

Francesco Denozza

**QUATTRO VARIAZIONI SUL TEMA:
“CONTRATTO, IMPRESA E
SOCIETÀ NEL PENSIERO DI
CARLO ANGELICI”**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Quattro variazioni sul tema: “contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici”

SOMMARIO: 1. Il tema. — 2. Prima variazione: l'autonomia contrattuale tra soggettivo ed oggettivo. — 3. Seconda variazione: la tecnica. — 4. Terza variazione: l'ideologia. — 5. Quarta variazione: gli interessi. — 6. Finale.

1. *Il tema.* — La coerenza, la sottigliezza e la cultura con cui Carlo Angelici persegue da tempo lo sviluppo delle sue tesi di base non può non suscitare una forte ammirazione. Il libro che ha recentemente dedicato ai problemi fondamentali della disciplina della società per azioni ⁽¹⁾ ha un fascino grandioso, simile a quello che talora personalmente percepisco nella musica pre-classica, e barocca in particolare. All'ordito delle trame melodiche ed armoniche, governate dalle leggi severe del contrappunto, si accompagnano timbri e forme ritmiche di densa storicità.

Poiché un dialogo in cui uno fa all'altro lodi sperticate può gratificare e divertire i dialoganti, ma di certo annoia i lettori, annuncio che le lodi finiscono qui. Non perché non se ne potrebbero formulare altre, ma perché credo sia ben più interessante il tentativo di avviare un dibattito critico che possa suscitare più diffusi coinvolgimenti.

Per comodità del lettore indico immediatamente quale sarà il filo conduttore. Il pensiero di Angelici è orientato verso la svalutazione sistematica di quella che vorrei chiamare la “contrattualità” della società per azioni. Operato quello che un giurista anglosassone chiamerebbe un *lip service* alla innegabile collocazione della società per azioni nell'ambito dei fenomeni di autonomia privata ⁽²⁾, la bussola diventa prima il tentativo di sganciare il contratto dall'autonomia privata, o per lo meno di fortemente caratterizzarlo rispetto ad altre manifestazioni di autonomia privata meno

⁽¹⁾ ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012 (d'ora in poi: *Principi e problemi*). Altri lavori di Angelici cui farò spesso riferimento nel presente scritto: *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 1*, Torino, Utet, 2004, 101 ss. (*Le basi contrattuali*); *Note minime su “La libertà contrattuale e i rapporti societari”*, in questa *Rivista*, 2009, I, 1 ss. (*Note minime*); *La riforma delle società di capitali*, 2ª ed., Padova, CEDAM, 2006 (*La riforma*).

⁽²⁾ *Principi e problemi*, (nt. 1), 199; *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 135.

bisognose di supporto da parte dell'ordinamento ⁽³⁾, e poi di sviluppare la riconosciuta necessità dell'intervento dell'ordinamento in direzione di un affievolimento di tutti gli aspetti di valorizzazione della soggettività che sono propri della parte più caratteristica della disciplina dei contratti, e, in particolare, del loro prototipo, il contratto di scambio, arrivando così ad una forte contrapposizione tra le principali caratteristiche "contrattuali" e quelle della società per azioni.

Contrapporrò una visione diversa, che cerca di coniugare gli aspetti più viscerali della contrattualità, con i suoi livelli più raffinati. I primi (quelli viscerali) sono a mio avviso radicati nel dato di realtà banale, ma innegabile, per cui in un sistema di mercato le società per azioni, e le grandi imprese che esse hanno la vocazione di rendere possibili, non nascono e non sopravvivono per decreto, ma solo per volontà di alcuni soggetti che decidono di costituirle e alimentarle (nell'attuale contesto economico è ben difficile immaginare una società per azioni che possa non dico svilupparsi, ma anche solo sopravvivere, in una situazione in cui nessuno voglia partecipare ad essa come socio ⁽⁴⁾). I secondi (gli aspetti più raffinati del pensiero contrattualista) sono a mio avviso radicati nelle molteplici e variegata elaborazioni filosofiche, sociologiche ed economiche che, sfruttando l'elasticità della nozione di contratto, e l'ampiezza della nozione di scambio, propongano una fondamentale idea di fondo; e cioè che tutta la società sia in definitiva costruita su una piramide di espressi o taciti contratti ⁽⁵⁾.

Vorrei chiarire subito un punto per me fondamentale. Le considera-

⁽³⁾ Devo confessare che nutro una istintiva simpatia (che peraltro non saprei ben motivare) per il tentativo di graduare il rapporto tra autonomia dei privati e ordinamento. Non ci si può nascondere, però, che il contratto, insieme alla proprietà e alla famiglia non sta, per così dire, "dalla parte dell'ordinamento" (dove vorrebbe forse collocarlo A.) ma sta, a pieno titolo, tra "gli istituti tipici dello stato di natura" (BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Bari, 2007, p. 122 ss., a p. 136).

⁽⁴⁾ In questa prospettiva, la teoria dello *shareholder value* (su cui v. il recente, critico, riesame di STOUT, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, And The Public*, Berrett Keohler Publications, 2012) può essere considerata una teoria descrittiva prima ancora che prescrittiva. Intendo dire che la parte prescrittiva (gli amministratori devono massimizzare la soddisfazione dell'interesse dei soci) si regge su un fortissimo presupposto descrittivo, che può essere formulato così: se gli amministratori non massimizzano il valore delle loro partecipazioni i potenziali soci (per lo più investitori di professione) che attualmente popolano i mercati non investono. E se non investono, niente capitale e niente società per azioni.

⁽⁵⁾ A parte le grandi teorizzazioni filosofiche sul "contratto sociale", (su cui v., tra i tanti, i saggi raccolti in DUSO, *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, Angeli, 1993) v., per l'analisi delle istituzioni in termini "contrattuali", BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1975; HECKATHORN-MASER, *Bargaining and Constitutional Contract*, *51 American Journal of Political Science*, 1987, 142 ss.; EGGERTSSON, *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; e, in fondo, lo stesso WILLIAMSON, *Market and Hierarchies*, New York, Free Press, 1975.

zioni sulla dipendenza della società per azioni dal mercato (e quindi dal contratto) e sulla importanza delle dottrine contrattualiste sia in generale, sia con riferimento allo specifico tema della società per azioni, non implica affatto una mia personale adesione alla ideologia e alla retorica del *nexus of contract* o dello *shareholder value*. Significa solo descrivere, prima di ogni analisi critica, dati di realtà, tra i quali comprendo anche i legami logici ed ideologici che esistono tra la filosofia del mercato, un certo liberalismo e il contrattualismo in generale.

Il confronto tra le posizioni di Angelici e quelle che ribadiscono la “contrattualità” ⁽⁶⁾ della società per azioni, può essere condotto a diversi livelli. Con una certa arbitrarietà ho identificato quattro temi. Uno generale su autonomia privata, mercato e potere. Uno, che chiamerei tecnico, in cui vengono in rilievo le specifiche categorie con le quali usualmente si analizza e si cerca di porre ordine nella disciplina del contratto e della autonomia privata in generale. Un terzo, che chiamerei ideologico, in cui vengono in discussione le tendenze di fondo che ispirano, o dovrebbero ispirare, la disciplina e delinearne le linee di sviluppo. Un ultimo, il più importante, in cui vengono in rilievo gli interessi protetti.

2. *Prima variazione: l'autonomia contrattuale tra soggettivo ed oggettivo.* — Partiamo dal tema generale. Non tutto quello che dirò potrà essere oggetto di dimostrazione. Ritengo tuttavia che l'attenzione del lettore su alcune scelte di fondo che sono in grado di condizionare pesantemente molte delle prese di posizione più specifiche, debba essere sollecitata, per chiarezza, in via assolutamente preliminare.

Angelici giustamente osserva che l'autonomia contrattuale ha due aspetti, la libertà di contrarre e quella di determinare il contenuto del contratto ⁽⁷⁾. Sono ovviamente d'accordo, come, credo, qualsiasi studioso della materia. Vorrei però andare oltre il comune consenso esplicitando una mia personale elaborazione del tema.

Il mercato, il sistema degli scambi, il *network* delle interazioni transattive, (o quale altra nozione si voglia usare per denotare il sistema di

⁽⁶⁾ Spero che il significato di questa qualificazione possa risultare nel prosieguo più chiaro. Dico subito però che la “contrattualità” cui mi riferisco non si identifica con gli assunti delle tradizionali teorie contrattualiste, quelle, cioè, che si contrapponevano al vecchio isituzionalismo. La mia concezione della “contrattualità” coglie bensì un aspetto del contrattualismo tradizionale, e cioè l'idea che “l'organizzazione e la stessa personalità [e l'istituzione nel suo complesso, aggiungerei io] ...“servono” il rapporto contrattuale e non possono contraddirlo” (così SCOGNAMIGLIO, *Tutela del socio e ragioni dell'impresa nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 1, a p. 15 interpreta e sintetizza il pensiero di OPPO, *Eguaglianza e contratto nella società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 1, 629 ss.). Come però emergerà, spero, dall'ultima variazione (par. 5) essa è forse più generica, ma è sicuramente molto più radicale, e molto meno disponibile a compromessi, del contrattualismo tradizionalmente propugnato dalla nostra dottrina.

⁽⁷⁾ *Note minime*, (nt. 1), 2.

circolazione del modo di produzione capitalistico) usano (per realizzare, appunto, la circolazione delle merci) due meccanismi entrambi riconducibili in qualche modo alla nozione giuridica di contratto e che sono però in realtà molto diversi ⁽⁸⁾.

Il primo meccanismo è quello che più spesso si realizza nei rapporti tra imprese e consumatori ed è anche quello che si realizza per tutti quando esiste un mercato ben funzionante secondo gli schemi neo-classici. Qui la libertà contrattuale è essenzialmente *scelta*. Le condizioni di contratto, a cominciare ovviamente dal prezzo, le fa il mercato ed è praticamente inutile ogni tentativo di convincere la controparte ad accettare condizioni sostanzialmente diverse. Questo è il mondo dell'equilibrio, e, almeno in caso di mercato sufficientemente concorrenziale, dei prezzi che tendono a coincidere con i valori (siano essi quelli intrinseci come pensavano i classici, o quelli determinati dalla corretta registrazione delle preferenze dei soggetti, come pensano i neo-classici). È il mondo della standardizzazione mercantile e dei comportamenti che gli economisti chiamano parametrici (il mercato fornisce i parametri, gli individui massimizzano la loro utilità nel contesto dei parametri dati).

Altrove entra però in gioco un altro meccanismo, quello in cui le parti possono tenere comportamenti strategici, possono cercare di influenzare l'una la scelta dell'altra, possono inventare nuove combinazioni contrattuali e tentare di convincersi reciprocamente della convenienza degli affari cui tali combinazioni si riferiscono. Questo è il mondo non della scelta, ma della *contrattazione*, è il mondo non della standardizzazione delle merci, ma della diversità e della divisione (sociale) del lavoro. È, ancora, il mondo della innovazione, della concorrenza e dell'imprenditore schumpeteriani.

Quando dedicano attenzione ad alcuni aspetti di questa contrapposizione, come talvolta accade, gli economisti tendono a presentarla come un conflitto di tipo teorico, un conflitto cioè tra due modi diversi di interpretare la realtà e le leggi di sviluppo del capitalismo, quasi un semplice (nel senso della modestia della funzione attribuitagli) *discrimen* tra due diverse scuole di pensiero ⁽⁹⁾. La mia opinione è invece nel senso che i due aspetti

⁽⁸⁾ Sviluppo nel testo una distinzione che si collega a quella che considero una profonda intuizione di IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss. V. anche il dialogo con OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 524 e ss.; IRTI, «È vero ma...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273. La prospettiva del testo, come risulterà chiarissimo tra breve, va però in una direzione radicalmente diversa da quella adottata da Irti.

⁽⁹⁾ Cfr. WILLIAMSON, *The theory of the firm as governance structure: from choice to contract*, in 16 *Journal of Economic Perspectives*, n. 3, 2002, 171 ss. e soprattutto KOHN, *Value and Exchange*, in 24 *Cato Journal*, 2004, n. 3, 303 ss. e il ricco dibattito su tale lavoro in 20 *Rev. Austrian Econ.*, 2007, introdotto dal saggio di WAGNER, *Value and exchange: Two windows for economic theorizing*, *ibidem*, 97 ss. e le repliche dello stesso KOHN, *The exchange paradigm: Where to now?*, *ibidem*, 201 ss.

In fondo anche Irti (v. le opere citate alla nota precedente) ritiene che esista una

convivono nella realtà (non solo, ovviamente, allo stato puro, ma anche in ibride realizzazioni concrete in cui sono presenti elementi dell'uno e dell'altro) e nessuno dei due potrebbe essere eliminato (anche ove esistesse la pratica possibilità di farlo) perché essi riflettono due esigenze che sono entrambe presenti nel sistema capitalistico: quella di avere standard e misure che danno sicurezza e facilitano la circolazione, e quella di sviluppare la divisione del lavoro e l'innovazione, anche a costo di sopportare la creazione di grandi differenziazioni e grandi incertezze ⁽¹⁰⁾.

Tutto ciò incide sul modo in cui viene a configurarsi un fenomeno che per Angelici (e anche per me) è cruciale nella società per azioni (e altrove): il potere. È evidente che quanto più ci avviciniamo a situazioni del tipo scelta, equilibrio, standardizzazione, agire parametrico, ecc., tanto più il potere si fa impersonale. Sembra che tutti siamo soggetti a un meccanismo neutrale che nessuno coscientemente controlla. Quanto più ci avviciniamo a situazioni del tipo contrattazione, squilibrio, innovazione, agire strategico, tanto più il potere si personalizza in capo ad uno o ai diversi soggetti che partecipano all'interazione.

Il fatto che nella società per azioni si ritrovino situazioni sia del primo che del secondo tipo (ad es. il mercato delle azioni da una parte, le possibili contrattazioni — all'inizio ma anche durante la società — tra i soci dall'altra) non è frutto di una peculiarità di questa forma giuridica, ma è la normale conseguenza della generale coesistenza dei due fenomeni.

Giustamente Angelici sottolinea l'importanza della spersonalizzazione, della standardizzazione e della oggettivazione ⁽¹¹⁾. Tutto ciò è necessario per garantire la circolazione mercantile. Altrettanto giustamente

tendenza dominante, quella alla spersonalizzazione, che sarebbe congruente con la scarsa tolleranza che il capitalismo ha per le discussioni.

⁽¹⁰⁾ Non è qui il luogo per illustrare tutte le implicazioni di questa contrapposizione che possono essere di interesse per il giurista. Per averne un'idea basterà solo ricordare il diritto *antitrust*, che, essendo il settore del diritto che più direttamente regola il funzionamento del mercato, è quello anche più esposto a rifletterne meccanicamente le contraddizioni. Qui è abbastanza evidente che una delle tensioni, più o meno sotterranee, che dilania questa disciplina sin dalla sua nascita sta proprio nel conflitto tra l'assunzione di un ideale di concorrenza non troppo imperfetta, con conseguente lotta contro tutte le deviazioni monopolistiche dal modello, e un ideale invece di tipo schumpeteriano, con conseguente tentativo di selezionare i monopoli che aiutano l'innovazione e di reprimere solo gli altri (cfr. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in *20 Anni di Antitrust*, a cura di Rabitti Bedogni e Barucci, tomo I, Torino, Giappichelli, 2010, 137 ss.).

Nonostante che normalmente la questione sia impostata anche dai giuristi alla maniera degli economisti, e cioè come un conflitto tra diverse concezioni dello stesso fenomeno (diverse idee su come definire la concorrenza protetta dalle norme), a me sembra abbastanza evidente che non si tratta di due "pensieri" ma di due esigenze oggettive: senza i dati forniti da prezzi di mercato formati correttamente (e quindi in condizioni di accettabile concorrenza) non c'è misurazione del valore delle risorse, non c'è loro allocazione efficiente e nessuna possibilità di orientarsi (non parliamo di innovare). Se la camicia di forza dell'equilibrio si fa però troppo stretta, l'innovazione cessa e il capitalismo pure.

⁽¹¹⁾ *Principi e problemi*, (nt. 1), 223 (cito uno dei luoghi in cui viene affermata l'esigenza generale, l'argomento è però ricorrente).

Angelici sottolinea l'importanza delle regole e delle procedure che limitano il potere che ho chiamato personalizzato.

Sono assolutamente d'accordo. Mi limito a ribadire che troviamo qui quello che possiamo trovare in ogni situazione contrattuale.

3. *Seconda variazione: la tecnica.* — Veniamo alle questioni specifiche e cominciamo dalle questioni tecniche. Dico subito che secondo me la tecnica non è il terreno più adatto in cui far crescere risorse concettuali in grado di segnare grandi distinzioni. Forse non lo è mai stato, sicuramente non lo è oggi, quando è evidente e riconosciuto che quelle che sembravano nette categorie, sono diventate concetti non scivolosi, ma addirittura sdruciolevoli.

Per restare al tema del contratto, e senza entrare in tanti dettagli, basti pensare all'affievolimento della stessa distinzione tra il contrattuale e il non contrattuale, con il puro (una volta) regno del contratto (e del suo vassallo, il quasi contratto) invaso oggi, a macchia di leopardo, dalle teorie oggettive sulla sua (del contratto) formazione⁽¹²⁾, dall'autonomo affermarsi del precontrattuale⁽¹³⁾, dalla diffusione del "contatto sociale"⁽¹⁴⁾ e dei connessi obblighi "contrattuali" imposti dalla legge⁽¹⁵⁾, ecc.

Con tutto ciò la tecnica resta certamente importante perché è quella che ci offre i primi strumenti per risolvere i problemi più immediatamente interpretativi. Il fatto però è che secondo me ci aiuta a risolverli molto più attraverso sottili distinguo di somiglianze e dissomiglianze, che non con secchi giudizi di assimilazione o di estraneità. Del resto, come Angelici sottolinea⁽¹⁶⁾, la società per azioni gode di una disciplina sufficientemente analitica, tale da non creare drammatici problemi di eterointegrazione.

Fatta questa premessa sui problemi tecnici in generale, credo che i confronti dai quali Angelici ricava argomenti in favore di una forte disar-

⁽¹²⁾ Letteratura sterminata al di qua e al di là dell'oceano. Tra i più recenti v. Joo, *Contracts, Courts, and the Construction of Consent*, (February 10, 2012) in <http://ssrn.com/abstract=2003004>.

⁽¹³⁾ Tra le più recenti, Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Società*, 2011, 411 ss., a p. 413: "la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase anteriore alla conclusione di un qualsiasi rapporto contrattuale espone all'obbligo di risarcire i danni a prescindere dal fatto che il contratto sia poi stato concluso o meno e che la violazione del dovere di buona fede possa o meno aver inciso sulla validità stessa del contratto."

⁽¹⁴⁾ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441; Cass., S.U., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414; Cass., S.U., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Il Caso.it*, doc. 1276/2008; in dottrina CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, I, 148, ss. e ora in *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, (nt. 1), 1997, 177 ss.

⁽¹⁵⁾ Tra le più recenti, Cass., 10 agosto 2012, n. 14400. Su questi argomenti v. recentemente RESCIGNO, *Obblighi negoziali al di là del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 73 ss.

⁽¹⁶⁾ *Principi e problemi*, (nt. 1), 196.

monia tra le categorie tecniche del contratto e quelle utili per interpretare la disciplina della spa, attribuiscono in realtà alle categorie contrattuali caratteristiche e rigidità che molte di esse hanno perduto da tempo.

Facciamo qualche esempio (scelto ovviamente a beneficio della mia tesi).

A) *L'irriducibilità dell'assetto di interessi societari agli schemi del diritto soggettivo e dell'obbligo* ⁽¹⁷⁾ e la preponderanza di una prospettiva in termini di situazioni di "potere", tali da porre l'esigenza di soluzioni in grado di indurre chi lo esercita ad operare secondo modalità coerenti con gli interessi per i quali gli è stato conferito ⁽¹⁸⁾.

A me sembra che la netta contrapposizione tra diritti (attribuiti — per dirla in modo semplice — a ciascuno nel proprio interesse e quindi esercitabili dal titolare come meglio crede) e poteri (il cui esercizio è sindacabile in base alla coerenza con l'eteronomo interesse di riferimento) che queste affermazioni presuppongono, perda molta della sua capacità ordinante, quando la confrontiamo con una oramai generalizzata sottoposizione di tutti gli atti di esercizio dei diritti (contrattuali e non) ad un vaglio in termini di buona fede oggettiva e di abuso del diritto. Che differenza c'è tra, da una parte, un potere, e, dall'altra, un diritto, quando sull'esercizio del secondo incombe l'onnipresente possibilità di una censura in termini di abuso ⁽¹⁹⁾?

Tanto più se la valutazione è condotta non con riferimento a principi morali generali volti a preservare l'eticità di tutti i comportamenti, ma con riferimento allo specifico programma contrattuale in questione, di cui la

⁽¹⁷⁾ *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 105, 129.

⁽¹⁸⁾ *Principi e problemi*, (nt. 1), 204; *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 129.

⁽¹⁹⁾ Le citazioni sull'attuale incombere del controllo in termini di buona fede e abuso del diritto potrebbero riempire oggi un intero volume. Basterà qualche riferimento giurisprudenziale. Si può allora (omesse le decisioni in materia di lavoro) partire dalla famosa sentenza sul caso Fuggi, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, I, 1296, che già rilevava che la regola di correttezza "costituisce proprio la regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso" fino all'altrettanto famosa Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 1/2010, 5 ss., passando per Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482 (cita adesivamente l'orientamento per cui nel nostro ordinamento è represso ogni abuso del diritto "sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito") e per la decisione delle Sezioni Unite 15 novembre 2007, n. 23726, in *Il Caso.it*, doc. n. 3420, arrivando alla recentissima Cass., 23 gennaio 2012, n. 874, ("... lo stesso esercizio di un diritto soggettivo o di un potere giuridico è pur sempre limitato dai doveri di correttezza e buona fede...") senza dimenticare le molto significative Consiglio di Stato, sezione IV, 2 marzo 2012, n. 1209, che parla dell'esistenza nel nostro sistema di un generale divieto di abuso di *ogni posizione soggettiva* (equiparando perciò diritti e poteri; corsivo mio) e Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 7 febbraio 2012, n. 656, che cita letteralmente (par. 2.1.2.1) le parole di Cass., 20106/2009 che verranno riprodotte tra poco nel testo (considero significative le sentenze del Consiglio di Stato anche perché il riferimento normativo principale da esse utilizzato — dopo l'immancabile art. 2 della Cost. — è l'art. 1175 cod. civ., una norma, quindi, tipicamente "privatistica").

buona fede diventa (come è stato enfatizzato da un acuto studioso ⁽²⁰⁾) “ausiliaria”.

Ausiliaria, per di più, in un senso che non la vede come un limite generico e negativo ⁽²¹⁾, volto a impedire occasionali bricconate rese possibili da lacune o ambiguità del contratto (e neppure come uno strumento per farci diventare tutti più buoni, in modo che i contratti che andremo a concludere possano avere contenuti più virtuosi). Ma ben diversamente la vede come lo strumento con cui far sì che le parti si comportino con *coerenza rispetto allo spirito del contratto*, quale ne sia il contenuto, *che hanno concluso*. Con la conseguenza che ogni loro azione può essere sindacata sotto il profilo della coerenza con quello che si ritiene debba essere lo spirito del contratto. Il che molto assomiglia allo stesso obbligo che — in linea di massima, sia chiaro — grava su chi è chiamato ad esercitare potere e a prendere decisioni nell’ambito della società per azioni.

Forse allora il punto decisivo non è strutturale, ma funzionale. Si tratta di vedere quale è il contesto da cui provengono i limiti. Se si tratta di limiti imposti dall’esterno (come nell’esercizio di poteri pubblici) o se si tratta invece di limiti dedotti dagli obiettivi che il soggetto ha condiviso con altri e per i quali ha assunto impegni, anche nel proprio interesse. Questa seconda è la situazione tipica di tutti i diritti e poteri contrattuali, e anche di quelli che incontriamo nella società per azioni.

Persino la posizione dell’amministratore, tradizionalmente considerato gestore di un affare tutto altrui, andrebbe a mio avviso rivista. L’assessore comunale è certo un signore che ha assunto una posizione nell’interesse esclusivo di altri. Non so se si possa però dire lo stesso del CEO di una *public company*, che corre il rischio di essere il soggetto che dal buon andamento dell’impresa guadagna, come singolo, più di chiunque altro (e la tesi del *nexus of contracts* si dà in effetti carico di ciò, là dove dà rilevanza, anche nella costruzione giuridica, al fatto che l’amministratore non assume l’incarico nello spirito di servizio dell’assessore comunale, ma con riconosciute aspirazioni di massimizzazione dei suoi propri guadagni).

In questa prospettiva, quelli che possono apparire ruoli, uffici o funzioni ⁽²²⁾ (nel senso di posizioni assunte per svolgere un compito fissato dall’esterno) possono essere forse più efficacemente studiati come ipotesi di massimizzazione sotto vincolo: la legge, o il contratto, definisce i limiti che il soggetto deve rispettare, ma, in questi limiti, ognuno persegue il proprio interesse.

B) *L’illegittimo esercizio di un potere come causa di invalidità, con-*

⁽²⁰⁾ SOMMA, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in D’ANGELO, MONATERI, SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2005, 1 ss.

⁽²¹⁾ Per la contrapposizione negativo-positivo, cfr. *Principi e problemi*, (nt. 1), 54.

⁽²²⁾ *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 133.

trapposto all'inadempimento come causa di obblighi di risarcimento ⁽²³⁾).

Anche qui io non credo che le distinzioni siano più così rigide. Senza ripercorrere interamente un dibattito, oramai risalente, sulla possibilità che la violazione di regole di buona fede, o di divieto di abuso, comporti l'inefficacia dell'atto abusivo, prima e oltre che il risarcimento del danno ⁽²⁴⁾, qualche sparsa osservazione sarà sufficiente a segnalare l'esistenza per lo meno di una tendenza a superare rigide distinzioni.

Torniamo ancora, da un altro punto di vista, al tema della buona fede (e non solo). La già ricordata Cassazione n. 20106/2009, fa un'affermazione ⁽²⁵⁾ che vale la pena riportare per intero: "Come conseguenza di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di *rifutare la tutela* [corsivo mio] ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva.

E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti — ed i diritti connessi — attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata". E poco più oltre (p. 9) aggiunge "... la Corte di merito — di fronte ad un recesso non qualificato — non poteva esimersi dal valutare le circostanze allegare dai destinatari dell'atto di recesso, *quali impeditive del suo esercizio, o quali fondanti un diritto al risarcimento* per il suo abusivo esercizio [corsivo mio]"

È anche vero che la (un bel po' conservatrice) sentenza delle Sezioni Unite del 2007 ⁽²⁶⁾ ha posto restrizioni alla possibilità di estendere l'applicazione dei rimedi invalidanti, ma essa stessa non può non riconoscere che è possibile che la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento stia in realtà svanendo (e che "una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale").

⁽²³⁾ *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 129.

⁽²⁴⁾ Tra i riassunti più recenti, v. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione dei principi di buona fede*, in *Contr. impr.*, 2012, 1415 ss. e PAGLIARINI, *Una nullità virtuale di protezione? A proposito degli artt. 28 e 34 del c.d. "Cresci Italia"*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 1/2012, 73 ss. Per il resto si può ricordare che già alcuni anni fa GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 417 ss., a p. 423, sosteneva che l'equiparazione, operata dalla Corte di Cassazione, fra dolo omissivo e commissivo, permette di affermare che la buona fede precontrattuale possa avere un effetto invalidante del contratto, e concludeva "che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità o, comunque, l'inefficacia del contratto o, a norma dell'art. 1419, di singole sue clausole, non può più suscitare scandalo". Ancor prima v. le aperture di SACCO, *Il contratto*, Torino, UTET, 1975, 669 ss.

⁽²⁵⁾ In *Contratti*, 1/2010, 7.

⁽²⁶⁾ 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Obbl. contr.*, 2008, 2, 104 ss., con (molto interessante) nota di VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*.

Ciò detto si rifugia prima in un argomento cronologico (“... ma — a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto⁽²⁷⁾ sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell’epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s’è fatto cenno —”) e uno sistematico (“un conto è una tendenza altro conto è un’acquisizione”, senza peraltro spiegare quando si può passare dalla prima alla seconda). In sostanza la tendenza è innegabile, ma, grazie anche all’invocazione dello sfasamento temporale tra momento dei fatti e momento della decisione, le Sezioni Unite si rifiutano di ufficializzarla.

A me sembra che al fine di negare l’esistenza di una netta contrapposizione tra principi del diritto generale dei contratti e regole delle società per azioni, il riconoscimento della tendenza⁽²⁸⁾ è più che sufficiente.

C) *La stabilità degli atti e delle delibere in particolare.*

Riconosco volentieri che il discorso relativo all’atto costitutivo, e alla disciplina a lui riservata, è molto complesso⁽²⁹⁾, anche se in fondo non molto rilevante dal punto di vista pratico⁽³⁰⁾.

⁽²⁷⁾ E vedile molto ben elencate nell’ordinanza di rimessione, Cass., sez. I, 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Foro it.*, 2007, I, 2095 ss., chiaramente simpatetica con la tesi opposta a quella poi accolta dalle Sez. Un. E tra le tante l’emblematico art. 67-*septies decies*, comma 4, del codice del consumo ai sensi del quale “il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l’esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche”.

⁽²⁸⁾ È allora possibile — in termini appunto di “tendenza” — affastellare una certa quantità di disparati spunti. A cominciare dalla non più recente giurisprudenza in materia di fideiussione bancaria che già suscitava il problema di una possibile inefficacia del vincolo (v. la massima di Cass., 20 luglio 1989, n. 3386, in *Foro it.*, 1989, I, 3100) o comunque di una non-estensione del vincolo ad oggetti che pure rientrerebbero nel suo letterale tenore (Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 2750; *tranchant* Cass., 20 luglio 1989, n. 3387, in *Dir. fall.*, 1989, II, 1001, a p. 1009: “... non è nullo ma semplicemente inefficace”) per arrivare alla (pur controversa nelle sue implicazioni teoriche) giurisprudenza in materia di *leasing*, e v. Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, 3081 secondo la cui massima «la clausola del contratto di *leasing* che fa gravare sull’utilizzatore il rischio della mancata consegna viola il principio dell’esecuzione del contratto secondo buona fede ed è pertanto invalida». In motivazione (c. 3098 s.) si aggiunge un riferimento al fatto che la clausola “...non realizza interessi meritevoli di tutela e non è quindi in sé valida”.

Per non parlare infine del recentissimo ed enigmatico art. 62 del d.l. 1/2012, su cui v. TAMPONI, *Liberalizzazioni, “terzo contratto” e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, 91.

⁽²⁹⁾ Mi chiedo peraltro quanto la distinzione elaborata dalla dottrina tedesca tra *Vertrag* e *Satzung* (di cui Angelici dà conto, *Principi e problemi*, nt. 1, 194, nota 3) rifletta in realtà la passione, molto germanica, per le distinzioni categoriali prive di ogni reale rilievo. In fondo tutta la nobile tradizione della filosofia politica del contratto sociale considera il contratto originario come qualcosa che ha senso proprio perché destinato a funzionare come un... *Verfassung-Satzung* (“As a decision to cooperate, a constitution is a contract”, così, più pragmaticamente, HECKATHORN-MASER, (nt. 5), 143).

⁽³⁰⁾ Forse la questione praticamente più importante è diventata quella, di diritto internazionale privato, relativa alla possibilità di scegliere la legge applicabile (cui Angelici dedica la dovuta attenzione, *Principi e problemi*, (nt. 1), 234; e già prima, *Le società nel*

Quanto alle deliberazioni, riconosco anche qui che il principio di conservazione dei contratti non si spinge in genere fino al punto da fare della “stabilità” un idolo come in parte avviene ora per le delibere assembleari. Ma, possiamo chiederci, il riferimento alla “certezza e stabilità dell’azione della società”⁽³¹⁾ è in grado di razionalizzare la disciplina delle cause di invalidità delle delibere? La risposta a mio avviso è decisamente negativa.

Certo essendo che la stabilità non può essere un valore assoluto (altrimenti bisognerebbe abolire del tutto le cause di invalidità), e deve essere invece bilanciato, quali sono i termini del bilanciamento? E, inoltre, posto che gli interessi non esistono in astratto ma si coagulano necessariamente in capo a soggetti, o a collettività di soggetti, la domanda è: quali sono i soggetti interessati alla stabilità (la società intesa come sistema sociale, la spa che ha assunto le delibere, i soci di maggioranza, i terzi che hanno contrattato con la società)? E chi sono i “controinteressati”?

La spiegazione più esplicita fa riferimento agli effetti disincentivanti che l’instabilità avrebbe nei confronti dei terzi potenziali controparti della società e al conseguente danno che ne deriverebbe anche a quest’ultima⁽³²⁾. Possiamo allora chiederci se la disciplina della invalidità delle delibere sia razionalizzabile in termini di un ragionevole bilanciamento di questo interesse con altri interessi meritevoli di protezione, a cominciare da quello alla legalità delle delibere stesse.

A parte le norme che hanno migliorato la tutela dei terzi sul piano dei rimedi, e forse quelle che hanno introdotto meccanismi di salvataggio di certe delibere ad elevata rilevanza esterna, il resto della riforma non mi sembra razionalizzabile nell’ambito dell’indicato bilanciamento. Non rientra in questo schema il tentativo di minare alla base il ricorso alla categoria della inesistenza. Posto che questo vizio riguarda i casi di clamorosa

nuovo diritto internazionale privato, in *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2007, 25). E qui a me sembra che, nonostante la indubbia tortuosità della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia (vedila riassunta in PASCHALIDIS, *Freedom of establishment and private international law for corporations*, Oxford, Oxford University Press, 2012; MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, Giuffrè, 2010), la coppia contrattualità/autonomia abbia abbondantemente prevalso sulla coppia territorialità/vincolo. Come riconosce un autore (non del tutto simpatetico con questa soluzione) “the judgments of the European Court of Justice have required member States to adopt the incorporation theory in respect of the recognition of companies established under the laws of the Member States” teoria che più di quella della sede reale premia l’autonomia delle parti “in the election of a company’s governing law and the situation of the company’s seat” (BERG-BARTHET, *The Governing Law of Companies in EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 13).

⁽³¹⁾ *Principi e problemi*, (nt. 1), 339. V. anche *La riforma*, (nt. 1), 230.

⁽³²⁾ Cfr. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, tomo I, Padova, Cedam, 2006, p. 227. Per una completa analisi dei vari aspetti dell’attuale disciplina dell’invalidità, cfr. SACCHI-VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, a cura di O. Cagnasso, L. Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010.

difformità del fatto concreto dalla fattispecie legale riconosciuta, sembra poco sensato proteggere i terzi che hanno fatto affidamento sulla validità di delibere afflitte dai più gravi vizi ipotizzabili. La stessa riflessione può farsi per il termine triennale di impugnazione delle delibere nulle, dettato senza alcuna ragionevole graduazione e distinzione in relazione alla gravità e alla rilevabilità dei singoli vizi.

Ma il caso paradossale è quello dei limiti alla possibilità di impugnazione (*quorum* per le delibere annullabili). In una prospettiva di astratta protezione dell'affidamento, non vedo il senso di proteggere i terzi che entrano in rapporto con società che hanno minoranze frazionate, più di quanto vengano protetti gli altri terzi che entrano in rapporto con altre società. In concreto, non mi sembra che la protezione dell'affidamento di questi terzi sia particolarmente efficace. Essi devono verificare lo statuto e l'entità delle partecipazioni dei singoli soci e in più calcolare le probabilità che i soci si associno per impugnare. Non sembra una sensata protezione dell'affidamento.

A me sembra che tutta questa disciplina meglio si interpreta come conseguenza di un mutamento nella definizione del quadro degli interessi rilevanti. L'illegalità non è più vista come sufficiente a legittimare atti di ripristino della legalità violata, perché il voto non è più visto come un sistema di aggregazione delle preferenze dei soci, ma come uno strumento di *governance* ⁽⁵³⁾. L'illegalità è quindi semplicemente una potenziale deviazione dai corretti meccanismi di *governance*. Non si tratta perciò di ripristinare la legalità a qualsiasi o a qualche costo, ma di decidere se l'eventuale intervento correttivo sia in grado di migliorare le prospettive di *governance*, cioè i pesi e contrappesi tra i poteri dei vari soggetti coinvolti. E qui arriva uno dei ragionamenti favoriti dell'analisi economica del diritto: se la maggioranza può prendere una decisione a prescindere dal consenso di una minoranza riottosa, accettando però in cambio di indennizzarla, vuol dire che essa (maggioranza) ricava dall'atto illegale quanto è necessario a compensare la minoranza e a realizzare ciononostante un guadagno. Con il che il benessere complessivo aumenta e si spiega, in una prospettiva tipicamente contrattualistica, il passaggio dal sistema invalidante a quello risarcitorio.

Il quadro in cui si fa il bilanciamento vede al centro non più i costi e i benefici del ripristino della legalità, ma i costi e i benefici della *governance*, intesa nel senso tipicamente contrattualista di luogo in cui i reciproci poteri possono essere trasformati in merce di scambio, in cui si possono erogare e pretendere compensi, si può ricattare, minacciare, ecc.

⁽⁵³⁾ Mi permetto qui di rinviare a DENOZZA, *Intervento*, in *Un seminario sul sistema dualistico*, in questa *Rivista*, 2008, I, 1242; v. anche ID., *Verso il tramonto dell'interesse sociale?*, in *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli, Jovene, 2011, 77.

Si può fare insomma tutto quello che si può fare in una contrattazione strategica.

Questo è a mio avviso il contesto in cui il legislatore interviene, consentendo a qualcuno di contrattare da posizioni di forza, mentre taglia le unghie di qualcun altro. Il che ci porta a pensare questa disciplina non in termini di legalità contro stabilità, ma in termini di negoziazione tra maggioranza e minoranza in ordine alle decisioni che si possono prendere o non prendere, e quindi a considerare la disciplina della invalidità delle delibere come una definizione della distribuzione dei costi e dei vantaggi del punto di non accordo in un processo di generalizzata contrattazione.

4. *Terza variazione: l'ideologia.* — Veniamo al tema che ho chiamato ideologico. Qui, ben più che nelle questioni tecniche, si manifestano grandezza e limiti della costruzione di Angelici.

Partiamo dalla distinzione tra programma contrattuale e attuazione del rapporto⁽³⁴⁾. Qui tocchiamo uno dei punti chiave. L'enfasi sulla distinzione serve soprattutto a introdurre il tema dell'impresa. Il punto centrale cui Angelici vuole arrivare è sottolineare che la società è un contratto che si attua nell'esercizio di un'impresa. Questa constatazione di fatto (indiscutibile) diventa foriera di una fortissima caratterizzazione. Quasi il perno su cui tutta la costruzione si regge.

Prima di venire ai profili più strettamente giuridici, dico subito che qui rilevo da parte di Angelici l'intuizione (più che condivisibile) di un fenomeno molto più incisivo e profondo di quanto la terminologia (tradizionale) utilizzata (contratto e impresa) non faccia trasparire. Ricamando, come si addice ad una variazione, con parole mie sull'intuizione di Angelici, direi che la presenza dell'impresa introduce sulla dimensione dello scambio, evocata dal contratto, la dimensione della produzione⁽³⁵⁾. Per venire senza fronzoli al punto che mi sembra decisivo, il fatto è che mentre lo scambio può essere concepito come un fenomeno che coinvolge soggetti pensati come sostanzialmente uguali (quanto a razionalità, potere, generiche aspirazioni, ecc.) e come il regno della stadardizzazione e della omogeneità (sotto il profilo del valore di scambio) delle merci, la produzione non può. Questa è il regno della divisione del lavoro, di tutti i diversi ruoli che devono essere svolti dai diversi soggetti e di tutte le disuguaglianze che ne derivano.

Ecco che posta la questione in questi (ribadisco, più che) condivisibili termini, la contrapposizione contratto — impresa evoca la singolare pre-

⁽³⁴⁾ *Note minime*, (nt. 1), 3 ss.

⁽³⁵⁾ Il motivo della contrapposizione tra il contratto (mezzo di disposizione della ricchezza privata) e la società per azioni, luogo di *produzione* della ricchezza (corsivo di A.) compare fortissimo sin dalle prime pagine di *Principi e problemi*, (nt. 1), 15. V. anche *La riforma*, (nt. 1), 217.

tesa di governare il regno della diversità (la produzione) con uno strumento (il contratto) pensato per facilitare la vita nel regno dell'uguaglianza (la circolazione).

Di qui, venendo ai profili più strettamente giuridici, l'enfasi che Angelici pone sulla contrapposizione tra contratti di scambio (istantaneo) e contratti la cui valutazione "*non è in grado di esaurirsi in relazione al momento della programmazione, ma richiede anche una diretta considerazione di quello dell'attuazione*"⁽³⁶⁾. Può così partire un ragionamento che si snoderà in molteplici, ricche e coerenti esplicazioni, di cui qui non posso dare compiuto conto.

A me sembra che sorgono però due problemi. Uno economico-strutturale e uno più strettamente giuridico. Cominciamo dal primo perché è quello che poi spiega anche l'importanza del secondo.

Tornando al tema della divisione del lavoro, il fatto è che questa ha sì le sue radici nella produzione (come divisione tecnica del lavoro), ma si riflette anche (come divisione sociale del lavoro) nella circolazione. I due fenomeni (produzione e circolazione) sono da questo punto di vista strettamente collegati, se è vero che, come diceva Adam Smith, la divisione del lavoro è limitata solo dall'estensione del mercato⁽³⁷⁾.

Al che possiamo aggiungere che come l'estensione del mercato rende possibile la divisione del lavoro, così la divisione (sociale) del lavoro esalta la funzione dei mercati (se non esistesse la specializzazione, e ciascuno producesse da sé quello di cui ha bisogno, il mercato, almeno in teoria, potrebbe anche sparire). Questo legame fa sì che l'approfondimento della divisione del lavoro non sia fenomeno indifferente dal punto di vista della circolazione e del contratto. Il contratto deve al contrario adattarsi alle nuove esigenze create dalle nuove forme assunte dalla divisione del lavoro. E questo è proprio quello che è avvenuto.

È evidente che qui non posso ripercorrere l'intera storia delle vicende della disciplina dei contratti. Ma se anche è vero che la figura contrattuale si è storicamente formata sullo schema dello scambio (istantaneo)⁽³⁸⁾, molta acqua è passata nel frattempo sotto i ponti. Il paradigma del contratto di scambio (istantaneo) su cui era modellata una disciplina tutta concentrata sui problemi della conclusione del contratto, ha cessato da tempo di condizionare le regole del diritto contrattuale. La teoria dei contratti incompleti (nelle sue parti prescrittive e non nella assurda pretesa di far rientrare tutto in una vecchia nozione di accordo⁽³⁹⁾), la teoria dei

⁽³⁶⁾ *Note minime*, (nt. 1), 5.

⁽³⁷⁾ Qui la citazione canonica fa forse riferimento più che allo stesso Smith a STIGLER, *The division of labor is limited by the extent of the market*, in *The Organization of Industry*, Chicago, The University of Chicago Press, 1968, 129 ss.

⁽³⁸⁾ *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 106.

⁽³⁹⁾ Mi permetto ancora di rinviare ad un mio lavoro, DENOZZA, *Responsabilità del-*

contratti relazionali, la valorizzazione delle c.d. dimensioni implicite del contratto, il dominio che i criteri di buona fede oggettiva hanno acquisito sul momento della costituzione e ancor più dell'attuazione del rapporto, il riconoscimento della necessità di proteggere parti variamente considerate come istituzionalmente deboli (alla stessa stregua del socio di minoranza delle spa⁽⁴⁰⁾), sono tutti fattori⁽⁴¹⁾ che hanno profondamente inciso sulla disciplina generale del contratto, conducendola ad anni luce di distanza dal modello che poteva essere ricostruito assumendo come paradigma il contratto di scambio istantaneo⁽⁴²⁾.

Tutto ciò non perché la disciplina del contratto sia diventata improvvisamente più "buona", ma perché ha dovuto prendere atto che le rigidità della dottrina "classica" erano diventate oramai incompatibili con la varietà delle situazioni che una più sviluppata divisione del lavoro ha creato⁽⁴³⁾. Detta in termini semplici, e semplicistici, la dottrina classica offriva rigorose garanzie di non restare obbligati contro la propria volontà⁽⁴⁴⁾, ma in cambio rendeva difficile stabilizzare obbligazioni in capo ad altri⁽⁴⁵⁾ e

l'impresa e "contratto sociale": una critica, in *Diritto mercato e etica dopo la crisi*. Omaggio a Piergaetano Marchetti, Milano, EGEA, 2010, 269 ss.

⁽⁴⁰⁾ Talora il parallelo tra protezione del consumatore nel diritto contrattuale generale e protezione del socio di minoranza nella società per azioni è assolutamente esplicito: cfr. J. BORG-BARTHET, (nt. 30) p. 22.

⁽⁴¹⁾ Cui forse potremmo aggiungere anche il recente dibattito sulla rilevanza giuridica della nozione di "network", su cui v. per tutti il lavoro di CAMPBELL, *Luhmann without tears: complex economic regulation and the erosion of the market sphere*, 33 *Legal Studies*, 2013, 162, specialmente la prima parte dedicata a un puntuale commento del lavoro di TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

⁽⁴²⁾ Le citazioni potrebbero riempire lo spazio di un intero trattato, v. comunque: BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, CEDAM, 2000; GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Milano, Giuffrè, 2007; in generale ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, Il Mulino, 2012. Nella letteratura straniera, cfr. MACNEIL, *The many futures of contracts*, 47 *S. Cal. L. Rev.*, 1973-1974, 691, Id., *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, in 72 *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 854; *Implicit dimensions of contracts*, a cura di Campbell, Collins e Wightman, Oxford, Hart Publishing, 2003; GOLDBERG, *Relational exchange: economics and complex contracts*, in *Reading in economics of contract law*, a cura di Goldberg, Cambridge, Cambridge University Press, 1989. Sul tema dei rapporti tra dottrina dei contratti classica, neo-classica e relazionale, mi permetto di rinviare anche a DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti, Maugeri e Notari, vol. I, Bologna, Il Mulino, 2012, 69 ss. e, con minime modifiche, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 1/2012, 5 ss.

⁽⁴³⁾ Osservato da un altro punto di vista il fenomeno crea una tensione tra un diritto contrattuale generale (quello che nella mia costruzione si collega alle esigenze dello scambio di merci) tendenzialmente imparziale e neutrale e diritti contrattuali attinenti a specifiche operazioni economiche (quello che nella mia costruzione si collega alla divisione sociale del lavoro) in cui è invece forte il rischio della cattura "...of the law by special interests that seek to manipulate legal rules for their own benefit...". La tesi e il brano citato sono di OMAN, *A Pragmatic Defence of Contract Law*, in 98 *The Georgetown Law Journal*, 2009, 77 ss.

⁽⁴⁴⁾ DENOZZA, (nt. 42).

⁽⁴⁵⁾ Fino al limite del paradosso, come nel caso *Raffles v. Wichelhaus*, diffusamente esaminato da GILMORE, *The Death of Contract*, The Ohio State University Press, 1974, 39 ss., in cui l'esistenza di due navi entrambe chiamate Peerless fu ritenuta sufficiente per ritenere assente la convergenza delle volontà e con essa l'intero contratto.

rendeva rischiosa la conclusione di molti contratti. I casi paradigmatici evocati da Williamson sono tutti casi in cui la divisione del lavoro ha creato situazioni in cui i contratti, se assoggettati alla disciplina “classica”, e, quindi, in assenza delle flessibili garanzie offerte dai più recenti sviluppi, semplicemente non verrebbero conclusi ⁽⁴⁶⁾.

Il senso della storia è che la provincia del diritto contrattuale in cui dominava il paradigma degli scambi istantanei, quelli più ostili e sordi alle esigenze dell’attuazione del rapporto, si è enormemente ristretta, mentre quella degli altri si è enormemente allargata, ed è rispetto a questi che bisogna decidere se il contratto di società per azioni è davvero portatore di esigenze così peculiari e diverse.

La mia tesi è che un’intuizione molto forte (l’importanza dell’impresa, della produzione e della divisione del lavoro) viene usata da Angelici in maniera debole, e cioè per spiegare le peculiarità del contratto di società, quando invece potrebbe spiegare molto della peculiare evoluzione di tutto il diritto contrattuale.

Ritornero sul tema del rapporto tra impresa e forme giuridiche di esercizio della stessa. Qui vorrei concludere con una osservazione un po’ paradossale che va comunque nello stesso senso della riflessione complessivamente sviluppata in questo paragrafo. La riflessione constatata che oggi (nella versione ideologica che l’analisi economica del diritto ha dato a un’idea tipicamente liberista), tutti i contratti hanno assunto anche una dimensione “strutturalmente societaria”. Tutti i contratti sono cioè concepiti come strumenti per la creazione di un “utile” (il *surplus* corrispondente alla somma delle maggiorazioni di benessere che si verificheranno in capo ai due contraenti rispetto al punto di non accordo ⁽⁴⁷⁾) ⁽⁴⁸⁾. Un “utile” che si tratta di allocare (“dividere”) tra i contraenti nella maniera più efficiente

⁽⁴⁶⁾ DENOZZA, (nt. 42), *ODCC*, 20.

⁽⁴⁷⁾ Nel linguaggio di MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario dei contratti*, in D’ANGELO, MONATERI, SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2005, cap. terzo, potremmo dire che un rugiadoso ruscello ha rinfrescato tutta la disciplina dei contratti.

⁽⁴⁸⁾ Resta ovviamente la differenza relativa al *mezzo* (nella società, l’attività comune) con cui il surplus è prodotto (e v. *Principi e problemi*, (nt. 1), 44, su “scopo comune” e “attività comune”). Nel momento, però, in cui, da Coase in poi, si ammette la fungibilità dello strumento contratto rispetto allo strumento impresa, c’è da chiedersi se il tema dell’attività comune sia davvero caratterizzante. In realtà l’attività è comune o non comune, non in sé, ma in base al modo in cui le parti hanno *contrattualmente* costruito i loro rapporti. La stessa attività (la produzione della componente di un prodotto più complesso, come nel celebre caso General Motors-Fisher Body, su cui v., tra gli altri, KLEIN-CRAWFORD-ALCHIAN, *Vertical integration, appropriable rents and the competitive contracting process*, in *21 Journal of law and economics*, 1978, 297 ss.; WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, New York, The Free Press, 1985, 114 s.; COASE, *The acquisition of Fisher Body by general Motors*, in *43 Journal of law and economics*, 2000, 15 ss.) farà parte dell’attività comune (in senso giuridico) se le parti avranno deciso di svolgerla all’interno dei confini giuridici dell’impresa, mentre non ne farà parte, se avranno deciso di ricorrere ad un contratto di fornitura. Ancora una volta si tratta dell’interazione contratto-contesto (il contratto si adatta al contesto e in

possibile (magari in proporzione al “conferimento” con cui ciascuno ha contribuito alla creazione del surplus stesso!) (49).

Queste riflessioni attaccano uno dei pezzi forti del ragionamento di Angelici, e cioè la contrapposizione tra scambio e organizzazione, riproponendo la tesi — oggi molto diffusa tra gli economisti — che i due non si trovano in posizione di contrapposizione, ma di contiguità, lungo un *continuum* privo di nette fratture.

Sui temi evocati dal riferimento all'organizzazione torneremo comunque tra poco.

5. *Quarta variazione: gli interessi.* — Veniamo infine all'ultimo tema, cioè al problema degli interessi. Qui la tesi contrattualista allenta il suo legame con le specifiche tecnicità della nozione giuridica di contratto (causa, oggetto, sinallagma, ecc.). Il riferimento, come direbbe Angelici, diventa “soltanto esteriore e descrittivo” (50). Forse è vero. Fatto sta che il riferimento al contratto punta qui verso lidi più sostanziali, e probabilmente più sostanziosi. La posta in gioco diventa infatti molto alta. Si tratta di affermare — come fanno i contrattualisti di ogni livello, fino ai più raffinati come Rawls e Gauthier — che il senso e la portata delle istituzioni sociali fondamentali possono essere utilmente ricostruiti facendo esclusivo riferimento a un processo di contrattazione — reale o ipotetica — tra tutti i soggetti interessati.

Partiamo da un chiarimento potenzialmente decisivo, che ci costringerà a qualche capriola terminologica (che confido debba essere imputata alla confusione corrente e non al sottoscritto).

Vorrei riprendere in termini radicali il senso della polemica sull'interesse che una volta vedeva contrapposti contrattualisti e istituzionalisti (51). Inquadrata nella grande dicotomia di cui parla Norberto Bobbio (52), questa contrapposizione vede le teorie istituzionaliste della società per azioni collocate dalla parte dell'*organicismo* (la società per azioni è in sostanza concepita come un organismo dotato di un proprio interesse),

parte lo rimodella), non dell'intervento di qualche realtà ontologicamente non contrattuale. Punto del resto ben percepito dallo stesso ANGELICI, *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 126.

(49) Il “*parallelismo degli interessi*” che secondo MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 1948, p. 40, caratterizza l'accordo rispetto al contratto (dove sono invece presenti “*interessi confliggenti*”), può essere così riscontrato in *tutti* i contratti, se li si osserva dal punto di vista della *produzione* del surplus di utilità, mentre la presenza degli “*interessi confliggenti*” può essere constatata in *tutti* gli accordi, là dove li si osservi dal punto di vista della *divisione* del surplus prodotto.

(50) *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 112.

(51) *Principi e problemi*, (nt. 1), 94 ss.

(52) Si tratta della “... contrapposizione fondamentale — una vera e propria grande dicotomia — tra teorie organicistiche (olistiche) e teorie individualiste (atomistiche)” che secondo Norberto Bobbio ha dominato “tutto il corso storico del pensiero politico”, cfr. BOBBIO, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, a cura di Petroni e Viale, Milano, Cortina editore, 1997, 179 ss.

mentre quelle contrattualiste si vanno a collocare dalla parte dell'*individualismo* (la società per azioni è lo strumento per la realizzazione dell'interesse dei soci).

Vorrei recuperare questo quadro concettuale, all'interno di un discorso più moderno che separi (analiticamente) la definizione di cosa sia la società per azioni, dal problema dell'interesse che essa persegue. Ed è qui che sorgono i problemi terminologici cui alludevo pocanzi.

Il fatto è che il termine istituzione ha perso, nell'uso attualmente più diffuso, la connotazione organicistica che aveva nel dibattito sull'istituzionalismo cui ho fatto pocanzi riferimento. Attenendomi a questo uso, chiarisco che con il termine istituzione intenderò (come tanti altri⁽⁵³⁾) *un insieme di regole che guida e sostiene l'azione dei soggetti che ad essa si riferiscono*. Una istituzione perciò non ha, in questa prospettiva, qualità e potenzialità proprie, distinte da quelle di tutti i soggetti coinvolti (non voglio entrare in dettagli complicati e inutili ma mi sembra che in questo modo ci siamo allontanati da tutte le tentazioni organicistiche presenti nel vecchio istituzionalismo⁽⁵⁴⁾).

La domanda se la società per azioni sia una istituzione o un contratto, non è perciò la più interessante, ben evidente essendo che nella prospettiva qui accolta ben può essere entrambi, e cioè un insieme di regole (istituzione) create da uno o più contratti.

La domanda veramente decisiva è se la società per azioni sia una istituzione o un organismo⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Almeno tra economisti e sociologi, cfr. KNIGHT, *Institutions and Social Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 2, "an institution is a *set of rules that structure social interaction in particular ways* [corsivo dell'a.]" NORTH, *Institutions*, in *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, (Winter, 1991), 97 secondo cui le istituzioni sono "... the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)". Non mancano differenze di sfumature e anche contrapposizioni presentate come rilevanti (cfr. ad es. NEE, *The New Institutionalism in Economics and Sociology*, in *The handbook of Economic Sociology*, a cura di Smelser e Swedberg, 2^a ed., Princeton University Press, 2005, 49 ss., a p. 55, il quale sottolinea che le istituzioni non sono un più o meno neutrale distributore di incentivi (che è la tesi che l'a. attribuisce a North) ma forniscono "a conduit for collective action by facilitating and organizing the interests of actors and enforcing principal-agent relationships", con la conseguenza che un cambiamento istituzionale non va concepito come una semplice riformulazione di regole, ma come un reallineamento degli interessi e dei rapporti di potere.

⁽⁵⁴⁾ V., ad es., MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 1948, 38, n. 24 bis, che riporta come definizione (non problematica) di *istituzioni* quella di "gruppi sociali unitariamente organizzati secondo fini che trascendono gli interessi individuali dei singoli suoi componenti".

⁽⁵⁵⁾ Evito volutamente il termine organizzazione — ampiamente sfruttato da Angelici: "il significato *organizzativo* della società" "il ruolo che per la società può svolgere il momento dell'organizzazione", *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 124 — a causa della quasi insormontabile ambiguità che il termine viene ad avere in questo contesto (sull'ambiguità e sulla difficoltà di definizione del termine, cfr. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Dalla struttura alla funzione*, Bari, Laterza, 2007, 146 ss.).

Come ho detto, l'istituzione non ha nessuna qualità e realtà propria, oltre le sue regole e le relazioni tra gli individui che sono chiamati ad osservarle. Mentre ben diversa è la situazione di un organismo, che, invece, si caratterizza proprio per il possesso di qualità proprie, distinte da quelle delle sue parti. Una persona fisica non è semplicemente l'insieme delle leggi naturali che governano i rapporti tra lo stomaco, l'intestino e il cervello.

Abbandonando il solito parallelo con il corpo umano (cui io stesso ho appena fatto ricorso) possiamo usare un riferimento più vicino alla nostra materia. L'impresa può essere concepita (è la concezione che oggi direi prevalente) come un nesso di rapporti tra individui (non importa ora se contrattuale o non) e tra individui e cose, regolati da una serie di norme⁽⁵⁶⁾. In questa prospettiva l'impresa è perciò, nella classificazione che stiamo seguendo, una istituzione. L'impresa però può essere anche concepita (è una consolidata tesi eterodossa) come un organismo⁽⁵⁷⁾. In particolare, come un organismo che possiede conoscenze sue proprie⁽⁵⁸⁾. L'esempio ricorrente nota che mentre nessuno sa come costruire un aeroplano dalla A alla Z, Boeing lo sa, e anche se muta qualcuno dei suoi membri (sia l'ultimo operaio oppure il CEO) l'impresa continua a saperlo.

Questa è a mio avviso la contrapposizione più significativa tra le diverse concezioni che si possono avere della società per azioni⁽⁵⁹⁾. Da

Credo tuttavia che nell'uso di Angelici il termine organizzazione evochi anche i temi che qui sto cercando di trattare con la contrapposizione tra istituzione e organismo.

⁽⁵⁶⁾ La, volutamente, generica formulazione del testo comprende peraltro tesi anche abbastanza differenti tra loro come la teoria dei costi di transazione (WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, New York, Free Press, 1985) la teoria del *nexus of contracts* (ALCHIAN-DEMSETZ, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 *Am. Ec. Rev.*, 1972, 772; CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm*, 26 *Journ. of law and economics*, 1983, 1) l'*agency theory* (HOLMSTRÖM, *Moral Hazard in Teams*, 13 *Bell journal of economics*, 1982, 324) la teoria dei contratti incompleti e dei diritti di proprietà (GROSSMAN-HART, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical Integration*, 94 *Journal of political economy*, 1986, 691).

⁽⁵⁷⁾ È la c.d. "competence-based evolutionary firm", su cui v. WEINSTEIN, *The current state of the economic theory of the firm: contractual, competence-based, and beyond*, in *The firm as an Entity*, a cura di Biondi, Canziani e Kirat, Routledge, 2007, 42, fortemente imparentata con la teoria evuzionista di NELSON-WINTER, *An evolutionary theory of economic change*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982. V. anche HODGSON, *Evolutionary and competence-based theories of the firm*, in 25 *Journal of Economic Studies*, 1998, n. 1, 25 ss. e il recente sviluppo di FOSS, *Strategy, Economic Organization, And The knowledge Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

⁽⁵⁸⁾ Secondo la famosa definizione di Winter le imprese sono "organizations that know how to do things" v. ad es. HAKANSON, *The firm as an epistemic community: the knowledge based view revisited*, a www2.druid.dk/conferences/viewpaper.php?id=500937&cf=45.

⁽⁵⁹⁾ Mi sembra che questa contrapposizione finisca per riassorbire anche i discorsi relativi alle categorie di società, di persona e di impresa, su cui *La riforma*, (nt. 1), 213 ss. A mio avviso il punto centrale è se sia configurabile un interesse dell'impresa (magari semplicemente alla sua sopravvivenza) distinto da quello dei soggetti che la esercitano. Se esiste, allora dobbiamo parlare dell'impresa ed, eventualmente, della società, come di organismi (che l'ordinamento può riconoscere come tali di più, di meno o per niente, che può soggettivizzare o non soggettivizzare, cui può dare o non dare personalità giuridica, ecc). Se questo interesse non esiste, allora possiamo parlare solo di soggetti (umani) che, per il fatto di esercitare una

essa derivano le differenze più importanti. Deriva così che mentre una istituzione non ha e non può avere nessun interesse suo proprio, ad un organismo può essere invece facilmente attribuito un interesse che non deriva e non è proprio di alcuna delle sue parti. Tornando al solito corpo umano, nessuno direbbe seriamente che un medico gli ha prescritto una dieta di pesce lesso “nell’interesse” dello stomaco, una di pane integrale “nell’interesse” dell’intestino e una di fosforo “nell’interesse” del cervello. Tanto meno parlerebbe di un conflitto di interessi tra lo stomaco e il cervello e di una dieta immaginata contro lo stomaco e in favore del cervello (potrebbe porsi al massimo un problema di *trade-off* tra un’alimentazione che fa bene all’uno e però danneggia l’altro).

La distinzione è, come si vede, netta e radicale ⁽⁶⁰⁾.

Il riferimento alle due concezioni dell’impresa cui si è fatto cenno ci consente anche di riprendere il tema, da cui siamo partiti e che sostanzia in fondo l’anima ferrea del ragionamento di Carlo Angelici, e cioè quello del rapporto tra l’impresa e la sua forma giuridica. La mia tesi al riguardo è che l’organicismo può essere forse predicato per l’impresa moderna (non credo però per tutte le imprese in senso giuridico, non per l’artigiano ad es.) ma non per la sua forma giuridica ⁽⁶¹⁾.

Va considerato anzitutto che una grande impresa ben può essere teoricamente gestita da un imprenditore individuale. Caso nel quale potrebbe restare organismo, nel senso chiarito, l’impresa, ma appare ben

impresa, si troveranno certamente ad operare in un contesto, e ad avere interessi differenti da quelli che potrebbero avere quando partecipassero a una comunione, a una cartolarizzazione o a un matrimonio (come nubendi), e saranno perciò soggetti ad una disciplina coerentemente differente. Senza che ciò rappresenti peraltro niente di eccezionale o di particolarmente significativo.

⁽⁶⁰⁾ Come accennavo all’inizio (nt. 6) la radicalità della distinzione non consente compromessi. Né nella forma di figure intermedie, come quella del “neo-istituzionalismo debole” costruita da LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in RDS, 2008, 198 ss., a p. 204, né con quel sincretismo che sembra oggi — su questo punto — di moda e che ha finito per contagiare anche i più convinti contrattualisti (v. SCOGNAMIGLIO nt. 6, 22 ss. sempre con riferimento al pensiero di Oppo). Ribadisco che la società o è un insieme di regole e di individui che si impegnano a rispettarle, e allora è, nella mia terminologia (non in quella di tradizionale) una istituzione. Oppure esiste un interesse non collegato a qualche gruppo, o categoria, dei soggetti che hanno rapporto con l’istituzione (un interesse astratto, in ipotesi, a che l’impresa vada, per così dire, “bene” — ammesso che ciò abbia un qualche senso) che sarebbe proprio della società per azioni in quanto tale, e allora la società per azioni non può essere concepita come una istituzione (nel senso in cui io uso il termine e in cui è usato per lo più oggi) ma deve essere concepita come quello che ho chiamato un organismo, che sono appunto le entità che hanno interessi propri, a cominciare da quello alla loro sopravvivenza.

⁽⁶¹⁾ Anche per l’impresa resterebbe comunque da verificare la proponibilità di una concezione organicistica a livello giuridico, per il che si richiederebbe la dimostrazione che l’ordinamento si è dato regole coerenti con la concezione stessa (per esempio, sul piano della conservazione dell’esistenza e della identità) cosa che in verità non credo proprio che nel nostro ordinamento sia avvenuta.

difficile qualificare “istituzione” in senso organicista, o “organizzazione”, colui che la esercita ⁽⁶²⁾.

Per di più, in caso di esercizio in forma di società per azioni, ben avrebbe senso riferire alla società i discorsi che non possono essere fatti per gli organismi. Nella società per azioni dire ad es. che una regola (una dieta) è posta in favore dei creditori (lo stomaco) e contro i soci (il cervello), o in favore dei soci e contro gli amministratori, non solo ha perfettamente senso, ma è anzi il punto di partenza di ogni analisi seria della ragione e della funzione delle regole.

In sostanza, o si ha il coraggio di affermare che la società per azioni è un organismo con un proprio interesse (cui la logica contrattuale non può essere evidentemente applicata: non si fanno contratti tra lo stomaco e il cervello) oppure si riconosce che non esistono interessi diversi da quelli delle varie parti coinvolte (soci, lavoratori, creditori, clienti, ecc.) e allora la logica del contratto si fa prepotentemente avanti.

La mia conclusione, perciò, è che, essendo la società per azioni una istituzione, nel senso chiarito pocanzi di insieme di regole, e non un organismo, l'impostazione contrattualista ci dice una cosa più che ragionevole. Ci dice, cioè, che queste regole devono essere concepite in modo da contemperare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti e che quindi dovrebbero avere possibilmente gli stessi contenuti che questi stessi soggetti avrebbero dato loro, se avessero potuto formularle una per una, dopo averle tutti insieme contrattate ⁽⁶³⁾. Ed ecco che il *nexus of contract* fa nuovamente capolino.

6. *Finale.* — In conclusione la mia opinione è che l'impostazione contrattualista è quella che meglio riflette la realtà di una società per azioni al servizio dello sviluppo di una società capitalistica. Questo, ribadisco,

⁽⁶²⁾ In verità Angelici coglie bene il problema e propone l'elaborazione di una nozione giuridica di organizzazione utilizzabile anche quando riferita ad un solo soggetto, *Le basi contrattuali*, (nt. 1), 127.

⁽⁶³⁾ Un riferimento concreto può servire a chiarire ulteriormente la differenza tra l'impostazione qui proposta e la tradizionale contrapposizione tra contrattualisti e istituzionalisti. Nella mia prospettiva la *team production theory* (si tratta della nota teoria proposta da BLAIR-STOUT, *A Team Production Theory of Corporate Law*, in 85 *Virginia Law Review*, 1999, 247 cui anche Angelici dedica la dovuta attenzione, *Principi e problemi*, nt. 1, 99) va classificata — al contrario di quello che sembra avvenire nella prospettiva di Angelici — piuttosto tra le teorie contrattualiste, che non tra quelle istituzionaliste (nel senso — non mio, ma — organicista del termine). Essa si radica infatti nel contesto della “contrattualità” e, in particolare, nell'ambito della solita questione dell'incompletezza dei contratti. Poiché l'incompletezza potrebbe consentire a una delle parti (in particolare ai soci) di agire in maniera opportunistica nei confronti degli altri *stakeholders* (riducendo così la propensione di costoro ad investire nella relazione) viene introdotta la figura dei gerarchi mediatori (gli amministratori) la cui funzione è garantire che tutti i contratti (torna così il *network of contracts*) saranno eseguiti in buona fede. Non c'è quindi nessun interesse superiore di un qualche autonomo organismo, ma solo gli interessi dei soggetti coinvolti, mediati secondo le *legittime aspettative contrattuali* di ciascuno.

non significa né apprezzare il risultato specifico che ne risulta (in sostanza, l'immagine della società per azioni come luogo di riottosa collaborazione tra egoisti più o meno razionali, impegnati ad appropriarsi ciascuno della quota più grande possibile dei frutti della cooperazione), né la più generale rappresentazione della società che ne è l'ispiratrice. Significa riconoscere realisticamente che questa è la realtà in cui viviamo.

Vorrei dire da ultimo che personalmente non credo che il modello contrattualistico sia oggi in grado di ispirare la creazione di un giusto ordine del nostro istituto. Concordo con l'amara riflessione di Guido Rossi⁽⁶⁴⁾ secondo cui la società per azioni ha perso oggi ogni identità istituzionale.

La mia tesi, che non posso qui dimostrare, è però che il fallimento non è dovuto alla scelta di un modello sbagliato, quello contrattualistico, da sostituire con uno più adeguato. Il modello contrattualistico è, nel senso che ho cercato di chiarire, il migliore possibile. Esso fallisce non perché sconfitto nella competizione con modelli alternativi migliori, ma per i suoi limiti interni e per il fatto di voler dare ordine univoco ad una realtà che è in sé contraddittoria.

Il punto debole del modello è proprio il trattamento del potere, e torno così ad un tema caro ad Angelici. Non posso qui sviluppare il punto, ma la mia opinione è che i problemi della società per azioni si svelano ricostruendo le interazioni tra i poteri e i meccanismi usati per controllarli. Un esempio, solo per spiegare cosa intendo dire. Una nota teoria, parte integrante del movimento di pensiero che è uscito vincente dalla stagnazione del post - Berle & Means (i quali avevano posto proprio un problema di potere, che nessuno era stato capace di risolvere), identifica in un meccanismo impersonale, il mercato del controllo, lo strumento per tenere sotto controllo il personalissimo potere dei managers⁽⁶⁵⁾. Peccato che lo sviluppo della divisione del lavoro abbia nel frattempo popolato il mercato di soggetti (i vari gestori di fondi, investitori professionali per conto terzi) per nulla interessati a massimizzare il valore di singole partecipazioni e ancor meno ad assumere il controllo di imprese, e molto interessati, invece, a valorizzare al massimo il loro complessivo portafoglio, anche attraverso la continua compra-vendita di azioni. Con i risultati che sono sotto gli occhi di tutti, e che se ne infischiano di tante tradizionali categorie.

È possibile che molti apparenti dissensi dipendano semplicemente dal fatto che le mie riflessioni sono in realtà costruite con una concettualità che è ben diversa da quella che ispira le riflessioni di Carlo Angelici. È certo però che, come avviene per un musicista del periodo classico, che pensa la

⁽⁶⁴⁾ G. ROSSI, *La metamorfosi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, 10.

⁽⁶⁵⁾ MANNE, *Mergers and the Market for Corporate Control*, in *73 Journal of Political Economy*, 1965, 110.

musica in una dimensione concettuale diversa, ma ben può avere adorato le opere di Bach, nulla fortunatamente mi impedisce di apprezzare e gustare un bel saggio di ragionamento giuridico, anche costruito in uno stile diverso dal mio.

FRANCESCO DENOZZA

Abstract

This essay takes Carlo Angelici's body of work, and especially his new book, *La società per azioni- Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012, as a point of departure to discuss the relationship between corporation law and the contract model. Angelici's main thesis is that the model of contract is not able to frame and explain the specific discipline of the corporation. While I find Angelici's motivation very well designed and acutely argued, I find his characterisation of the corporation as a non-contractual institution ultimately unconvincing. My thesis is that the author uses a too narrow notion of contract, essentially the short-term contract fit for discrete transactions.

I maintain instead that the evolution of the social division of labor has led to the emergence of new models of contract well suited to frame even the phenomena governed by corporation law.