il più piccolo possibile per poter coinvolgere il più ampio numero di persone.

9. *L'appropriazione dei benefici.*

Le nuove forme della produzione di tipo collaborativo non sono fondate sull'esclusiva proprietaria dei risultati ottenuti ma sulla condivisione e sullo sfruttamento in comune di saperi, competenze e capacità. Questa modalità si pone in netto contrasto con il modello tradizionale di governo dell'impresa e di scambio di mercato, in cui le forme di conoscenza rilevanti nell'organizzazione produttiva sono da sempre progettate attorno alla proprietà intellettuale (brevetti, marchi, *copyright*) ed alle forme di disponibilità ad esse connesse (cessione definitiva della titolarità e attribuzione del diritto d'uso di ampiezza variabile).

Come abbiamo visto, la conoscenza è per natura un bene non rivale e non escludibile: la sua fruizione non diminuisce l'ammontare della risorsa disponibile e la sua diffusione è di per sé priva di barriere che

⁴¹ C.Y. BALDWIN, K.B. CLARK, *Design Rules. I. The Power of Modularity*, Cambridge – MA, 2000.

⁴² Secondo Y. BENKLER, *Coase's Penguin*, (nt. 3), 435: <<Granularity refers to the size of the modules, in terms of the time and effort that an agent must invest in producing them. The number of people who will likely participate in a project is inversely related to the size of the smallest-scale contribution necessary to produce a usable module.>>

ne consentano l'esclusione degli utilizzatori.⁴³ Come tutti i *public goods*, la conoscenza va incontro ad un problema di offerta, dovuta alla mancanza di incentivi a produrla. Per questa ragione – insegna la teoria economica – è necessario istituire forme di appropriazione di tipo proprietario (ovvero di remunerazione pubblica).⁴⁴

In assenza di uno strumento giuridico del genere – si osserva comunemente – il bene informazione potrebbe essere oggetto di appropriazione da parte di chiunque e, di conseguenza, gli investimenti in ricerca e la produzione di informazione sarebbero subottimali, a causa del disallineamento che si verrebbe a creare tra valore individuale per il creatore e valore sociale dell'informazione.

La ragione che presiede alla creazione di diritti di proprietà intellettuale sull'informazione è, dunque, che l'attribuzione di prerogative proprietarie consente l'appropriazione dei benefici dell'informazione da parte di colui che l'ha prodotta. In sintesi, i diritti di proprietà intellettuale servono ad internalizzare i benefici della conoscenza e, consentendone l'appropriazione e lo scambio, ad incentivare un livello efficiente di produzione di informazione.

La stessa analisi economica, tuttavia, ha messo in luce come la creazione di diritti di proprietà intellettuale sconti alcuni problemi legati al monopolio temporaneo che deriva dall'attribuzione della privativa.

Dal punto di vista dell'efficienza, infatti, l'informazione dovrebbe circolare ogni qual volta il fruitore le attribuisca un valore superiore al costo marginale dell'incremento di utilizzazione, ma questo non può avvenire proprio perché i costi riflettono la privativa concessa al creatore dell'informazione⁴⁵: istituire diritti di proprietà sulla conoscenza aumenta la produzione di informazione ma determina una diminuzione nell'utilizzazione dell'informazione prodotta.

Nonostante la concettualizzazione della conoscenza come proprietà sia piuttosto recente⁴⁶, ed ancora più recente sia l'espansione della portata dei diritti di proprietà legata all'affermarsi di un'economia dei servizi e della conoscenza rispetto all'economia industriale⁴⁷, il <<mito creativo>> della proprietà

⁴³ D.S. KARJALA, *Congestion Externalities and Extended Copyright Protection*, 94 Geo. L.J. 1065 (2006).

⁴⁴ W.M. LANDES, R.A. POSNER, *Indefinitely Renewable Copyright*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 484-88 (2003).

⁴⁵ E. PENROSE, *The Economics of the International Patent System*, Baltimore, 1951; D. FORAY, *Economics of Knowledge*, Cambridge - MA, 2004; P.J. HEALD, *A Transaction Cost Theory of Patent Law*, 66 Ohio St. L.J. 473 (2005).

⁴⁶ E.C. WALTERSCHEID, *The Nature Of The Intellectual Property Clause: A Study In Historical Perspective*, New York, William S. Hein & Co., 2002; F. MACHLUP, E. PENROSE, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, 10 Journal of Economic History 1 (1950).

⁴⁷ A. BECKERMAN, RODAU, *The Problem with Intellectual Property Rights: Subject Matter Expansion*, 3 Yale J.L. & Tech. 35 (2011). A testimonianza dell'attualità della questione viene spesso sottolineato il crescente numero di casi decisi dalla Suprema Corte negli ultimi anni. Sul punto, cfr. G. BERNSTEIN, *In the Shadow of Innovation*, 31 Cardozo L. Rev. 2257 (2010).

intellettuale, secondo cui il bilancio di questo *trade-off* è a favore dell'istituzione di forme di proprietà sulla conoscenza, è ampiamente condiviso.⁴⁸

Questa conclusione, attestata dal pensiero economico, è recepita dall'elaborazione giuridica, la quale considera la proprietà intellettuale un <<affare ben congegnato>> (*a carefully crafted bargain*)⁴⁹ in cui l'innovazione è ripagata attraverso il riconoscimento di un temporaneo monopolio sui frutti dell'innovazione: una sorta di <<male necessario>> da accettare di buon grado.⁵⁰

A dispetto della portata universalizzante di questa impostazione, in taluni settori ed in determinate circostanze, <<troppa>> proprietà intellettuale può creare una <<tragedia>> opposta a quella dei *commons* ipotizzata da Hardin: la tragedia degli *anticommons*, ossia la sottoutilizzazione di una risorsa economica a causa della presenza di troppi diritti di esclusiva su singoli frammenti e che, al contrario, una gestione condivisa può talvolta essere l'opzione migliore.⁵¹

Questo non vuol dire necessariamente ribaltare le ragioni dell'analisi tradizionale ma, sulla scorta degli studi sui beni comuni, respingere soluzioni di portata universale a favore di letture più attente al singolo contesto.⁵²

Proprio partendo dall'osservazione empirica, diversi studi hanno dimostrato una propensione crescente a diffondere volontariamente le informazioni frutto di innovazione.⁵³ Questa tendenza, che talune indagini documentano già a partire dal diciannovesimo secolo⁵⁴, e che trova esempi importanti in diversi settori industriali⁵⁵, è recentemente emersa con particolare evidenza in alcuni settori (ad esempio nello sviluppo del *software*).

D'altra parte, le ragioni della potenziale convenienza di un regime di informazione aperta sono tante: svelare i risultati della propria ricerca rende più probabile che qualcuno apporti miglioramenti al prodotto ed accresce la reputazione di colui che svela l'informazione. Inoltre, si evita di incorrere nei

⁴⁸ M.J. MADISON, *Comment: Where Does Creativity Come From? and Other Stories of Copyright*, 53 Case W. Res. L. Rev. 747 (2003); J. SILBEY, *The Mythical Beginnings of Intellectual Property*, 15 Geo. Mason L. Rev. 319 (2008).

⁴⁹ *Dastar Corp. v. 20th Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23, 33-34 (2003).

⁵⁰ M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004).

⁵¹ Cfr. M.A. HELLER, R. S. EISENBERG, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 Science 698 (1998); C.M. ROSE, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property* 53 U. Chi. L. Rev. 711 (1986). Il riferimento alla <<tragedia dei comuni>> è ovviamente a G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1243 (1968).

⁵² Il riferimento è, innanzitutto, a E. OSTROM, (nt. 1), spec. 7 ss.

⁵³ D. HARHOFF, J. HENKEL, E. VON HIPPEL, *Profiting from Voluntary Information Spillovers: How Users Benefit by Freely Revealing their Innovations*, 32 Research Policy 1753 (2003).

⁵⁴ A. NUVOLARI, *Collective Invention during the British Industrial Revolution: The Case of the Cornish Pumping Engine*, 28 Cambridge Journal of Economics 347 (2004); R.C. ALLEN, *Collective Invention*, 4 Journal of Economic Behavior and Organization 1 (1983).

⁵⁵ E. VON HIPPEL, S.N. FINKELSTEIN, *Analysis of Innovation in Automated Clinical Chemistry Analyzers*, 6 Science & Public Policy 24 (1979); P.D. MORRISON - J. H. ROBERTS - E. VON HIPPEL, *Determinants of User Innovation and Innovation Sharing in a Local Market*, 46 Management Science 1513 (2000); N. FRANKE, S. SHAH, *How Communities Support Innovative Activities: An Exploration of Assistance and Sharing Among End-Users*, 32 Research Policy 157 (2003).

costi di istituire un diritto di privativa e di proteggerlo contro eventuali violazioni⁵⁶, soprattutto – come vedremo subito - con riferimento alle forme di conoscenza <<tacita>>.

10. (segue). *La conoscenza tacita.*

Una delle ragioni che inducono a rivedere l'efficienza dei modelli di apprendimento e di conoscenza di tipo proprietario riguarda proprio la definizione di mezzi efficaci di trasmissione di quelle forme di conoscenza c.d. <<tacita>>.

Tanto l'impresa gerarchica quanto lo scambio di mercato richiedono un certo livello di formalizzazione dell'informazione, al fine di stabilire un prezzo o di precisare una decisione gerarchica all'interno dell'impresa.

Questo processo di standardizzazione necessario nelle forme di *governance* tradizionali si fonda su una stretta definizione del proprio oggetto in funzione di controllo, basato su un sistema di privative imperniato su contratto e proprietà.

Alcune forme di conoscenza, tuttavia, sono tacite, variabili in relazione al contesto e al settore in questione, e come tali difficilmente codificabili. Possono essere apprese e trasmesse solamente attraverso esperienze personali.⁵⁷

Le clausole di un contratto o le forme di appropriazione basate sulla proprietà intellettuale si prestano poco ad inglobare queste forme di conoscenza non verbalizzabili e trasmissibili solamente attraverso l'interazione personale.⁵⁸

La difficoltà di codificare talune conoscenze, e l'inevitabile incompletezza dei contratti che hanno ad oggetto la produzione e lo scambio di conoscenze di tipo tacito e idiosincratico (come quelle legate ai processi di innovazione tecnologica), creano il rischio di comportamenti opportunistici.⁵⁹ Quand'è così, il ricorso a contratto e proprietà può comportare la perdita di alcuni tratti essenziali della conoscenza e risultare inadeguato.⁶⁰

⁵⁶ C. BALDWIN, E. VON HIPPEL, (nt. 26), 1 ss.

⁵⁷ M. POLANYI, *Tacit Knowledge: Its Bearing on Some Problem of Philosophy*, 34 Rev. Mod. Phys 601 (1962), secondo cui la conoscenza tacita è causata dalla razionalità limitata degli agenti economici.

⁵⁸ D.L. BURK, *The Role of Patent Law in Knowledge Codification*, 23 Berkeley Tech. L.J. 1009, 1013 (2008).

⁵⁹ R.P. MERGES, R.R. NELSON, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 Colum. L. Rev. 839 (1990).

⁶⁰ Gli incentivi aziendali e il sistema decentrato del mercato hanno anch'essi la funzione di favorire queste forme di autoproduzione dell'informazione rilevante, ma scontano la rigidità legata alla necessaria standardizzazione e codificazione delle informazioni.

Al contrario, un sistema di *governance* che, facendo a meno di contratto e proprietà, evita i processi di formalizzazione dell'informazione, può rivelarsi più efficiente, poiché in grado di mantenere una maggiore ricchezza informativa.

Uno dei potenziali vantaggi della *peer production* è proprio la capacità di incorporare efficacemente forme <<*incontractible*>> di conoscenza, ossia di quella conoscenza difficile da apprendere e da trasmettere perché tacita e spesso dispersa tra molti individui diversi.

11. *Motivazioni intrinseche, motivazioni estrinseche e crowding-out.*

Rimane da spiegare quale sia il sistema di incentivi alla base di questo modello di produzione e da chiarire perché le persone forniscono il proprio contributo ad un progetto, pur non essendo generalmente remunerate e non potendosi appropriare poi dei benefici del proprio lavoro attraverso i contratti e l'esclusiva proprietaria.

Il modello di incentivazione rappresenta, dunque, uno degli snodi fondamentali per definire l'efficienza della produzione collaborativa.

Generalmente si distinguono motivazioni di tipo estrinseco e motivazioni di tipo intrinseco, dove per <<estrinseca>> si intende una ragione esterna e diversa dal semplice compimento dell'azione (ad esempio, una ricompensa in denaro o forme di remunerazione indiretta), mentre <<intrinseca>> è la motivazione che consiste nel puro desiderio di compiere l'azione in questione (c.d. *hedonic gain*).⁶¹

Volendo in questa sede schematizzare una letteratura amplissima, possiamo dire che esistono almeno tre diversi tipi di incentivi: i primi due legati a motivazioni di tipo estrinseco; il terzo a motivazioni di tipo intrinseco.

In primo luogo, possono esistere forme di remunerazione diretta in denaro. A differenza di quanto accade nelle organizzazioni tradizionali, tuttavia, le modalità di produzione di tipo collaborativo fanno ricorso alla remunerazione diretta solo in misura residuale.

Molto più importanti sono gli altri due tipi.

Innanzitutto, si fa riferimento alle forme di appropriazione <<indiretta>> che queste modalità di produzione possono garantire ai singoli contributori: esistono diversi meccanismi attraverso i quali gli

⁶¹ M. GAGNÉ, E. DECI, *Self-determination Theory and Work Motivation*, 26 *Journal of Organizational Behavior*, 331 (2005); K.R. LAKHANI, R.G. WOLF, *Why Hackers Do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects*, in J. FELLER, B. FITZGERALD, S. HISSAM, K. R. LAKHANI (eds.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, Boston - MA, MIT Press, 2005, 3.

agenti si appropriano dei risultati dei propri sforzi anche al di fuori dei tradizionali strumenti proprietari e contrattuali. Il più studiato è forse la reputazione, ossia la crescita del capitale relazionale ed i connessi potenziali guadagni futuri che il credito acquisito comporta (ad esempio, attraverso la prospettiva di contratti di consulenza o di offerta di servizi personalizzati a pagamento derivati da risorse *open source*).⁶² Una spiegazione complementare punta, invece, su motivazioni intrinseche, slegate da vantaggi, diretti o anche indiretti, di tipo economico e consistenti nel puro piacere di compiere una certa azione, senza che questa sia finalizzata ad obiettivi ulteriori rispetto all'azione in sé.

A dispetto delle prime spiegazioni che riconducevano alle sole motivazioni estrinseche la condotta dei contributori⁶³, la maggior parte della letteratura si orienta oramai nel senso che l'insieme di queste forme di appropriazione indiretta, motivazioni non economiche e remunerazione economica, costituiscono, in misura variabile, gli incentivi alla base delle nuove forme di produzione collaborativa.⁶⁴ Proprio con riferimento alle motivazioni di tipo intrinseco, è stato osservato che l'assunto di fondo della razionalità economica, secondo cui le persone non sono disponibili a collaborare in assenza di un ritorno, è almeno in parte infondato.⁶⁵ Le persone sono disposte a farlo, purché il contributo richiesto sia sufficientemente piccolo da non imporre un sacrificio eccessivo.⁶⁶

Per questa ragione, un aspetto centrale del sistema di incentivi delle forme di produzione collaborativa riguarda proprio la strutturazione dei contributi.

Se, come abbiamo detto, le persone sono disposte a cooperare anche a proprie spese, quando i costi della cooperazione non sono troppo elevati, minore è lo sforzo richiesto al singolo, maggiore è il numero di persone disposte a collaborare.

Riducendo il contributo richiesto al singolo diminuisce anche il livello di motivazione necessario per contribuire. Pertanto, la quantità di persone in grado di contribuire ad un dato progetto dipende principalmente dalla dimensione del modulo. Ne deriva che un progetto ha tante più *chances* di successo quanto più piccoli siano i contributi richiesti, e quanto più tali contributi siano variabili, in modo da consentire la partecipazione di una platea più ampia di soggetti con motivazioni differenti.

Tanti incentivi, tuttavia, non sempre costituiscono un vantaggio, e qui sta uno degli aspetti critici della produzione collaborativa.

⁶² S. BOWLES, H. GINTIS, *Social Capital and Community Governance*, 112 Econ. J.F. 419 (2002).

⁶³ J. LERNER, J. TIROLE, (nt. 40).

⁶⁴ Per una dettagliata mappatura della oramai corposa letteratura che ha affrontato il tema delle motivazioni intrinseche in tema di *open software* si rinvia cfr. G. VON KROGH, S. HAEFLIGER, S. SPAETH, M.W. WALLIN, *Carrots and Rainbows: Motivation and Social Practice in Open Source Software Development*, 36 MIS Quarterly 649 (2012). Più in generale, per una critica al modello di descrizione della razionalità economica cfr. A. SEN, *Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory*, 6 Philosophy and Public Affairs 317 (1977).

⁶⁵ Cfr. P. AIGRAIN, *Sharing. Culture and Economy in the Internet Age*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2012.

⁶⁶ Cfr. Y. BENKLER, *Coase's Penguin*, (nt. 3), 423 ss.

Se, per un verso, la produzione collaborativa può fare affidamento su una pluralità di stimoli, e non solamente - come accade nelle organizzazioni tradizionali - su motivazioni di tipo estrinseco, per altro verso non sempre sommare incentivi diversi rafforza la motivazione tanto del singolo individuo quanto del gruppo.

Studi economici hanno messo in luce che l'esistenza di una remunerazione economica può irrobustire il sistema di motivazioni (così accade, ad esempio, per lo sport professionistico) ma può anche produrre un effetto opposto, di spiazzamento o *crowding-out* (ad esempio, per i donatori di sangue).⁶⁷

Gli effetti degli incentivi non sono, infatti, separabili: aggiungere un premio di tipo economico può modificare la condotta delle singole persone e dell'intero gruppo e variare, di conseguenza, il tipo di contributori coinvolti nel progetto.

Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, il problema diviene, a questo punto, quello di verificare caso per caso la possibilità di far coesistere vari sistemi e di disegnare modelli istituzionali che riescano a far leva sulle diverse forme di incentivazione in modo efficace.⁶⁸

12. *Come ripensare le organizzazioni in chiave cooperativa.*

Uno dei vantaggi della produzione collaborativa è considerato proprio la capacità di operare in assenza di un sistema formalizzato di premi e punizioni - i proverbiali <<bastone e carota>> utilizzati dalle istituzioni tanto di mercato quanto di controllo - e di fare affidamento in misura significativa su motivazioni di tipo intrinseco.

Così facendo, la produzione collaborativa fonda la propria architettura su un modello antropologico maggiormente articolato rispetto all'agente razionale massimizzatore egoistico delle proprie utilità e coglie meglio la complessità della natura umana, gettando le basi per un modello più promettente di organizzazione.

Se le motivazioni che spingono le persone ad agire sono molteplici, estrinseche ma anche intrinseche, le istituzioni che si affidano solamente ad un sistema di incentivi e punizioni offrono stimoli insufficienti e

⁶⁷ R.M. TITMUS, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, New York, Pantheon Books, 1971; Per una sintesi del pensiero di Titmuss e sulla letteratura successiva si rinvia a R. PINKER, *From Gift Relationships to Quasi-Markets: An Odyssey Along the Policy Paths of Altruism and Egoism*, 40 Soc. Pol'y & Admin. 10 (2006).

⁶⁸ B.S. FREY, R. JEGEN, *Motivation Crowding Theory*, 15 Journal of Economic Surveys 589 (2001).

talvolta persino fuorvianti, poiché si basano su una descrizione semplificata della natura umana e non tengono conto degli effetti negativi di un modello organizzativo così polarizzato.⁶⁹

Con il mutare del modello antropologico dell'agente razionale si trasforma, dunque, anche il modo di disegnare le istituzioni.

Molti degli studi condotti in questi anni, infatti, hanno determinato un ripensamento profondo non solamente delle modalità dell'agire umano ma, parallelamente, dei modelli istituzionali.

Le prescrizioni per una definizione delle organizzazioni in chiave collaborativa non sono ancora articolate in modo organico e compiuto ma molte osservazioni importanti stanno emergendo, e con esse la possibilità di offrire strumenti di riflessione per riorganizzare le istituzioni in modo da riflettere la reale complessità della natura umana.

La questione è quella di disegnare modelli di incentivazione che favoriscano un sistema di motivazioni di tipo tanto estrinseco quanto intrinseco e che consentano a spinte diverse di coesistere.

Cominciano così ad delinearci forme inedite di *design* istituzionale delle istituzioni cooperative.

A seconda delle circostanze, dei luoghi e dei contesti, le persone agiscono in modo egoistico o cooperativo. Studi di laboratorio hanno dimostrato che le persone sono inclini alla collaborazione se inserite in un contesto istituzionale favorevole ed hanno testato l'efficacia di tecniche volte a favorire modelli di comportamento cooperativo.

Diversi esperimenti mostrano che alcune circostanze favoriscono in modo deciso la collaborazione: la comunicazione tra soggetti ed il c.d. *social learning*, ossia tecniche di apprendimento che sfruttano il desiderio delle persone di conformarsi alle convenzioni sociali⁷⁰; il modo in cui i contributi sono inquadrati (*framing*)⁷¹; la giustizia dei risultati e dei processi⁷², la trasparenza e l'esistenza di sistemi di reputazione.⁷³

⁶⁹ Osserva Y. BENKLER, *The Penguin and the Leviathan*, New York, Crown Business, 2011, spec. 5 ss., che, anche se profondamente diverse, istituzioni centralizzate e istituzioni di mercato si fondano su un'unica idea di partenza: l'egoismo razionale dei soggetti in competizione. Entrambe sono espressioni, per quanto opposte, di una medesima concezione della natura umana. Secondo la mano invisibile proposto da Adam Smith le singole azioni umane, pur se dettate esclusivamente da ragioni egoistiche (il profitto), per definizione sono volte al bene comune (l'allocatione efficiente delle risorse). Le istituzioni centralizzate, al contrario, prevedono forme di controllo, punizione e premialità finalizzate al controllo delle pulsioni egoistiche in vista del bene comune dell'organizzazione sul modello del Leviatano di Hobbes.

⁷⁰ Cfr. D. SALLY, *Conversation and Cooperation in Social Dilemmas: A Meta-Analysis of Experiments from 1958 to 1992*, 7 *Rationality and Society*, Jan. 1995, 58. Diversi studi provano che il contatto diretto tra le persone favorisce lo sviluppo di forme di cooperazione tra gli individui: in un esperimento volto a misurare il livello di cooperazione tra individui, basta aggiungere una forma di umanizzazione della transazione - ad esempio, mostrare le foto della persona beneficiata dalla nostra scelta cooperativa o consentire un contatto diretto tra le persone - per alzare il livello di cooperazione in modo sensibile. Cfr. B.S. FREY, I. BOHNET, *Cooperation, Communications and Communitarianism: An Experimental Approach*, 4 *The Journal of Political Philosophy* 322 (1996).

⁷¹ In un noto esperimento condotto in base al <<dilemma del prigioniero>> la definizione del gioco come <<Wall Street>> o <<Community Game>> modifica il livello di cooperazione dei partecipanti. Questo effetto è noto, appunto, come *framing*. I risultati dell'esperimento sono descritti in V. LIBERMAN, S.M. SAMUELS, L. ROSS, *The Name of the Game: Predictive*

Un ruolo centrale, rivestono, a questo proposito, gli strumenti innovativi di controllo dei comportamenti opportunistici basati sulla fiducia.⁷⁴

Mentre i meccanismi tradizionali di controllo presuppongono l'esistenza di istruzioni e direttive gerarchiche chiare e dettagliate, la produzione collaborativa si fonda sulla creazione di relazioni durature attraverso cui arginare comportamenti opportunistici, grazie a meccanismi di fiducia flessibili. Un sistema del genere risulta molto più adattabile ad evenienze nuove ed imprevedibili e, come tale, più efficiente in un contesto di elevata incertezza. Oltretutto – si osserva - i dispositivi che adoperano una più gamma più vasta di incentivi godono anche di un ulteriore vantaggio rispetto a quei sistemi di controllo che si focalizzano su un sistema di tipo prevalentemente monetario. Il denaro messo a disposizione dei meccanismi di incentivazione tradizionali consiste generalmente in un ammontare prefissato che, per definizione, non tutti i destinatari possono conseguire. Diversamente, gli incentivi in conoscenza creano una relazione in cui le parti possono trarre pieno beneficio dalla relazione, dato il carattere non rivale del bene conoscenza.⁷⁵

13. L'innovazione aperta.

In chiusura di questa seconda parte, ci soffermeremo brevemente sui procedimenti di innovazione tipici delle nuove forme di produzione collaborativa.

L'affermarsi di modalità collaborative non riguarda, infatti, solamente la produzione di beni e servizi ma anche l'attività di ricerca e sviluppo.

Si parla, a questo proposito, di <<open innovation>> ovvero, con espressioni simili, di *co-design*, *collaborative innovation*, *co-creation*, proprio per distinguere questi fenomeni nuovi dalle forme di innovazione che si sviluppano all'interno dell'impresa tradizionale. Le espressioni *community of practices*⁷⁶

Power of Reputations Versus Situational Labels in Determining Prisoner's Dilemma Game Moves, 30 Pers. Soc. Psychol. Bull., September 1175 (2004).

⁷² E. FEHR, K.M. SCHMIDT, *Theories of Fairness and Reciprocity. Evidence and Economic Applications*, in M. DEWATRIPONT, L.P. HANSEN, S.J. TURNOVSKY, *Advances in Economics and Econometrics. vol. I*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 208 s.

⁷³ Cfr. L.J. STRAHILEVITZ, *Reputation Nation: Law in an Era of Ubiquitous Personal Information*, 102 Nw. L. Rev. 1667 (2008).

⁷⁴ G. BOLTON, B. GREINER, A. OCKENFELS, *Engineering Trust. Reciprocity in the Production of Reputation Information*, 59 Management Science 265 (2013), reperibile in internet al seguente indirizzo: http://ben.orsee.org/papers/engineering_trust.pdf.

⁷⁵ Su questi temi cfr. J. HAGEL III, J. SEELY BROWN, *Control vs. Trust - Mastering a Different Management Approach*, http://www.johnhagel.com/paper_control.pdf; N.R. LAMOREAUX, D.M.G. RAFF, P. TEMIN, (nt. 23).

⁷⁶ J. LAVE, E. WENGER, *Situated Learning: Legitimate Peripheral Participation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

o *epistemic community*⁷⁷ identificano modalità di produzione, diffusione e condivisione dell'informazione di tipo cooperativo, caratterizzate dalla centralità di vincoli di tipo sociale (*social bonds*).

Nel ventesimo secolo l'innovazione è stata prevalentemente legata alla figura del produttore e si è svolta in misura pressoché esclusiva all'interno dell'impresa.⁷⁸

In periodi di relativa stabilità, del resto, l'impresa trova conveniente sviluppare un proprio patrimonio di conoscenze attraverso attività di ricerca svolte all'interno dell'azienda. Le conoscenze acquisite costituiscono un valore che l'impresa protegge dalle imprese concorrenti attraverso le tecniche proprietarie della proprietà intellettuale (o del segreto industriale).

Rispetto al passato, tuttavia, la crescente complessità delle nuove tecnologie e il tasso di innovazione rendono oggi estremamente difficile il compito di un'impresa che voglia affrontare da sola l'innovazione in un mercato competitivo.

Quando l'innovazione è continua, le attività di ricerca e sviluppo all'interno di un'impresa, indipendentemente dalle dimensioni della stessa, rischiano di essere insufficienti e le conoscenze di divenire obsolete in un arco di tempo anche molto breve. L'incertezza sugli scenari futuri rende necessari continui processi di apprendimento, assimilazione, rielaborazione e adattamento al contesto di destinazione. In casi del genere, l'acquisizione di competenze è garantita in modo più efficace attraverso l'apertura di canali esterni e la collaborazione con una molteplicità di soggetti in una logica di tipo collaborativo.⁷⁹

Proprio in contesti di conoscenza tacita e dispersa, come spesso accade con riferimento alle abilità legate all'innovazione tecnologica, strutture collaborative possono favorire lo sviluppo e la diffusione delle conoscenze, in alternativa ai sistemi non cooperativi di cui è espressione la proprietà intellettuale ed i sistemi di innovazione interni alle imprese.

La condivisione di conoscenze tra soggetti in competizione diviene, dunque, il modo più efficiente di affrontare l'innovazione tecnologica e la scelta più razionale sul piano della gestione del rischio.⁸⁰

L'interazione ripetuta che si realizza in queste circostanze favorisce atteggiamenti cooperativi e coordinati, riduce i rischi di duplicazione degli investimenti e la dispersione di risorse che derivano dalla

⁷⁷ R. COWAN, P.A. DAVID, D. FORAY, *The Explicit Economis of Knowledge Codification and Tacitness*, 9 *Industrial and Corporate Change* 211 (2000).

⁷⁸ J.A. SCHUMPETER, *The Theory of Economic Development*, Cambridge - MA, Transaction Publishers, 1934. La stessa visione è sottesa alla ricostruzione di A.D. CHANDLER, (nt. 4).

⁷⁹ R.S. ROSENBLUM, W.J. SPENCER (eds.), *Engines of Innovation: U.S. Industrial Research and the End of an Era*, Boston, Harvard Business School Press, 1996.

⁸⁰ J. HAGEL III, J. SEELY BROWN, *Creation Nets: Harnessing the Potential of Open innovation*, 1 *Journal of Service Science* 27 (2008).

priorità della scoperta tipica della proprietà intellettuale, e aumenta le *chances* di combinare risorse e competenze.

Per queste ragioni, forme di innovazione collaborativa, pur se esistenti anche in passato⁸¹, assumono oggi dimensioni inedite, ed in alcuni settori insidiano il primato della produzione interna alle imprese.

Queste forme di innovazione aperta non investono solamente la produzione collaborativa tra pari (*customer-led innovation*), potendo riguardare anche forme di collaborazione tra imprese. Tuttavia il coordinamento di una rete di contributori di diversa provenienza e non appartenente ad un'unica impresa costituisce un tratto distintivo dei processi di innovazione e ricerca delle forme di *peer production*.

PARTE III. COME CAMBIA IL DIRITTO?

14. *Il diritto e le nuove forme di produzione.*

Se la teoria economica, stretta nella distinzione tra impresa gerarchica e contratto tra parti indipendenti ed autonome, fatica a catturare le specificità delle nuove forme ibride di organizzazione, anche il diritto non sempre offre schemi adeguati per regolare i nuovi modelli di produzione e scambio.

Le ragioni di questa difficoltà sono molte, su tutte l'informalità delle organizzazioni e la varietà delle soluzioni ideate dalla prassi.

Il primo aspetto investe la mancata formalizzazione dei nuovi assetti, non definiti – almeno, non integralmente – in accordi contrattuali o in soggetti dotati di personalità giuridica.

Molto spesso, infatti, le regole formalmente applicabili alla produzione collaborativa, come del resto alle altre organizzazioni ibride, rimangono sulla carta e i meccanismi di *enforcement* sono lasciati a strumenti di autogoverno difficilmente catturabili. Il tasso di formalizzazione dei nuovi soggetti varia sensibilmente in funzione del potenziale di opportunismo e di fiducia: in un ambiente dove la fiducia è alta e il rischio di opportunismo contenuto, infatti, i rapporti di cooperazione si fondano in larga parte su legami informali, anche di tipo personale, e la sanzione reputazionale sostituisce quella giuridica.

Un secondo punto riguarda la varietà di soluzioni accolte dalla prassi.

Gli assetti che emergono da una mappatura delle pratiche collaborative sono mutevoli e di difficile collocazione entro le categorie tradizionali.

⁸¹ E. VON HIPPEL, *The Dominant Role of Users in the Scientific Instrument Innovation Process*, 5 Research Policy 212 (1976).

Le strutture organizzative sono molto più flessibili che in passato e sensibili al contesto: rispondono in modo variabile alla proiezione temporale dell'attività da svolgere, al grado di incertezza dei risultati prefissati, al rischio di opportunismo degli agenti, al tasso di innovazione del settore. Ciascuna organizzazione presenta caratteristiche specifiche con riferimento, ad esempio, alla stabilità rispetto ad ingressi ed uscite di singoli, agli strumenti di finanziamento, alla responsabilità dei partecipanti. Così, i meccanismi di *governance* che si instaurano nella produzione collaborativa sono spesso sovrapponibili, non del tutto definiti, adattabili in modo dinamico al particolare conflitto o decisione da prendere e variabili, in modo da mantenere quella libertà di azione peculiare di queste modalità di produzione.

Infine, i rapporti di collaborazione tra figure formalmente autonome ed indipendenti, caratterizzate da una forte interdipendenza economica, sono sempre stati di difficile definizione per il diritto.

La descrizione classica dei rapporti tra soggetti imprenditoriali distingue agenti in posizione di autonomia ed indipendenza ovvero, alternativamente, legati da vincoli di dipendenza e controllo.⁸²

Il sorgere di attività economiche organizzate su base diffusa, in una rete di pari, mette in crisi l'impostazione tradizionale e mostra l'esistenza di forme diverse di produzione e scambio ed il prevalere di una visione in cui, accanto alla dimensione competitiva, si affiancano la cooperazione ed il coordinamento tra agenti.

Proviamo ora, più nel dettaglio, ad articolare una prima riflessione sul modo in cui i singoli settori dell'ordinamento sono investiti da queste nuove modalità produttive di tipo collaborativo.

15. *La proprietà intellettuale ed i constructed commons.*

A differenza di quanto accade per impresa e mercato, nella produzione collaborativa sia gli *input* che gli *output* sono gestiti secondo il modello dei *commons*: la definizione dei singoli contributi e l'utilizzazione delle risorse frutto dello sforzo congiunto non avviene, infatti, attraverso contratto e proprietà, ma nella forma dell'*open access* o del *common property regime*.⁸³

⁸² Per una rassegna dei modelli societari di coordinamento tra imprese si rinvia a A. ZORZI, *Reti di imprese e modelli sociali di coordinamento*, in F. CAFAGGI (cur.), (nt. 25), 177.

⁸³ Per la distinzione v. *supra*, nota 1. Osserva, a proposito di reti di imprese, F. CAFAGGI, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale*, in F. CAFAGGI (cur.), (nt. 25), 42, che nelle reti paritarie la conoscenza prodotta si estende oltre gli appartenenti alla rete ed è pertanto un bene collettivo; a differenza di quanto accade nelle reti gerarchiche in cui la conoscenza è prodotta ad esclusivo vantaggio degli appartenenti alla rete.

La produzione collaborativa descrive, dunque, un modello di governo che supera, almeno in parte, le tradizionali forme di appropriazione della conoscenza legate alla proprietà intellettuale ed alle modalità proprietarie di creazione e trasmissione dell'informazione.

Questo non vuol dire affatto che, sotto il profilo giuridico, contratto e proprietà scompaiano, ma solo che tali istituti si caricano di funzioni nuove e talvolta antitetiche rispetto a quelle tradizionali.

Nella produzione collaborativa contratto e proprietà ricostituiscono le condizioni di libertà ed autonomia che caratterizzano i beni comuni: obblighi contrattuali e regole proprietarie servono ad evitare ogni genere di privativa e ad istituire un sistema di *commons* per l'informazione.

Non si tratta, dunque, di veri *commons*. Piuttosto, il sistema dei *commons* va <<costruito>> mimandone i sistemi di funzionamento attraverso strumenti contrattuali e proprietari volti ad evitare, o comunque limitare, l'esclusiva tipica della proprietà intellettuale.⁸⁴

Si parla, talvolta, di *(re)constructed commons*, proprio per designare le tecniche, basate sui contratti e sulla proprietà, attraverso le quali si replicano sul piano funzionale le dinamiche dei beni comuni, al fine di ricreare il carattere aperto della risorsa conoscenza.⁸⁵

Il c.d. *copyleft*, ad esempio, – espressione che, non a caso, gioca sulla contrapposizione con il *copyright* – è una licenza che assicura, su base proprietaria, che i prodotti derivati siano liberamente concessi a terzi con la stessa ampiezza.⁸⁶

Sotto il piano formale si mantiene il *copyright*, secondo le condizioni previste dalla *General Public Licence* (*GPL*), ma il diritto di proprietà viene formalmente conservato al solo scopo di sanzionare eventuali violazioni delle regole di apertura della comunità. In questo modo i *software open source*, a differenza dei *software* proprietari, rendono disponibile agli utenti il codice sorgente con la possibilità di modificare la propria copia e pubblicare la versione modificata.⁸⁷

Analogamente, i *Creative Commons* limitano i diritti di esclusiva dell'autore, consentendo di accedere, riprodurre e disporre dell'opera (in particolare, secondo la formula del *share alike*).⁸⁸

In tutti questi casi il ricorso alla proprietà intellettuale ha il solo scopo di evitare di incorrere in responsabilità e soprattutto di non consentire a terze parti l'appropriazione delle risorse.⁸⁹

⁸⁴ Sulle forme di opposizione all'appropriazione delle conoscenze in rete cfr. L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, Basic Books, 2006.

⁸⁵ B.M. FRISCHMANN, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, 89 Minn. L. Rev. 917, 936 (2005). Per una riflessione sui limiti di queste tecniche si rinvia a N. ELKIN-KOREN, *What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, 74 Fordham L.Rev. 375 (2005).

⁸⁶ V. KOSTAKIS, M. BAUWENS, *Network Society and Future Scenarios for a Collaborative Economy*, London, Palgrave Macmillan, 2014.

⁸⁷ <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.txt>.

⁸⁸ <http://creativecommons.org/licenses/>.

⁸⁹ S. O'MAHONY, *Guarding the Commons: How Open Source Contributors Protect their Work*, 32 Research Policy 1179 (2003).

Le soluzioni accolte variano nella prassi. I diversi sistemi di *commons* <<costruiti>> si diversificano in relazione al grado di apertura verso l'esterno, soprattutto con riguardo alle risorse in condivisione, ed alle forme di governo e di amministrazione del comune⁹⁰, che può riguardare l'intero progetto o singoli moduli.⁹¹

I contratti concepiti per la creazione di *commons* stabiliscono generalmente l'accesso ai dati aperto a tutti a costo zero (ovvero al costo *pro quota* di mantenimento della piattaforma), l'obbligo di rendere pubbliche ed accessibili le modifiche ed i miglioramenti apportati al sistema, il divieto di restringerne l'uso e di appropriarsi dei beni comuni o di utilizzarli in difformità alle regole della comunità.⁹²

Un *constructed commons* si pone, dunque, come alternativa tanto all'esclusiva proprietaria quanto all'intervento pubblico a correzione dei fallimenti messi in luce dalla letteratura con riguardo alle esternalità ed ai fallimenti del mercato connessi ai *public goods*.⁹³

Per queste ragioni, non sono riconducibili alla produzione collaborativa quei meccanismi di *governance* che, pur basandosi sul contributo di una comunità aperta nella logica del *peer to peer*, operano in base a logiche di tipo proprietario, come accade, ad esempio, nei principali *social network*. Si parla, in questi casi, di *firm-hosted peer production*.⁹⁴

A differenza di quanto accade nella produzione collaborativa, nella *firm-hosted peer production* i singoli contributori non hanno alcun diritto sul risultato ed il prodotto finale rientra nella proprietà di colui che ha lanciato l'iniziativa. I contributi forniti dagli utenti sono gestiti dall'impresa secondo un modello proprietario reso esplicito dalle condizioni di contratto, che attribuiscono all'impresa che gestisce l'infrastruttura o la piattaforma l'uso esclusivo dei dati frutto della collaborazione.⁹⁵

⁹⁰ Affermano, a questo proposito, M.J. MADISON, B.M. FRISCHMANN, K.J. STRANDBURG, *Construction Commons in the Cultural Environment*, 95 Cornell L. Rev. 657, 707 (2010), che il dibattito sulle forme di proprietà intellettuale è stato troppo spesso fuorviato dalla polarizzazione tra due estremi – privativa e *open access* – oscurando l'ampio spettro di soluzioni offerto dalle diverse forme di *commons* culturali.

⁹¹ J. HENKEL - C.Y. BALDWIN, *Modularity for Value Appropriation: How to Draw the Boundaries of Intellectual Property*, Harvard Business School Working Paper 11-054 (2010), reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/11-054.pdf>.

⁹² J.H. REICHMAN, P.F. UHLIR, *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, 66 Law & Contemp. Probs 315 (2003).

⁹³ M.J. MADISON, B.M. FRISCHMANN, K.J. STRANDBURG, *Construction Commons in the Cultural Environment*, 95 Cornell L. Rev. 657, 703 (2010).

⁹⁴ Y. BENKLER, *Peer Production and Cooperation*, in corso di pubblicazione in J.M. BAUER, M. LATZER (eds.), *Handbook on the Economics of the Internet*, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://www.benkler.org/Peer%20production%20and%20cooperation%2009.pdf>. Questa modalità produttiva è solo in apparenza riconducibile alla produzione tra pari, essendo piuttosto espressione di quello che è stato definito *netarchical capitalism*. V. KOSTAKIS, M. BAUWENS, (nt. 86), 23 s.

⁹⁵ Generalmente questa formula è adottata quando sia possibile creare un sistema di incentivi dei contributori in assenza dell'appropriazione del prodotto finale (ad esempio, attraverso il pagamento in denaro o facendo comunque appello a motivazioni intrinseche) e strutturare la modularità in modo tale da impedire la conoscenza del risultato complessivo ai singoli contributori. Cfr. C. BALDWIN, E. VON HIPPEL, (nt. 26).

A differenza che nei *constructed commons*, nella *firm-hosted peer production* contratto e proprietà assolvono, dunque, le loro tradizionali funzioni e servono ad orientare e limitare le modalità di utilizzazione dei dati ed il loro possibile impiego da parte dei terzi non proprietari.

16. *Il diritto dei contratti tra allocazione del rischio e governo dell'incertezza.*

Esiste un secondo profilo rispetto al quale le nuove forme di produzione collaborativa trasformano in profondità la funzione del diritto dei contratti.

La letteratura economica considera il contratto come strumento di gestione del rischio.

Il rischio è qui inteso come probabilità note di un numero noto di scenari futuri in base ad una valutazione probabilistica sugli stati futuri del mondo. Quando una stima del genere è possibile, il contratto può prevedere clausole del tipo <<se *x*, allora *y*>>, ossia può specificare, in modo più o meno analitico, cosa accade al verificarsi di determinate contingenze.

Tuttavia, in un periodo in cui l'innovazione tecnologica comporta continui mutamenti di scenario, questa condizione di rischio iniziale che si risolve nel corso della durata del contratto non è più realistica.

Invece che di <<rischio>> si parla di <<incertezza>>.⁹⁶

Qui incertezza è intesa come una condizione nella quale non è possibile effettuare *ex ante* una stima probabilistica degli eventi futuri. Al contrario che nel caso del rischio, in condizioni di incertezza non è possibile fare valutazioni prognostiche e, di conseguenza, redigere clausole del tipo <<se *x*, allora *y*>>.

Il carattere continuo dell'incertezza che caratterizza periodi di forte innovazione tecnologica modifica radicalmente l'idea del contratto come strumento di allocazione del rischio nel quale l'incertezza *ex ante* si risolve durante la vita stessa del contratto.

In condizioni di incertezza costante non è possibile determinare il soggetto su cui allocare la scelta.⁹⁷

Pertanto diviene irrealizzabile l'assegnazione *ex ante* dei diritti di decisione *ex post* che, nella prospettiva della contrattazione *coasiana*, consente una rinegoziazione efficiente.⁹⁸

⁹⁶ La distinzione, derivata da F.H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, New York, A.M. Kelley, 1967 (rist.), è ripresa da R.J. GILSON, C.F. SABEL, R.E. SCOTT, *Contract, Uncertainty and Innovation*, Stanford University Law School – Law & Economics Research Paper Series No. 385 (2011), reperibile in internet al seguente indirizzo: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1711435, i quali sottolineano come l'innovazione sia <<intrinsecamente incerta>>.

⁹⁷ R.J. GILSON, C.F. SABEL, R.E. SCOTT, (nt. 32), 456.

⁹⁸ Presupposto della rinegoziazione è che, una volta sciolta l'incertezza, le parti rinegozieranno l'accordo raggiungendo un'allocazione efficiente. Sul punto cfr. R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960).

La funzione dei contratti cambia, di conseguenza, per dimensioni e complessità.

Il contratto riflette questo mutamento: non più strumento di allocazione del rischio quanto piuttosto dispositivo per governare l'incertezza entro un processo di tipo collaborativo e ripetuto, sostituito funzionale della specificazione *ex ante* degli obblighi reciproci e focalizzato su obiettivi da raggiungere e informazioni da condividere. Nella prassi emergono combinazioni inedite di obbligazioni contrattuali formali e giustiziabili e non formali, ossia non attivabili in giudizio, con lo scopo di coordinare e governare l'interdipendenza di soggetti separati e stabilire una cornice entro la quale collaborare in condizioni di incertezza continua, limitando i rischi di opportunismo.⁹⁹

Questo processo di mutamento della natura del contratto si innesta in una più ampia evoluzione in atto, già efficacemente descritta dalla letteratura sulle reti di imprese, caratterizzata dalla ridefinizione della divisione netta tra regolazione dei modelli organizzativi e governo dell'attività di impresa. Sempre più spesso, infatti, il contratto diviene strumento di organizzazione delle attività produttive e non solamente di regolazione dell'attività economica. In questa prospettiva, occorre valorizzare la connessione funzionale tra contratti distinti ma caratterizzati da unicità sul piano economico e teleologico, apprezzando i profili di collegamento e superando, ove necessario, la relatività degli effetti del contratto. Ciò comporta, tra l'altro, il riconoscimento di rimedi contrattuali a terzi, estranei al singolo contratto ma incisi in qualità di parti di contratti collegati, e la rimodulazione del rischio in considerazione dell'intero assetto dell'organizzazione produttiva, anziché del singolo contratto.¹⁰⁰

17. *Il diritto societario.*

La distinzione, accolta dai codici ottocenteschi e tuttora largamente intatta, tra diritto societario - cui è rimessa la regolazione dei modelli organizzativi dell'impresa - e diritto dei contratti - cui spetta invece il governo dell'attività di impresa -, non risulta adeguata a descrivere le forme di produzione di tipo collaborativo.

La netta separazione tra i due ambiti impedisce di accogliere le nuove forme di organizzazione delle attività economiche nelle quali si combinano in forme inedite modelli contrattuali e societari per la produzione e lo scambio, in un sistema competitivo e al contempo cooperativo.

⁹⁹ Per una rassegna di casi concreti si rinvia a R.J. GILSON, C.F. SABEL, R.E. SCOTT, (nt. 32), 431 s. Su questi temi, si rimanda, inoltre, al volume curato da S. DEAKIN, J. MICHIE (eds.), *Contract, Co-operation, and Competition. Studies in Economics, Management and Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

¹⁰⁰ Con riferimento alle reti di imprese, cfr. P. IAMICELLI, *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, in F. CAFAGGI (cur.), (nt. 25), 125 s.

Il diritto societario, d'altra parte, presenta molte rigidità, che lo rendono talvolta inadatto a regolare i nuovi fenomeni.

La netta differenziazione dei modelli organizzativi in base alla presenza o meno dello scopo di lucro¹⁰¹, ad esempio, costituisce un ostacolo rispetto a molti dei fenomeni di produzione collaborativa, nei quali le forme di remunerazione e di profitto tradizionali sono definite in modi nuovi.¹⁰²

Anche gli strumenti decisionali della produzione collaborativa non si lasciano facilmente racchiudere entro le dottrine note. Le strutture organizzative formali, ove esistenti, rimangono spesso lettera morta, e così anche le regole scritte, il cui *enforcement* è rimesso a sistemi interni.

Diversamente da quanto accade nelle organizzazioni tradizionali, la *governance* delle nuove forme di produzione collaborativa stabilisce strumenti sovrapposti e spesso <<ridondanti>>, basati sul coordinamento piuttosto che sul controllo. Tali meccanismi di governo e decisione non riflettono né un modello maggioritario né di unanimità e si affidano a dispositivi ibridi – si parla talvolta di <<*rough consensus*>> – in cui la convergenza è ricercata attraverso sistemi flessibili di negoziazione continua, sovrapposti ed indeterminati, che tollerano momentanee incongruenze in vista del raggiungimento del risultato finale.¹⁰³

Infine, nelle nuove forme di produzione collaborativa emerge in modo netto una terza forma di governo, basata sulla conoscenza e sull'innovazione tecnologica.

Il governo dell'impresa non si realizza più solamente attraverso la proprietà del capitale e le relazioni contrattuali con le quali si distribuisce in via convenzionale il potere di governo. Capitale e contratti di impresa, ossia i modi tipici di organizzazione del processo produttivo, non sono più sufficienti ad appropriarsi della risorsa più importante - la conoscenza - e chi possiede l'informazione detiene, di fatto, un potere talvolta molto più incisivo di chi ha il controllo formale dell'azienda. Questo è ancor più vero quando la conoscenza, per le sue caratteristiche intrinseche o per altre circostanze, sia scarsamente appropriabile e trasferibile per contratto.

Di fronte a queste novità, compito del diritto è quello di identificare sistemi di responsabilità che riflettano il potere decisionale effettivo (ad esempio, qualificando coloro che esercitano tale potere come amministratori di fatto), di sanzionare gli abusi e di imporre obblighi di trasparenza e di pubblicità

¹⁰¹ Impone forme di pubblicità e obblighi di trasparenza molto più intensi per i soggetti giuridici con scopo di lucro; stabilisce processi decisionali diversi, tipicamente agganciati all'entità dei conferimenti, rispetto al principio c.d. capitarario dei soggetti non lucrativi (<<una testa, un voto>>); prevede forme di chiusura verso l'esterno più intense, e così via.

¹⁰² C. ANDERSON, *Free. The Past and Future of a Radical Price*, New York, Hyperion, 2009; ed. it. *Gratis*, Milano, Rizzoli, 2009.

¹⁰³ D.D. CLARK, *A Cloudy Crystal Ball – Visions of the Future*, MIT Laboratory for Computer Science, 1992, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://groups.csail.mit.edu/ana/People/DDC/future_ictf_92.pdf.

(ad esempio, applicando regole chiare sui conflitti di interessi). E solamente entro questi limiti di riconoscere validità ad accordi, prassi e norme sociali.

18. *Le nuove forme del lavoro on line.*

Come abbiamo visto, le piattaforme collaborative sono concepite in modo da organizzare le attività dei singoli contributori secondo moduli autonomi, tali da consentire l'innesto di apporti diversi.

Nelle forme di produzione collaborativa tra pari il contributo individuale non assume, dunque, la forma dello svolgimento di mansioni articolate, come accade nel rapporto di lavoro subordinato di tipo tradizionale, ma si traduce nell'esecuzione di compiti parcellizzati entro cui ciascuno dei soggetti coinvolti partecipa in modo creativo, in un processo di apprendimento costante e di ridefinizione continua degli obiettivi.

In questo quadro, viene meno l'idea stessa di una distinzione netta tra progettazione ed esecuzione: tra l'apporto di tipo creativo, rimesso tipicamente alla dimensione imprenditoriale di vertice dell'impresa, ed il lavoro, inteso come attività standardizzata in esecuzione di compiti assegnati.

Si ridisegna così la distinzione tra progettazione creativa ed esecuzione standardizzata, e tra impresa e lavoro; e, di conseguenza, vanno ripensate le strutture organizzative dell'impresa e la concezione stessa del lavoro.

Ne scaturisce una profonda rivisitazione del diritto del lavoro plasmato sul modello delle relazioni industriali e questo provoca ricadute importanti sull'identificazione del rapporto di impiego.

Non si tratta soltanto di elaborare definizioni.

Chi si avvale dell'apporto lavorativo di qualcuno non può sottrarsi all'inquadramento di tale rapporto in termini di lavoro subordinato.¹⁰⁴

Individuare i confini del lavoro significa dare una precisa qualificazione delle transazioni che si svolgono all'interno dell'organizzazione e ricondurle, alternativamente, al diritto dell'impresa ovvero al diritto del lavoro. Significa, in ultima istanza, individuare i soggetti su cui ricade il rischio di impresa e coloro che ne sono estranei.

Occorre, pertanto, distinguere progettazione creativa ed esecuzione standardizzata ed allocare correttamente il rischio d'impresa. Altrimenti il pericolo è quello di scaricare impropriamente i costi

¹⁰⁴ In Italia questo principio è espresso all'art. 2094 c.c.: <<E' prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore>>.

connessi all'esercizio di impresa su soggetti privi di potere decisionale effettivo e, in questo modo, di creare una distonia tra sistemi di responsabilità e governo dell'impresa. Con il risultato di realizzare un'allocazione del rischio di impresa non solamente ingiusta ma anche inefficiente in quanto generatrice di esternalità.

Per queste ragioni occorre tracciare una distinzione netta tra produzione collaborativa e mercati del lavoro *on line*.

In alcuni casi, infatti, il processo di attribuzione di compiti in vista del conseguimento di un dato risultato consiste semplicemente nell'affidare ad una pluralità indefinita di soggetti mansioni tradizionalmente svolte dai lavoratori di un'azienda.

Tale procedimento, talvolta definito *crowdsourcing*¹⁰⁵, consiste nella richiesta, formulata ad una platea diffusa di contributori (*crowd*) attraverso un meccanismo di *open call*, di espletamento di compiti generalmente di dimensioni ridotte e dai contorni precisi.

Attraverso le c.d. *micro-tasking platform* le imprese si rivolgono ad una platea di utenti per lo svolgimento di compiti anche molto piccoli. Compito dell'organizzazione è esclusivamente quello di coordinare e agevolare forme di collaborazione tra pari attraverso una <<piattaforma>> *on line*. La piattaforma descrive il problema, individua i compiti da risolvere e le modalità di contribuzione richieste; raccoglie coloro che intendono partecipare e offre gli strumenti e le soluzioni tecniche per consentire l'apporto dei singoli. Infine, aggrega i contributi individuali nel prodotto finale, assicurando il coordinamento e la qualità dei singoli contributi e del risultato finale.

Per farlo, le piattaforme ridefiniscono progetti anche molto impegnativi e complessi in compiti ben definiti, circoscritti e facilmente assolvibili, in modo da distribuirli ad una massa di persone. Attività complesse devono essere suddivise in frammenti più ridotti, ognuno in base a caratteristiche e bisogni precisi, in modo da poter essere svolti da soggetti diversi.¹⁰⁶

Generalmente è prevista la corresponsione di una somma di denaro, per tutti o solamente per alcuni tra i contributori: talvolta ad essere retribuiti sono gli incarichi più difficili, o quelli che richiedono competenze tecniche e professionali, o quelli più noiosi, mentre sono lasciati alla contribuzione volontaria tutti gli altri.

Questa modalità può essere temporanea e riguardare progetti singoli, ovvero costituire il modo di operare tipico di un'azienda. Nel primo caso la piattaforma è generalmente gestita da un intermediario

¹⁰⁵ Il termine è stato coniato da J. HOWE, *The Rise of Crowdsourcing*, in *Wired* - Issue 14.6 (June 2006), reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://archive.wired.com/wired/archive/14.06/crowds.html>.

¹⁰⁶ E.A. STOHR, J.L. ZHAO, *Workflow automation: Overview and research issues*, 3 *Information Systems Frontiers* 281 (2001).

remunerato con il riconoscimento di una percentuale sui singoli affari; nel secondo caso direttamente dall'azienda.

Queste forme di lavoro *on line* si avvalgono di lavoro umano di tipo indifferenziato e non di apporti creativi di tipo variabile e costituiscono semplicemente un modo di ridurre il costo legato all'assolvimento di determinati compiti, piuttosto che una gestione innovativa di forme di conoscenza dispersa e variabile.

La differenza tra la produzione collaborativa e queste forme di lavoro *on line* consiste nella presenza o meno di spazi di autonomia e di una dimensione creativa nell'apporto fornito dai singoli contributori.

Mentre nella produzione collaborativa i contributi non sono definiti e preassegnati ma richiedono un apporto individuale nella loro concezione e/o esecuzione, negli altri casi i compiti sono concepiti da un'entità centrale e assegnati a singoli esecutori.

A maggior ragione distanti dalle forme di produzione collaborativa sono i mercati del lavoro *on line*, attraverso i quali si assegnano compiti a soggetti singoli in cambio di remunerazione.

In questi casi, manca a monte qualsiasi forma di coordinamento: il contributo individuale costituisce la risposta alla richiesta formulata dal singolo, senza che questa si inserisca in un contesto più ampio.

Lo stesso discorso vale, infine, per quei sistemi di premialità basati su una competizione tra utenti per lo svolgimento di dati compiti *on line*, ed in cui esiste un solo contributo prescelto come migliore al quale viene riconosciuta una remunerazione.

Tutti questi nuovi mercati creano un problema di tutela del lavoro.

In tutti questi casi i compiti affidati vengono svolti al di fuori di orari di lavoro, a distanza (attraverso il proprio computer o telefono), ed in assenza delle protezioni tradizionali proprie del rapporto di lavoro.

Nonostante si sottolinei, talvolta, che questi mercati offrono strumenti di prevenzione dei comportamenti scorretti o inappropriati solo in parte efficaci, se confrontati con quelli a disposizione dell'impresa gerarchica (ad esempio, il licenziamento del lavoratore che contravviene ai propri doveri)¹⁰⁷, in realtà le condizioni lavorative e la possibilità stessa di continuare a lavorare dipendono da sistemi di valutazione (*rating*) spesso meccanizzati e contro i quali non è possibile per il lavoratore ottenere alcuna forme di tutela, né giurisdizionale né di altro genere. I contributori sono spesso definiti <<micro imprenditori>> e non godono delle tutele di un lavoratore tradizionale.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Per una prima ricognizione sul punto si rinvia a L.J. STRAHILEVITZ, *Wealth Without Markets*, 116 Yale L.J. 1472 (2007).

¹⁰⁸ A. KITTUR, J.V. NICKERSON, M.S. BERNSTEI, E.M. GERBER, A. SHAW, J. ZIMMERMAN, M. LEASE, J.J. HORTON, *The Future of Crowd Work* (2013); T. KNEESE, A. ROSENBLAT, D. BOYD, *Understanding Fair Labor Practices in a Networked Age*, Data & Society Working Paper (Oct. 8 2014), <http://www.datasociety.net/pubs/fow/FairLabor.pdf>.

19. *Autoregolazione, risoluzione dei conflitti e soft law.*

La *governance* delle nuove forme di produzione e scambio di tipo collaborativo è la combinazione di regole formali e informali, di orientamento al profitto e di motivazioni non economiche, di cooperazione e competizione, secondo schemi adattabili al contesto e solo in parte codificabili.

In questo quadro si impone la scelta di soluzioni flessibili, basate su standard aperti piuttosto che su regole rigide¹⁰⁹, nel rispetto di una logica di autogoverno delle parti e di autonomia per le soluzioni elaborate dai privati.

Il convincimento, molto diffuso nella letteratura, che le nuove forme di produzione collaborativa possano autoregolarsi si basa principalmente sulla pervasività delle informazioni disponibili e dei sistemi di reputazione presenti in rete.

Con la crescita delle informazioni a disposizione di ogni consociato, agenti privi della reputazione necessaria faticano a conquistare uno spazio sul mercato. Di conseguenza, il timore di sanzioni di tipo reputazionale modifica i comportamenti delle persone.¹¹⁰

I sistemi di reputazione si pongono, dunque, come alternativa alle forme tradizionali di sindacato giudiziale.

Entro questa logica di autoregolazione, un aspetto nodale della produzione collaborativa è rappresentato dalle forme di risoluzione del conflitto di tipo privato.¹¹¹

I sistemi di monitoraggio e sanzione delle devianze gestiti dalle comunità (c.d. *peer reviewing* o *peer monitoring*) divengono molto più efficaci in presenza di informazione diffusa, come tipicamente accade in rete.¹¹²

Ferma restando la possibilità di ricorrere alla giurisdizione statale¹¹³, tali sistemi risultano molto incisivi pur se comminano sanzioni ridotte, sganciate, e talvolta significativamente inferiori, rispetto al potenziale vantaggio derivante dall'infrazione della regola. La decisione è generalmente più rapida e meno costosa, ed è più facile che venga eseguita dai soggetti interessati.¹¹⁴

¹⁰⁹ G.K. HADFIELD, *Legal Infrastructure and the New Economy*, 8 J.L. & Pol'y for Info. Soc'y 1 (2012), 21.

¹¹⁰ Per un'esposizione di questo argomento si rinvia a L.J. STRAHILEVITZ, (nt. 73).

¹¹¹ Nei lavori di Elinor Ostrom la possibilità di contribuire al progetto e di beneficiare dei risultati si accompagna alla possibilità di autogoverno del gruppo. E. OSTROM, (nt. 1), spec. 29 s. Tale governo avviene nella forma del *clan control* o del *self control*. Cfr. W. OUCHI, *Markets, Bureaucracies, and Clans*, 25 Administrative Science Quarterly 129 (1980); L.J. KIRSCH, *The Management of Complex Tasks in Organizations: Controlling the Systems Development Process*, 7 Organization Science 1 (1996).

¹¹² I. MACINNES, Y. LI, W. YURCIK, *Reputation and Dispute in eBay Transactions*, 10 Int'l J. of Elec. Commerce 27 (2005).

¹¹³ Per una decisione resa da una corte americana in materia di *open source* v. Jacobsen v. Katzer, 535 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

¹¹⁴ E. OSTROM, (nt. 1), 59.

Inoltre è più probabile che la decisione resa da pari adotti regole e soluzioni in linea con le esigenze dello specifico contesto di riferimento, in una logica di <<*relation preserving*>> anziché di <<*end-game norms*>>, e che corregga le asimmetrie informative che spesso affliggono la decisione giudiziale.¹¹⁵

Il riconoscimento di forme di risoluzione delle controversie tra pari diviene una scelta particolarmente necessaria quando si consideri il carattere transnazionale di molte attività economiche descritte dal paradigma collaborativo. Quando un soggetto opera al di fuori dello spazio giuridico nazionale derivano difficoltà di *enforcement* e di regolazioni confliggenti.

Non si tratta ovviamente di un fenomeno nuovo: molte imprese dell'economia tradizionale operano in più regimi giuridici. La novità qui consiste nel fatto che la dimensione transnazionale è coesistente a questo tipo di imprese fin dalla loro costituzione: non riguarda, dunque, imprese che per dimensioni hanno travalicato i confini nazionali ed operano su un mercato globale (c.d. multinazionali), ma realtà di dimensioni anche ridotte che, operando in rete, fin da subito si collocano al di fuori di un singolo ordinamento.

20. Conclusioni.

Le barriere tecnologiche rappresentano un ostacolo - un costo transattivo - al raggiungimento dell'allocazione efficiente delle risorse. Quando queste barriere si spostano per effetto dell'innovazione tecnologica cambiano anche gli ostacoli, i costi transattivi appunto, all'adozione di certe soluzioni.¹¹⁶

L'innovazione tecnologica degli ultimi decenni ha modificato i vantaggi connessi alle organizzazioni produttive, ridefinito l'efficienza relativa dei diversi modelli organizzativi e fatto emergere nuove modalità di produzione.¹¹⁷

Per effetto di queste novità, l'attività produttiva sarà organizzata sempre più entro strutture simili ad una rete, piuttosto che ad una scatola chiusa.¹¹⁸

Le cause principali del mutamento in atto sono ravvisabili nella diffusione capillare di strumenti di calcolo, nell'individuazione di strutture modulari di *design* e nelle modalità di comunicazione legate alla

¹¹⁵ M.J. WHINCOP, *Entrepreneurial Governance*, Aug. 2000, reperibile in internet al seguente indirizzo: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=254169.

¹¹⁶ G. CALABRESI, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 Yale L.J. 1211 (1991).

¹¹⁷ Che i mutamenti intervenuti nei meccanismi di coordinamento della produzione e dello scambio siano principalmente frutto dell'innovazione tecnologica costituisce un punto che accomuna le diverse analisi. Cfr. E.B. BRYNJOLFSON, T.W. MALONE, V. GURBAXANI, A. KAMBIL, (nt. 28), 1628.

¹¹⁸ Osserva G.K. HADFIELD, (nt. 109), 15: <<In the new economy, the prototypical economic enterprise is no longer a box; it is a network>>.

rete: la drastica riduzione dei costi legati allo scambio di informazioni consente oggi una maggiore facilità di coordinamento di risorse disperse e la loro aggregazione in un prodotto finito utilizzabile dall'utente finale.

Quando l'informazione è disponibile a costi irrisori e può essere combinata attraverso il ricorso al capitale fisico disperso e a basso costo (ad esempio, i computer degli utenti) e al capitale umano sottoutilizzato (c.d. *cognitive surplus*), si realizza una produzione dell'informazione che, basata su questi *input* distribuiti, può talvolta risultare più efficiente rispetto a modelli di produzione legati al mercato o all'impresa.

Le variabili critiche rilevanti sono il livello di incertezza, la centralità dell'elemento conoscenza ed il suo grado di formalizzazione.

A queste condizioni, le nuove forme di produzione collaborativa presentano vantaggi sistematici rispetto alle altre forme della produzione nell'identificazione e nell'allocazione della creatività umana, nonostante la mancata appropriazione del prodotto finale che è, invece, al centro dei tradizionali modelli di produzione.

Queste novità non solamente hanno generato una profonda ridefinizione dell'efficienza relativa dei modelli alternativi di organizzazione, ma aperto nuovi mercati, rendendo profittevoli attività che in passato non lo erano.

Attraverso il coordinamento di contributi individuali – si osserva - si possono oggi articolare progetti su vasta scala al di fuori delle logiche (e dei costi) dei tradizionali meccanismi di impresa. Per la stessa ragione, diviene possibile lo svolgimento di attività che nell'economia tradizionale rimanevano ai margini del fenomeno produttivo.¹¹⁹

Ad emergere è un sistema di produzione che si distingue da quelli tradizionali anche per il tipo di incentivi su cui si basa, fondato in larga parte su motivazioni di tipo intrinseco.

Insieme al modello dell'*homo oeconomicus* massimizzatore razionale delle proprie utilità, ad essere messe in discussione sono le strutture istituzionali - sia di controllo che di mercato - le quali utilizzano un sistema di incentivi adatti solo in parte a motivare le persone.

Un ulteriore potenziale vantaggio per la produzione collaborativa discende, infine, dalla possibilità di offrire una diversificazione della produzione rispetto ai mercati di massa.

Storicamente il vantaggio dell'impresa integrata è consistito nella possibilità di produrre grandi quantità a costi unitari bassi. Un sistema del genere si fonda, tuttavia, sulla standardizzazione della produzione:

¹¹⁹ C. SHIRKY, *Here Comes Everybody. The Power of Organizing Without Organizations*, New York, Penguin Books, 2008, il quale parla di sfondamento del <<tetto>> e del <<pavimento>> di Coase.

modificare le caratteristiche di un singolo prodotto comporta costi che riducono l'efficienza complessiva. La nota battuta di Henry Ford, secondo cui i compratori possono avere l'automobile del colore che preferiscono <<*so long as it's black*>> descrive bene questa realtà.¹²⁰ Al contrario, la modularità delle nuove forme di produzione modifica i rapporti tra *design* e produzione e la possibilità di interfaccia tra diversi moduli, consentendo quella che è stata definita <<*mass customization*>>.¹²¹ Di conseguenza, le nuove forme di produzione stanno trasformando i mercati di massa in <<milioni di nicchie>> che premiano coloro in grado di rispondere in modo flessibile alle richieste dei consumatori, ribaltando un modello di produzione di massa che aveva ridotto i costi attraverso un processo di estrema standardizzazione della produzione.¹²²

Gli analisti si dividono sul futuro dell'economia collaborativa.

Alcuni lo indicano come il modello vincente di un futuro più o meno prossimo in cui si imporrà un sistema di produzione e scambio di tipo distribuito tra pari e un'economia orientata alla comunità.¹²³

Questa nuova modalità organizzativa porterebbe alla nascita di una nuova figura che assomma in sé produzione e consumo ed è talvolta descritta con neologismi come *produser* (con la esse)¹²⁴, *prosumer*¹²⁵ o *pro-am consumers*¹²⁶: soggetti a metà tra professionisti e dilettanti che utilizzano il tempo libero derivante dall'innovazione tecnologica – c.d. <<surplus cognitivo>> - per creare e condividere.¹²⁷

Ove questo scenario fosse vero, saremmo dinanzi al superamento della distinzione tra produttore e consumatore ed all'affermazione di modalità diffuse di produzione e scambio tra pari basate su due direttive fondamentali: la decentralizzazione e, appunto, la de-professionalizzazione.¹²⁸

Altri ritengono, al contrario, che le nuove forme di produzione si limitino a ricreare, magari rivisitandoli in forme inedite, meccanismi gerarchici¹²⁹ ovvero revocano in dubbio che questo modello sia davvero autonomo e che non rappresenti piuttosto una fase temporalmente circoscritta verso il mercato, una volta che ne sia acclarata la profittabilità economica.¹³⁰

¹²⁰ H. FORD, *My Life and Work*, New York, Doubleday, Page & Co., 1922.

¹²¹ J.B. PINE, *Mass Customization: The New Frontier in Business Competition*, Boston, Harvard Business Press, 1993; M. TSENG, F. PILLER (eds.), *The Customer Centric Enterprise: Advances in Mass Customization and Personalization*, New York – Berlin, Springer, 2003.

¹²² C. ANDERSON, *The Long Tail. Why the Future of Business is Selling Less of More*, New York, Hyperion Books, 2006; trad. it. *La coda lunga. Da un mercato di massa a una massa di mercati*, Torino, Codice Edizioni, 2010.

¹²³ J. RIFKIN, (nt. 2).

¹²⁴ A. BRUNS, *Blogs, Wikipedia, Second Life, and Beyond: From Production to Prodsusage*, New York, Peter Lang Pub Inc, 2008.

¹²⁵ D. TAPSCOTT, A.D. WILLIAMS, *Wikinomics. How Mass Collaboration Change Everything*, New York, Portfolio, 2008.

¹²⁶ C. LEADBEATER, *We Think. Mass Innovation, Not Mass Production*, London, Profile Books, 2008.

¹²⁷ C. SHIRKY, *Cognitive Surplus: Creativity and Generosity in a Connected Age*, New York, Penguin Books, 2010.

¹²⁸ F.G. LASTOWKA, D. HUNTER, *Amateur-to-Amateur: The Rise of a New Creative Culture*, Cato Institute, Policy Analysis n. 567 (2006), reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa567.pdf>.

¹²⁹ S. WEBER, (nt. 35).

¹³⁰ Cfr., ad esempio, L.J. STRAHILEVITZ, (nt. 107).

Abbiamo cercato, in queste pagine, di offrire una lettura del fenomeno che, rifuggendo da visioni assolutizzanti, ne mettesse in luce le caratteristiche salienti per verificare in quali casi questo nuovo modello di organizzazione della produzione e dello scambio goda di una posizione di vantaggio rispetto al mercato ed all'impresa gerarchica.

Sotto il profilo giuridico, abbiamo visto come la ridefinizione dei rapporti tra impresa e contratto, tra *management* e lavoro e tra progettazione ed esecuzione, e la crescente rilevanza del fattore conoscenza, hanno contribuito a mettere in crisi il modello di governo dell'impresa tradizionale e, con esso, le regole giuridiche che attorno a tale modello erano state concepite.

Di fronte a queste novità il compito del diritto non è quello di creare regole rigide, ma piuttosto una <<infrastruttura>>¹³¹, un bagaglio di soluzioni giuridiche, fatto di regole formali, ma anche soluzioni contrattuali, norme professionali, procedure, che favoriscano il nuovo ecosistema e che siano in grado di offrire risposte flessibili.

Molte cose restano ancora da spiegare.¹³²

Come ebbe a dire un noto economista a proposito della *corporation* americana, se l'uomo d'azione può accontentarsi di un sistema che funziona, uno che rifletta sulle proprietà e sulle caratteristiche di una data organizzazione non può fare a meno di chiedersi perché essa funzioni e soprattutto se continuerà a farlo.¹³³

Lo stesso vale per il giurista.

In un clima di incertezza ad essere passibile di una rapida obsolescenza non sono solamente le soluzioni organizzative adottate dalle imprese ma anche le soluzioni giuridiche immaginate per rispondere a queste novità.

¹³¹ G.K. HADFIELD, (nt. 109), 26.

¹³² Osservava qualche anno fa Y. BENKLER, *Coase's Penguin*, (nt. 3), 381: <<When peer production will surpass the advantages that the other two models may have in triggering or directing human behavior through the relatively reliable and reasonably well-understood triggers of money and hierarchy is a matter for more detailed study>>. A distanza di oltre un decennio la letteratura sul tema è ancora lontana dall'aver offerto una risposta chiara.

¹³³ E.S. MASON, *The Corporation in the Modern Society*, Cambridge – MA, Harvard University Press, 1960.

CONTRATTO DI RETE E SOGGETTIVITÀ GIURIDICA

ANTONIO SERRA

SOMMARIO.- 1. La nozione di contratto di rete. 2. L'iscrizione del contratto di rete nel registro delle imprese. 3.- Iscrizione nel registro delle imprese e acquisto della soggettività giuridica. 4. segue: modalità di iscrizione nel registro delle imprese. 5. Acquisto e perdita della soggettività giuridica. 6. Elementi essenziali del contratto di rete in funzione dell'acquisto della soggettività giuridica. 7. L'ordinamento patrimoniale gestionale della rete. 8. Considerazioni conclusive.

1. La nozione di contratto di rete

“Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnico o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa”. E' questa la nozione di contratto di rete accolta – a conclusione (per ora) di un percorso legislativo tormentato quanto concentrato nel tempo – nell'art. 3, co 4 ter l. 9.4.2009, n. 33 e sue successive modificazioni ¹. A completamento della nozione qui richiamata, la norma precisa che il contratto “può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso”. In linea di principio, peraltro, il contratto di rete “non è dotato di soggettività giuridica”, salva l'ipotesi in cui – se è prevista la costituzione del fondo comune – la rete si iscriva nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede, perché – in tal caso – “la rete acquista soggettività giuridica” (art. 3, co. quaterl. n. 33/2009).

¹ D'ora in poi l. n. 33/2009; sui ripetuti interventi legislativi succedutisi in materia nell'arco degli ultimi quattro anni si veda MILELLA, La soggettività nel contratto di rete tra imprese, in I Contratti, 2013, 401; CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO, Gli ultimi interventi legislativi sulle reti, in Il contratto di rete per la crescita delle imprese, Milano, 2012, 489; SCIUTO, Imputazione e responsabilità nelle “reti di imprese” non entificate, in Riv. Dir. Comm., 2012, I, 445.

2. L'iscrizione del contratto di rete nel registro delle imprese.

A fronte della nozione ora riportata è agevole constatare che il contratto di rete – muovendo da un contenuto tipico e comune (rappresentato dallo scopo di accrescere la capacità innovativa e la competitività nel mercato di ciascun aderente tramite l'obbligo di concorrere a realizzare il programma di rete) – si estrinseca in una pluralità di modelli che, nella forma più articolata, possono presentarsi forniti di soggettività giuridica e/o responsabilità limitata (al fondo patrimoniale costituito dai contraenti)². Il contratto di rete (quale che sia il suo contenuto) è altresì soggetto a iscrizione nel registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico dei sottoscrittori originari³.

Per quanto riguarda la forma del contratto non è previsto alcun onere particolare. La redazione del contratto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (od anche per atto firmato digitalmente a norma del d. l.vo 7.3.2005, n. 82) è, infatti, prescritta espressamente “ai fini degli adempimenti pubblicitari” (art. 3, co. 4 ter). Fermo quanto si dirà in seguito a proposito dell'acquisto della soggettività giuridica, l'imposizione ora detta della forma scritta – come da altri già avvertito⁴ – non “serve (...) a dare rilevanza giuridica, che altrimenti mancherebbe, a quei contratti di collaborazione interimprenditoriale che riproducano in toto la funzione descritta dalla norma definitoria del contratto di rete”. Ed invero non può dubitarsi della validità e della piena efficacia – sul piano

² E' constatazione, ricorrente fin dai primi commenti sulla disciplina dei contratti di rete, che la rete possa configurarsi in una pluralità di modelli organizzativi, sostanzialmente riconducibili a due distinte tipologie: reti di tipo meramente “contrattuale interno” e di tipo “associativo” in senso proprio e pieno (DONATIVI, Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance, in Società, 2011, 1429) ovvero “organizzativo” [BIANCA, Il regime patrimoniale delle reti, in Il contratto di rete. Nuovi strumenti contrattuali per la crescita delle imprese, Milano, 2012, 14; IDEM, Il modello normativo del contratto di rete. Nuovi spunti di riflessione sul rapporto fra soggettività giuridica e autonomia patrimoniale, in (a cura di Cafaggi, Ianicelli, Mosco) Il contratto di rete per la crescita delle imprese, Milano, 2012, 41]. Con riferimento all'impostazione qui richiamata, il contratto di rete è stato definito come una figura “trans-tipica”, proprio in considerazione della “sua tendenziale ibridizzazione fra contratto e organizzazione” (ZANELLI, Reti di impresa: dall'economia al diritto: dall'istituzione al contratto, in Contratto e impresa, 2010, 952; in punto, esplicitamente, CAFAGGI, Il contratto di rete e il diritto dei contratti, in Contratti, 2009, 919 e, seppure pervenendo a conclusioni diverse CIRIANNI, La costituzione del contratto di rete: aspetti operativi, in Corriere del merito, 2010, 26; MOSCO, Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete, in Giur. Comm., 2010, I, 843 ss.; FESTI, La nuova legge sul contratto di rete, in NGCC, 2011, II, 539 (tutti orientati, seppure per motivazioni diverse, per riconoscere nel contratto di rete un nuovo tipo contrattuale) nonché DORIA, Gestione rappresentativa e gestione associativa nelle reti di imprese, Torino, 2012, 20).

³ In ordine agli effetti della pubblicità e, conseguentemente, all'efficacia costitutiva o meno da riconoscere all'iscrizione del contratto nel registro delle imprese cfr, da ultimi, SCIUTO, Imputazione e responsabilità, cit., 485; MALTONI, Le pubblicità del contratto di rete: questioni applicative, in Studi e Materiali (a cura del Consiglio Nazionale del Notariato), 2013, 455 nonché infra, n. 8 testo e note.

⁴ Così SCIUTO, op. cit., 484

obbligatorio – di accordi fra imprenditori diretti a consentire una crescita delle capacità di innovazione e dicompetività degli stessi sul mercato attraverso l'esercizio di attività svolte in comune ovvero lo scambio di informazioni tecnologiche e commerciali od ancora l'attuazione di altre forme di cooperazione. La validità di simili accordi può essere infatti valutata esclusivamente in termini di meritevolezza dell'interesse perseguito, come si verifica per qualsiasi altro atto di autonomia privata⁵.

L'iscrizione del contratto di rete nel registro delle imprese è, pertanto, necessariamente volta a perseguire un fine ulteriore e diverso rispetto a quello consistente nell'efficacia obbligatoria del contratto, già garantita dai principi generali dell'ordinamento a norma dell'art. 1322 c.c. Tale fine consiste nel consentire che il contratto possa produrre quegli effetti reali, conseguenti al suo specifico contenuto, che l'autonomia privata di per sé non può produrre fra cui, da un lato, la separazione patrimoniale del fondo e la sua esclusiva rispondenza alle pretese dei creditori e, dall'altro, l'agire tramite organi che hanno il potere di rappresentare i contraenti di fronte ai terzi.

Di qui l'ulteriore conseguenza per cui l'onere di iscrizione nel registro delle imprese incide non solo sulla forma, ma anche sul contenuto del contratto, nel senso che la legge subordina la produzione degli effetti reali all'espressa indicazione nel contratto di tutti gli elementi (dall'individuazione dei singoli partecipanti alla costituzione del fondo patrimoniale comune; dalla nomina dell'organo comune alle regole relative alla durata del contratto, all'adesione di altri imprenditori nonché alle modalità di assunzione delle decisioni dei partecipanti sulle materie di interesse comune), alla cui presenza nel testo negoziale è subordinata "l'efficacia" nei confronti dei terzi.

⁵ Sotto questo profilo vi è chi ha segnalato (FESTI, op. cit., 537) una mancanza di coordinamento fra la disciplina del contratto e la normativa antitrust (legge 10.10.1990, n. 287), anche se la questione pare agevolmente risolvibile secondo i principi, nel senso della nullità del contratto di rete stipulato in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza.

3. Iscrizione nel registro delle imprese e acquisto della soggettività giuridica

Peraltro, l'adempimento degli oneri pubblicitari, per il quale sono richiesti i requisiti di forma e di contenuto ora ricordati non è condizione, di per sé, per l'acquisto della soggettività giuridica. Tale effetto è escluso espressamente dalla norma, laddove dispone che – ancor quando sia prevista l'istituzione dell'organo comune e del fondo patrimoniale – il contratto “non è dotato di soggettività giuridica”. Per l'acquisto della soggettività è richiesto, infatti, l'adempimento di uno specifico onere pubblicitario, diverso da quello richiesto in via generale per tutti i contratti di rete, individuato nell'iscrizione della rete nella sezione ordinaria del registro delle imprese, nella cui circoscrizione è stabilita la sede della rete stessa (art. 3, co. 4 ter e art. 3, co 4 quaterl. n. 33/2009).

La precisazione contenuta nella norma è particolarmente significativa, perché essa pone fine al dibattito circa la possibilità di ravvisare o meno nel contratto di rete un autonomo soggetto imprenditoriale (o un autonomo centro di imputazione) ⁶. Gli ultimi interventi legislativi in materia hanno, infatti, preso posizione sulla questione nel senso che – pur ribadendo la natura sostanzialmente contrattuale della fattispecie ⁷ – si sono pronunciati a favore della coesistenza del modello contrattuale con il modello – se così può dirsi – “entificato” (o a struttura organizzativa) rimettendo all'autonomia negoziale dei contraenti la scelta fra l'uno e l'altro. Ciò perché – fermirestando la (possibile) identità di contenuto del contratto e l'onere di iscrizione dello stesso nel registro delle imprese – l'acquisto della soggettività risulta, appunto, effetto dell'esercizio della facoltà, attribuita dalla legge ai contraenti, di assoggettare il contratto a una specifica forma di pubblicità (l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese in cui ha sede la rete).

La disciplina in esame fissa altresì le condizioni, alla cui sussistenza è subordinato l'esercizio dei tale facoltà, condizioni – in buona parte – comuni a quelle richieste anche per l'adempimento degli obblighi

⁶ Il dubbio circa la possibilità di ravvisare nella rete un autonomo centro di imputazione rispetto agli imprenditori aderenti alla rete può considerarsi coevo all'entrata in vigore della disciplina (in punto cfr. DONATIVI, op. cit., 143, MALTONI, Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla L. n. 122/2010, in Notariato, 2011, 64s.: MOSCO, op. cit., 852; VILLA, Reti di imprese e contratto plurilaterale, in Giur comm., 2010, I, 951; la ragione del dibattito è peraltro venuta meno – come ricordato anche nel testo – per il fatto che l'acquisto della soggettività giuridica è escluso per legge in assenza della specifica pubblicità prescritta dall'art. 3 co quater l. n. 33/2009. Di qui il superamento anche di altre impostazioni (si veda ad es. la tesi avanzata da GENTILI, Una prospettiva analitica su reti di impresa e contratti di rete in Obbl. e contratti, 2010, 90), per cui, muovendo dalla premessa kelseniana per cui il soggetto non naturale è un ordinamento, “un contratto può diventare un soggetto, quando perdura ed agisce a mezzo di un'organizzazione stabile”.

⁷ In tal senso si sono espressi i primi commentatori del provvedimento (CAFAGGI, IAMICELLI, MOSCO, op. cit., 490; MILELLA, op. cit., 403), con riguardo anche alla configurabilità o meno del contratto di rete come contratto associativo ricompreso nella più generale categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo (da ultimo DORIA, op. cit., p. 20; nonché CARPA, Integrazione di imprese e destinazione patrimoniale, in Contratto e impresa, 2010, 176 e *infra*, nota 14).

di pubblicità di qualsiasi altro contratto di rete, che riguardano la forma del contratto, le modalità di iscrizione e il contenuto del contratto.

4. *segue: modalità di iscrizione nel registro delle imprese.*

In punto di forma del contratto deve dirsi che valgono le prescrizioni generali, perché la redazione del contratto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o ancora per atto firmato digitalmente è richiesta – senza distinzioni – ai fini degli adempimenti pubblicitari prescritti dalla legge, fra i quali sono compresi anche quelli necessari per l'acquisto della soggettività giuridica⁸.

Sostanziali differenze sono invece riscontrabili per quanto riguarda le modalità di attuazione della pubblicità del contratto di rete quando gli aderenti intendano far acquisire alla rete la soggettività giuridica.

Al riguardo è opportuno ricordare che, in via generale, per la pubblicità del contratto è richiesta l'iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso la quale è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere dalla data in cui è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni a carico delle originarie parti del contratto (i sottoscrittori originari, nella terminologia legislativa). Al contrario, e purchè sussistano le altre condizioni prescritte dalla norma (sulle quali si tornerà fra breve), la pubblicità del contratto al fine di acquistare la soggettività giuridica si effettua mediante iscrizione dell'atto “nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede” [della rete]; a seguito di tale iscrizione “la rete acquista soggettività giuridica” (art. 3,co 4 quater l. n. 33/2009).

Di qui una prima implicazione di ordine applicativo, concernente il coordinamento fra la regola generale prevista per la pubblicità del contratto di rete in quanto tale, che – come detto –prevede l'iscrizione nel registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun aderente [alla rete], e la regola speciale e propria del contratto di rete destinata a fare acquisire la soggettività giuridica, per la quale l'iscrizione – a tale fine – si effettua esclusivamente nella sezione ordinaria del registro delle imprese in cui è stabilita la sede della rete.

Il dato testuale, che risulta dalla lettura dell'art. 3, co 4 quater l.n. 33/2009, porta a ritenere che le due forme di pubblicità si pongano in termini alternativi.

Ferma restando, infatti, la prescrizione generale per la quale il contratto di rete è soggetto all'iscrizione del registro delle imprese ai sensi dell'art. 3, co 4 quater cit., si deve ricordare che è sempre la stessa norma (nel precedente comma 4 ter) a precisare che il contratto di rete, ancorchè dotato di fondo patrimoniale comune e di organo comune, non acquista, a seguito dell'adempimento dell'onere pubblicitario, la soggettività giuridica. Di qui l'opinione consolidata e condivisibile per cui

⁸ Per tutti cfr. MALTONI, Le pubblicità del contratto di rete, cit., 456.

L'adempimento dell'onere pubblicitario, comune a tutti in contratti di rete, riguarda non l'efficacia del contratto fra le parti, ma "la rilevanza della rete nei confronti dei terzi"⁹. D'altro canto, in deroga a tale previsione generale, l'ultimo periodo dell'art. 3, co 4 quater consente, da un lato, che l'onere pubblicitario possa essere adempiuto, se è prevista la costituzione del fondo comune, tramite l'iscrizione della rete nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede e, dall'altro, dispone che, a seguito di tale iscrizione, "la rete acquista soggettività giuridica". In altre parole, qualora gli aderenti alla rete si avvalgono dell'opzione per la forma semplificata di pubblicità consistente nella sola iscrizione presso la sezione ordinaria del registro delle imprese in cui è stabilita la sede delle rete, l'efficacia del contratto per i terzi consegue automaticamente da tale iscrizione (rectius, gli effetti del contratto, fra cui l'acquisto della soggettività e la rilevanza della rete nei confronti dei terzi si producono da tale momento).

Ciò posto, poiché gli effetti conseguenti all'attribuzione della soggettività giuridica sono necessariamente assorbenti di quelli propri della pubblicità che dovesse essere effettuata presso il registro delle imprese in cui è iscritto ciascun aderente alla rete (effetti – lo si ripete – che hanno la sola funzione di rendere opponibile ai terzi tale adesione), l'iscrizione della rete nella sezione ordinaria ai sensi dell'art. 3, co. 4 quater ultimo inciso rende superfluo l'espletamento di qualsiasi altro onere pubblicitario (e in particolare l'iscrizione prevista, in via generale, dalla prima parte della norma in esame).

Questa conclusione consente anche di superare eventuali disarmonie riconducibili alla diversa decorrenza di effetti prevista per le due forme di pubblicità. La legge prescrive che "l'efficacia" del contratto (nel senso già chiarito) decorra dall'ultima delle iscrizioni nel registro delle imprese in cui è iscritta la singola impresa; al contrario, l'effetto (costitutivo) della pubblicità – nel caso di acquisto della soggettività – coincide necessariamente con la sola iscrizione della rete nella sezione ordinaria, con conseguente caducazione (se per ipotesi in corso) di ogni procedimento di iscrizione delle singole imprese aderenti.

5. *Acquisto e perdita della soggettività giuridica*

⁹ Il rilievo è in MALTONI, op. ult. cit., 459; in senso contrario sembrano orientati CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO op. cit., 491; a sua volta SCIUTO, op. cit., 447 sottolinea "l'inedito legislativo di una pubblicità costitutiva", che nelle modalità e negli effetti risulta rimessa "a discrezione" dell'iscrivente. E' opinione condivisa che, ai fini della pubblicità, attesa l'esplicita prescrizione della norma non sia dato distinguere fra impresa commerciale e impresa agricola.

Alla luce della prescrizione generale, per la quale – a seguito dell’iscrizione nel registro delle imprese – il contratto di rete, ancor quando fornito dei requisiti di forma e di struttura (fondo patrimoniale comune e organo comune), non acquista la soggettività giuridica a meno che i contraenti non esercitino – a tale fine – la facoltà, ad essi concessa, di utilizzare la forma di pubblicità in deroga (costituita dall’iscrizione del contratto nella sezione ordinaria del registro delle imprese in cui è stabilita la sede della rete), si deve ritenere che l’acquisto della soggettività sia subordinato ad un’espressa manifestazione di volontà in tal senso da parte degli imprenditori aderenti alla rete ¹⁰.

Questa conclusione trova conforto in un duplice ordine di ragioni. Il primo di carattere generale per il quale – ogni qual volta il verificarsi di un effetto è rimesso dalla legge alla volontà dell’interessato – è necessario un atto o un evento (sia esso una manifestazione di volontà o un fatto) idonei a produrre l’effetto stesso. Il secondo ordine di ragioni discende dal testo della norma che subordina la produzione dell’effetto (l’acquisto della soggettività giuridica) esclusivamente all’esercizio della facoltà di adottare una particolare forma di pubblicità (l’iscrizione nella sezione ordinaria) in luogo di un’altra, consentendosi soltanto nel primo caso l’entificazione della rete e la produzione dei conseguenti effetti sia in termini di responsabilità (limitata al solo fondo patrimoniale comune) sia di agire dell’organo comune in rappresentanza della rete e non in rappresentanza dei singoli imprenditori partecipanti al contratto.

L’individuazione delle modalità nelle quali può (e deve) estrinsecarsi l’opzione a favore della soggettività non può non essere rimessa ai principi della materia, nel senso che deve trattarsi di una modalità idonea a consentire l’iscrizione del contratto nella sezione ordinaria del registro delle imprese e, come tale, rispettosa anche delle procedure e delle forme richieste per l’esecuzione della pubblicità ¹¹.

Il fatto che l’acquisto della soggettività sia rimesso alla discrezionalità degli interessati lascia intendere che lo stesso possa verificarsi sia all’atto della stipulazione del contratto di rete sia in un momento successivo.

L’acquisto della soggettività in un momento successivo alla stipulazione del contratto comporta una sua modificazione, da adottarsi secondo le regole contrattualmente previste per le decisioni di interesse comune [art. 3, co 4 terlett. f) l. n. 33/2009]. L’attribuzione della soggettività giuridica costituisce una

¹⁰ In questo senso si vedano le osservazioni di SCIUTO, op. cit., 447 s., il quale sottolinea le perplessità suscitate dall’opzione legislativa di riconoscere la soggettività giuridica – a parità di condizioni “strutturali” – al contratto di rete che “decida di iscriversi come tale nella sezione ordinaria”, opzione che può piegarsi soltanto con il fatto che “il legislatore può fare quel che vuole”. Può aggiungersi – fermo restando che non può postularsi la ricorrenza di un effetto (la soggettività giuridica) laddove la norma espressamente lo nega – che la scelta legislativa risulta in contrasto con l’orientamento generale di riconoscere la soggettività giuridica ogni qual volta vi sia un’organizzazione creata per il perseguimento di uno scopo comune tramite l’esercizio di un’attività in comune (basti pensare alla condivisa attribuzione di soggettività alle società di persone).

¹¹ Sulle modalità di attuazione della pubblicità cfr. in particolare MALTONI, op. e loc. ult. citt.

tecnica legislativa per consentire agli imprenditori aderenti alla rete la realizzazione dello scopo comune attraverso il ricorso a particolari regole concernenti sia il loro agire comune affidato all'organo di gestione, che – in tal caso – assume la rappresentanza della rete sia la responsabilità per le obbligazioni conseguentemente assunte, per le quali risponde soltanto il fondo patrimoniale comune. Come per qualsiasi modificazione del regolamento negoziale già convenuto, il passaggio dall'organizzazione contrattuale (non dotata di soggettività) all'organizzazione entificata (rectius, dotata di soggettività) comporta l'applicazione della disciplina a tal fine prevista – in mancanza di espresse norme di legge – dalle stesse parti per le modificazioni del contratto di rete sia per quanto riguarda le regole procedurali da seguire sia per quanto riguarda gli oneri pubblicitari per le stesse previsti.

Poiché la legge consente la modificabilità del contratto anche a maggioranza, tale regola è destinata a trovare applicazione – in luogo della generale regola dell'umanità che regge le modifiche del contratto – se espressamente prevista ovvero in assenza di contraria previsione sul punto.

Si è dubitato che il successivo acquisto della soggettività giuridica possa essere ricondotto nell'ambito delle modifiche dell'originario regolamento negoziale. Il dubbio non ha però ragione di esistere, perché il fatto che l'acquisto della soggettività giuridica incida “sulle regole di imputazione degli effetti giuridici posti in essere dall'organo comune” e, pertanto, “sulle regole in materia di rappresentanza dei singoli contraenti”¹², non fa perdere alla decisione dei contraenti la natura di modifica del contratto. Al riguardo è sufficiente ricordare che all'ordinamento – anche in materia di disciplina dell'esercizio (in comune) di attività economiche – sono ben noti casi di modificazione di regolamenti negoziali, che comportano l'attribuzione e/o la perdita della personalità giuridica e che incidono sul regime di responsabilità personale dei soggetti interessati a tali procedimenti modificativi (basti pensare alla disciplina della trasformazione).

Per quanto riguarda l'adempimento degli oneri pubblicitari necessari per l'acquisto della soggettività, l'iscrizione nella sezione ordinaria dovrà essere preceduta dall'iscrizione nel registro delle imprese della modifica del contratto di rete a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo (rectius, della decisione assunta dagli imprenditori aderenti alla rete di dotare la stessa di soggettività) a norma di quanto previsto nel secondo periodo dell'art. 3, co quater l. n. 33/2009. Una volta eseguita la pubblicità della modifica contrattuale, la rete sarà iscritta presso la sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui

¹² Il richiamo alla disciplina della trasformazione si legge in MALTONI, op. ult. cit., 460; in punto può ricordarsi che anche per i consorzi (figura alla quale costantemente è avvicinata la rete) è prevista la trasformazione rimessa alla maggioranza dei consorziati.

circostrizione è stabilita la sua sede; solo a seguito di tale iscrizione la rete acquista la soggettività giuridica.

Mentre non sussistono dubbi in ordine alla possibilità di fare acquisire alla rete soggettività in un momento successivo alla stipulazione del contratto a seguito di una modificazione dello stesso in tal senso, ad analoga conclusione non pare possa pervenirsi nell'ipotesi opposta, in cui gli imprenditori aderenti alla rete soggettivizzata intendano rinunciare alla soggettività.

Pur costituendo la relativa decisione una modifica contrattuale, pare evidente che la perdita di soggettività comporti necessariamente l'estinzione del soggetto e la conseguente liquidazione del suo patrimonio secondo le regole previste dal contratto, eventualmente integrate da quelle proprie dello scioglimento dei contratti con comunione di scopo. Né vale obiettare, con riferimento alla disciplina della trasformazione, che l'ordinamento arriva a consentire la trasformazione da un soggetto, persona giuridica, a una situazione di contitolarità su un complesso di beni produttivi (art. 2500 septies c.c., in materia di trasformazione di società in comunione di azienda). Al di là della specialità della fattispecie, poiché la modifica comporta la perdita della soggettività e, conseguentemente, il venire meno della titolarità dei rapporti giuridici in capo al soggetto estinto, non è possibile configurare una continuazione di tali rapporti in capo ai singoli imprenditori senza dare luogo ad un'attività di liquidazione del patrimonio del soggetto estinto. Si aggiunga, in proposito, che il fondo patrimoniale comune non pare assimilabile ad un'azienda, né – ai fini della successione nei rapporti facenti capo alla rete – appare configurabile la contitolarità di tale fondo come comunione di azienda.

6. Elementi essenziali del contratto di rete in funzione dell'acquisto della soggettività giuridica

Ai fini dell'iscrizione della rete nella sezione ordinaria e del conseguente acquisto della soggettività giuridica, la norma dispone che il contratto debba prevedere la costituzione del fondo comune (art. 3, co 4 quater, cit).

Dal coordinamento di tale disposizione con le altre regole dettate, in via generale, per l'adempimento degli oneri di pubblicità richiesti per il contratto di rete discende, innanzi tutto, che deve essere prevista anche l'istituzione di un organo comune. In tal senso depone il fatto che la rete, quando acquista la soggettività giuridica, agisce tramite l'organo che ne ha la rappresentanza [art. 3. co. terlett. e)]¹³.

Alla luce di quanto precede può tracciarsi un quadro, seppure estremamente sintetico, del contenuto del contratto di rete ai fini dell'iscrizione nella sezione ordinaria e dei relativi effetti.

¹³ Il dato è pacifico per MALTONI, op.ult. cit., 460.

Per quanto riguarda il contenuto, il contratto (stipulato in funzione dell'acquisto della soggettività) deve indicare tutti gli elementi che sono richiesti ai fini della pubblicità di un (qualsiasi) contratto di rete, che preveda l'istituzione del fondo comune e dell'organo comune.

Cercando di dare una prospettazione sistematica di tali elementi, con riferimento agli elementi propri dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, può dirsi che il contratto di rete "soggettivizzata" deve contenere non solo i dati necessari per consentire l'individuazione degli aderenti (originari e successivi) alla rete e i dati della singola rete costituita (sua denominazione e sede) richiesti per l'acquisto della soggettività giuridica, ma anche tutte le altre clausole relative alla durata del contratto e all'adesione di nuove parti, nonché al suo scioglimento totale ovvero limitatamente ad uno o più aderenti (nel caso in cui sia consentito l'esercizio del diritto di recesso). In punto la legge – a conferma della condivisa natura del contratto di rete – rinvia espressamente alla disciplina generale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, fermo restando che a tale rinvio deve attribuirsi portata generale, nel senso che lo stesso deve intendersi estensibile non solo ai profili richiamati nella norma in esame, ma anche a qualsiasi altro profilo del contratto non espressamente disciplinato dalle parti ¹⁴.

Accanto a queste indicazioni, destinate sia a consentire l'individuazione della rete e dei suoi aderenti sia a disciplinare lo svolgimento del rapporto fra gli aderenti nel tempo, il contratto deve contenere l'indicazione degli "obiettivi strategici" di innovazione e di crescita di competitività che i partecipanti intendono perseguire.

In coerenza con gli obiettivi strategici deve essere redatto il programma di rete, che ha lo scopo di fissare "i doveri e i diritti di ciascun partecipante" al fine di consentire il perseguimento dello scopo comune di innovazione e/o di crescita sul mercato di ciascuna impresa aderente, anche attraverso la determinazione del conferimento che ciascun partecipante deve apportare al fondo comune, la cui costituzione è prevista quale condizione inderogabile per l'acquisto della soggettività unitamente all'istituzione dell'organo comune.

Ne consegue che il testo del contratto di rete risulta necessariamente arricchito di un complesso di clausole, destinate – rispettivamente – le une a dotare la rete delle risorse patrimoniali necessarie per svolgere le attività richieste dal programma di rete e le altre a garantirne il funzionamento nel tempo.

¹⁴ Ne discende che potranno essere inserite nel contratto tutte le clausole che non siano in contrasto con i principi generali che governano la conclusione, l'esecuzione e lo scioglimento del contratto plurilaterale con comunione di scopo (sulla portata del richiamo alla disciplina di tale tipo contrattuale, anche se con particolare riferimento alle modificazioni soggettive del contratto di rete, si veda da ultimo CAPRARA, "Le modificazioni soggettive" del contratto di rete: spunti di riflessione, in Contratto e impresa, 2013, 1385 ss.).

7. *L'ordinamento patrimoniale gestionale della rete*

Per quanto riguarda l'ordinamento patrimoniale della rete (soggetto giuridico), il contratto fissa “la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo”¹⁵. La norma rimette all'autonomia negoziale ogni potere regolamentare in materia, anche se deve ritenersi che la relativa disciplina debba ispirarsi al principio di eguaglianza fra gli aderenti e alla conseguente parità di trattamento. Di qui la conclusione per cui ciascun aderente sarà tenuto a conferire quanto necessario per la realizzazione dello scopo comune in proporzione ai vantaggi a lui riservati nel programma di rete, che – in mancanza di previsioni espresse – devono presumersi uguali per ciascuno di essi.

A proposito delle regole di funzionamento della rete, la legge impone di affidare l'esecuzione del contratto ad un organo comune, che agisce in rappresentanza della rete. Ferma tale prescrizione, che fissa il criterio esclusivo di imputazione dell'agire in capo alla rete, la legge consente che gli imprenditori aderenti possano, da un lato, riservarsi – in tutto o in parte – il potere di decidere su ogni materia e, dall'altro, fissare le regole per procedere alle modifiche del programma di rete quando ne sia consentita la modificabilità a maggioranza.

Dalle sommarie indicazioni qui richiamate, è agevole desumere che la rete possa presentare – a seguito dell'esercizio dei poteri di autonomia negoziale rimessi agli imprenditori aderenti – una struttura organizzativa, ancorchè embrionale, articolata nell'organo comune e nella collettività di imprenditori che hanno provveduto alla sua costituzione quando gli stessi si siano riservati di assumere direttamente, senza rimetterle alla competenza dell'organo unico, tutte (o in parte) le decisioni sulle materie di interesse comune¹⁶.

Il profilo presenta una sua rilevanza pratica, quando si tratti di stabilire le fonti, alle quali fare riferimento nel caso in cui manchino ovvero risultino inadeguate le previsioni negoziali che devono garantire il corretto funzionamento della rete-soggetto.

In punto si deve sottolineare che la realizzazione dello scopo comune di innovazione e di crescita degli imprenditori aderenti alla rete – nonostante l'attribuzione della soggettività – continua ad essere affidata

¹⁵ La norma consente che l'esecuzione del conferimento possa avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato, costituito ai sensi dell'art. 2447 bis, co 1 lett. a) c.c.

¹⁶ Nel senso della necessaria coesistenza dei due “organi” (organo comune e organo assimilabile all'assemblea dei partecipanti) cfr. CIRIANNI, La costituzione del contratto di rete: aspetti operativi, in Corriere merito, 2010, 29.

all'attività di collaborazione fra le imprese aderenti e alla reciproca attività di scambio di prestazioni e di informazioni di natura industriale, commerciale e tecnologica e di esercizio in comune di attività pertinente all'oggetto di ciascuna impresa aderente. Si aggiunga che – come già ricordato – lo svolgimento di tale attività, nella rete “soggettivizzata”, da un lato deve essere finanziato attraverso i conferimenti dei singoli imprenditori, destinati a costituire il fondo patrimoniale comune e, dall'altro, è rimesso ad un organo comune, che rappresenta la rete sia nei confronti dei terzi sia nei confronti degli stessi imprenditori aderenti. Bastano questi riferimenti per arrivare alla persuasiva conclusione per cui la rete, ancorchè soggetto di diritto corrispondente a una forma associativa tipica (nel senso di figura legislativamente definita), appare tuttora riconducibile, nell'ambito dei contratti (associativi) con comunione di scopo, alle fattispecie caratterizzate da una causa sostanzialmente consortile e fra esse al consorzio con attività esterna, regolato dall'art. 2612 e ss. c.c.¹⁷.

Ne discende che eventuali lacune del regolamento negoziale di rete potranno essere colmate facendo rinvio alle regole proprie di tale figura consortile soprattutto in materia di rapporti fra gli imprenditori aderenti e di modificabilità dei rispettivi diritti e obblighi sanciti nel programma di rete; allo stesso modo si potrà fare utile ricorso a tale disciplina per quanto riguarda la costituzione e il funzionamento dell'organo comune nonché le modalità di assunzione delle decisioni di interesse comune da parte degli aderenti alla rete¹⁸.

8. *Considerazioni conclusive*

In ordine agli effetti dell'iscrizione, non pare possibile negare che essa produca la nascita della rete come soggetto e, quindi – sotto il profilo giuridico formale – la nascita di un autonomo centro di imputazione di effetti giuridici distinto dai singoli imprenditori aderenti¹⁹.

¹⁷ In punto si vedano le osservazioni in CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2013, 299, ma nello stesso senso già, autorevolmente, MARASA' *Contratto di rete e consorzi*, in *Corriere merito*, 2010, 10; CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, 795.

¹⁸ L'accostamento del contratto di rete (con attività esterna) al consorzio è confermato dalla disposizione che impone che, entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale, l'organo comune rediga una situazione patrimoniale osservando, in quanto compatibili, le regole relative al bilancio della società per azioni, con la precisazione che – in materia – si applica l'art. 2615 bis, co. 3 c.c. (art. 3, co. 4 *ter* l. n.33/2009).

Nel silenzio della legge si è posto il problema della costituzione delle reti in forma di società, al quale ha dato risposta positiva (in termini di liceità) CAMPOBASSO, op. loc. cit.; in argomento cfr. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contratto e impresa*, 2012, 348.

¹⁹ Sulla natura costitutiva della pubblicità conseguente all'iscrizione del contratto di rete nella sezione ordinaria del registro delle imprese da ultimi CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO, op. cit., 492 ove anche il rilievo che “per la prima volta nel nostro ordinamento si fa discendere dall'iscrizione nel registro delle imprese l'esistenza non di una persona giuridica, ma di un

A norma dell'art. 3 co. ter, lett. e), infatti, la rete – oltre ad avere una propria individualità e sede – acquista diritti e assume obbligazioni tramite l'organo che ne ha la rappresentanza e risponde con il proprio patrimonio (il fondo comune) degli atti compiuti in esecuzione del programma di rete e per il perseguimento dello scopo comune²⁰.

A proposito dell'attribuzione alla rete della soggettività (e non della personalità giuridica), sono stati sottolineati, da una lato, l'anomalia legislativa di tale terminologia e, dall'altro, "l'inedito legislativo" di una pubblicità costitutiva, che "nelle modalità e negli effetti risulta a discrezione dell'iscrivente"²¹. Al di là di tali condivisibili rilievi, resta il fatto che la stessa figura negoziale (il contratto di rete con attività esterna dotato di fondo patrimoniale e di organo comune) può divenire autonomo centro di imputazione di effetti giuridici soltanto per espressa scelta degli interessati, con la conseguenza per cui l'interprete – allo stato – non può fare altro se non prendere atto di tale ambiguità.

Nonostante le assonanze terminologiche non pare invece che siano riproponibili – rispetto alle reti dotate o meno di "soggettività giuridica" – le pregresse (e per più versi ormai superate) prese di posizione della dottrina in ordine alla distinzione fra "soggettività" e "personalità giuridica", quando assunta quale criterio discretivo fra società di capitali (persone giuridiche) e società di persone [soggetti non aventi per legge (v. ad es. artt. 19 e 145 c.p.c.) personalità giuridica]. In materia societaria è ormai pacifico che il termine soggettività sia sinonimo – per le società di capitale come per le società di persone – di capacità, attribuita dall'ordinamento giuridico, di essere titolare di diritti e di obbligazioni (cui corrisponde un più o meno incisivo grado di autonomia patrimoniale) e, pertanto, centro di imputazione dell'azione sociale e della relativa responsabilità²². Il che non significa dire che i due

soggetto di diritto, qualifica fino ad ora d'ambito dottrinale". In punto, soprattutto alla luce delle scelte operate dal legislatore in ordine all'attribuzione o meno della soggettività giuridica alla rete in funzione della forma di pubblicità adottata, appare ancora di attualità l'autorevole insegnamento di OPPO, Forma e pubblicità nelle società di capitali, in Riv. dir. civ., 1966, I, 134, per il quale la pubblicità (o meglio, l'adempimento del relativo onere) – in materia di distinzione fra società di persone e società di capitali e rilevanza dei relativi effetti – dovrebbe portare a concludere che "la pubblicità sociale è sempre costitutiva, e lo è nel senso che sempre incide sul grado di autonomia del tipo". Anche nel caso del contratto di rete, infatti, l'adempimento dell'onere pubblicitario secondo l'una o l'altra forma prevista dalla norma incide sempre sul grado di autonomia del tipo contrattuale anzidetto, nel senso di attribuire una sempre crescente autonomia al fondo comune e alla collettività degli imprenditori aderenti sino al riconoscimento della piena soggettività giuridica.

²⁰ La soggettivizzazione della rete dovrebbe consentire l'applicabilità alla rete – qualora ricorrano le ulteriori condizioni previste dalla legge – della disciplina del fallimento (sul punto, ampiamente, SCIUTO, op. cit., 486 e ss).

²¹ Si veda nota 10 e testo corrispondente.

²² In punto cfr. BUONOCORE, Le società. Disposizioni generali, in Commentario al c.c. diretto da Schlesinger, Milano, 2000, *sub* art. 2247, 202 s.; già BOLAFFI, La società semplice, Milano, 1975, rist. ed. 1947, p. 322) scrive(va) che, nel caso delle società di persone (e, specificamente, anche per la società semplice), si è "in presenza di una persona giuridica, giacché sono soggetti di diritto i destinatari delle norme giuridiche che, in previsione di determinati fatti, impongono dei doveri e attribuiscono dei diritti: in altri termini gli enti a cui le norme riferiscono tali doveri e diritti". Per una sintetica riproposizione

termini (personalità giuridica e soggettività), e le regole che essi evocano, abbiano identica portata. Ed invero – quanto meno sotto il profilo della struttura organizzativa che possono presentare i diversi modelli – è ancora dato riscontrare nelle società di capitali la presenza di elementi dell'organizzazione corporativa che da sempre caratterizzano la persona giuridica (seppure in progressiva attenuazione, in particolare nelle società a responsabilità limitata), tipologicamente assenti nelle società di persone.

Al contrario, nel caso del contratto di rete, le considerazioni esposte consentono di ritenere che il termine soggettività sia stato usato con riferimento esclusivo alla capacità della rete soggettivizzata di assumere in proprio – come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento – diritti e obblighi. Di qui anche la conclusione per cui la disciplina del contratto di rete, valutata nel suo contesto, induce ad escludere ogni significato di equipollenza fra il termine soggettività e quello di personalità giuridica (nel senso riferito alle società di capitali).

(seppure a livello istituzionale) dei termini della distinzione fra società “con o senza personalità giuridica” cfr. GALGANO, Diritto commerciale. Le società, Bologna, 2004, 33.

LA PUBBLICITÀ DEI CONTRATTI DI RETE*Scritto destinato agli Studi in onore di Diego Corapi*

GIORGIO MARASÀ

SOMMARIO : 1. Le origini dei problemi sollevati dalla pubblicità dei contratti di rete. – 2. Contratti di rete e pubblicità nel quadro normativo del 2009. – 3. Segue... in quello del 2010. – 4. Segue... in quello dell'estate del 2012. – 5. Segue... e in quello attuale. – 6. Scelta del regime pubblicitario e rilevanza giuridica della soggettività nei contratti di rete con attività esterna.

1) La disciplina in punto di pubblicità dei contratti di rete è di difficile interpretazione per almeno tre diverse ragioni.

Anzitutto, non è chiaro quali siano gli interessi che il legislatore intende tutelare imponendo l'obbligo di pubblicazione del contratto presso il Registro delle imprese.

Inoltre la disciplina pubblicitaria specifica dei contratti di rete sconta, insieme a talune incongruenze proprie, anche quelle delle regole generali in materia di registro delle imprese, regole con cui la disciplina particolare deve rapportarsi. I maggiori problemi della disciplina generale, derivano, come è noto, dalla circostanza che il registro, pur essendo unico, consta di più sezioni e gli effetti dell'iscrizione variano a seconda che questa avvenga nella sezione ordinaria o nelle sezioni speciali. Queste ultime, nonostante la riunificazione effettuata con l'art. 2, d.p.r. 14 dicembre 1999, n. 558, si sono successivamente moltiplicate¹.

Infine, la disciplina attuale in punto di pubblicità dei contratti di rete è frutto di successive stratificazioni, che hanno ricalcato in qualche misura l'evoluzione delle fattispecie suscettibili di essere

¹ Per un aggiornamento sulla vicenda della proliferazione delle sezioni speciali cfr., per tutti, IBBA, *La pubblicità delle imprese*, II Ed., Padova, 2012, p. 5 ss.; MARASÀ, *L'evoluzione del registro delle imprese e il regime pubblicitario delle società tra professionisti*, in *Studi in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, vol. II, p. 833 ss., testo e note 11 ss., ove i riferimenti.

qualificate come contratti di rete: poiché sull'individuazione di tali fattispecie vi è stata e vi è tuttora incertezza², questa si trasmette all'ambito di applicazione delle regole pubblicitarie.

Non è, quindi, possibile affrontare le questioni segnalate senza ripercorrere, almeno sommariamente, le varie fasi normative che, nel volgere di pochi anni, hanno continuamente "aggiornato" le fattispecie dei contratti di rete e la relativa disciplina. A partire dall'introduzione del contratto, dovuta all'art. 3, co. 4-ter, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. in l. 9 aprile 2009, n. 33, gli sviluppi normativi possono essere suddivisi in quattro periodi.

2) Nel primo periodo, quello scaturente dalla legislazione del 2009, (d.l. 10 febbraio, n. 5, conv. in l. 9 aprile 2009, n. 33 e l. 31 luglio 2009, n. 99), i connotati del contratto di rete non segnalavano, sul piano della *fattispecie*, significative differenze rispetto ad un consorzio con attività esterna costituito per finalità non anticoncorrenziali, poiché, confrontando l'art. 3, co. 4-ter e l'art. 2602 del c.c., emergeva come entrambi fossero contratti riservati a soggetti qualificabili come imprenditori ed aventi come scopo l'accrescimento della competitività dei partecipanti attraverso l'esercizio in comune di una o più attività economiche³.

La somiglianza era confermata anche sul piano della *disciplina* da quelle disposizioni (art. 3, co. 4-ter, lett. c) che imponevano, per la realizzazione dello scopo comune, l'istituzione di un fondo patrimoniale comune (da alimentarsi, in principio, tramite conferimenti dei partecipanti); a tale fondo il legislatore attribuiva – come nei consorzi con attività esterna – autonomia patrimoniale, visto l'esplicito richiamo, sia pure nei limiti della compatibilità, agli articoli 2614 e 2615, c.c.

² Sulla controversa qualificazione dei contratti di rete e sul loro rapporto con i consorzi, in riferimento ai diversi contesti normativi che si sono susseguiti dal 2009 ad oggi, cfr., fra i molti, AA.VV., *Il contratto di rete, Commentario*, a cura di F. Cafaggi, Bologna, 2009; MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 839 ss.; MARASA', *Contratti di rete e consorzi*, in *Corriere del merito, Rassegna*, 2010, 1/2010, p. 9 ss.; CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 795 ss.; SANTAGATA, *Il <contratto di rete> fra (comunione di)impresa e società(consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 323 ss.; MALTONI- SPADA, *Il "contratto di rete"*, in *Studi del Consiglio nazionale del notariato*, 4/2011, p. 1193 ss.; DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governante*, in *Società*, 2011, p. 1429 ss.; PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 363 ss.; Gius. DORIA, *Gestione rappresentativa e gestione associativa nella rete di imprese*, Torino, 2012; DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, Napoli, 2012; ONZA-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*, nel volume *Impresa e lavoro nei servizi portuali*, a cura di A. Xerri, Milano, 2012, p. 253 ss.; SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle <reti di imprese> non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 445 ss.; ID. *L'impresa di rete non entificata. Una nuova sfumatura d'impresa*, in *AGE*, 1/2014; SERRA, *Contratto di rete e soggettività giuridica*, Scritto destinato agli *Studi in onore di Mario Libertini*, in questa *Rivista* n. 3, 2014; PALMIERI, *Reti associative e forma societaria*. Nella manualistica più recente CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1, Diritto dell'impresa*, 7 ed. Torino, 2013, p. 297 ss.; SANTAGATA, in AA. VV., *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, I, Torino, 2013, p. 294 ss.

³ V. CORAPI, *op. cit.*, p. 798 ss.; MARASA', *op. loc. cit.*

In punto di pubblicità, invece, la disciplina del contratto di rete si discostava da quella consortile. Infatti, mentre quest'ultima prevede che l'iscrizione del contratto di consorzio o di un suo estratto debba avvenire presso il registro delle imprese in cui ha sede l'ufficio consortile, cioè l'ufficio preposto allo svolgimento dell'attività con i terzi (cfr. art. 2612, co. 1), l'art. 3, co. 4-ter, lett. e) della legge, pur imponendo che il contratto di rete contemplasse un organo comune incaricato dell'esecuzione del contratto stesso, non prevedeva che esso avesse una *sede*. Ne conseguiva, perciò, una regola (cfr. art. 3, co. 4-quater) ⁴ secondo cui il contratto di rete doveva essere iscritto nel registro delle imprese dove avevano la sede le imprese partecipanti, regola che penalizzava i partecipanti, così come li penalizza tuttora (almeno nei limiti della sua applicabilità, che si accerteranno più avanti), poiché li costringe ad una pluralità di iscrizioni.

3) Nella versione risultante dopo le modifiche introdotte l'anno successivo (d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) i confini del contratto di rete risultano assai più estesi, in quanto taluni elementi che qualificavano la fattispecie nella sua configurazione originaria (cioè, la realizzazione dello scopo comune attraverso l'esercizio in comune di una o più attività economiche da svolgere con l'utilizzazione di un fondo patrimoniale comune) non sono più indispensabili. Infatti, per un verso, le modalità di realizzazione dello scopo comune si ampliano : l'obiettivo dell'accrescimento della capacità innovativa e della competitività sul mercato delle imprese partecipanti non deve necessariamente conseguire all'esercizio in comune di una o più attività economiche rientranti nell'oggetto delle imprese partecipanti, dal momento che si prefigura il raggiungimento di tale obiettivo anche attraverso altre collaborazioni < *in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese*> oppure attraverso scambio di informazioni o di < *prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica*> ; per altro verso, anche la nomina di un organo comune – < *incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso*> – e la creazione di un fondo patrimoniale comune sono possibili ma non più necessarie (cfr. co. 4-ter).

In sintesi, accanto ad un contratto di rete a rilevanza esterna se ne disegna uno a rilevanza meramente interna, ricalcando in modo evidente la dicotomia proposta dalla disciplina del codice civile tra consorzi interni e consorzi con attività esterna.

Quanto alle regole in punto di pubblicità, viene esplicitato quanto già poteva implicitamente ricavarsi dalla disciplina originaria, cioè che il contratto di rete è soggetto a tante iscrizioni nel registro delle

⁴ Co 4-quater : < *Il contratto di rete è iscritto nel registro delle imprese ove hanno sede le imprese partecipanti* >.

imprese quanti sono gli imprenditori partecipanti e ciò a prescindere dalla circostanza che questi ultimi abbiano o no sede in diverse circoscrizioni (co. 4-quater).⁵

La nuova normativa pubblicitaria è, però, foriera di dubbi e di inconvenienti. Anzitutto, trattandosi di disciplina riferita genericamente al contratto di rete, essa riguarda entrambe le sottospecie prima individuate ed, allora, suscita l'interrogativo su quale sia l'interesse che il legislatore intende tutelare – rendendo conoscibile, tramite la pubblicità, il contenuto del contratto – qualora il contratto di rete sia a rilevanza meramente interna, cioè non sia stato costituito in vista dello svolgimento in comune di un'attività con terzi. In questo caso si può ipotizzare che l'imposizione dell'obbligo pubblicitario abbia una finalità meramente censuaria, ipotesi confortata dal rilievo che i contratti di rete sono stati pensati anche e, forse, soprattutto, come strumenti meritevoli di agevolazioni e, perciò, come potenziali fruitori di risorse pubbliche.⁶ Tale affermazione sarà verificata nella parte conclusiva di questo scritto.

Gli inconvenienti derivano, invece, dalla molteplicità degli adempimenti pubblicitari, cioè dalla regola della “ frammentazione” della pubblicità in testa ai singoli imprenditori partecipanti al contratto. In proposito occorre ricordare che, secondo le regole generali, la pubblicità nel registro delle imprese produce effetti diversi a seconda che l'imprenditore sia soggetto ad iscrizione nella sezione ordinaria o in quella speciale ; in quest'ultimo caso, infatti, gli effetti dell'iscrizione sono di mera pubblicità notizia, almeno in linea di principio e salvo quanto previsto per gli imprenditori agricoli dall'art. 2, d.lgs. 18 maggio, 2001, n.228.⁷

Senonché, la disposizione del co. 4-quater si limita a stabilire che l'iscrizione del contratto di rete deve avvenire in capo a ciascun imprenditore partecipante nella *sezione* di sua pertinenza, con la conseguenza che, se si applicassero le regole generali, *gli effetti pubblicitari dovrebbero essere diversi a seconda della sezione, ordinaria o speciale, in cui avvengono le singole iscrizioni e, presumibilmente, si produrrebbero in momenti diversi.*

⁵ Co. 4-quater : < *Il contratto di rete è soggetto ad iscrizione nella sezione del Registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritta a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari*>.

⁶ Nel senso che l'obbligo pubblicitario sarebbe costitutivo ai fini dell'ottenimento delle agevolazioni (così come è previsto per l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane ex art. 5, co. 5, l. 8 agosto 1985, n. 443), v. IBBA, *Contratto di rete e pubblicità delle imprese*, in questa *Rivista*, n. 3, 2014 ; nello stesso ordine di idee cfr. DONATIVI, *Le reti di imprese*, cit. p. 1437.

⁷ < *L'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'art. 2188 e seguenti del codice civile , oltre alle funzioni di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'art. 2193 del codice civile*>. Svariate disposizioni normative prevedono l'iscrizione in sezioni speciali senza chiarirne la portata sul piano degli effetti pubblicitari. Per un censimento v. opp. citt. in nota 1.

Entrambe le conseguenze possono, però, essere evitate, prospettando una particolare interpretazione della seconda regola contenuta nel co. 4-quater, quella secondo cui : < *l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritta a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari*>. Infatti, è da ritenere che l'efficacia cui si riferisce la legge sia *l'efficacia pubblicitaria nei confronti dei terzi*⁸ e comprenda, perciò, sia l'effetto dichiarativo, cioè di opponibilità ai terzi *ex art. 2193, co. 2, c.c.*, sia l'eventuale effetto costitutivo dell'autonomia patrimoniale (e ciò nel caso di contratto di rete con attività esterna e, quindi, dotato di fondo patrimoniale comune). Si può, altresì, ritenere che tale efficacia si produca con l'ultima iscrizione *a prescindere dalla circostanza che essa avvenga nella sezione ordinaria o in quella speciale*, ciò che dipenderà, ovviamente dalla qualifica del partecipante che la esegue. In altre parole, il co. 4-quater, così interpretato, esprime una regola speciale che, in deroga alla disciplina generale, attribuisce gli effetti dichiarativi ed eventualmente anche costitutivi della pubblicità all'ultima iscrizione in ordine di tempo senza attribuire rilevanza alla sezione in cui essa avviene.

Con la disciplina in esame resta, però, l'inconveniente che la pubblicità "frammentata" presso i singoli partecipanti provoca in ordine alla conoscibilità dei terzi, qualora il contratto di rete sia con attività esterna. In tal caso – stante il richiamo all'art. 2615, c.c., sia pure nei limiti della compatibilità – il fondo patrimoniale comune è l'unica garanzia per i creditori⁹ e il loro interesse a conoscerne la consistenza e le modalità di alimentazione, iniziale e successiva, non potrà essere soddisfatto tramite la consultazione del registro delle imprese qualora essi non conoscano il nominativo di almeno uno degli imprenditori partecipanti al contratto; ciò, a causa della mancanza di una modalità pubblicitaria unitaria, che radichi l'iscrizione presso il registro delle imprese della sede.

4) Un tentativo di semplificazione e di eliminazione dei segnalati inconvenienti è stato compiuto dal legislatore nel primo intervento del 2012 (d.l. 22 giugno 2012, n. 183, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134). Infatti, lo spazio applicativo della disciplina pubblicitaria dianzi illustrata è stato confinato ai soli contratti di rete a rilevanza interna mentre regole diverse e più semplici sono state previste per quelli con attività esterna.

⁸ In tal senso cfr. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità, cit.*, pp. 484-485.

⁹ E' bene precisare che, nella versione attuale della disciplina, il richiamo *nei limiti della compatibilità* non riguarda più il primo comma dell'art. 2615 perché il legislatore stabilisce espressamente, al co. 4-ter, n. 2, che: < *in ogni caso per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune*>.

Queste novità vanno inserite in un contesto in cui il legislatore ha inteso rimarcare più nettamente la differenza tra le due sottospecie di contratti di rete accentuando, come ora si vedrà, la soggettività dei contratti di rete con attività esterna.

Scendendo ai particolari, se il contratto di rete è con attività esterna, cioè prevede che lo scopo comune debba realizzarsi attraverso *< l'esercizio in comune di una o più delle attività rientranti nell'oggetto >* delle imprese partecipanti e, conseguentemente, l'istituzione *< di un organo comune destinato a svolgere un'attività anche commerciale, anche con i terzi >* e di un patrimonio comune, da alimentare con i conferimenti iniziali ed, eventualmente, con contributi successivi dei partecipanti (co. 4-ter, lett. c), allora questo patrimonio comune sembra entificarsi. Infatti, si prevede che la "rete" abbia una propria denominazione sociale ed una propria sede (co. 4-ter, lett. a) e goda di un'autonomia patrimoniale perfetta, in quanto *< per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune >* (co. 4-ter, n. 2)¹⁰ e, al tempo stesso, quest'ultimo non può essere oggetto di aggressione da parte dei creditori particolari dei partecipanti, stante il richiamo, nei limiti della compatibilità, all'art. 2614, c.c. (co. 4-ter, n. 2); infine, la situazione patrimoniale del fondo deve essere oggetto di pubblicazione attraverso il deposito nel registro delle imprese entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale (co. 4-ter, n. 3, che richiama, in quanto compatibile, l'art. 2615-bis).

E', quindi, di tutta evidenza che, per i profili esaminati le regole sono sostanzialmente coincidenti con quelle dei consorzi con attività esterna, i quali comunemente sono ritenuti soggetti giuridici. E, infatti, al contratto di rete che abbia le caratteristiche esaminate – cioè sia dotato di un fondo comune e di un organo comune destinato allo svolgimento di attività con terzi – le legge, *nella versione qui in esame*, attribuisce esplicitamente la soggettività giuridica a seguito dell'iscrizione del contratto *< nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede >* (così il co. 4-quater, ultima parte, in relazione al co 4-ter, n.1).¹¹

¹⁰ Sull'individuazione delle obbligazioni a cui si applica questa regola v. SCIUTO, *opp. cit.* in nota 2.

¹¹ Co. 4-ter : *<...Se il contratto prevede l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere un'attività anche commerciale con i terzi : 1) la pubblicità di cui al comma 4-quater si intende adempiuta mediante l'iscrizione del contratto nel registro delle imprese del luogo dove ha sede la rete...>*.

Co 4-quater : *<Il contratto di rete è soggetto ad iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritta a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari. Le modifiche al contratto di rete sono redatte e depositate per l'iscrizione, a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo, presso la sezione del registro delle imprese presso cui è iscritta la stessa impresa. L'ufficio del registro delle imprese provvede alla comunicazione della avvenuta iscrizione delle modifiche al contratto di rete, a tutti gli altri uffici del registro delle imprese presso cui sono iscritte le altre partecipanti, che provvederanno alle relative annotazioni d'ufficio della modifica ; se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l'iscrizione nel registro delle imprese la rete acquista soggettività giuridica >*.

Il co. 4-ter, n. 1 è stato successivamente modificato con un successivo intervento legislativo (l. 17 dicembre 2012, n. 221) di cui diremo tra poco.

All'esito di questo intervento legislativo si delineano, pertanto, due distinti regimi pubblicitari, uno per i contratti di rete meramente interni, l'altro per quelli con attività esterna.

Per i primi rimane il regime pubblicitario "frammentato" in testa ai singoli imprenditori partecipanti, sia pure con la previsione di una semplificazione per quanto riguarda l'iscrizione delle modifiche del contratto, semplificazione della quale si riferirà più avanti.

Per i secondi si stabilisce un regime pubblicitario unico, che, a mio parere, è sostitutivo della pubblicità "frammentata" e che consiste, come si è visto, nell'iscrizione del contratto nella sezione ordinaria del registro delle imprese in cui è stabilita la sede della rete. Tale iscrizione deve ritenersi produttiva sia dell'effetto pubblicitario *dichiarativo* ex art. 2193, co. 2, c.c., in quanto avviene nella *sezione ordinaria* del registro delle imprese sia dell'effetto pubblicitario *costitutivo* della soggettività giuridica poiché così dispone espressamente il co. 4-quater, ultima parte.¹²

Benchè il punto non sia pacifico¹³, tre canoni interpretativi depongono nel senso che, per i contratti di rete con attività esterna, il regime della pubblicità unitaria *si sostituisca* e non si cumuli con quello della pubblicità "frammentata".

Anzitutto, rileva l'interpretazione letterale del co. 4-ter, n. 1 (successivamente abrogato), là dove si dispone, con riguardo ai contratti di rete a rilevanza esterna, che *< la pubblicità di cui al co. 4-quater si intende adempiuta mediante l'iscrizione del contratto nel registro delle imprese del luogo dove ha sede la rete >*, chiaro essendo, almeno a mio parere, che la pubblicità cui si riferisce tale disposizione e che deve ritenersi "assorbita" dall'iscrizione unitaria è anche la pubblicità "frammentata" di cui alla prima parte del co. 4-quater, ché, se fosse solo quella di cui all'ultima parte del co. 4-quater, la disposizione in esame sarebbe ridondante poiché si limiterebbe a ripetere quanto già risulta dallo stesso co. 4-quater, ultima parte.

Guardando, poi, agli obiettivi della pubblicità nel registro delle imprese e, quindi, ponendosi sul piano dell'interpretazione *funzionale*, la pubblicità "unitaria" consente ai terzi di acquisire esattamente le stesse informazioni che potrebbero ottenere tramite la pubblicità "frammentata". Quindi, sommare i due procedimenti pubblicitari, quello "frammentato" e quello "unitario", non incrementerebbe in alcun modo il livello dell'informazione dei terzi.

Infine, sul piano dell'interpretazione *sistematica*, occorre sottolineare che dalla disciplina generale in materia di pubblicità nel registro delle imprese sembra desumersi un principio generale di

¹² *<...Con l'iscrizione nel registro delle imprese la rete acquista la soggettività giuridica>*.

¹³ Per il regime di pubblicità unificato v. MALTONI, *La pubblicità del contratto di rete: questioni applicative*, in *Studi e materiali del Consiglio nazionale del notariato*, 2/2013, p. 455 ss., ivi p. 458 ss.; SERRA, *Contratto di rete e soggettività*, cit. in nota 2; in senso contrario, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, 7 ed., Torino, 2013, p. 298.

semplificazione, inteso come esigenza di evitare la duplicazione o la moltiplicazione degli adempimenti pubblicitari, in quanto, se essi non servono all'incremento e al miglioramento dell'informazione dei terzi, si traducono in un'inutile e dannosa maggiorazione dei costi per gli imprenditori che sono obbligati ad effettuarli¹⁴.

4.1) Ad una finalità di semplificazione va ricondotta anche l'integrazione della disciplina del co. 4-quater, riguardante *la pubblicità delle modifiche del contratto di rete*.

Infatti, essendo la pubblicità "frammentata" estremamente onerosa perché costringe a tante iscrizioni del contratto di rete per quanti sono gli imprenditori partecipanti, per le modifiche del contratto si autorizza l'effettuazione di una sola iscrizione in testa all'imprenditore indicato nell'atto modificativo; sarà, poi, l'ufficio del registro delle imprese presso cui è avvenuta l'iscrizione di tale modifica a comunicarla agli uffici presso cui sono iscritte le altre imprese partecipanti affinché provvedano alle annotazioni d'ufficio della modifica.

In buona sostanza, non si rinuncia alla regola della pubblicità frammentata in capo ai singoli partecipanti ma, tramite la procedura dell'annotazione d'ufficio, li si sgrava dai costi della pluralità delle domande¹⁵; tutto ciò, ovviamente, sul presupposto che la particolare disciplina dettata per le modifiche riguardi i soli contratti di rete a pubblicità frammentata, cioè quelli a rilevanza interna, deduzione che sembra essere confermata anche dalla collocazione della disposizione sulle modifiche, che si trova subito dopo la disciplina della pubblicità dei contratti di rete interni e subito prima di quella relativa ai

¹⁴ Cfr. l'art. 8, co. 8, lett. c) della legge istitutiva del registro delle imprese, che indicava come direttiva per la successiva disciplina regolamentare (poi attuata con il d.p.r. 581/1995), quella di evitare che l'istituzione e la tenuta delle sezioni speciali si risolvesse in <*duplicazione di adempimenti e aggravii di oneri per le imprese*>; l'art. 2 del d.p.r. 558/1999 (già ricordato al par. 1) che ha riunificato le sezioni speciali; l'art. 29 della l. 7 agosto 1997, n. 266, che ha soppresso il Busarl e il Busc. Peraltro – come si è già accennato (v. sopra, testo e nota 1) – l'evoluzione normativa in materia di pubblicità nel registro delle imprese ha spesso contraddetto l'obiettivo della semplificazione

¹⁵ La legge, però, non chiarisce se per la produzione dell'effetto dichiarativo della modifica sia sufficiente il primo adempimento pubblicitario, cioè l'iscrizione della modifica oppure sia necessario aspettare la conclusione del procedimento, con l'effettuazione dell'ultima annotazione d'ufficio. Nel secondo senso v. ONZA-SALAMONE, *Le nuove forme di integrazione tra imprese*, cit., pp. 288-289.

La prima soluzione penalizza i terzi, ai quali la modifica potrebbe essere opposta per tutto il periodo intercorrente tra l'iscrizione della modifica in capo al partecipante designato e l'effettuazione dell'ultima annotazione d'ufficio, nonostante che in tale periodo la possibilità di loro conoscenza effettiva non sia pienamente assicurata; i terzi, infatti, non possono sapere se il contratto di rete di cui hanno avuto cognizione tramite la consultazione del registro delle imprese in testa ad un singolo partecipante sia stato variato da una modifica iscritta ma non ancora annotata presso il registro delle imprese da essi consultato.

La seconda soluzione penalizza i contraenti, in quanto essi sono costretti ad affidare il raggiungimento dell'effetto dell'opponibilità ai terzi alla diligenza di altri, cioè dei singoli conservatori del registro che devono provvedere alle annotazioni d'ufficio.

contratti di rete con attività esterna. Per questi ultimi vale, invece, la regola dell'iscrizione unica presso il registro delle imprese della sede.

Pertanto, la particolare disciplina in punto di pubblicità delle modifiche non vale per i contratti di rete con attività esterna che abbiano acquistato la soggettività tramite la sola iscrizione presso il registro delle imprese dove ha sede la rete. Per tali contratti si applicano, invece, le regole generali secondo cui le modifiche si pubblicano (soltanto) presso il registro delle imprese dove è stata effettuata l'iscrizione originaria, cioè presso il registro in cui il soggetto ha la sua sede.¹⁶

4.2) Riassumendo, in base alla penultima versione della normativa sul contratto di rete, si doveva distinguere ai fini della disciplina pubblicitaria tra contratti di rete meramente interni e contratti di rete con attività esterna.

Ai primi si applicavano le prime due disposizioni del co. 4-quater, cioè : per quanto attiene alla *pubblicità del contratto*, la regola della pluralità di iscrizioni (c.d. pubblicità "frammentata"), con effetti pubblicitari decorrenti dall'ultima ; per quanto riguarda la *pubblicità delle modifiche*, la regola dell'iscrizione iniziale ed unica presso il registro delle imprese dell'imprenditore designato nell'atto modificativo, con successiva annotazione delle modifiche presso i registri degli altri partecipanti, su impulso dell'ufficio.

Ai secondi, *che erano tutti dotati di soggettività giuridica*, si applicava soltanto l'ultima disposizione del co. 4-quater, cioè la regola dell'iscrizione unica presso la sede della rete e ciò sia per il contratto sia per le sue modifiche.

In definitiva, il quadro della disciplina pubblicitaria in tema di contratto di rete risultava razionalizzato, e, in una certa misura, semplificato, cosicché la dottrina, commentando le modifiche introdotte, giudicava il risultato raggiunto una sorta di "lieto fine"¹⁷.

5) Senonché, con l'ultimo intervento legislativo la situazione si è nuovamente complicata. Infatti, in base al quadro normativo attuale (quale risultante dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221) la linea di demarcazione che separa le due diverse discipline pubblicitarie è stata spostata, *riducendo l'ambito di applicazione della regola dell'iscrizione unica* e ciò nonostante che il contratto di

¹⁶ Cfr. : art. 2196, co. 3, per gli imprenditori individuali; art. 2300, co. 3, per le s.n.c.; art. 2436, per le s.p.a.; art. 2612, co. 2, per i consorzi con attività esterna. Nel senso del testo cfr. pure MALTONI, *op. cit.*, p. 459.

¹⁷ Così IBBA, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 242 ss., ivi a p. 254 ss.

rete con attività esterna abbia conservato sostanzialmente inalterate le proprie caratteristiche e la propria disciplina (tranne che per un aspetto di cui si dirà più avanti).

Infatti, essendo stato eliminato il co.4-ter, n. 1, la regola della pubblicità unitaria e il conseguente effetto della soggettività giuridica non discendono più *automaticamente* dalla circostanza che il contratto di rete sia con attività esterna (cioè destinato a svolgere attività con terzi e dotato di patrimonio comune, di organo comune e di propria sede e denominazione). In base alla nuova formulazione del co. 4-ter¹⁸ e al collegamento di tale disposizione con il co 4-quater, ultima parte,¹⁹ la regola della pubblicità unitaria si applica in funzione del conseguimento di un obiettivo che, ora, è diventato *opzionale*.

In sostanza, per i contratti di rete con attività esterna si profilano due percorsi alternativi sul piano degli adempimenti pubblicitari a seconda degli effetti giuridici che i partecipanti vogliono conseguire: se i contraenti intendono far acquisire alla rete la soggettività giuridica, seguiranno il regime della pubblicità unitaria, cioè dell'iscrizione del contratto soltanto presso la sede della "rete"(co. 4-quater, ultima parte)²⁰; se, invece, i partecipanti non hanno questo obiettivo, sottoporranno il contratto al regime di pubblicità plurimo di cui al co. 4-quater, prima parte²¹; in tal caso, come si è già accertato, a seguito dell'effettuazione dell'ultima delle iscrizioni "frammentate" si produrranno i consueti effetti pubblicitari dichiarativi e, se il contratto è con attività esterna, costitutivi dell'autonomia patrimoniale perfetta²².

¹⁸ <... Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto delle stesse ai sensi del co. 4-quater...>

¹⁹ <...se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede la rete acquista soggettività giuridica...>.

²⁰ Nonostante sia venuto meno l'argomento letterale, a causa dell'abrogazione del co 4-ter, n. 1, ritengo, sulla base delle altre ragioni sviluppate precedentemente nel testo (sub par. 4), che debba essere tenuta ferma la conclusione che nei contratti di rete con attività esterna, aspiranti alla soggettività giuridica, la pubblicità unitaria *sostituisce* quella frammentata.

²¹ La nuova formulazione del co. 4-ter – in base alla quale il contratto di rete con attività esterna non è dotato, in quanto tale, di soggettività giuridica (v. sopra nota 18) – giustifica la conclusione di MALTONI, *op. cit.*, p. 460, secondo cui è necessaria un'unanime ed esplicita manifestazione di volontà delle parti affinché il notaio proceda alla pubblicità unitaria, funzionale all'acquisto della soggettività, anziché a quella "frammentata" o plurima.

L'opzione per la soggettività potrà avvenire anche sulla base di una decisione dei contraenti assunta successivamente. Tale decisione, configurando una modifica del contratto iniziale, dovrà essere sottoposta *prima* al regime pubblicitario frammentato, previsto per le modifiche dei contratti di rete privi di soggettività giuridica, *poi*, all'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese che determina l'acquisto della soggettività giuridica. Da quel momento in poi, cioè dal momento dell'acquisto della soggettività, il regime pubblicitario delle modifiche contrattuali sarà solo quello unitario, come già chiarito sopra al par. 4.1, testo e nota 16.

²² Cioè, costitutivi dell'applicazione delle regole del co. 4-ter, n. 2 e, in particolare, della disposizione secondo cui: <Per le obbligazioni contratte dall'organo comune, in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune>. In senso contrario SERRA, *Contratto di rete e soggettività giuridica, cit.*, là dove sembra sostenere che l'applicazione

In estrema sintesi, dalla precedente bipartizione tra contratti di rete meramente interni e contratti di rete con attività esterna – questi ultimi, tutti dotati di soggettività giuridica – si è passati all'attuale tripartizione, dato che i contratti di rete con attività esterna sono suddivisi e sottoposti a disciplina diversa in ragione dell'acquisto o meno della soggettività giuridica.

Il risultato è che il regime pubblicitario più complesso, cioè quello “frammentato, si riepande, poiché si applicherà sia ai contratti di rete interni sia anche a quelli con attività esterna e ciò qualora i partecipanti intendano sottrarsi alla disciplina scaturente dall'acquisto della soggettività e siano, quindi, disposti a subire gli inconvenienti e i costi propri della pubblicità frammentata. A tal proposito, si consideri, ad esempio, che il deposito annuale della situazione patrimoniale della rete dovrà avvenire in testa a tutti gli imprenditori partecipanti²³, con la conseguenza che essi dovranno sopportare gli oneri della moltiplicazione degli adempimenti pubblicitari mentre, dal canto loro, i creditori non potranno acquisire l'informazione presso la sede della rete ma dovranno ricercarla in testa ad uno dei partecipanti. Il che, sul piano della razionalità e della semplificazione, non si può certo considerare un passo in avanti.

6) A questo punto, resta da chiarire l'interrogativo in ordine alle ragioni che dovrebbero orientare i partecipanti nella scelta dell'uno o dell'altro regime pubblicitario. In altre parole, si tratta di accertare quali conseguenze discendano dalla soggettività giuridica in punto di disciplina applicabile ad un contratto di rete con attività esterna.

Sul terreno delle *regole privatistiche* l'unica apprezzabile differenza di disciplina che sembra emergere tra i contratti di rete con attività esterna dotati di soggettività giuridica e quelli che ne sono privi è che – almeno con riguardo a certi rapporti con i terzi – nel primo caso l'organo comune agisce in rappresentanza della rete come soggetto mentre nel secondo caso agisce in rappresentanza dei singoli imprenditori partecipanti. Peraltro, questo regime è derogabile dal contratto²⁴.

delle suddette regole richiede necessariamente l'acquisto della soggettività giuridica e, perciò, l'effettuazione delle pubblicità unificate. V. pure retro nel testo *sub par.* 4.

²³ Cfr. MALTONI, *op. cit.*, p. 462.

²⁴ Co. 4-ter, lett e) : <... L'organo comune agisce in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica e, in assenza della soggettività, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto salvo che sia diversamente disposto nello stesso, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento, nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza>.

Per quanto riguarda la posizione dei terzi, ne consegue che, essendo in entrambe le eventualità, cioè indipendentemente dal conseguimento o meno della soggettività giuridica, il fondo comune il *solo* a dover rispondere < *per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete* (co. 4-ter, n. 2), in caso di assenza di soggettività i terzi sono ancor meno tutelati, dal momento che l'attività rappresentativa dell'organo comune produrrà effetti solo in capo ai singoli imprenditori partecipanti e non potrà, quindi, determinare, diversamente che nel caso di soggettività giuridica, l'acquisto di alcun bene o diritto in capo al fondo comune ; la garanzia per i creditori sarà, perciò, costituita da un fondo la cui consistenza dipenderà *esclusivamente* dai contributi dei partecipanti.²⁵

Tuttavia, non sembra plausibile che i partecipanti decidano di sottoporsi all'uno o all'altro regime pubblicitario soltanto in funzione dell'applicazione o meno della esaminata disciplina in punto di rappresentanza, considerando, per di più, che si tratta di disciplina derogabile dal contratto, almeno stando a quanto risulta dall'ambigua formulazione del co. 4-ter, lett. e). La relazione di accompagnamento al d.l. non fornisce sul punto alcun chiarimento sostanziale, limitandosi, in modo generico, ad invocare l'esigenza di < *regolare in maniera semplice e univoca la possibilità che le imprese partecipanti alla rete, su base volontaria, chiedano il riconoscimento della soggettività giuridica...*>, in quanto la precedente versione della normativa avrebbe rischiato, a detta del Relatore, < *di paralizzare il processo di diffusione dei contratti di rete, a causa delle incertezze dell'impianto normativo*>.

A mio parere, la vera ragione delle modifiche introdotte con l'ultimo intervento legislativo è da ricercare principalmente fuori dal diritto privato e ciò non deve destare sorpresa perché fin dalla sua introduzione il contratto di rete è stato concepito come uno strumento di collaborazione tra imprese *meritevole di agevolazioni*, inizialmente attraverso la concessione di vantaggi solo sul piano amministrativo e finanziario, successivamente anche sul piano fiscale. L'estensione si è realizzata a seguito dell'introduzione di una norma (art. 42, co. 2 e co. 2-quater, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) che ha previsto benefici tributari sotto forma di sospensione della tassazione sulla quota di utili, accantonati in apposita riserva, che gli imprenditori partecipanti al contratto di rete destinano al fondo comune per realizzare entro l'esercizio successivo gli investimenti previsti nel programma di rete.²⁶

²⁵ SCIUTO (*opp. cit.* in nota 2), sulla base della configurazione del fondo comune come patrimonio separato in contitolarità *pro quota* dei partecipanti al contratto di rete, ritiene che non possa ipotizzarsi – contrariamente che per i contratti di rete muniti di soggettività – dichiarazione di fallimento né del patrimonio separato né dei partecipanti. Seguendo questa prospettiva i creditori risulterebbero ulteriormente penalizzati.

²⁶ Sui problemi di trattamento fiscale dei contratti di rete anteriormente all'introduzione di questa norma v. SALVINI, *Le reti di imprese : profili fiscali*, in *Corriere del merito*, *Rassegna* 2010, 1/2010, p. 13 ss.

Complessivamente, per quanto riguarda il trattamento tributario, vi sono due conseguenze negative per i contratti di rete che optano per l'acquisto della soggettività giuridica : la prima è che, diversamente dai contratti privi di soggettività, saranno fiscalmente trattati come soggetti autonomi di imposta, alla stessa stregua dei consorzi con attività esterna (art. 73, co. 2, T.U.I.R.) ; la seconda è che non potranno fruire dell'agevolazione fiscale di cui all'art. 42, co. 2-quater, d.l. 78/2010, cit., dal momento che tale agevolazione, secondo l'Agenzia delle Entrate²⁷, spetta solo ai partecipanti ai contratti di rete senza soggettività giuridica.

La suddetta agevolazione fiscale ha sollevato anche un problema di compatibilità con la disciplina comunitaria che vieta gli aiuti di Stato.²⁸ Al riguardo il co. 2-septies dello stesso art. 42, cit. stabilisce che tale agevolazione sia subordinata all'autorizzazione della Commissione europea ; quest'ultima, con decisione del 26 gennaio 2011, aveva escluso che l'agevolazione potesse configurarsi come "aiuto di Stato", anche perché – come si legge al punto 30 della decisione – le autorità italiane avevano chiarito che le reti d'impresa non potevano essere considerate entità distinte dagli imprenditori che vi partecipavano. Questa posizione veniva, però, messa in crisi dalle modifiche normative introdotte l'anno successivo con la l. 134/2012, dal momento che – in base al combinato disposto dei commi 4-ter, n. 1 e 4-quater – la soggettività giuridica veniva attribuita a *tutti* i contratti di rete con attività esterna che, come si è visto ²⁹, la acquisivano a seguito dell'effettuazione della pubblicità unitaria.

Perciò, è ragionevole supporre che con le successive modifiche – che hanno portato al quadro normativo attuale (l. 221/2012) – si sia pensato, in buona sostanza, che, rendendo facoltativo l'acquisto della "soggettività" da parte dei contratti di rete con attività esterna (ed attribuendo a tale "soggettività" anche una valenza minima sul piano privatistico in punto di potere rappresentativo dell'organo comune) , il problema dell'eventuale violazione della normativa comunitaria sul divieto di "aiuti di Stato" fosse risolto, almeno per tutti quei contratti di rete con attività esterna che non optino per la soggettività, sia pure al prezzo di dover sottostare alla pubblicità plurima o "frammentata". Si tratta, però, di un prezzo che la stragrande maggioranza delle imprese ha ritenuto tollerabile ed ampiamente compensato dal miglior trattamento fiscale, come è confermato dalla constatazione che – secondo i dati di Infocamere – i contratti di rete che hanno optato per la soggettività sono meno del 5% del totale.³⁰

²⁷ V. circ. 20/E del 18 giugno del 2013.

²⁸ Problema subito segnalato da SALVINI, *op. loc. ult. cit.*

²⁹ V. supra al par. 4.

³⁰ Secondo i dati al 17 ottobre 2013 dei 1167 contratti di rete censiti, solo 50 hanno chiesto e ottenuto la soggettività.

CONTRATTO DI RETE E PUBBLICITÀ DELLE IMPRESE (CON QUALCHE DIVAGAZIONE IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ) *

CARLO IBBA

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. Le tre forme di contratto di rete.- 3. Il regime pubblicitario.- 3.1. La pubblicità dei contratti di rete senza attività esterna.- 3.2.- La pubblicità della rete con attività esterna dotata di soggettività.- 3.3.- La pubblicità della rete con attività esterna priva di soggettività.

1.- Premessa.

La prima parte del titolo, nella lettura che mi pare corretto darne, suggerisce due prospettive d'indagine, a mio avviso entrambe proficue.

L'enunciato, infatti, ha cura di riferire la pubblicità non al contratto di rete ma alle imprese, muovendo dall'implicito e corretto presupposto che nel nostro ordinamento si pubblicizzano le imprese, o se vogliamo gli imprenditori, e non i contratti che gli imprenditori stipulano. Il riferimento alla "pubblicità delle imprese", d'altra parte, potrebbe alludere non solo alla pubblicità delle imprese che partecipano alla rete ma anche al sistema di pubblicità legale delle imprese, invitando, dunque, a fermare l'attenzione sul rapporto fra il contratto di rete e la disciplina generale della pubblicità d'impresa.

Da ciò le due prospettive cui accennavo, l'una mirata sulle regole pubblicitarie introdotte per le reti d'impresa, l'altra che allarga lo sguardo ponendo quelle regole a confronto con il sistema pubblicitario nel quale s'inseriscono, per verificare la coerenza (o l'incoerenza) delle prime rispetto al secondo.

Queste due cose, appunto, cercherò di fare, non senza un'ultima avvertenza preliminare. Sul sito del Governo, nell'ambito della riforma della pubblica amministrazione, il punto 29 prevede la "eliminazione dell'obbligo di iscrizione alle camere di commercio" che, se attuata, segnerebbe la fine del sistema di pubblicità legale (oltre ad accorciare drasticamente la vita scientifica di questa relazione).

* *Relazione* al Convegno "Le reti di imprese", organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (Macerata, 23 maggio 2014), della quale è mantenuto il tono discorsivo. Sono state aggiunte le note, peraltro limitate ai riferimenti essenziali alle opere più recenti, tutte aggiornate al testo normativo vigente, dalle quali potranno trarsi le ulteriori indicazioni bibliografiche. Il lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Giorgio De Nova*.

Spero, quindi, che prima di attuare i loro propositi “i nostri eroi” si informino, capiscano a che cosa serve un sistema di pubblicità legale e accantonino questa idea non troppo brillante.

2.- Le tre forme di contratto di rete.

La disciplina del contratto di rete è contenuta nell’art. 3 d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, che, fra decreti-legge e leggi di conversione, è stato modificato ben otto volte dopo la sua entrata in vigore, con modifiche che hanno spesso coinvolto non aspetti marginali ma punti qualificanti della disciplina.

Per ragioni di tempo evito ogni commento sulle numerose versioni intermedie e sul modo caotico – direi, “per tentativi” – attraverso il quale si è arrivati a quella che, allo stato attuale, è l’ultima stesura, e mi soffermo su questa: si tratta, come è ormai chiaro, di una disciplina particolarmente farraginoso e di difficile decifrazione. Il suo livello di tortuosità, del resto, è testimoniato già dalla numerazione delle disposizioni di legge di cui essa si compone, che sono contenute nell’art. 3, co. 4-ter, 4-ter.1, 4-ter.2, 4-quater e 4-quinquies (del d.l. 5/2009).

Venendo ai contenuti, per parlare della pubblicità bisogna prima capire che cosa è o che cosa può essere un contratto di rete. In proposito, dando per scontate cose che, in realtà, sono il frutto di una attività interpretativa faticosissima e dagli esiti non sempre sicuri, direi che dalla disciplina attualmente vigente parrebbero risultare tre diverse forme di contratto di rete.

Più precisamente, possiamo muovere innanzi tutto dalla bipartizione, espressa con terminologia consortile, fra contratti di rete *senza attività esterna* e contratti di rete *con attività esterna*: i primi sono quelli i cui effetti si risolvono nel far sorgere una serie di vincoli obbligatori fra le parti, che s’impegnano a collaborare ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni; i secondi quelli destinati a operare con i terzi attraverso l’esercizio in comune di attività rientranti nell’oggetto delle imprese partecipanti.

A questo punto, però, la disciplina si fa più complicata, tanto che nemmeno si sa bene come chiamare le due fattispecie di reti con attività esterna che sembra di poter individuare. Dopo l’ultimo intervento legislativo, infatti, il contratto di rete con attività esterna parrebbe poter sfociare in due diverse fattispecie (o subfattispecie) dotate di rilievo reale, entrambe connotate da un regime di autonomia patrimoniale sostanzialmente perfetta e distinte unicamente da ciò che l’una è dotata di soggettività giuridica, l’altra no.

3.- Il regime pubblicitario.

Il regime pubblicitario, allora, deve fare i conti con questa pluralità di forme del contratto di rete; e così pure la mia relazione.

3.1.- La pubblicità dei contratti di rete senza attività esterna.

Dei contratti di rete meramente interni, a dire il vero, il legislatore avrebbe potuto e, secondo me, avrebbe dovuto disinteressarsi dal punto di vista pubblicitario, perché – come accennavo prima – nel registro delle imprese si iscrivono, appunto, *le imprese e non i contratti* stipulati dagli imprenditori, sia pure con qualche eccezione giustificata dall'emergere dell'interesse a rendere pubbliche determinate operazioni negoziali (mi riferisco ai contratti di trasferimento dell'azienda e agli accordi di ristrutturazione dei debiti: artt. 2556, 2° co., c.c.; e 182-*bis* legge fall.)¹.

Se, ad esempio, uno o più imprenditori stipulano, che so, un contratto di affiliazione commerciale o di associazione in partecipazione o qualunque altro contratto diverso dai due appena ricordati, questi contratti non sono soggetti a pubblicità, ed è giusto che non lo siano: perché dovrebbe portarsi a conoscenza dei terzi, magari concorrenti delle parti, il contenuto di questi accordi?

Che sia così è ben dimostrato dalla disciplina pubblicitaria dei consorzi, la quale prevede che si iscrivono i consorzi con attività esterna (art. 2612 c.c.), *perché titolari di un'impresa*; non si iscrivono, invece, i contratti di consorzio meramente interni, nei quali i consorziati si limitano a prendere accordi riguardanti le loro attività d'impresa.

Nel caso dei contratti di rete, invece, la legge obbliga gli aderenti a rendere pubblici i loro accordi. Per quale ragione? Francamente non saprei rispondere.

Potrebbe ipotizzarsi che si sia voluta realizzare una sorta di anagrafe (più che dei contratti di rete) *di coloro che partecipano ai contratti di rete*, visti quali possibili destinatari di agevolazioni di vario genere (amministrative, finanziarie, fiscali); o meglio – posto che di anagrafe non mi pare possa parlarsi, date le modalità attuative della pubblicità, di cui dirò subito – che si sia voluto rendere facilmente accertabile il pre-requisito per godere di tali agevolazioni costituito, appunto, dall'iscrizione nel registro delle imprese. Ma direi che sono spiegazioni che convincono poco.

In astratto, dunque, la pubblicità è del tutto inutile. In concreto, però, è di grande rilevanza giuridica, perché ad essa il legislatore, come vedremo, ha agganciato la produzione degli effetti o di una parte degli effetti del contratto.

¹ E mi permetto di rinviare sul punto a C. IBBA, *La pubblicità legale delle imprese*, in *AGE*, 1/2014, p. 55; ID., *Registro delle imprese - 1. Soggetti, atti, adempimenti*, in *www.treccani.it, Diritto on line*, § 3.2; e già a ID., *La pubblicità delle imprese*², Padova, 2012, p. 118 ss.; in quest'ultima opera, *passim*, è anche rinvenibile il quadro di fondo del sistema pubblicitario sotteso alle soluzioni accolte in questo scritto.

Ho appena accennato alle modalità attuative della pubblicità. Per i contratti di rete meramente interni è prevista una pluralità di adempimenti pubblicitari (sicché possiamo parlare di pubblicità frammentata o plurima, in contrapposizione alla pubblicità unitaria prevista per la rete-soggetto): tante iscrizioni quanti sono i partecipanti.

A dire il vero nessuna norma dice esattamente questo, perché anche sotto questo profilo il legislatore è stato alquanto approssimativo. Infatti:

- nell'art. 3, co. 4-ter, terzo cpv., si legge che “ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater” il contratto è “trasmesso ai competenti uffici del registro delle imprese”, ed effettivamente il plurale lascia intendere che gli uffici competenti siano più di uno; ma non è detto che sia così, perché se i partecipanti hanno la sede tutti nella medesima provincia uno solo sarà l'ufficio competente;
- l'art. 3, co. 4-quater, poi, aggiunge che il contratto “è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante”; ma questo comporta che se i partecipanti, come spesso accadrà, sono iscritti tutti nella stessa sezione (essendo tutti imprenditori commerciali o tutti imprenditori agricoli), il contratto dovrà iscriversi in quell'unica sezione.

Tuttavia, anche se gli imprenditori partecipanti sono iscritti nella stessa sezione e presso lo stesso ufficio, per la disciplina vigente non è sufficiente una sola iscrizione del contratto di rete: lo si ricava dalla norma che fa decorrere gli effetti contrattuali dall'“ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari” (art. 3, co. 4-quater, primo periodo).

Pubblicità plurima o frammentata, dunque; e non può che essere così, perché nel caso dei contratti di rete meramente interni non esiste un ente né un punto di riferimento unitario (con un nome, una sede), ci sono solo tanti imprenditori che hanno stipulato lo stesso contratto. E, se si vuole che questo contratto sia pubblicizzato, occorre necessariamente (imporre) che sia pubblicizzato nella posizione del registro intestata ad ognuno degli imprenditori partecipanti.

Questo risultato può essere raggiunto, in relazione alla pubblicità delle modifiche del contratto, attraverso un meccanismo semplificatorio: l'iscrizione è richiesta da uno solo degli imprenditori contraenti, indicato nell'atto modificativo, e l'ufficio del registro che riceve la domanda ne dà comunicazione, per i provvedimenti del caso, agli altri uffici competenti (art. 3, co. 4-quater, secondo e terzo periodo), ovvero – è da ritenere – provvede d'ufficio alle ulteriori iscrizioni in relazione ad altri

imprenditori aventi la medesima sede del richiedente. Resta solo da chiedersi perché non si sia attuata la stessa semplificazione procedimentale anche in relazione alle iscrizioni originarie del contratto di rete.

Passo ora al rapporto fra pubblicità ed effetti del contratto di rete, constatando subito che anche a questo riguardo i problemi interpretativi non mancano.

Secondo il già ricordato art. 3, co. 4-*quater*, primo periodo, infatti, “l’efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l’ultima delle iscrizioni prescritte”. A rigore, dunque, parrebbe doversi parlare di una pubblicità costitutiva in senso pieno, tale cioè da condizionare integralmente l’efficacia del contratto; e non manca chi conclude che, appunto, “prima dell’iscrizione il contratto produce solo obblighi preliminari tra le parti, vale a dire l’obbligo di collaborare alla realizzazione degli adempimenti necessari affinché l’accordo divenga pienamente efficace”².

A ben vedere, però, sarebbe del tutto anomalo che gli effetti *negoziali* di un contratto fossero subordinati *ex lege* al perfezionamento degli adempimenti pubblicitari³. E’ pacifico, del resto, che ciò non accada in relazione ai contratti di trasferimento dell’azienda, e la medesima soluzione mi pare possa ritenersi consolidata a proposito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, riguardo ai quali la formula di legge (“l’accordo [...] acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione”: art. 182-*bis* cit., 2° co.) è molto vicina a quella di cui discutiamo.

Nel sistema della pubblicità d’impresa, infatti, si ricorre a meccanismi pubblicitari di tipo costitutivo⁴ quando quelli della pubblicità dichiarativa non risulterebbero appropriati, in considerazione del coinvolgimento degli interessi di una generalità di soggetti e di esigenze di *uniformità di disciplina* nei confronti di qualunque terzo. In particolare, la costitutività – e dunque l’essenzialità – dell’iscrizione si giustifica là dove a un determinato atto si connettano effetti di rilievo reale, con la produzione di fenomeni di autonomia o separazione patrimoniale e l’attivazione di regimi di responsabilità speciali rispetto alla regola generale codificata all’art. 2740 c.c.

Nulla di tutto questo accade nel caso dei contratti di rete meramente interni, sicché davvero non si vede per quale ragione la loro efficacia *inter partes* dovrebbe essere subordinata all’attuazione della pubblicità, tanto più che si tratta di contratti di collaborazione fra imprenditori che venivano normalmente conclusi anche prima dell’entrata in vigore del d.l. 5/2009 e dell’introduzione degli adempimenti pubblicitari.

² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell’impresa*⁷, a cura di M. Campobasso, Milanofiori Assago, 2013, p. 295 s., testo e nota 2.

³ Concordo in questo con l’impostazione di M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle “reti di imprese” non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, p. 484 ss.

⁴ Da ultimo C. IBBA, *La pubblicità legale delle imprese*, cit., p. 58 ss.; ID., *Registro delle imprese - 2. Effetti*, in *www.treccani.it*, *Diritto on line*, §§ 3.1 e 3.2.

La sensazione, insomma, è che l'enunciato in esame dica più di quel che si voleva dire. L'interprete, allora, può seguire due strade: o arrendersi all'incongruenza della disposizione oppure – e io sarei per questa seconda possibilità – proporre una interpretazione correttiva, in base alla quale il perfezionamento della pubblicità (più esattamente: dell'ultimo degli adempimenti pubblicitari richiesti) condiziona non già l'efficacia negoziale dell'accordo bensì la possibilità che i suoi firmatari fruiscono, in presenza degli altri presupposti di legge, delle agevolazioni eventualmente previste. Si tratta, per intenderci, di una "correzione" analoga (non solo a quella ricordata sopra in relazione all'art. 182-*bis*, 2° co., legge fall., ma altresì) a quella consolidatasi a proposito dell'art. 8, 5° co., l. 8 agosto 1985, n. 443, dalla cui formulazione ("l'iscrizione è costitutiva e condizione per la concessione delle agevolazioni a favore delle imprese artigiane") l'interpretazione corrente ricava che l'iscrizione è costitutiva ai fini della concessione delle agevolazioni *ma non ad altri fini*.

Così circoscritti gli effetti costitutivi della pubblicità, c'è da chiedersi quale sia il regime di quelli dichiarativi. Bisogna ricordare che, in base ai principi generali, l'iscrizione nella sezione ordinaria ha efficacia dichiarativa, mentre lo stesso non (sempre) può dirsi per l'iscrizione nelle sezioni speciali. Conseguentemente, se l'art. 3, co. 4-*quater*, sopra riportato, regolasse *tutti gli effetti pubblicitari nei confronti dei terzi*⁵, e dunque anche gli effetti dichiarativi, il suo significato sarebbe doppiamente derogatorio, perché riconoscerebbe l'effetto dell'opponibilità ai terzi *anche là dove esso non si produrrebbe in base alle regole generali* (così, ad esempio, ne fruirebbero – limitatamente al contenuto del contratto di rete – anche i piccoli imprenditori non agricoli e le società semplici non agricole, che per regola generale non ne fruiscono), e lo riconoscerebbe, anziché per ciascun partecipante dal momento *della sua iscrizione*, come discenderebbe dall'art. 2193 c.c., per tutti dal momento *dell'ultima delle iscrizioni*.

Ho però la sensazione che la norma non implichi tutte queste conseguenze: se è esatto quel che ho detto prima, essa vuole unicamente condizionare alla pubblicità la fruizione delle agevolazioni eventualmente derivanti dalla partecipazione a un contratto di rete.

L'efficacia dichiarativa, in questa prospettiva, è fuori dal suo campo di applicazione. Essa dunque ci sarà o non ci sarà secondo le regole generali: ci sarà automaticamente per chi è iscritto nella sezione ordinaria, non invece per chi è iscritto in una sezione speciale, nel qual caso gli effetti dipenderanno anche dalla qualifica del soggetto cui si riferisce l'iscrizione (saranno dichiarativi, in particolare, per gli imprenditori e le società semplici con oggetto agricolo e non per i piccoli imprenditori e le società con oggetto non agricolo: art. 2 d. leg. 18 maggio 2001, n. 228). E sempre dalle regole generali, in questa

⁵ Così G. MARASÀ, *La pubblicità dei contratti di rete*, in questa *Rivista*, 2014, § 3.

prospettiva, dipenderà la decorrenza degli effetti dichiarativi: quando vi siano essi decorreranno, ai sensi dell'art. 2193, "dal momento dell'iscrizione" del soggetto che intende opporre ai terzi, qualora ciò sia rilevante, la sua partecipazione al contratto di rete.

Del resto, frammentata la pubblicità, non può stupire che siano frammentati, e dunque eventualmente diversificati, anche gli effetti e la loro disciplina.

3.2.- La pubblicità della rete con attività esterna dotata di soggettività.

L'art. 3, co. 4-*quater*, stabilisce fra l'altro che, "se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede la rete acquista soggettività giuridica".

Questa iscrizione, dunque, è testualmente prevista come facoltativa; e che sia così è confermato dall'art. 3, co. 4-*ter*, primo capoverso, ultimo periodo, ove si legge che "il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-*quater* ultima parte".

Evito di soffermarmi sulla trascuratezza del linguaggio legislativo, anche se l'idea di un contratto che può diventare soggetto giuridico è abbastanza curiosa. Mi limito a segnalare ⁶ l'anomalia rappresentata dalla *facoltatività* dell'acquisto *della soggettività*, rimesso alla volontà degli interessati e attuato (previa adozione della forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, punto su cui tornerò più avanti) tramite una pubblicità pur essa facoltativa.

Alcune puntualizzazioni sui profili strettamente pubblicitari. La prima è che l'iscrizione, quando le parti la richiedono, deve avvenire sempre nella sezione ordinaria, a prescindere dalla natura dell'attività svolta e dunque anche se questa è agricola ⁷. Ciò tuttavia non deve stupire, perché lo stesso accade per le società (art. 2200 c.c.) e, deve ritenersi, per i consorzi con attività esterna (art. 2612 c.c.) ⁸.

La seconda è che tale iscrizione – deve ancora ritenersi – è sostitutiva e non aggiuntiva rispetto alle iscrizioni di cui si compone la pubblicità frammentata ⁹; se fossero richieste entrambe ci troveremmo di fronte ad una ulteriore anomalia, come se, in una società di persone o in un consorzio esterno, oltre

⁶ Con M. SCIUTO, *op. cit.*, p. 446 ss.

⁷ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 298, nota 6; e A. SERRA, *Contratto di rete e soggettività giuridica*, in questa *Rivista*, 2014, § 4.

⁸ *Contra*, incidentalmente ed erroneamente, App. l'Aquila 20 aprile 2012, in www.dejure.it, il cui caso di specie concerneva una società consortile con oggetto agricolo.

⁹ Così anche G. MARASÀ, *op. cit.*, § 5, testo e nota 20; M. MALTONI, *Le pubblicità del contratto di rete: questioni applicative (Studio n. 5-2013/I)*, in *Studi e materiali*, 2013, p. 458 s.; e A. SERRA, *op. cit.*, § 4; diversamente, parrebbe, G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 298, per il quale "tale formalità pubblicitaria" è "ulteriore rispetto a quella richiesta per la semplice efficacia del contratto".

all'iscrizione dell'ente-società o dell'ente-consorzio si richiedessero analoghi adempimenti pubblicitari relativi ad ognuno dei soci o dei consorziati.

Quanto precede comporta che:

- se per la rete l'acquisto della soggettività è voluto dalle parti *ab origine*, l'iscrizione avverrà secondo la regola appena richiamata, con conseguente effetto costitutivo da un lato della soggettività e dell'autonomia patrimoniale perfetta cui ho accennato sopra, dall'altro della legittimazione a godere delle agevolazioni eventualmente spettanti, nonché con i consueti effetti dichiarativi discendenti dall'art. 2193;
- se invece la rete nasce come contratto meramente interno (o comunque non come soggetto giuridico), e successivamente le parti intendono esercitare la facoltà di acquisto della soggettività, la relativa decisione dovrà certamente essere iscritta nella sezione ordinaria secondo quanto appena detto, ma altresì, a mio avviso, nella posizione del registro intestata a ciascuna delle imprese partecipanti, trattandosi dell'atto che segnala ai terzi la modifica del regime patrimoniale e, con esso, di quello pubblicitario, facendo cessare, da quel momento in poi, l'obbligo della pubblicità frammentata¹⁰.

Completa il regime pubblicitario la norma che prevede la redazione e il deposito presso l'ufficio del registro delle imprese in cui la rete ha sede, entro due mesi dalla chiusura di ogni esercizio, di una situazione patrimoniale redatta osservando, in quanto compatibili, le disposizioni relative al bilancio di esercizio delle società per azioni (art. 3, co. 4-*ter*, secondo capoverso, n. 3).

Nulla è detto, invece, in ordine agli obblighi pubblicitari inerenti lo scioglimento e la liquidazione delle reti-soggetto (per la quale dovrebbe passare anche la "transizione" da rete-soggetto a rete meramente contrattuale¹¹), pur essendo ragionevole ipotizzare la necessità quanto meno di un adempimento pubblicitario speculare rispetto a quello necessario nel momento genetico, che produca (o concorra a produrre), cioè, un effetto costitutivo-estintivo della soggettività¹².

3.3.- La pubblicità della rete con attività esterna priva di soggettività.

¹⁰ Conforme M. MALTONI, *op. cit.*, p. 460 s.

¹¹ Cfr. A. SERRA, *op. cit.*, § 5; e M. MALTONI, *op. cit.*, p. 461.

¹² Ciò per le ragioni esposte ultimamente in C. IBBA, *Registro delle imprese - 2. Effetti*, cit., § 3.1.; nonché, con maggior approfondimento e con specifico riferimento ad analogo problema concernente i patrimoni destinati ad uno specifico affare, in ID., *La pubblicità delle imprese*, cit., p. 183 ss.

Come abbiamo già visto, “il contratto di rete che prevede l’organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-*quater* ultima parte” (art. 3, co. 4-*ter*, primo capoverso, ultimo periodo).

L’ipotesi di cui dobbiamo ora occuparci è dunque quella in cui i contraenti, pur dando vita a una rete non meramente interna, non esercitino la facoltà, loro accordata, di optare per il modello dotato di soggettività.

Parliamo dunque, anche in questo caso, di una rete destinata a operare con i terzi tramite un organo comune e dotata di un fondo patrimoniale comune, nonché – secondo quanto prescritto dall’art. 3, co. 4-*ter*, terzo capoverso, lett. *a* – di una denominazione e di una sede.

E parliamo, anche in questo caso, di una rete al cui fondo patrimoniale “si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615, secondo comma” c.c. (art. 3, co. 4-*ter*, secondo capoverso, n. 2), sicché, in particolare, ai creditori personali dei partecipanti è inibita l’azione nei confronti del fondo comune; mentre, “in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall’organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune” (così ancora l’art. 3, co. 4-*ter*, secondo capoverso, n. 2).

Si tratta pertanto di una rete il cui regime patrimoniale coincide con quello della rete-soggetto (pur essa regolata dalle previsioni dell’art. 3, co. 4-*ter*, secondo capoverso, n. 2, appena riportate) ma che tuttavia, come si è visto, non sottoponendosi alla pubblicità unitaria di cui abbiamo parlato nel § precedente, non acquista la soggettività, *avendo peraltro già conseguito il risultato dell’autonomia patrimoniale perfetta*.

La singolarità di tutto questo è abbastanza evidente, se si ha presente l’orientamento complessivo del sistema in ordine al riconoscimento della soggettività ed al rapporto fra pubblicità e autonomia patrimoniale; per non parlare dell’inedita e ancor più singolare facoltà di *auto-esonero dal fallimento* che di fatto ne deriverebbe, se fosse vero che la rete-non soggetto – diversamente da quella dotata di soggettività – deve ritenersi non fallibile¹³.

Facciamo ad esempio il confronto con il caso delle società di persone iscritte e non iscritte (regolari e irregolari): per esse l’iscrizione è sempre obbligatoria e incide sul grado di autonomia patrimoniale, sicché la non iscrizione è penalizzante per la società e per i soci (fa eccezione la società semplice, il cui regime risente ancora della sottrazione al sistema pubblicitario per essa originariamente

¹³ Come ritiene M. SCIUTO, *op. cit.*, p. 486 ss.; e v. anche ID., *L’impresa di rete non entificata. Una nuova “sfumatura” d’impresa?*, in *AGE*, 1/2014, p. 173 ss.

prevista), tuttavia la soggettività – secondo una ricostruzione ormai da tempo consolidata – non viene messa in dubbio nemmeno per le società non iscritte. Nel nostro caso invece l'iscrizione, come si è visto, è facoltativa e non incide sull'autonomia patrimoniale, che è sempre presente nel suo grado massimo; a mancare sarebbe invece la soggettività giuridica, il cui contenuto normativo si rivela però, a questo punto, a dir poco sfuggente.

Ma – mi chiedo – l'“essere (o non essere) soggetto” dipende da formule sacramentali adoperate (o non adoperate) dal legislatore oppure dalla *connotazione normativa di una determinata fattispecie*?

Per convincimento comune un espresso riconoscimento legislativo della soggettività non è reputato necessario ai fini della “entificazione”: sono soggetti giuridici, pur mancando tale riconoscimento, le società di persone (ripeto: iscritte o non iscritte), le associazioni non riconosciute, i consorzi con attività esterna, e via dicendo.

E' vero, infatti, che parliamo di una qualificazione giuridica, ma essa può ben desumersi dal riconoscimento – ricavabile per via interpretativa – degli attributi che si ritengono essenziali a quella qualificazione. E ricordo che quando – prima dell'introduzione della norma sull'acquisto della soggettività da parte delle reti ¹⁴ – ci si chiedeva se la rete fosse o no qualificabile come soggetto giuridico, chi rispondeva negativamente argomentava in larga misura dalla mancanza di prescrizioni che imponessero l'indicazione del nome e della sede ¹⁵; prescrizioni che viceversa ora ci sono, sicché appunto la sedicente rete-non soggetto, oltre a poter contare su un patrimonio comune, *ha un proprio nome e una propria sede, distinti da quelli dei partecipanti!*

Certo, nel nostro caso – diversamente da quel che accade per società di persone, associazioni non riconosciute, consorzi con attività esterna – non solo la legge *non riconosce* espressamente la *soggettività* ma espressamente *la nega*, in assenza della pubblicità unitaria (art. 3, co. 4-ter, primo capoverso, ultimo periodo, riportato in apertura di questo §).

Ma qual è il valore di questa negazione *sul piano normativo*? Mi riferisco, naturalmente, a un valore che vada al di là della convenienza di negare l'alterità della rete rispetto ai partecipanti per evitare che i benefici fiscali vengano sanzionati come aiuti di Stato (perché questa parrebbe la ragione alla base del guazzabuglio normativo) ¹⁶; e vorrei comprendere, insomma, se e in che cosa la disciplina dell'agire della rete-non soggetto si differenzi da quella propria della rete-soggetto.

¹⁴ Oggetto di più ripensamenti fra l'estate e l'autunno del 2012: cfr. l'art. 1, 1° co., l. 7 agosto 2012, n. 134; l'art. 36, 4° co. d.l. 18 ottobre 2012, n. 179; e l'art. 1, 1° co., l. 17 dicembre 2012, n. 221.

¹⁵ Cfr. M. SCIUTO, *Imputazione e responsabilità ecc.*, cit., p. 463 ss.

¹⁶ Cfr. G. MARASÀ, *op. cit.*, § 6.

Una valenza normativa minima sembrerebbe ravvisabile nella disciplina della rappresentanza: l'art. 3, co. 4-*ter*, terzo capoverso, lett. *e*, prevede in effetti, peraltro in relazione solo ad alcuni rapporti e – riserva di non poco conto dalla quale peraltro evito di argomentare – “salvo che sia diversamente disposto” nel contratto, che “l'organo comune agisce in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica e, in assenza della soggettività, degli imprenditori... partecipanti”.

Confesso però che non ho ancora capito bene come questa disposizione possa conciliarsi con quelle, già ricordate, che delineano il regime patrimoniale della rete priva di soggettività; come funzionino insomma, nel caso delle reti-non soggetto, i meccanismi di imputazione degli atti compiuti dall'organo comune e dei loro effetti.

In particolare mi domando:

a) se l'organo comune spende il nome degli imprenditori, non ingenera nei terzi il legittimo affidamento che gli effetti degli atti così compiuti siano imputati ai patrimoni degli imprenditori stessi? Com'è possibile allora che delle obbligazioni così assunte risponda il (solo) fondo comune? Oppure la limitazione di responsabilità opera solo se nell'attività negoziale viene speso il nome della rete? In realtà sembrerebbe di no, sia per via del riferimento all'agire “in rappresentanza degli imprenditori” (art. 3, co. 4-*ter*, terzo capoverso, lett. *e*, cit.), sia perché ai fini della localizzazione della responsabilità sul fondo comune la legge richiede solo che si tratti di obbligazioni contratte dall'organo comune “*in relazione al programma di rete*” (art. 3, co. 4-*ter*, secondo capoverso, n. 2, cit., che non esige, dunque, la “menzione del vincolo di destinazione” necessaria, ad esempio, per l'imputazione degli atti ai patrimoni destinati di società per azioni: art. 2447-*quinquies*, ult. co., c.c.);

b) in capo a chi si producono gli acquisti degli atti conclusi in rappresentanza degli imprenditori partecipanti? I normali criteri d'imputazione indurrebbero a configurare una situazione di contitolarità fra gli imprenditori il cui nome è stato speso nella contrattazione; ma, se è così, si realizza una dissociazione tra gli effetti attivi, di cui beneficiano i partecipanti, e gli effetti passivi, di cui risponde solo il fondo¹⁷: è proprio questo il risultato voluto dalla legge?

Insomma, l'alternativa fra “essere o non essere” soggetto non pone forse agli interessati un dubbio amletico (come dimostra il basso numero di reti-soggetto, spiegabile con il più favorevole trattamento delle reti prive di soggettività); molti dubbi suscita invece, negli interpreti, la disciplina delle reti con attività esterna ma non soggettivizzate.

¹⁷ Dissociazione tratteggiata – mi pare con preoccupazione – da G. MARASÀ, *op. cit.*, § 6.

Tornando al regime pubblicitario, aggiungo che queste reti vanno incontro alla medesima pubblicità prevista per quelle meramente interne (ossia quella plurima o frammentata), dal momento che la loro eventuale iscrizione unitaria come “rete” determinerebbe – per effetto delle norme già esaminate – l’acquisto della soggettività.

Viceversa, a mio avviso, la logica avrebbe suggerito la soluzione opposta, ossia la previsione di una pubblicità unitaria, trattandosi di pubblicizzare *non la partecipazione degli imprenditori x, y e z a un contratto*, ma la venuta ad esistenza della rete *come patrimonio aziendale separato* (da quelli degli imprenditori partecipanti), per di più provvisto di una denominazione e di una sede e retto da un regime di autonomia patrimoniale perfetta.

Quanto la soluzione accolta sia innaturale è testimoniato dalla disciplina della situazione patrimoniale annuale della rete-non soggetto. La legge, infatti, ne prescrive il deposito presso l’ufficio del registro delle imprese “del luogo ove ha sede” la rete (art. 3, co. 4-ter, secondo capoverso, n. 3), ma presso quel luogo la rete-non soggetto non è detto che risulti iscritta, dovendo essere iscritta nei luoghi in cui hanno sede le imprese partecipanti, e in ogni caso – anche se lo fosse – non vi sarebbe nel registro una posizione intestata alla rete. Il legislatore, insomma, ha prescritto per la situazione patrimoniale una pubblicità unitaria senza accorgersi che, non avendola prevista in via generale per la rete, essa risulta inattuabile; nell’attuale situazione normativa, l’unico modo per realizzare la pubblicità della situazione patrimoniale sarebbe quello di effettuare tanti depositi quante sono le imprese partecipanti¹⁸, cosa che peraltro non è prevista dalla legge.

Ancora: la limitazione di responsabilità viene accordata ai partecipanti alle reti non soggettivizzate senza che vi sia una specifica pubblicità a ciò deputata: l’effetto costitutivo della separazione patrimoniale (con limitazione al fondo della responsabilità per le obbligazioni assunte) è prodotto, infatti, dai medesimi adempimenti pubblicitari cui sono sottoposti i contratti di rete senza attività esterna.

Ancor più anomalo, poi, è che la limitazione di responsabilità sia accordata senza nemmeno richiedere il previo controllo di legalità e autenticità del contratto. L’art. 3, co. 4-ter, terzo capoverso, al riguardo, si accontenta dell’atto con firma digitale semplice (la norma rinvia infatti, alternativamente, agli artt. 24 o 25 del codice dell’amministrazione digitale), diversamente da quel che accade là dove la rete intenda acquistare la soggettività (nel qual caso l’art. 3, co. 4-quater, ultimo periodo, rinviando al solo art. 25 del citato codice, richiede che la eventuale firma digitale sia autenticata); previsione che non

¹⁸ E v. G. MARASÀ, *op. cit.*, § 5.

solo evidenza una diversità di trattamento, rispetto alle reti-soggetto, di cui davvero non si scorge alcuna ragione, ma che salvo errori costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento.

In conclusione, come penso si sia capito, vedo più ombre che luci in questa forma ibrida di rete non soggettivizzata, che ha un nome ma non lo adopera, una sede ma non può servirsene; credo, insomma, che il suo trattamento – e non alludo solo a quello pubblicitario – andrebbe ripensato e reso più congruo e più coerente con alcuni generali principi civilistici, anche perché il prezzo delle incongruità e delle incoerenze rischiano di pagarlo i terzi, che il più delle volte sono imprenditori esattamente come quelli che fanno parte della rete.

IGNORANTIA LEGIS EXCUSAT LEGISLATORI? IL CASO DELLA NOVELLA DELL'ABROGATA LEGGE LEVI.

GAETANO MOLICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Legge Levi e la sua abrogazione. – 3. L'impatto delle liberalizzazioni secondo l'interpretazione di talune corti. – 4. Qualche parola sulla posizione della giurisprudenza. Il dibattito e la novella operata dall'art. 4, co. 4-bis, D.L. n. 91/2013. – 5. Un possibile profilo di illegittimità costituzionale. – 6. Le fondamenta di un approccio ricostruttivo al problema. – 7. Una proposta di ricostruzione. – 8. Considerazioni finali.

1. Premessa.

L'ipertrofia, la complessità e la scarsa coerenza del tessuto normativo italiano¹ rappresentano problemi cronici, dei quali lo stesso legislatore ha ormai preso consapevolezza e sui quali ha deciso – non sempre in modo impeccabile – di intervenire².

Tuttavia, a dispetto dei tentativi di sfrondare una “selva [tanto] oscura”, il legislatore si dimostra spesso incapace di rinunciare alla c.d. microlegislazione – *id est*, l'adozione di pacchetti normativi volti a rispondere alle più disparate esigenze del momento – facendo così rientrare dalla finestra ciò che poco prima era stato fatto uscire dalla porta. Il risultato è una matassa inestricabile di disposizioni che risultano tra di loro faticosamente coordinabili.

Senonché, alle volte, l'accennato fenomeno di parcellizzazione normativa – da tempo chiosato con appellativi poco gratificanti, quali “schizofrenia normativa”³ – rischia di rendere il lavoro interpretativo un vero e proprio rompicampo, la cui soluzione stenta a palesarsi anche ai più convinti occamisti. Tutto ciò chiama in causa, dunque, i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie,

¹ Il dato ufficiale più recente parla di 21.691 leggi e atti equiparati in vigore. Cfr. Commissione parlamentare per la semplificazione della legislazione, *Relazione al Parlamento ai sensi dell'art. 2, co. 1-ter, D.L. n. 200/2008, convertito in L. n. 9/2009*, presentata dal sottosegretario all'Interno Alessandro Pajno nel corso dell'audizione dell'11 dicembre 2007, disponibile su www.funzionepubblica.gov.it/.

Già a partire dalla fine degli anni '80, la complessità del nostro ordinamento ha richiesto che il principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge di cui all'art. 5 c.p. venisse riletto ad opera della Corte Costituzionale, così da tenere in debita considerazione la caoticità o incomprensibilità del dettato normativo. Cfr. Corte Costituzionale, Sent., 24 marzo 1988, n. 364, dove si legge: «discende dall'ideologia contrattualistica l'assunzione da parte dello Stato dell'obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli s'informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d'agire. La violazione del divieto di commettere reati, avvenuta nell'ignoranza della legge penale, può, pertanto, dimostrare che l'agente non ha prestato alle leggi dello Stato tutta l'attenzione "dovuta". Ma se non v'è stata alcuna violazione di quest'ultima, se il cittadino, nei limiti possibili, si è dimostrato ligio al dovere (ex art. 54, primo comma Cost.) e, ciò malgrado, continua ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza è "inevitabile" e, pertanto, scusabile».

² Il riferimento è al meccanismo passato alla storia con il nome di “taglia leggi”. Con la legge Legge 28 novembre 2005, n. 246 (c.d. legge di semplificazione del 2005), il legislatore ha disposto l'abrogazione implicita e generalizzata di tutte le leggi anteriori al 1970, ad eccezione di quelle che fossero state espressamente fatte salve con appositi regolamenti governativi. Il descritto processo di semplificazione, se da un lato ha contribuito a ripulire l'ordinamento da numerose “incrostazioni”, dall'altro rappresenta un'ipocrisia legislativa, posto che, così facendo, il legislatore rischia – come effettivamente avvenuto – di abrogare leggi di primaria importanza. A titolo meramente esemplificativo, basti citare “l'imprevista” abrogazione della legge 14 agosto 1862 n. 800, istitutiva della Corte dei Conti. Sul punto si rinvia a R. MANFRELLOTTI, *Abrogazione di norme e razionalità dell'ordinamento giuridico*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 3/2011, p. 2 e ss., reperibile su internet al seguente indirizzo: <http://www.osservatorio.sullefonti.it/>.

³ B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi – Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 15 e ss.

spingendo gli studiosi⁴ a chiedersi se il canone della coerenza dell'ordinamento possa giustificare interpretazioni che forzino i "naturali" limiti applicativi dei summenzionati criteri.

L'oggetto del presente contributo costituisce, a parere di chi scrive, paradigmatico esempio di quanto sin qui considerato.

Come meglio si spiegherà oltre, la L. n. 128/2011 – c.d. legge Levi sul prezzo di rivendita dei libri – che in un primo momento sembrava caduta sotto la scure della sequela di provvedimenti di liberalizzazione adottati tra il 2011 e il 2012, è stata invece sorprendentemente oggetto di una novella, contenuta nell'art. 4, quarto comma *bis*, D.L. n. 91/2013⁵, che ha aggiunto, all'art. 2, quinto comma, una lettera *g-bis*).

Esponendo il quadro normativo anteriore alla novella del 2013 e analizzando una serie di provvedimenti cautelari adottati da diverse corti italiane che avevano ampiamente concluso per l'intervenuta abrogazione della normativa sul prezzo dei libri, si cercherà di capire come conciliare tale abrogazione con la più recente novella legislativa.

2. La Legge Levi e la sua abrogazione.

Con la L. n. 128/2011 – meglio nota come legge Levi, dal nome del proponente – il legislatore confermava e completava una disciplina restrittiva della libertà dei venditori al dettaglio di fissare il prezzo di vendita al pubblico dei libri, già introdotta, in via sostanzialmente sperimentale, con l'art. 11 della L. n. 62/2001, affermando un limite massimo di sconto del 15% sul prezzo di copertina liberamente fissato, a monte, dall'editore o dall'importatore⁶.

Il riferito regime, da un lato, veniva esteso alle vendite per corrispondenza "anche nel caso in cui abbia luogo mediante attività di commercio elettronico"⁷ e, dall'altro, veniva derogato, prevedendosi, per specifiche categorie di soggetti, la possibilità di operare sconti fino al 20%⁸.

Infine, la legge consentiva agli editori – non ai distributori – di realizzare una volta l'anno, ma ad esclusione del mese di dicembre, campagne promozionali con sconti superiori al 15%, purché non maggiori di 1/4 rispetto al prezzo di copertina⁹.

⁴ P. CARNEVALE, *Tornare a vivere: ma è sempre un vantaggio? Riflessioni in tema di abrogazione, reviviscenza e referendum elettorali*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4/2011, p. 18, reperibile su internet al seguente indirizzo: <http://www.rivistaaic.it/>.

⁵ D.L. 8 agosto 2013, n. 91, recante *disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo*, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 7 ottobre 2013, n. 112, in G.U. 8 ottobre 2013, n. 236.

⁶ Sul tema delle restrizioni del prezzo dei libri, si segnala, per l'attualità e per il grado di approfondimento, anche storico, V. MELI, *La resale price maintenance nel commercio librario. Limitare la concorrenza per promuovere la cultura?*, in *Merc., conc., reg.*, 2013, I, 149.

⁷ Art. 2, secondo comma, L. n. 128/2011.

⁸ L'art. 2, quarto comma, L. n. 128/2011 prevedeva, infatti, che: «La vendita di libri ai consumatori finali è consentita con sconti fino ad una percentuale massima del 20 per cento sul prezzo fissato ai sensi del comma 1: a) in occasione di manifestazioni di particolare rilevanza internazionale, nazionale, regionale e locale, ai sensi degli articoli 40 e 41 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112». Al quinto comma, poi, è previsto che «I commi 1 e 2 non si applicano per i seguenti prodotti: a) libri per bibliofili, intesi come quelli pubblicati a tiratura limitata per un ambito ristretto e di elevata qualità formale e tipografica; b) libri d'arte, intesi come quelli stampati, anche parzialmente, con metodi artigianali per la riproduzione delle opere artistiche, quelli con illustrazioni eseguite direttamente a mano e quelli che sono rilegati in forma artigianale; c) libri antichi e di edizioni esaurite; d) libri usati; e) libri posti fuori catalogo dall'editore; f) libri pubblicati da almeno venti mesi e dopo che siano trascorsi almeno sei mesi dall'ultimo acquisto effettuato dalla libreria o da altro venditore al dettaglio; g) edizioni destinate in via prioritaria ad essere cedute nell'ambito di rapporti associativi». A tale ultimo comma, come anticipato nel testo, è stato aggiunto un ulteriore lettera *g-bis* con la D.L. n. 91/2013. Sul punto, vedi *infra* § 4.

⁹ Cfr. art. 2, terzo comma, L. n. 128/2011.

Al di là delle ragioni adducibili a giustificazione di una simile politica di fissazione del prezzo¹⁰ – la cui discussione, che non interessa solamente l'Italia, all'evidenza non rientra nell'economia del presente contributo –, ciò che realmente rileva è la struttura precettiva della normativa in esame; dalla lettura del testo normativo, invero, si evince agevolmente come questo contenga una sola disposizione dotata di autonoma precettività – tale essendo quella che fissa il limite massimo allo sconto praticabile dai dettaglianti –, mentre le residue previsioni si giustificano in relazione a tale principio cardine. In sostanza, posta la regola generale per la quale il rivenditore non può praticare sconti superiori al 15% sul prezzo di copertina dei libri, la legge introduce deroghe soggettive e la possibilità riconosciuta agli editori di dar vita a promozioni durante le quali è ammesso uno sconto maggiore.

Un solo precetto, dunque, che integra un'ipotesi di limitazione alla libertà dei distributori di utilizzare tutte le potenzialità offerte, in termini di competitività, dalla *price competition*. In altre parole, la fissazione di un prezzo minimo di rivendita.

Orbene, l'eliminazione delle restrizioni alla libertà delle imprese di determinare la propria condotta sul mercato è stata al centro della politica di liberalizzazione intrapresa dal legislatore italiano sul finire del 2011 e perseguita, in modo non propriamente organico, attraverso diversi pacchetti normativi. Più nel dettaglio, ci si riferisce a:

- a) l'art. 3, commi ottavo e nono, D.L. n. 138/2011¹¹ che, nell'abrogare, con decorrenza dal dicembre del 2011, “*le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall'ordinamento vigente*”, ricomprendeva espressamente tra queste “*l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale*”;
- b) l'art. 34, terzo comma, del decreto c.d. Salva Italia¹² che, con una certa ridondanza, abroga le disposizioni che prevedono “*l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi*”, ad esclusione di quelle previste per le professioni, il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea, i servizi finanziari come definiti dall'art. 4 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 e i servizi di comunicazione come definiti dall'art. 5 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59;
- c) l'art. 1, lett. b), del decreto c.d. Cresci Italia¹³, allorché prevede l'abrogazione di tutte le anteriori disposizioni che “*impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti*”.

Prima facie, la politica di *resale price maintenance* libraria di cui alla legge Levi sembrerebbe rientrare nella nozione di “restrizione di prezzo” o, più in generale, di limitazione dell'offerta. Tuttavia, una tale conclusione sconta l'incertezza derivante dalle particolari modalità con le quali è stata disposta l'abrogazione delle disposizioni riconducibili a tale categoria. Infatti, il descritto intervento abrogativo

¹⁰ Per le quali si rinvia ancora a V. MELI, (nt. 6), 151.

¹¹ Recante *ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, convertito con modificazioni dall'art. 1, co. 1, L. 14.9.2011, n. 148, in G.U. 16 settembre 2011, n. 216.

¹² D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, recante *disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, in G.U. 27 dicembre 2011, n. 300.

¹³ D.L. 21 gennaio 2012, n. 1, recante *disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito con modificazioni dall'art. 1, co. 1, L. 23 marzo 2012, n. 27, in G.U. 24 marzo 2012, n. 71.

integra un'ipotesi di abrogazione espressa c.d. innominata¹⁴, mediante la quale, il legislatore, pur abrogando espressamente le norme incompatibili, non specifica l'oggetto dell'effetto abrogativo. Ne consegue, come autorevolmente osservato¹⁵, che, con tale tecnica, il legislatore si limita a delegare agli operatori giuridici il compito di decidere se e quali norme siano in contrasto con la nuova legge e siano da considerarsi abrogate. Pertanto, l'operatività concreta dell'effetto abrogativo dipende dall'attività dei giudici e dall'affermazione di un consolidato orientamento giurisprudenziale che concluda per la definitiva abrogazione di una data norma anteriore.

Pare, allora, opportuno volgere lo sguardo alla posizione della giurisprudenza già pronunciata sulla questione.

3. *L'impatto delle liberalizzazioni secondo l'interpretazione di talune corti.*

Che i decreti di liberalizzazione or ora richiamati avessero in qualche modo cambiato le carte in tavola, pur in un clima di apparente indifferenza per la novità¹⁶, non è circostanza passata inosservata agli operatori della grande distribuzione organizzata (GDO). Nell'estate del 2013, infatti, forse indotte dall'incertezza in merito all'abrogazione della legge Levi¹⁷, alcune catene di supermercati avevano dato vita ad una campagna promozionale avente ad oggetto la proposta di acquisto di libri di testo scolastici a prezzo di copertina, ma con il riconoscimento contestuale all'acquirente di un buono-sconto pari al 20% del prezzo del libro, da utilizzarsi per l'acquisto di beni diversi.

L'iniziativa, non gradita a numerosi librai indipendenti, essenzialmente perché da loro non replicabile, veniva contestata dinnanzi a diverse corti italiane, nell'obiettivo di ottenerne in via cautelare l'inibizione e la rimozione della campagna pubblicitaria posta in essere per reclamizzarla. Secondo i ricorrenti, una simile proposta commerciale equivaleva, infatti, ad un'elusione dell'art. 2, secondo comma, L. n. 128/2011.

Al contrario, per i resistenti, la circostanza che i libri di testo fossero venduti a prezzo di copertina escludeva qualsiasi tipo di violazione della richiamata normativa, posto che, in seguito all'acquisto, il cliente avrebbe ricevuto soltanto un buono-sconto (concettualmente differente dallo sconto praticato sul prezzo del libro), da utilizzare su beni diversi dai libri; in ogni caso, dinanzi alle corti, gli operatori della GDO hanno speso l'argomento che la normativa invocata dalle ricorrenti doveva ritenersi abrogata dall'art. 3, D.L. n. 138/2011 e dall'art. 1, D.L. n. 1/2012.

I provvedimenti resi sulle domande così proposte, pur variamente argomentando in merito alla configurabilità di una violazione della Legge Levi¹⁸, concludevano pressoché tutti, con differente profondità di motivazione, per l'intervenuta abrogazione della normativa invocata dai ricorrenti¹⁹.

¹⁴ Espressione coniata da G.U. RESCIGNO, *Note preliminari sulle principali manchevolezze della tecnica legislativa*, in *Fattibilità e applicabilità delle leggi*, Rimini, Maggioli, 1983, 1 e ss.

¹⁵ R. GUASTINI, *In tema di abrogazione*, in *L'abrogazione delle leggi, un dibattito analitico*, a cura di C. LUZZATI, Milano, Giuffrè, 1987, 19.

¹⁶ Sulle cui possibili ragioni, si veda V. MELI, (nt. 6), 167.

¹⁷ Vedi § 4.

¹⁸ L'idoneità della descritta pratica commerciale a violare le disposizioni della Legge Levi è stata diversamente valutata dai provvedimenti qui considerati. Un primo gruppo di pronunce (Trib. Bergamo, Sez. I, ord., 23 luglio 2013; Trib. Torino, Ord., 22 agosto 2013; Trib. Monza, Ord., 6 settembre 2013; Trib. Milano, Ord., 10 settembre 2013) ha adottato un approccio di tipo formalistico, facente leva sull'asserita diversità tra sconto e buono-sconto. In particolare, mentre lo sconto ricorrerebbe nell'ipotesi di riduzione del prezzo di vendita applicabile immediatamente sul prezzo esposto al pubblico per incentivare il cliente all'acquisto del bene scontato, il buono-sconto sussisterebbe nel diverso caso in cui il consumatore acquisti il bene a prezzo pieno, ma contestualmente gli venga offerto un coupon che gli riconosca il diritto di ottenere uno

Essenzialmente, tre sono gli ordini di rilievi operati dai giudici.

In primo luogo - osservano i giudici - pur non comparando nei decreti di liberalizzazione la nozione di “limitazione allo sconto”, nondimeno questa deve ritenersi coperta dall’effetto abrogativo. Invero, il D.L. n. 138/2011 qualificava come “restrizione all’attività di impresa” l’imposizione di prezzi minimi, anche attuata attraverso l’applicazione di un coefficiente di profitto o di calcolo su base percentuale e, sebbene l’espressione non sia stata ripetuta nel D.L. n. 201/2011, si può ritenere pacifico che una limitazione agli sconti rientri nella nozione di imposizione di un prezzo minimo; e poiché questa è la modalità di determinazione del prezzo minimo prevista dalla legge Levi, essa deve ritenersi ricompresa nella previsione normativa. In ogni caso, la limitazione dello sconto praticabile dai dettaglianti costituisce sicuramente una conformazione normativa dell’offerta, così facendo ricadere l’art. 2, L. n. 128/2011 nella più generale norma abrogatrice di cui all’art. 1, D.L. n. 1/2012.

In secondo luogo, poi, l’effetto abrogativo non può essere escluso facendo leva sul criterio di specialità, nel senso di ritenere la legge Levi *specialis* rispetto alla portata generale delle norme di abrogazione *de quibus*. Una soluzione di questo tipo, infatti, renderebbe nella sostanza inapplicabili i

sconto su successivi acquisti, anche per beni diversi. Secondo tale orientamento, la pratica contestata ricadrebbe in questa seconda fattispecie e, come tale, non integrerebbe alcuna violazione della L. n. 128/2011, disciplinando questa l’ipotesi dello sconto puro.

Un secondo gruppo di provvedimenti (Trib. Monza, Ord., 11 luglio 2013; Trib. Torino, Ord., 18 luglio 2013; Trib. Monza, Ord., 29 luglio 2013; Trib. Milano, Ord., 31 luglio 2013), al contrario, ha adottato una prospettiva sostanzialista, volta ad enfatizzare il risultato finale conseguito dal consumatore; questi, infatti, pur pagando a prezzo pieno i libri di testo, in pratica gode della possibilità di acquistare liberamente altri beni per un importo pari al 20% del prezzo di copertina dei libri acquistati, violando, dunque, la normativa in materia.

A parere di chi scrive, tra le diverse soluzioni prospettate, sembra più logica la seconda. Se l’obiettivo della legge, infatti, è (o, per meglio dire, era) limitare l’utilizzo del prezzo come leva concorrenziale tra i distributori – anche *on-line* –, accogliere la prima interpretazione significherebbe privare di effettività le norme in discorso, essendo sufficiente modificare il meccanismo di riconoscimento del vantaggio economico per non incorrere nel divieto normativo. A conferma di quanto fin qui sostenuto, invero, è possibile richiamare l’esempio francese. In Francia, infatti, la c.d. Loi Lang (loi n. 81-766 del 10.8.1981) – che ammette sconti sul prezzo di copertina nei limiti del 5% di questo - è stata recentemente modificata dalla Loi n°2014-779 dell’8.7.2014. Per evitare, infatti, che, nel caso di vendite *on-line*, il limite allo sconto possa essere aggirato attraverso la riduzione o la gratuità delle spese di spedizione, la legge oggi stabilisce, all’art. 1, co. 4, che «*des détaillants doivent pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 % et 100 % du prix fixé par l’éditeur ou l’importateur. Lorsque le livre est expédié à l’acheteur et n’est pas retiré dans un commerce de vente au détail de livres, le prix de vente est celui fixé par l’éditeur ou l’importateur. Le détaillant peut pratiquer une décade à hauteur de 5 % de ce prix sur le tarif du service de livraison qu’il établit, sans pouvoir offrir ce service à titre gratuit*». Per maggiori approfondimenti sulla Loi Lang si rinvia a H. GAYMARD, *Situation du livre. Évaluation de la loi relative au prix du livre et Questions prospectives – Rapport à la Ministre de la Culture et de la Communication*, marzo 2009, <http://www.sne.fr/dossiers-et-enjeux/prix-unique-du-livre/defense-au-niveau-europeen.html>; sulle recenti modifiche apportate alla Loi Lang, si veda il rapporto esplicativo del Senato francese, reperibile in internet al seguente indirizzo:

http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201310/le_senat_examine_la_proposition_de_loi_tendant_a_encadrer_la_vente_a_distance_des_livres.html.

¹⁹ Fa eccezione Trib. Monza, ord., 29 luglio 2013. Tale provvedimento esclude l’abrogazione della legge Levi sulla base di una singolare interpretazione della nozione di “prezzo minimo imposto”. Secondo il giudice, infatti, l’art. 2, co. 1, L. n. 128/2011 non fisserebbe alcun prezzo minimo per i libri il quale, al contrario, sarebbe “liberamente fissato dall’editore o dall’importatore”. L’unica restrizione introdotta dalla legge Levi concernerebbe lo sconto praticabile sul prezzo di copertina. La conseguenza sarebbe, citando il decreto, che «*la fissazione di un tetto massimo di sconto non costituisce imposizione di un prezzo minimo, né può essere a ciò equiparato ai fini dell’asserita abrogazione*». Tale interpretazione, tuttavia, sembra adottare un erroneo punto di vista. Se, infatti, si guarda alla posizione degli editori o degli importatori, non v’è dubbio che la legge Levi nulla innovi rispetto alla loro libertà di fissare il prezzo di copertina. Al contrario, volgendo lo sguardo alla posizione dei distributori – cui la legge Levi è effettivamente rivolta –, non v’è chi non veda come la loro autonomia sia fortemente limitata dalla legge, la quale, attraverso il limite massimo allo sconto praticabile, impedisce loro di fissare liberamente il prezzo che, dunque, si risolve in un prezzo minimo imposto *ex lege*.

decreti di liberalizzazione posto che, per il loro carattere “necessariamente” generale, qualsiasi norma anteriore di settore finirebbe per essere speciale.

In terzo ed ultimo luogo, i riferiti provvedimenti di liberalizzazione contengono precise clausole di salvaguardia che non contemplano il settore librario, con la conseguenza che questo non può ritenersi sottratto al loro campo applicativo. In particolare, secondo i giudici, non può trovare applicazione l’eccezione prevista dall’art. 3, primo comma, lett. d), D.L. n. 138/2011, nella parte in cui fa riferimento alla salvaguardia delle disposizioni indispensabili per la protezione “*del paesaggio e del patrimonio culturale*”; e ciò in quanto il concetto di “patrimonio culturale” non può essere identificato nella tutela del canale delle librerie indipendenti, consistendo il riferito patrimonio – con definizione poco precisa - nel complesso “*dei beni materiali e non materiali peculiari di una collettività o di una nazione*”²⁰. E anche ove si volesse, con una forzatura interpretativa, far rientrare la legge Levi nell’eccezione indicata, si condurrebbe un’operazione ermeneutica espressamente vietata dai provvedimenti di liberalizzazione e segnata dall’art. 3, settimo comma, D.L. n. 138/2011, ove si prevede che “*le disposizioni relative all’introduzione di restrizioni all’accesso e all’esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva*”.

4. *Qualche parola sulla posizione della giurisprudenza. Il dibattito e la novella operata dall’art. 4, co. 4-bis, D.L. n. 91/2013.*

Il processo logico-argomentativo sopra esposto sembra senz’altro condivisibile.

Chi scrive, infatti, non vede spazio per un’interpretazione dei sopravvenuti decreti di liberalizzazione che riesca a salvaguardare le disposizioni della legge Levi. Si è detto *supra*²¹ come l’abrogazione espressa c.d. innominata, poiché non identifica il proprio oggetto, non si riferisce a disposizioni legislative, ma soltanto a norme; di conseguenza, nella loro consueta attività interpretativa, i giudici dovranno individuare quale tra le diverse norme ricavabili da una certa disposizione contraddica la *lex abrogans*.

Orbene, nel caso di specie, le disposizioni della L. n. 128/2011 contengono una norma principale – quella che fissa il limite massimo agli sconti – e una serie di norme corollario che ampliano o restringono l’ambito di applicazione di questo principio fondamentale. Una volta accertato che l’art. 2, limitando lo sconto imposto ai dettaglianti, introduce, per i medesimi, una restrizione all’attività di impresa, non pare che vi siano margini per estrapolare da tale disposizione ulteriori norme compatibili con la successiva svolta liberalizzatrice; ma, soprattutto, non pare che, una volta venuto meno il limite massimo agli sconti, si possano comunque ritenere vigenti le ulteriori disposizioni della legge Levi, stante il descritto rapporto di pregiudizialità logica della regola principale rispetto ad esse.

La legge Levi, dunque, è interamente travolta dall’effetto abrogativo promanante dai provvedimenti di liberalizzazione.

20 Si cita Trib. Torino, ord., 22 agosto 2013. Sarebbe stato più opportuno, forse, richiamare l’art. 2, D.Lgs. n. 42/2004 (c.d. Codice dei beni culturali) dove il patrimonio culturale viene identificato con «*i beni culturali e i beni paesaggistici*». I primi, in particolare, sono «*le cose immobili e mobili che [...] presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*»; i secondi, invece, sono «*gli immobili e le aree [...] costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge*».

²¹ § 2.

Questa conclusione, poi, trova ulteriore conferma alla luce di una interpretazione sistematica che, benché non espressa nei provvedimenti richiamati, sembra comunque convincente ove si adotti una prospettiva che tenga conto dell'evoluzione dell'ordinamento. Giova, infatti, porre mente alla circostanza secondo la quale – come pure accennato – i singoli provvedimenti di liberalizzazione costituiscono, almeno nelle intenzioni del legislatore, parti di un più ampio disegno normativo diretto a stimolare l'iniziativa economica delle imprese, sul presupposto che un più intenso livello di competitività possa, da un lato, allineare l'ordinamento italiano ai precetti dell'Unione Europea *in subiecta materia* e, dall'altro, possa spingere l'Italia fuori dalle secche della recessione economica attraverso l'innescio di un processo di crescita economica²².

Se questo è, dunque, l'obiettivo del legislatore, un approccio teleologico alla questione rinsalda la conclusione cui sono pervenuti i giudici. È evidente, infatti, come la disciplina di cui alla legge Levi strida fortemente con il percorso intrapreso dal legislatore, con la conseguenza che, se il settore librario non viene espressamente fatto salvo attraverso apposite eccezioni normative – e non è dato rilevarne –, non è illogico aderire alla ricostruzione offerta dai giudici e ritenere le disposizioni sul prezzo dei libri cadute sotto la falce delle liberalizzazioni.

Rimane, tuttavia, il dato in sé: quella appena esposta non costituisce abrogazione espressa nominata e, per conseguenza, la norma è espunta dall'ordinamento fin tanto che i giudici continueranno a ritenerla tale.

Per tale ragione, mentre una autorevole voce istituzionale sottolineava l'opportunità, a tutela della certezza del diritto, di un'esplicita abrogazione nominativa della legge Levi²³, altri, con dichiarazioni lapidarie, ne sentenziavano l'abrogazione²⁴, senza margini di dubbio.

Come osservato in uno dei pochissimi scritti sull'argomento, rimanevano silenti, almeno sul punto dell'abrogazione, gli editori e i librai indipendenti²⁵, forse (ma questa idea è di chi scrive) attratti dall'idea di poter sfruttare la descritta situazione di incertezza per far passare, in via di fatto, la soluzione della perdurante vigenza della legge Levi, nonostante i descritti mutamenti normativi. D'altro canto, come ancora è stato rilevato dallo stesso autore, dagli avversari della legge Levi non è mai giunta una chiara rivendicazione a poter operare come se, appunto, questa non fosse più in vigore. I provvedimenti giudiziari sopra ricordati sono, piuttosto, testimonianza di un conflitto a bassa intensità, giocato come se, invece, la legge Levi fosse in vigore e, semmai, la si volesse eludere.

E' in questo clima di reticenza *bipartisan* che, nell'agosto del 2013, avviene qualcosa di veramente singolare.

Il legislatore era impegnato nella conversione del D.L. n. 91/2013, un provvedimento diretto, attraverso microinterventi, alla “*valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo*”. Il disegno di legge di conversione non prevedeva alcuna disposizione dedicata al settore del commercio al

²² Così, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Legislatura XVI, Parere del Comitato per la Legislazione n. 5025/A, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://leg16.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0057890.pdf>

²³ AGCM, *parere in merito all'applicabilità dell'art. 34 comma 3 lett. f) del Decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 alla L. 27/7/2011, n. 128 (Nuova disciplina del prezzo dei libri)*, http://www.aib.it/wp-content/uploads/2013/01/Lettera_AGCM_17012013-1.pdf; si veda, altresì, AGCM, AS988 – *Proposta di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013*.

²⁴ Così, ad esempio, l'Avvocatura del Comune di Milano, <https://gecablog.wordpress.com/tag/cepell/>

²⁵ V. MELI, (nt. 6), 169. Il riferimento dell'Autore è all'appello diffuso da uno stuolo di editori e librai indipendenti che, attraverso le pagine del quotidiano “La Repubblica” dell'8 ottobre 2012, hanno con forza replicato all'appello dell'AGCM di cui alla segnalazione indicata *supra* §23, ma si sarebbero ben guardati dall'esprimere una posizione sull'incerta vicenda abrogativa che ha riguardato la medesima legge Levi.

dettaglio dei libri ma, tra le tante cose, si occupava di stimolare lo sviluppo delle risorse di biblioteche ed archivi nazionali²⁶. Orbene, durante l'esame in prima lettura al Senato, veniva proposto un emendamento²⁷ – di cui non c'è traccia di discussione nelle cronache parlamentari – confermato anche in seconda lettura dalla Camera dei Deputati²⁸. L'emendamento in esame ha inserito un comma 4-bis, all'art. 4 del D.L. n. 91/2013, avente ad oggetto le disposizioni della legge Levi. In primo luogo, la novella introduce la lett. g-bis), all'art. 2, quinto comma, della L. n. 128/2011²⁹, prevedendo una nuova eccezione rispetto alla regola generale del limite massimo agli sconti del 15%³⁰; in secondo luogo, abroga nominativamente l'art. 2, quarto comma, lett. b) della medesima legge.

Il disegno complessivo perseguito con la novella in discorso rientra nelle descritte finalità del D.L. n. 91/2013: sul tacito presupposto della perdurante vigenza della legge Levi e nell'obiettivo di potenziare le risorse bibliotecarie degli istituti culturali italiani, i libri venduti a tale enti possono essere scontati senza limiti rispetto al prezzo di copertina ove, prima di tale novella, era ammesso uno sconto massimo del 20%. Il lodevole obiettivo, tuttavia, cozza con il paradosso del risultato, essendo stata modificata una legge che in molti avevano ritenuto abrogata (e che, per le ragioni esposte *supra*, non avrebbe potuto ritenersi vigente)³¹.

Il legislatore, tuttavia, pare dimostrarsi di diverso avviso, anche se lo fa del tutto implicitamente.

Come maneggiare, allora, una disposizione apparentemente senza oggetto, come la novella di una legge abrogata?

5. *Un possibile profilo di illegittimità costituzionale.*

La sensazione di “disagio giuridico” che scaturisce dalla novella in discorso spinge, in primo luogo, a chiedersi quale sia la sorte di un prodotto normativo apparentemente senza oggetto.

Si tratterebbe, infatti, di un provvedimento inidoneo a produrre qualsiasi effetto giuridico, incidendo su una disposizione che, in quanto abrogata, deve considerarsi espunta dall'ordinamento.

Tale osservazione consente di richiamare un corposissimo filone di indagine, prevalentemente giusfilosofico, che, a partire dal Ranelletti³², si è interrogato sulla possibilità di accertare la *nullità* di una

²⁶ Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, Legislatura XVII, Disegni di legge e relazioni – Documento n. 1014, Conversione in legge del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, recante disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo.

²⁷ Proposta di modifica n. 4.22 al D.D.L. n. 1014, reperibile su internet al seguente indirizzo: [www.senato.it/japp/bgt/showdoc /frame.jsp?tipodoc=Emend&leg=17&id=715567&idoggetto=742398](http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emend&leg=17&id=715567&idoggetto=742398)

²⁸ Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e relazioni – Documento n. 1628, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, recante disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo - *Trasmesso dal Presidente del Senato della Repubblica il 26 settembre 2013.*

²⁹ La disposizione così introdotta esenta dal rispetto del limite agli sconti «i libri venduti a centri di formazione legalmente riconosciuti, istituzioni o centri con finalità scolastiche di ogni ordine e grado, educative e università».

³⁰ La disposizione abrogata prevedeva un limite agli sconti più tenue, pari al 20% del prezzo di copertina, in favore «di organizzazioni non lucrative di utilità sociale, centri di formazione legalmente riconosciuti, istituzioni o centri con finalità scientifiche o di ricerca, biblioteche, archivi e musei pubblici, istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, educative e università».

³¹ In realtà, la singolarità dell'intervento normativo di cui al D.L. n. 91/2013 non si riduce esclusivamente al profilo considerato nel testo. A ben vedere, infatti, con il medesimo art. 4, quarto comma bis, il legislatore prevede pure l'abrogazione dell'art. 2, quarto comma, lett. b) della legge Levi, dando vita a quella che è stata ironicamente definita in dottrina “abrogazione al quadrato”. In realtà, la questione non pone problemi ulteriori rispetto a quelli che si analizzeranno nel corso del presente scritto e che, per analogia, potrebbero valere anche per questa singolare abrogazione rafforzativa. Si veda, per il richiamo dottrinale effettuato, P. CARNEVALE, *L'abrogazione al quadrato: qualche notazione a margine dell'adozione del d.lgs. n. 212 del 2010*, in *Taglialeggi e Normattiva tra luci e ombre*, a cura di N. LUPO, Padova, Cedam, 3-16.

³² O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico, Il nuovo diritto pubblico della Repubblica Italiana*, Milano, Giuffrè, 1949, 153.

legge che, pur apparendo tale, in realtà non lo sia a causa di vizi talmente gravi da non permettere la sussumibilità dell'atto in concreto adottato nella nozione astratta di "legge".

Senza voler ripercorre un dibattito certo profondo³³, soprattutto per qualità e raffinatezza delle posizioni, basti qui dire che, nelle più recenti teorizzazioni, il vizio di nullità della legge ricorrerebbe in due casi.

In una prima classe di casi, che corre sul piano dei requisiti formali della legge, una disposizione sarebbe nulla/inesistente ogniqualvolta sia stata adottata in totale dispregio delle regole preposte alla disciplina del processo legislativo, come, ad esempio, una modifica costituzionale attuata con legge ordinaria³⁴.

Un altro gruppo di cause di nullità, stavolta di matrice sostanziale, sarebbe ravvisabile "*per ragioni di contenuto materiale, quando si tratti della negazione delle regole fondamentali che realizzano la trama essenziale del sistema costituzionale*"³⁵.

In entrambi i casi, si sostiene che il giudice, trovandosi dinnanzi ad una non-legge, non avrebbe alcun obbligo di applicarla, non appartenendo la medesima all'ordinamento giuridico.

Orbene, non c'è dubbio che, per le caratteristiche del nostro ordinamento, le teorie in discorso siano di difficile applicazione pratica. Differentemente da quanto avviene per gli atti amministrativi, il giudice non ha alcun potere decisionale in merito all'applicazione di una norma di legge che egli assuma viziata, dovendo, se tale è la sua convinzione, rivolgersi alla Corte Costituzionale, attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

Quanto appena detto, però, non esclude che da tali teorie sia possibile trarre un utile suggerimento per la questione affrontata nel presente scritto.

A parere di chi scrive, infatti, l'impossibilità di ascrivere una disposizione nella nozione astratta di "legge" coinvolge la compatibilità di tale prodotto normativo con le norme della Costituzione dedicate alla produzione legislativa. In altri termini, una legge che non possa essere definita tale confligge con gli artt. 70 e ss. Cost., non solo qualora venissero violate le procedure di produzione normativa, ma anche qualora la disposizione adottata, pur rispettando formalmente tali regole, sia inidonea, nella sostanza, ad assolvere alla sua funzione, cioè sia incapace di produrre diritto.

Il caso che ci occupa, dunque, parrebbe rientrare in questa ipotesi, posto che una legge che pretendesse di modificare una disposizione anteriore abrogata sarebbe insuscettibile di trovare materiale applicazione.

E, pur tuttavia, quella appena formulata non può considerarsi una conclusione, dato che, in attesa del potenziale giudizio di legittimità costituzionale, l'art. 4, quarto comma *bis*, D.L. n. 91/2013 deve considerarsi formalmente appartenente all'ordinamento.

Pertanto, si impone la ricerca di una soluzione pratica che funga da guida per gli operatori giuridici nel caso concreto.

6. *Le fondamenta di un approccio ricostruttivo al problema.*

³³ Per una completa ed esauriente esposizione delle principali ricostruzioni, si rinvia a G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge – Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

³⁴ Questa è, nelle diverse ricostruzioni teoriche, la più tradizionale causa di nullità della legge. Per i più recenti contributi, ancorché datati, si veda A. RUGGERI, *Fonti, norme e criteri ordinatori*, Torino, IV. ed, Giappichelli, 2005.

³⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 162.

Un buon punto di partenza potrebbe essere l'individuazione di ciò che la novella sicuramente non è, onde sperare di avvicinarsi, per sottrazione, alla soluzione.

L'analisi – è bene precisarlo – deve essere condotta avendo riguardo a tutti gli elementi rilevanti che accompagnano la *quaestio iuris* e che, ad una breve ricognizione, sembrano essere: la salvaguardia dell'effetto caducatorio accertato e prodottosi a seguito dei decreti di liberalizzazione e la necessaria individuazione di un effetto utile della novella del 2013.

Tenendo a mente questo obiettivo, potrebbe, *prima facie*, volgersi lo sguardo al diritto comunitario, nel senso di fare appello alla giurisprudenza europea occupatasi di scrutinare la sorte delle disposizioni nazionali in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza. Si potrebbe, invero, ritenere che la legge Levi – introducendo *ex lege* un'ipotesi di *resale price maintenance* – si risolva in una misura pubblicistica suscettibile di restringere la concorrenza, svilendo l'effetto utile della norma di cui all'art. 101 Tfu, e, pertanto, possa essere disapplicata ad opera di qualsiasi operatore giuridico degli Stati membri³⁶. Tuttavia, nella materia libraria, la stessa giurisprudenza comunitaria, chiamata a valutare la compatibilità della normativa francese sul prezzo unico dei libri con il diritto europeo della concorrenza, ha preferito vestire i panni di Ponzio Pilato, essenzialmente demandando agli Stati membri la scelta – politica – in merito all'*an* e al *quodomo* di un intervento nella materia considerata, purché la disciplina interna non arrechi ostacolo o nocimento alla libera circolazione delle merci nel territorio dell'Unione³⁷.

Posto, allora, che il diritto dell'Unione non offre, nel caso esaminato, utili appigli per dirimere il nodo interpretativo, non resta che guardare agli strumenti offerti dal diritto nazionale.

Tenendo a mente questo dato, la vicenda in esame potrebbe essere ricondotta, *prima facie*, nello schema della reviviscenza della norma abrogata.

In entrambi i casi, infatti, una norma abrogata torna a produrre effetti *pro futuro*, senza efficacia retroattiva.

A ben vedere, tuttavia, tale conclusione ermeneutica deve ritenersi non praticabile. Pur essendo ampiamente dibattuti i presupposti del ricorso alla reviviscenza³⁸, l'ipotesi tipica generalmente ammessa

³⁶ Si allude, evidentemente, al *leading case* “*Consorzio Industrie Fiammiferi*” (Corte di Giustizia, 9 settembre 2003, C-198/01, in Racc. I – 8079) in occasione del quale i giudici della Corte di Giustizia hanno avuto modo di sottolineare come, in virtù del principio della supremazia del diritto comunitario, le autorità degli Stati membri abbiano l'obbligo di disapplicare la normativa interna contrastante; in particolare, «*tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario*». Per un commento su tale storica pronuncia, si rinvia a B. NASCIMBENE, S. BASTIANON, *La corte di giustizia e i poteri dell'Autorità garante della concorrenza*, in *Corr. Giur.*, 11, 2003, p. 1421.

³⁷ Sul punto, si veda ancora V. MELI, (nt. 6), 160.

³⁸ Sul tema si vedano, F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, Rieti, Arti Grafiche Nobili, 1967, 1 e ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, 160 e ss.; D. NOCILLA, *Divagazioni sparse su abrogazione, referendum abrogativo e leggi elettorali*, in AA.vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 2391-3; A. PIZZORUSSO, *Sull'ammmissibilità di un referendum abrogativo di disposizioni abrogative o modificative di una precedente legge e implicitamente ripristinativo di disposizioni da questa abrogate o modificate*, reperibile in internet al seguente indirizzo: www.forumcostituzionale.it; A. BARBERA, *Appunti per una discussione sul ripristino di disposizioni abrogate*, 2011, reperibile in internet al seguente indirizzo www.forumcostituzionale.it; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Nel «limbo» delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, Giappichelli, Torino, 41 e ss.

da dottrina e giurisprudenza è quella della c.d. “doppia abrogazione espressa”³⁹: essa ricorre allorché il legislatore, senza dettare alcuna disciplina, abroghi espressamente una disposizione anteriormente abrogata. In una ipotesi di questo tipo, infatti, si ritiene che l’unico significato possibile della norma abrogante non potrebbe che essere rintracciato nella volontà del legislatore di far riacquistare efficacia alla norma originariamente abrogata.

Orbene, l’ipotesi appena esposta trova fondamento nella necessità di sopperire ad un vuoto normativo determinato dall’abrogazione di una disposizione meramente abrogativa attraverso il richiamo della disciplina originariamente vigente. Ipotesi, dunque, ben diversa da quella che, in questo scritto, si sta affrontando.

Questa conclusione, poi, trova ulteriore conferma nei più recenti arresti della Corte Costituzionale in materia⁴⁰. I giudici della Consulta, infatti, hanno ristretto notevolmente gli ambiti applicativi dell’istituto della reviviscenza⁴¹, circoscrivendolo ad ipotesi assolutamente eccezionali, quale ad esempio l’ipotesi di annullamento di norma espressamente abrogativa da parte del giudice costituzionale.

Pertanto, la sussunzione della novella della disposizione abrogata nello schema della reviviscenza normativa deve escludersi.

Altra strada, poi, potrebbe essere quella di qualificare l’art. 4, quarto comma *bis*, D.L. n. 91/2013 come disposizione di interpretazione autentica, nel senso di ritenere che, per suo tramite, il legislatore abbia voluto specificare l’ambito di applicazione dei decreti di liberalizzazione, sottraendo dal loro effetto abrogativo le disposizioni della legge Levi.

Anche tale soluzione, tuttavia, non pare accoglibile.

Attraverso una legge di interpretazione autentica, infatti, il legislatore interviene *esplicitamente* a comporre un contrasto sul significato da attribuire ad una data disposizione, indicando una precisa soluzione interpretativa la quale, generalmente, produce effetto retroattivo⁴².

A prescindere, infatti, dall’effetto retroattivo, il quale può, secondo recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale⁴³, essere limitato anche in via pretoria, la novella di cui al D.L. n. 91/2013

³⁹ La paternità dell’espressione è di S. STAMMATI, *Considerazioni schematiche sulla possibilità giuridica di far “rivivere” le leggi elettorali del 1993 e sulle ragioni costituzionali che potrebbero giustificare tale “reviviscenza”*, in *Astrid*, Rassegna Rivista elettronica quindicinale delle istituzioni e delle amministrazioni pubbliche, 2007, http://www.astrid-online.it/dossier-r1/note-e-con/STAMMATI_Reviviscenza_giu_2007.pdf.

⁴⁰ Corte cost., Sent., 24-01-2012, n. 13.

⁴¹ Nella sentenza citata, i giudici della Consulta giustificano – a ragione – l’eccezionalità dell’istituto spiegando come: «*la tesi della reviviscenza di disposizioni a seguito di abrogazione referendaria non può essere accolta, perché si fonda su una visione «stratificata» dell’ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti. Ove fosse seguita tale tesi, l’abrogazione, non solo in questo caso, avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto*». Benché la motivazione sia tarata con riguardo all’ipotesi del referendum abrogativo, la sua forza espansiva non è certamente oggetto di dubbio.

⁴² Sull’argomento, si vedano A. PUGIOTTO, *L’irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1194 e ss.; A. GARDINO CARLI, *La (in)coerenza delle motivazioni della Corte Costituzionale in tema di legge interpretativa*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, 516 e ss.; A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte Costituzionale e Legislatore – Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, Giappichelli, 2001, 1 e ss.; A. GARDINO CARLI, *Il Legislatore interprete*, Milano, Giuffrè, 1997, 1 e ss.; G. LEVI, *L’interpretazione della Legge: i principi generali dell’ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2006, 1 e ss.

⁴³ Secondo i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost., Sent., 04-06-2014, n. 156) con riguardo al divieto di retroattività della legge interpretativa, si è osservato che, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, esso è principio inderogabile solo in materia penale. La conseguenza, pertanto, cui pervengono i giudici della to

non presenta quei caratteri formali che generalmente si richiedono ad una legge di interpretazione autentica: primo fra tutti, l'espressa manifestazione di volontà del legislatore di isolare, tra diverse opzioni, un preciso significato della disposizione interpretata.

Anche questa strada, dunque, appare senza via d'uscita.

Una diversa e ulteriore opzione - basata sul postulato del legislatore razionale - potrebbe consistere nel riconoscimento di un potere normativo implicito in capo al legislatore, in virtù del quale, attraverso la novella di una legge abrogata, venga implicitamente richiamato, *pro futuro*, il contenuto delle medesime disposizioni abrogate. In altri termini, l'idea riguarderebbe la praticabilità di una tecnica di redazione normativa che, in luogo di un testo di legge che riportasse l'intero articolato dell'abrogata legge Levi, opterebbe per un richiamo implicito a detta disciplina, indicando espressamente solo ciò che, rispetto al passato, si intende aggiornare.

Oltre a comportare un sostanziale aggiramento delle norme in materia di produzione legislativa, essenzialmente perché, a stretto rigore, non sarebbe rintracciabile una volontà esplicita del Parlamento in ordine alla reintroduzione della legge Levi, bisogna rilevare come il tentativo di conclusione testé illustrato impatti frontalmente contro uno dei capisaldi dello Stato di diritto. In particolare, si allude al principio - rintracciabile tra le pieghe del combinato disposto degli artt. 23, 25 e 97 Cost. - in virtù del quale, per gli individui, «tutto ciò che non è espressamente vietato è (dalla legge) implicitamente permesso» (principio di libertà); fa da *pendant* il principio di legalità amministrativa, per il quale alla P.A. «tutto ciò che non è (dalla legge) espressamente autorizzato è implicitamente vietato»⁴⁴.

A tal proposito, la legge Levi qualifica come illecita la condotta dei rivenditori che praticino sconti superiori al 15% rispetto al prezzo di copertina fissato dall'editore, ponendo a presidio di tale regola di condotta una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra €. 516,46 e €. 3098.74⁴⁵ la cui irrogazione è demandata ai Comuni. Da ciò, allora, deriva che la medesima condotta, divenuta lecita a seguito dell'abrogazione disposta con i decreti del 2013, per essere nuovamente ricondotta nell'area dell'illecito, seppur amministrativo, deve essere prevista come tale da un atto normativo espresso, che limiti l'azione individuale e che, contemporaneamente, preveda il relativo regime sanzionatorio⁴⁶. In mancanza, non è dato rilevare i presupposti minimi per poter limitare la sfera di libertà del singolo e, *a fortiori*, per invaderne la relativa sfera patrimoniale con provvedimenti sanzionatori.

che il giudice lo ritenga sussistente in via interpretativa, ma tale soluzione può trovare giustificazione solo quando tale effetto, «risolvendosi nella enucleazione di una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo - sia volto a superare una situazione di oggettiva incertezza di tale testo, evidenziata, appunto dai suoi diversi indirizzi interpretativi, e non incida su situazioni giuridiche definitivamente acquisite, non ramvisabili in mancanza di una consolidata giurisprudenza dei giudici nazionali».

⁴⁴ Sul punto, L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, Treccani, 1990. Sullo stretto legame tra principio di libertà, principio di legalità e stato di diritto si rinvia a P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto - Storia, Teoria e Critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, 94 e ss.; ulteriori riferimenti, *infra* nt. 46.

⁴⁵ In questo senso, l'art. 2, co. 8 e 9, L. n. 128/2011 stabiliscono che «la vendita di libri, effettuata in difformità dalle disposizioni del presente articolo, comporta l'applicazione delle sanzioni di cui agli articoli 22, comma 3, e 29, commi 2 e 3, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114», e che «il comune vigila sul rispetto delle disposizioni del presente articolo e provvede all'accertamento e all'irrogazione delle sanzioni previste al comma 8; i relativi proventi sono attribuiti al comune nel quale le violazioni hanno avuto luogo».

⁴⁶ Cfr. sul punto R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 99 e ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel diritto editore, 2013, 613 e ss. Nello stesso senso, la giurisprudenza costituzionale è piuttosto compatta nel ritenere che l'art. 23 Cost. miri a «disporre una riserva legislativa, che è garanzia della sfera giuridica dei singoli soggetti» in quanto sorretto dall'esigenza di tutelare la sfera tanto personale quanto patrimoniale del singolo (Corte cost. 12 luglio 1965, n. 64, in *Giur. cost.*, 1965, 788; Corte cost. 28 luglio 1987, n. 290, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 711; Corte cost. 3 febbraio 1986, n. 34, in *Giur. cost.*, 1986, 202).

Infine, chi scrive intende espressamente rifiutare un percorso ermeneutico solo in apparenza calzante: si potrebbe, infatti, ritenere che il legislatore, attraverso la novella, abbia implicitamente inteso comunicare che, con i decreti di liberalizzazione, egli *plus dixit quam voluit*.

Per quanto, infatti, tale soluzione possa sembrare attraente – essenzialmente perché percepita come metabolizzata dall'ordinamento e, quindi, ermenuticamente sicura –, in realtà si tradurrebbe in un'indebita scorciatoia, volta ad evitare di affrontare logicamente un problema spinoso come quello qui considerato.

Il rifiuto di un tale approccio, tuttavia, non si fonda esclusivamente su una petizione di principio.

La logica del *plus dixit quam voluit*, infatti, regge fintantoché il legislatore abbia, solo estemporaneamente, sostenuto più di quanto realmente volesse dire. In altri termini, tale soluzione è accettabile di fronte ad una singola svista legislativa e non, invece, quando il principio espresso trova conferma in diversi e successivi atti normativi. Nel caso qui considerato, infatti, l'abrogazione di tutte le restrizioni alla libertà commerciale delle imprese è prevista da ben tre diversi atti normativi, il che vale, *ex se*, ad escludere che si possa parlare di una mera svista quale quella postulata dalla tecnica ermeneutica del *plus dixit quam voluit*.

7. Una proposta di ricostruzione.

Terminata la *pars destruens*, si può tentare, adesso, un approccio ricostruttivo.

A parere di chi scrive, la soluzione può essere ricercata avendo riguardo agli effetti che la novella del 2013 è in grado di produrre, in termini di innovatività dell'ordinamento.

Come visto, in estrema sintesi, con il D.L. n. 91/2013, il legislatore ha inteso rimuovere ogni limite agli sconti nella rivendita di libri alle biblioteche e agli archivi nazionali, sull'erroneo presupposto che vigesse una normativa restrittiva in materia. Il legislatore, dunque, intendeva favorire tale settore, con una manovra espansiva che consentisse agli operatori delle biblioteche di reperire risorse a prezzi più bassi rispetto alla generalità dei consociati.

Orbene, data la descritta situazione e appurata l'intervenuta abrogazione della legge Levi, il risultato cui si è in fatto pervenuti non è altro che la riproposizione di un principio di libertà nell'attività di impresa che era già stato sancito con i decreti di liberalizzazione del 2011/12. In altri termini, l'art. 4, quarto comma *bis*, D.L. n. 91/2013 si riduce a una ridondanza normativa, posto che, eliminando i limiti agli sconti in favore del settore bibliotecario, non produce nuovo diritto, nella misura in cui ogni tetto agli sconti – e non solo per i bibliotecari – era già caduto con i provvedimenti di liberalizzazione.

L'analisi potrebbe, allora, ritenersi conclusa, essendo stata trovata una soddisfacente soluzione interpretativa che non rimette in discussione l'effetto abrogativo promanante dai decreti di liberalizzazione. Tuttavia, l'indagine non sarebbe veramente completa ove non si considerasse la seguente diversa ipotesi: *quid iuris* nell'eventualità in cui il legislatore, invece di agire nel senso descritto, avesse introdotto una nuova regola giuridica?

Si immagini che, con l'art. 4, quarto comma *bis*, D.L. n. 91/2013, il legislatore avesse previsto una mitigazione del limite allo sconto, senza però abolirlo, ad esempio consentendo che, in favore del settore bibliotecario, potesse essere praticato uno sconto fino al 40% del prezzo di copertina dei libri. Nell'ipotesi considerata, infatti, vi sarebbe stata produzione di nuovo diritto, posto che, in un quadro di

generale liberalizzazione del settore, il legislatore avrebbe (con il reale intento di mitigare) limitato lo sconto praticabile alle biblioteche e agli archivi nazionali.

Nell'accennato scenario, tuttavia, la ricerca di un effetto utile da ricavare dalla descritta disposizione condurrebbe ad esiti irrazionali e ingiustificatamente discriminatori.

Infatti, in ragione dell'intervenuta liberalizzazione del prezzo al dettaglio dei libri, la previsione di un limite di sconto del 40% per i bibliotecari si tradurrebbe in una limitazione selettiva priva di giustificazione e, comunque, irragionevole rispetto all'obiettivo di stimolare l'arricchimento delle risorse degli enti culturali del paese. Difficilmente, dunque, un provvedimento di questo tipo potrebbe resistere ad un giudizio di legittimità costituzionale condotto alla luce del principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.

Ove, invece, si desse prevalenza alla circostanza per la quale il legislatore, con l'ipotetica nuova disposizione, avesse inteso modificare l'abrogata legge Levi, non vi sarebbe altra strada all'infuori del giudizio di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 70 e ss. Cost.

Come si è avuto modo di sottolineare, infatti, la legge Levi non è suscettibile di interpretazioni che la sottraggano all'abrogazione disposta con i provvedimenti di liberalizzazione. Contestualmente, si è sottolineato come, al di fuori della norma che limita lo sconto praticabile al 15%, tutte le altre previsioni ivi contenute costituiscono corollari dipendenti dalla norma principale. In tale circostanza, allora, dinnanzi all'ipotetica nuova regola che ampliasse lo sconto al 40% per precise categorie di soggetti, attraverso una deroga alla legge Levi sul presupposto della sua vigenza e senza riprodurre la disposizione che fissa al 15% lo sconto massimo generalmente praticabile, un giudice che fosse chiamato a darvi applicazione non potrebbe materialmente procedervi perché mancherebbe il riferimento normativo idoneo a fungere da base cui concretamente riferire la portata innovativa dell'ipotetica novella. Essa, infatti, non sarebbe autonomamente applicabile, mancando il riferimento costituito dalla regola generale del tetto del 15% agli sconti.

In tale ipotesi, oltre al rischio di cadere nel dimenticatoio per manifesta inutilità, una disposizione di questo tipo non potrebbe che andare incontro ad un giudizio di legittimità costituzionale per violazione delle norme di cui agli artt. 70 e ss. Cost., per i motivi sopra illustrati⁴⁷.

8. *Considerazioni finali.*

La realtà, come è evidente, è che attraverso la novella del 2013, il legislatore ha dato vita ad un vero e proprio corto circuito giuridico.

Non si intende, naturalmente, sindacare il merito politico di un intervento normativo quale quello di cui all'art. 4, quarto comma *bis*, D.L. n. 91/2013. Semplicemente, si è cercato di porre l'accento su un prodotto normativo difettoso, non solo per assenza di tangibile manifestazione di volontà espressa degli organi legislativi, ma soprattutto per la grossolanità dell'intervento legislativo analizzato.

Non v'è chi non veda, infatti, come la soluzione che si è cercato di offrire nel corso del presente contributo costituisca un tentativo di salvaguardare la coerenza dell'ordinamento anche in ipotesi assolutamente estreme, sacrificando ben altri valori, quali la solidità dei criteri ermeneutici o le consuete tecniche di redazione legislativa.

⁴⁷ *Supra*, § 5.

Il disordine normativo, in altri termini, chiama l'interprete a forzare i capisaldi del sistema normativo per cercare di giustificare una "svista" del legislatore, stressando l'architettura dell'ordinamento e contribuendo, più che attenuando, all'incertezza del diritto.

Il buon senso, cioè, dovrebbe semplicemente indurre a trattare una disposizione priva di oggetto – perché non si vede cosa altro possa essere l'art. 4, quarto comma *bis*, D.L. n. 91/2013 – alla stregua di un mostro giuridico, come tale privo del diritto di cittadinanza nell'ordinamento.

Tuttavia, è proprio il rispetto delle regole del gioco a distogliere l'interprete da una conclusione tanto comoda, quanto pericolosa, perché foriera di future e ben più gravi instabilità del sistema.

Come osservato in dottrina⁴⁸, il ruolo dell'interprete è senz'altro quello di costruire coerenza dove apparentemente (e non solo) questa difetti e, dinnanzi ad interventi normativi sempre più sconnessi e qualitativamente scadenti, sforzarsi di ricercare una complessiva coerenza precettiva.

Tuttavia, dinnanzi all'inadeguatezza della produzione legislativa, ogni tentativo di ricostruzione sul singolo dato normativo sarà vanificato dal proliferare di altre decine di provvedimenti incongrui⁴⁹. In altri termini, l'interprete può trovare risposta per il singolo caso, ma il problema alla radice permane, nonostante tutte le "promesse da marinaio" fatte sul punto dal nostro legislatore⁵⁰.

⁴⁸ C. IBBA, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. Comm.*, II, 2013, 242 e ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Il riferimento è alla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92, in G.U. DEL 3 maggio 2001 n. 105, recante "Guida alla redazione dei testi normativi". Con essa il legislatore avrebbe fatto un *self-commitment*, impegnandosi espressamente a rispettare minuziose – ma quanto mai sacre – regole di redazione normativa che assicurassero la qualità del prodotto finale. Quanto tale promessa sia stata mantenuta è sotto gli occhi di tutti.