



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA

Dipartimento di Economia
Marco Biagi

DEMB Working Paper Series

N. 238

Commons rules.

Regolazione dei beni comuni imprenditoriali
e neo-funzionalismo del diritto commerciale

Giacomo Bosi¹

May 2024

¹ University of Modena and Reggio Emilia, Department of Economics "Marco Biagi"
Email: giacomo.bosi@unimore.it

Giacomo Bosi

*giacomo.bosi@unimore.it | Dipartimento di Economia Marco Biagi
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

Commons rules.
**Regolazione dei beni comuni imprenditoriali
e neo-funzionalismo del diritto commerciale.**

15 maggio 2024

ABSTRACT: Il portato della dominante riflessività contrattualista – e, più di recente, le considerazioni sviluppate sui pregi riconducibili al riconoscimento normativo di beni comuni anche immateriali – offrono spunti per progettare modelli di diritto dell’impresa che computino la regolazione dei commons, nonché le rispettive forme di governance societaria. Al presente, input convinti provengono in particolare dagli economisti; laddove, giuridicamente, tali approcci sono fatti propri, perlopiù, da chi avalli tesi estreme, o si adattano a circoscritti contesti di cooperazione sociale e del terzo settore. Il diritto commerciale asseconda efficacemente i processi in atto, ma non innova ancora con coerenti soluzioni di sistema. L’intervento normativo dovrebbe attenere alla condivisione delle risorse, anziché alla disciplina dei soggetti; e definire beni comuni, specialmente societari, con regolazione di attività imprenditoriali a tutela dei diritti fondamentali condivisi.

PAROLE CHIAVE: Beni comuni imprenditoriali, disciplina dei commons societari, corporate governance, riflessività normativa, regolazione proattiva, neo-funzionalismo del diritto commerciale. JEL CLASSIFICATION: K22, K39, L33, L51.

INDICE: 1. *Introduzione* – 2. *Corporate commons* – 3. *Commons rules* – 4. *Commons roles* – 5. *Conclusion*

1. *Introduzione*

I *commons* sono istituti che pertengono principalmente allo statuto epistemologico del diritto, ancorché definiscano positivamente categorie letteralmente «inventate» dall’economia; ciò che, in origine, è avvenuto indipendentemente da partizioni tra canoni proprietari e regolativi pubblici e privatistici ed anzi, a ben vedere, al fine precipuo di svincolarsi da questa polarizzazione con riguardo a (entrambi) i piani della teorizzazione e dell’applicazione di tali forme organizzative. Dei *commons* rileva infatti, e soprattutto, il regime normativo di uso ed esclusione dall’appropriazione di beni – inizialmente detti «comuni» [BC], quindi, come constateremo, più precisamente nominati – il ricorso ai quali genera diritti di «convivenza» civile, sociale e lavorativa, che vanno anche contestualmente individuati, a partire da un riconoscimento di ordine superiore (al suo limite massimo, costituzionale).

Allineandosi ad un ordine iniziale di riflessioni interdisciplinari, sviluppate a suo tempo dalla prima generazione di studiosi dedicatisi a questi temi, e provando ad avanzare lungo un percorso di analisi giuridico, sembra opportuno procedere a partire dall’assunto che il rapporto tra gli statuti di utilizzabilità economica e di riconoscimento normativo dei BC riguarda non già la natura dei beni di volta in volta considerati, né il vincolo proprietario a cui essi siano originariamente – od ai quali vengano solo in seconda battuta – assoggettati, quanto specialmente la tutela legislativa dei nessi relazionali tra beni e soggetti; nessi che, a loro volta, possono essere messi a fuoco come più articolate interconnessioni tra i singoli «fasci di utilità» già enucleati, a far tempo dal 2008, nei materiali di lavoro prodotti dalla Commissione Rodotà.

In questa prospettiva interessa quindi sondare, nel merito, la componibilità sociale, e – nel caso di specie (anche) – economica e imprenditoriale, delle aspettative di protezione normativa dei diritti fondamentali ascrivibili ai soggetti coinvolti dallo sfruttamento di beni e servizi di interesse collettivo. Quanto al metodo, invece, occorre interrogarsi sulle tecniche che meglio si prestino a tal scopo, e, prima ancora, sarà opportuno tratteggiare l’area della tutela giuridica che risulti utile implementare.

Mentre possiamo presupporre quali elementi pacifici, e comuni ai versanti citati come prioritari, i contributi delle analisi – che comunque interpellaremo – attinenti ai limiti alle facoltà di teorica disposizione, nonché ai vincoli di destinazione pratica, dei beni di «proprietà» condivisa.

D'altronde le teorizzazioni sui BC si adattano a molte considerazioni svolte, specie al presente, sulla sostenibilità dell'attività d'impresa, prefigurandosi l'alternativa tra orientamento etico degli amministratori e *stakeholders empowerment*: il primo problematico e perlopiù osteggiato; il secondo forse implementabile (come diremo). Ma sembra giustificato porsi il problema se vi sia un *core* istituzionale di beni imprenditoriali che, in specie alla luce dei recenti sviluppi in punto di vincoli di sostenibilità economica e di necessaria tutela dei diritti di tutti fondamentali a una gestione ecocompatibile delle imprese, possa essere enucleato e regolato come bene comune. Cercheremo di argomentare l'opinione giusta la quale i vincoli di sostenibilità attengono alla stessa attività d'impresa, e che questa – non già il mezzo societario adottato per espletarla – possa e forse debba essere più nitidamente inquadrata dal diritto commerciale.

Più precisamente, tra gli obiettivi – e relative tesi di fondo – di questo contributo si annoverano i seguenti. In primo luogo, evidenziare che le iniziative di riforma legislativa in punto di sostenibilità dell'attività d'impresa, e da più tempo sullo *stakeholder empowerment* in genere, siano frutto di un approccio che somma attitudini (neo-)formaliste e (vetero-)funzionaliste, nel solco di un approccio ormai risalente, di cui si enfatizzano alcuni limiti metodologici. In secondo luogo, e di conseguenza, argomentare nel merito del convincimento che se non si ritengano praticabili soluzioni normative di segno (neo-)contrattualista e riflessivo, perché convinti che al diritto dei contratti d'impresa non compete prendere in carico prioritario valenze regolative redistributive, può giovare procedere con «argini» progettati – anche – secondo i crismi di una tutela «benicomunista», piuttosto che insistere con la costruzione di «ponti» strumentali a implementare istituti e fattispecie di pseudo-democratizzazione societaria. In terzo e ultimo luogo, sulla scorta di una proposta di avanzamento riformatore necessariamente provvisoria e prudente, interrogarsi sulla (anzitutto) astratta utilità di un rinnovamento della casistica del diritto delle imprese, che ponga al centro non l'impresa, ma la stessa attività economica da essa espressa, intesa quale bene (*rectius*: servizio) comune.

Agli argomenti esposti è sottesa l'opinione che, a mezzo secolo di distanza dalle teorizzazioni su un paradigma italiano di impresa «democratica»¹, appaia utile anche oggi prospettare soluzioni di responsabilizzazione proprietaria dei soci, e valorizzare specialmente l'assemblea, prima ancora dei consigli di amministrazione, quale luogo di incontro/scontro di interessi diversi. Tramontata l'epoca in cui, pur con ottime ragioni, si discuteva dell'opportunità o meno di discriminare i privilegi legali riconoscibili a date categorie di azionisti in quanto apportatori capitali «produttivi» o «improduttivi», al presente sono discusse ma risultano perlopiù stigmatizzate le opzioni regolative che cerchino di risolvere i medesimi problemi attraverso deleghe agli organi amministrativi.

Constatiamo quindi che i vincoli di sostenibilità devono essere oggetto di scelte ponderate anzitutto proprietarie; scelte che conseguano a un attrito reale e siano frutto di compromesso consapevole, di guisa che la proprietà torni a essere vera curatela, e non mera delega di gestione. Farsi carico della sostenibilità dell'attività d'impresa non può infatti non comportare redistribuzione (in capo alle società, dei costi scaricati dalle medesime sulla collettività), se i parametri minimi di sostenibilità non siano raggiungibili tramite soluzioni di *pre*-distribuzione delle risorse imprenditoriali, come invece crediamo possibile – e sarebbe opportuno.

2. *Corporate commons*

Si argomenta in termini «benicomunisti» a proposito dell'impresa, ed esattamente si afferma che la stessa *corporation* possa essere qualificata come *common (pool)* di risorse economiche, rilevando come, da un lato, dall'attività d'impresa siano estratti benefici anche da parte di soggetti terzi rispetto ad azionisti e amministratori, i quali al contempo sopportano frazioni dei costi delle sue esternalità negative; posto che, d'altro lato, l'attività attinge da, e incide su, disponibilità sociali in

¹ Per tutti cfr. F. Galgano, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Editori riuniti, Roma, 1978, pp. 157 ss.

qualche misura (diversa a seconda dei casi) «comunitarie». Se per certo non può affermarsi che, in ragione della diffusione della sua proprietà, la (grande e aperta) società (di capitali) sia sprovvista di soggetti qualificabili come suoi «proprietari», e dei beni sociali come beni dei soci – sicché non può dirsi che il patrimonio sociale non appartenga a nessuno, e sia perciò un «patrimonio senza soggetto»² – non vi è dubbio che le interrelazioni e le sovrapposizioni tra diritti di proprietà sui diversi *assets*, produttivi e finanziari, dell'impresa (per effetto di contrattazioni formali o implicite, e di norme positive o sociali), e della società che ne incorpori l'attività, impone all'ordinamento di definire regole di appropriazione del valore prodotto a vantaggio di azionisti, *management*, dipendenti della società e fruitori dei beni e servizi da essa realizzati. Proprio la necessità di disciplina dell'assegnazione di benefici privati, in proporzione alla quantità e alla qualità dei rispettivi apporti, nonché di «distribuzione» pubblica delle esternalità (positive e negative) prodotte, ha condotto esponenti autorevoli delle dottrine sia giuridica, sia economica, a riconoscere anche nelle società di capitali ad azionariato diffuso – oltre che nelle società cooperative – un bene collettivo (*corporate commons*)³.

D'altronde è la stessa *lex mercatoria*, tanto primigenia quanto contemporanea, a mantenere nel tempo la propria cogenza grazie ai caratteri di decentramento, consensualità e relazionalità di prassi regolative attinenti a beni e servizi imprenditoriali «comuni». Il diritto specialmente societario si è quindi applicato ad attenuare le contraddizioni ideali dei capitali(sti) produttivi e improduttivi, al fine di mantenere in equilibrio – presto doverosamente sostenibile – le propensioni alla conservazione e all'investimento dei capitali medesimi e, con ciò, di redistribuzione dei profitti da essi generati in termini proporzionali ai capitali impiegati. La stessa società per azioni viene così ciclicamente riconsiderata, come in verità fu anche originariamente, quale strumento di integrazione delle istanze di accumulazione e di valorizzazione del capitale. Funzioni espletabili grazie altresì a modelli di (auto-)regolazione per la combinazione dei capitali rispettivamente monetario e industriale⁴, tali per cui la remunerazione del primo, ancorché non determinata da logiche propriamente mercantili – bensì proprietarie – e condizionata in partenza dalle esigenze di lucratività del mezzo economico, sia comunque commisurata al tenore della relazione tra rischio (d'impresa) e rendimento (finanziario).

In prospettiva ideale si tratta, da sempre, di sollecitare ad entrare nell'area dell'agire economico esponenti imprenditoriali «altri» rispetto a quelli riconducibili in età remota agli interessi (latamente sociali) delle sole borghesia commerciale e proprietà fondiaria e immobiliare⁵, quindi a quelli (peraltro esclusivamente finanziari) di *holding* partecipative e investitori istituzionali; e tuttavia di utilizzare le regole del mezzo societario allo stesso scopo di portare ad emersione l'attrito tra le aspettative di rendite e profitto, vincolando i titolari delle una e delle altre al rispetto delle direttrici di sostenibilità di ogni epoca. Ancora oggi, ma più di «allora», è richiesto di prospettare istituti e fattispecie idonei ad evitare che una gerarchia tecnocratica soppianti le gerarchie economiche sostituendo ai privilegi della proprietà, attiva o passiva che sia, quelli di una burocrazia corporativa di cui, paradossalmente, è la stessa legislazione europea del presente a incentivare un'ulteriore, e aggiornata ai tempi, evoluzione.

² Così F. Galgano, *Le società in generale*, in *Le società in genere. Le società di persone*, Trattato di Diritto civile e commerciale, Giuffrè, Milano, 2007, p. 73.

³ In dottrina rispettivamente giuridica ed economica cfr., tra i riferimenti maggiori, S. Deakin, *The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance, and Sustainability in the Business Enterprise*, in «Queens Law Journal», Vol. 37, 2011, pp. 339 ss.; E. Ostrom, *Private and Common Property Rights*, Encyclopedia of Law and Economics, a cura di B. Bouckaert e G. De Geest, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 335 ss. Critici in specie verso queste posizioni di Ostrom, O. Weinstein, *Comment comprendre les «communs»: Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle*, in «Revue de la régulation» (on-line: <https://doi.org/10.4000/regulation.10452>), Vol. 14, 2013; C. Vercellone e A. Giuliani, *Per una critica dell'economia politica dei commons: una prospettiva storica e teorica*, in C. Vercellone, F. Brancaccio, A. Giuliani e P. Vattimo, *Il Comune come modo di produzione. Per una critica dell'economia politica dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2017, pp. 23 ss.

⁴ P. Barcellona, *Oltre lo Stato sociale. Economia e politica nella crisi dello Stato keynesiano*, De Donato, Bari, 1980, pp. 104 ss.

⁵ F. Galgano, *Società per azioni e classi sociali*, in *Norma e impresa. Il diritto commerciale e le trasformazioni del capitalismo*, a cura di F. Fenghi, Feltrinelli, Milano, 1978, pp. 150 ss.

Anche perciò gli studi sui beni comuni imprenditoriali nascono prestando attenzione alla loro gestione, prendendo spunto proprio dalla *governance* societaria (e, in particolare, dalle conseguenze della dissociazione tra proprietà e controllo), per favorire una «risocializzazione» dell'economia nel segno dei vincoli di destinazione imponibili al capitale sociale a disposizione per l'intrapresa condivisa. Essi perlopiù argomentano a partire dagli esiti tangibili del progressivo distacco tra proprietà e funzioni del capitale, e alla centralizzazione dello stesso laddove questa «dissociazione» sia preordinata al mantenimento di interessi monopolistici o meramente espropriativi. Di beni comuni specialmente societari si è perciò trattato da parte di giuristi non meno che di economisti; e, tuttavia, alle ideali aperture programmatiche sono spesso seguite retro-marce (o stalli) nelle medesime analisi⁶.

Più precisamente, l'alveo entro cui collocare la valorialità benicomunista s'è progressivamente ristretto, in seno alla letteratura economica, a partire da chi, come anticipato, ritiene opportuno individuare un bene comune nell'impresa stessa, e addirittura nella società lucrativa, fino ad arrivare ad applicazioni prettamente settoriali (pertinenti in specie al settore *non profit*) o «fuori mercato»⁷. Diverso l'approccio giuridico, che si è rapportato – in modi altrettanto differenti a seconda dei contesti – con la concezione istituzionalista dell'impresa, la visione dell'impresa democratica in particolare negli anni Settanta del secolo scorso, l'interesse per la cogestione coltivato negli anni Ottanta, il primo stakeholderismo degli anni Novanta e le sue nuove modulazioni di questi ultimi anni; prospettive che comunque, ancorché non dichiaratamente, assumono che l'impresa (e la sua attività) sia «altro» rispetto alla persona giuridica imprenditoriale.

Paradossalmente, gli economisti che si rifanno teoricamente a concetti e analisi propri del benicomunismo propongono, infine, soluzioni che si appoggiano perlopiù a «istituti», anziché a «istituzioni»⁸; laddove i giuristi, quando abbiano coltivato questi temi, si sono appellati a un

⁶ Considerando – data l'ampiezza di (pluridisciplinare) letteratura in materia – i soli contributi che più d'altri si focalizzano su tale *impasse*, cfr. almeno S. Zamagni, *L'economia del bene comune*, Città nuova, Roma, 2007; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Aa.Vv., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012; Aa.Vv., *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Ombre corte, Verona, 2012; G. Micciarelli, *Le teorie dei beni comuni al banco di prova del diritto. La soglia di un nuovo immaginario istituzionale*, in «Politica & Società», n. 1, 2014, pp. 123-142; A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in «Costituzionalismo.it», n. 3, 2014, pp. 1-40; U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino, 2015; P. Dardot e C. Laval, *Del Comune, o della Rivoluzione nel XXI secolo*, DeriveApprodi, Roma, 2015; Aa.Vv., *Il Comune come modo di produzione. Per una critica dell'economia politica dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2017; F. Capra e U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017; U. Mattei e A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018.

⁷ In termini critici sulla possibilità di declinare il modello benicomunista in ambito cooperativistico cfr. F. Denozza, *La società cooperativa e il problema degli strumenti istituzionali per la gestione di beni comuni*, in L. Sacconi e S. Ottone (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, il Mulino, Bologna, 2015 (ed. e-book), pp. 1-6; *contra* L. Sacconi, *Beni comuni, contratto sociale e governance cooperativa dei servizi pubblici locali*, *ivi*, pp. 1-20; E.C. Tortia, *L'impresa come bene comune. Il caso della accumulazione e uso delle risorse comuni nelle imprese cooperative*, *ivi*, pp. 1-12; F. Quarta, *Gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico*, in «Riv. dir. banc.», I, 2019, pp. 341-372. Per esempi di proceduralismo gestionale entro una cornice normativa benicomunista cfr. C. Berranger, S. Monni e A. Realini (a cura di), *Cooperative bene comune*, RomaTre Press, Roma, 2020; A. Desreumaux e J.P. Bréchet, *The enterprise as a common good*, in «Revue Interdisciplinaire of Management & Human Enterprise», n. 7, Vol. 2, 2013, pp. 77-94. Sulle applicazioni nelle imprese «collaborative», nonché in punto specifico di *platform-governance*, cfr. F. Casale, *La «proprietà» nelle imprese cooperative. Prime considerazioni*, in «Rivista Orizzonti del diritto commerciale», n. 1, 2018, pp. 1-32; G. Smorto, *Dall'impresa gerarchica alla comunità distribuita*, *ivi*, 2014, pp. 1-40; e in un più ampio spettro d'analisi D. Corapi, *Evolution of Private Law in the Global Market of the 21st Century*, in «Riv. Dir. Comm.», 2022, pp. 339-366.

⁸ Anche perciò colgono nel segno le critiche di chi ascrive la «tragedia dei beni comuni» alla concentrazione del potere economico e finanziario rinvenibile in capo alle grandi società azionarie, piuttosto che al deficit di misure istituzionaliste tese a implementare sistemi di amministrazione e controllo condivisi (da parte degli *stakeholders*) delle imprese, secondo modelli derivativi rispetto alla teorizzazione di E. Ostrom: così U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, *cit.*, spec. alle pp. 32-37; C. Vercellone e A. Giuliani, *op. cit.*, spec. alle pp. 47-9, e F. Brancaccio, *Rivisitare il diritto a partire dal Comune come espressione di un rapporto sociale di produzione*, in C. Vercellone et al., *Il Comune come modo di produzione*, *cit.*, *passim*. Così come si segnala che il dare priorità al contesto dei portatori di interessi terzi imponga un rischio di deriva «comunitarista» e regressiva per l'innovazione e la redistribuzione: in tal senso M.R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in Aa.Vv., *Oltre il pubblico e il privato*, *cit.*, p. 23; *contra*, L. Sacconi, F.

istituzionalismo serio e proprio⁹. Quanto si appalesa come un'ulteriore contraddizione è che le analisi in termini di sostenibilità non attingano al cuore degli argomenti benicomunisti – tipicamente «proprietari», si badi – ma premano il pedale della responsabilizzazione specialmente gestoria, e della proceduralizzazione di buone pratiche di *corporate governance* (secondo caratteri esattamente propri di un funzionalismo giuridico primigenio). Ciò per quanto da più parti si puntualizzi che qualunque amministratore di società non sia esattamente un agente degli azionisti, bensì lo sia *della società*. Così come è certo che la compressione della discrezionalità dei gestori pone costoro in difficoltà costanti (e crescenti; se vi si aggiungano, al presente, quelle derivanti dalla necessaria aderenza ad obblighi di «sostenibilità»).

Nell'ottica qui adottata si tratta, complessivamente, di esempi tipici di funzionalismo «di prima generazione», secondo i quali la funzione della norma giustifica la struttura del diritto (ma, come verificheremo, non vale il contrario). Detta funzione, individuata in obiettivi propriamente di mercato, è la stessa che incentiva – ma non obbliga – i privati a comportarsi virtuosamente; cercando di contemperare, in tal modo, obiettivi sia di fruttuosa interazione, sia di perseguimento di fini di utilità collettiva. I propositi sono nobili, e tuttavia questo approccio, alternativo per definizione a soluzioni di «*command-control*», ha avuto effetti di *legal irritant*; che tuttavia si è risolto in agente «irritante» non anche conflittualizzante. Il mero richiamo alla sostenibilità come variabile *self-explanatory*, ma non anche una sottrazione al mercato di determinate sfere di influenza, è infatti il tratto esatto di un approccio «*responsive*», vetero-funzionalista, e anti-statalista (sia paternalista, o non tale, il modo in cui si manifesti l'intervento dello Stato).

Tuttavia si ricordi che secondo la medesima (altrettanto primigenia) visione managerialista tale osservanza non può limitarsi al fatto che gli amministratori contemperino interessi di natura diversa, ma deve sospingerli a una legittimazione del loro potere che tenga in conto prioritario il rispetto di vincoli esterni. Se anche si concordi che non possa essere il diritto societario, propriamente tale, a introdurre parametri cogenti – nel caso di specie, di sostenibilità – agli amministratori di società di capitali, giacché detti doveri non atterrebbero all'interesse sociale in senso stretto¹⁰, essi potrebbero comunque essere annoverati in nuclei prescrizionali, composti da norme organizzative e di principio, che, come ribadiremo nella parte terminale di questo scritto, diano corpo a un più complessivo statuto (generale) dell'impresa. Statuto da comprendersi organicamente in seno allo stesso codice civile (onde evitare ulteriori divaricazioni tra diritto speciale dell'impresa e diritto privato comune); non tanto affinché l'autonomia privata, anche economica, disponga di ulteriori strumenti per esprimersi in difesa dallo Stato, quanto perché vi siano mezzi di difesa, costituiti nell'interesse e da parte dello Stato, verso poteri economici altrimenti «sregolati»¹¹.

Denozza e A. Stabilini, *Democratizzare l'economia, promuovere l'autonomia dei lavoratori e l'uguale cittadinanza nel governo dell'impresa: una proposta*, in «EconomEtica», n. 75, 2019, pp. 1-31; S. Ottone e L. Sacconi, *Beni comuni, economia comportamentale ed istituzioni*, in L. Sacconi e S. Ottone (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

⁹ Per tutti, in tal senso, cfr. M. Libertini, *Sulla proposta di Direttiva UE su "Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese"*, in «Riv. soc.», n. 2-3, 2021, pp. 325-335, per cui «quella che viene prospettata è una rivoluzione del diritto dell'impresa. Siamo di fronte ad una ripresa di istituzionalismo "forte" che, ancora fino a pochi anni fa, sarebbe apparsa impensabile» (così a p. 333). Diversamente – per necessità selezionando tra le tante voci che si stanno unendo al coro dei commenti – P. Marchetti (in *Il bicchiere mezzo pieno*, *ivi*, pp. 336-348) valuta, invece, la proposta come progetto di regolazione «*soft*», astrattamente permutabile – ma con ben evidenziate difficoltà – in forme di (auto-)disciplina *hard* all'interno dell'impresa, onde attenuare la contraddizione insita nell'ascrivere ai *managers* doveri di difesa di beni comuni e interessi degli *stakeholders* in assenza di conseguenti e coerenti strutture di *enforcement* che rendano, tali compiti, meno «contro natura». Anche più criticamente, *ex multis*, S.A. Cerrato, *Appunti per una «via italiana» all'ESG. L'impresa «costituzionalmente solidale» (anche alla luce dei «nuovi» artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 1, 2022, pp. 63-114, ed E. Barcellona, *Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al "profitto"*, Giuffrè, Milano, 2022. Possibilista nei confronti dell'implementazione di modelli di *stakeholderism* «democratico», da ultimo, F. Denozza, *Sostenibilità e corporate governance: dagli investitori agli stakeholder*, in «Riv. soc.», n. 2-3, 2023, pp. 301-316.

¹⁰ Così, nitidamente, F.M. Mucciarelli, *Interesse sociale e sostenibilità: un falso problema*, Convegno Orizzonti del diritto commerciale «Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il diritto commerciale», Roma, 2023, spec. alle pp. 20 ss.

¹¹ Così N. Irti già in *Codice civile e società politica*, Laterza, Roma-Bari, 1995, spec. alle pp. 67-68.

Per esprimere la stessa tesi in modo diverso: qualora si ritenga che non sia il diritto societario (*i.e.*, i gestori dell'attività), ma lo Stato, a dovere proteggere interessi terzi, il diritto dell'impresa in genere può comunque categorizzare argini e ambiti di responsabilizzazione proprietaria. Se, pure, si giudichi che la Costituzione non vincoli direttamente ad opzioni nel segno della responsabilizzazione sociale, ma rimetta al legislatore nazionale la determinazione di obblighi e limiti¹², questa seconda opzione dev'essere giudicata doverosa e ad essa va dato seguito positivo. Non da oggi, infatti, è sicuro che l'ordinamento giuridico può dotarsi di disposizioni tese a evitare o limitare un pregiudizio degli interessi collettivi in conseguenza di atti societari, e persino di norme che rendano la tutela di interessi pubblici un dovere di tali società; e che tuttavia non si incrinino il paradigma contrattualistico a causa di questa opzione. Più ancora, anzi: senza che ciò implichi necessariamente l'intraprendere percorsi istituzionalistici di disciplina delle medesime società¹³.

La libertà d'impresa è infatti correlata a oggettivi doveri e poteri, così come il patrimonio sociale è soggetto per definizione a un vincolo di destinazione non aleatorio. Non diversamente, qualsivoglia atto costitutivo rappresenta un atto organizzativo che argina un potere di gestione funzionale a gestire la macchina imprenditoriale in rapporto a presupposti specialmente proprietari. La rinuncia al potersi avvalere di atti pienamente dispositivi dei beni immessi nel capitale sociale corrisponde allo scarto tra le dimensioni dell'attività d'impresa e dell'attività economica¹⁴. La tutela del principio di permanenza dell'impresa nell'economia sociale di mercato passa attraverso, appunto, il vaglio del rispetto dell'attività ai cardini sociali del mercato. La discrezionalità gestoria è quindi guidata da principi cangianti, e tuttavia non inequivoci; a condizione di non essere distolti, comunque, dal fine lucrativo. Ma la proprietà della società ha la responsabilità di immettere l'attività della propria organizzazione in un mercato legittimamente condizionato da vincoli di sostenibilità economica. Lo scopo di lucro, non dismettibile, è pertanto perseguibile unicamente nel rispetto di tali direttrici, e la cura dei mezzi approntati – amministrativi e organizzativi, personali e aziendali – non può non tenere in conto prioritario tale esigenza.

3. *Commons rules*

La critica a una legislazione scomposta e inefficace è tanto di esponenti del costituzionalismo sociale, quanto di coloro che stigmatizzano le derive sia del formalismo, sia del funzionalismo¹⁵. È infatti discutibile l'assunto *à la* Teubner giusto il quale la distinzione pubblico/privato vada preservata acciocché le dimensioni particolari dell'agire economico si autocontrollino e limitino reciprocamente. D'altronde la posizione di tale autore, sulla quale torniamo nel prosieguo, è conforme al paradigma dell'autopoiesi del diritto; non esattamente, né sempre, ai crismi della riflessività regolativa. Tuttavia accomuna l'opinione di questo, a quella dei teorici della riflessività, il più generale auspicio che l'interconnessione tra razionalità normative differenti si realizzi in prassi di autodeterminazione che premino anche la sostenibilità delle rispettive istanze.

È però diffusa l'impressione che, nel diritto dell'impresa, sia perlopiù adottato un approccio solo apparentemente riflessivo, sicché quanto venga rappresentato sul piano legislativo rappresenti non un processo di conflitto e compromesso tra diverse razionalità, bensì un assetto di dominanza già affermatosi nella realtà economica. Tale approccio avrebbe decretato il successo di pulsioni

¹² M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in «Rivista Orizzonti del diritto commerciale», n. 3, 2013, *passim*.

¹³ A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Norma e impresa. Il diritto commerciale e le trasformazioni del capitalismo*, cit., pp. 90 e 84, laddove l'Autore scrive esservi una doppia via – ma non più di queste strade estreme – per intraprendere, come riportato, percorsi istituzionalistici: affidare la tutela dell'interesse istituzionale a organi pubblici (con effetti di espropriazione degli azionisti, funzionalizzazione dei consigli e nazionalizzazione delle imprese), ovvero agli stessi detentori del potere economico; seconda opzione per la quale al tempo – ma vale anche al presente – pare continuare a optare il legislatore.

¹⁴ M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, in «Contratto e impresa», n. 4, 2019, pp. 1255-1286.

¹⁵ Per tutti cfr. N. Bobbio, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 64 ss.

«deteriori», al contempo formaliste e funzionaliste; d'altronde è proprio per questo che, come sopra illustrato, in reazione a ciò si inquadra l'impresa stessa come *common*.

Più in generale, secondo analisi strutturaliste, (a) nel rapporto tra il diritto dell'impresa e la tutela dei beni comuni il diritto commerciale si profila come diritto ecosistemico e autopoietico, di cui si evidenziano soprattutto connotazioni privatistiche¹⁶. (b) Nel rapporto tra il diritto dell'impresa e il perseguimento di obiettivi istituzionalisti, lo stesso diritto commerciale è qualificato come diritto tendenzialmente riflessivo e neo-formalista, di marcata ponderazione pubblicistica¹⁷. Infine, (c) nel rapporto tra diritto dell'impresa e relazioni tra istanze di efficientamento e sostenibilità economici, al diritto commerciale sono ascritti caratteri di diritto «responsivo»¹⁸ e funzionalista, di cui si evidenziano in particolare le venature «amministrative»¹⁹.

Ecco allora perché qui argomentiamo, invece, a favore di un approccio neo-funzionalista governato, laddove quello sinora sperimentato può dirsi «sregolato» (a) in quanto mancano parametri positivi che informino detto approccio nella sua generalità, e (b) perché il diritto commerciale non predetermina, con coerenza e compiutezza, i fini ultimi verso i quali dev'essere indirizzata un'attività d'impresa che, pure, sia detta doverosamente sostenibile. L'equivoco è rilevante anzitutto teoricamente, perché corrisponde alla diversità delle analisi del funzionalismo in genere²⁰; ossia di spiegare, e soprattutto di giustificare, la struttura del diritto a partire dalla sua funzione (*à la* Hart), e non invece di spiegare e giustificare la funzione a partire dalla struttura dello stesso (*à la* Kelsen). Oltre che per le ragioni citate, chiamiamo tale paradigma neo-funzionalista anche (c) nel senso che si ritiene necessario tenere in conto prioritario le relazioni reciproche tra analisi strutturale e funzionale²¹, e non subordinare i profili specialmente strutturali, come invece perlopiù accade, nella verifica sia dei limiti di tali approcci, sia dei vantaggi che un'analisi combinata può apportare (nel caso in parola avente a che fare con l'adottare una posizione strutturalista, che emendi funzionalmente l'attuale assetto regolativo).

In pratica e in poche parole: l'approccio formalista parrebbe aver depotenziato le proprie ambizioni a garantire anzitutto coerenza interna al sistema su cui si intervenga, per privilegiare l'opposizione alle derive autopoietiche delle forze operanti nel medesimo sistema; mentre l'approccio funzionalista si sarebbe piegato a un ruolo meramente strumentale all'appoggio di interessi già premiati dal mercato, che come tali non necessitavano di correzione giuridica in senso per così dire

¹⁶ Il diritto di proprietà su beni specialmente imprenditoriali è infatti oggetto di attenzione al fine di sollecitare la produzione di paradigmi normativi proprietari, privatistici e «generativi», che avallino le istanze di curatela di collettività economico-sociali, territoriali o settoriali, propense a valorizzare dotazioni di capitale, strutture aziendali e disponibilità tecnologiche in prospettive non estrattive (di rendite) ed escludenti ma conservative (di beni eco-sostenibili) e inclusive; cfr. U. Mattei e A. Quarta, *Punto di svolta*, cit., pp. 82-91. Come ribadiremo oltre nel testo, sotto questi profili – nella prospettiva degli autori che si chiosano ora – il benicomunismo non si propone come forme proprietaria terza e «altra» rispetto a quelle pubblica e privata, ma è con esse coerente nella misura in cui di entrambe mira a contenere gli eccessi dovuti ad un'accumulazione parassitaria o disinteressata alle esigenze di sostenibilità produttiva (sicché è – semai – eccezionale rispetto alla «regola» capitalistica, detta deteriore); cfr. F. Capra e U. Mattei, *Ecologia del diritto*, cit., pp. 187 ss.

¹⁷ A. Jr. Golia e G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, MPIL Research Paper Series, No. 2021/08 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3804094), 2021; A. Jr. Golia, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Diretto da R. Sacco, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Aggiornamento *****, Utet, Milano, 2017, pp. 217 ss.

¹⁸ P. Nonet e P. Selznick, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, Routledge, London and New York, 2017; A.I. Asa, M. Munir e S.M. Ningsih, *Nonet and Selznick's Responsive Law Concept in a Historical Philosophy Perspective*, in «Jurnal Crepido», Vol. 3, No. 2, 2021, pp. 96 ss.

¹⁹ P. Zumbansen, *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law*, Comparative Research in Law & Political Economy, CLPE Research Paper 13/2008, Vol. 4, No. 3, 2008; Id., *The Law of Society: Governance Through Contract*, Comparative Research in Law & Political Economy, CLPE Research Paper 2/2007, Vol. 3, No. 3, 2007.

²⁰ N. Bobbio, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in Id., *Dalla struttura alla funzione*, cit., pp. 89-121, e *ivi spec.* a p. 119.

²¹ *Ibidem*, pp. 120-1.

«evolutivo». Nel complesso avremmo insomma assistito a interventi di funzionalismo nominale, che non hanno contemplato una selezione di interessi – ulteriori a quelli dominanti – a favore dei quali funzionalizzare, appunto, determinati istituti o fattispecie²². Avrebbe prevalso, cioè, un'impostazione giuridica secondo la quale i principi posti dall'ordinamento devono essere di generalità e astrattezza tali da scongiurare in partenza il rischio che si appalesino fenomeni di cattura del regolatore²³; al punto, però, da produrre effetti di diffusa deresponsabilizzazione, al netto degli aggravii nei costi transattivi imposti agli operatori.

Con tutto ciò si è persa la connotazione politica dell'intervento regolativo, e la distribuzione è questione demandata in buona misura al diritto dei contratti, con esiti non pienamente soddisfacenti (come ribadiremo nel prossimo paragrafo). Nel passaggio dal funzionalismo novecentesco a quello del nuovo secolo s'è infatti aggravato il difetto originario di tale modo di procedere: regolativo, sì, ma limitato al compito di tamponare i limiti del formalismo a fronte di una complessificazione degli interessi da governare; interessi non componibili in provvedimenti generali e astratti secondo tradizione, ed affidati invece a soluzioni tecnocratiche (laddove non, più limitatamente, tecnicistiche)²⁴.

Il difetto emerso si è manifestato quindi non tanto nelle derive di autoregolazione (semai proprie dell'approccio riflessivo), quanto nel non avere introdotto in misura maggiore modalità di produzione delle norme che coinvolgessero in termini pluralisti gli attori socio-economici cointeressati. Prima ancora, il limite evocato atterrebbe non tanto al fatto di marginalizzare un intervento regolativo eterodiretto, e nelle peggiori delle ipotesi a rinunciarvisi, a favore di una preponderante legislazione «secondaria»; quanto al non porsi come prioritaria la questione dell'individuazione di precise titolarità regolative, entro una cornice normativa coerente e poggiate su basi inequivoche di certa investitura democratica. Si sarebbe cioè presupposto il raggiungimento di un consenso collettivo alla realizzazione di determinati obiettivi socio-economici, senza avere seriamente assoggettati i fini medesimi a un preventivo e condiviso scrutinio.

Si tratterebbe invece, nelle ipotesi migliori, di certo apprezzabili tentativi di orientamento per così dire sociale della produzione, che tuttavia non ambirebbero a esercitare una qualsivoglia influenza sul piano – sovrastante – relativo alla programmazione privata di sviluppo imprenditoriale e capitalistico²⁵. Come risultato del primigenio approccio funzionalista, pertanto, si attesta l'aver ampliato lo scollamento tra la (pur sicura, e opportuna) legittimità delle procedure atte a mediare tra interessi privati e sociali, quando essi confliggano, e la (più generale, e doverosa) legittimazione dei consessi tecnici a cui siano demandato l'*out-put* disciplinare.

Per altro verso è difficile non condividere i postulati accolti dai fautori dei modelli di riflessività regolativa, tali per cui, così come la giuridificazione statale è detta incapace di assumere le dimensioni di azione delle imprese contemporanee, le prassi di autoregolazione si limiterebbero ad avallare, come detto, soluzioni conclamate dal mercato. E tuttavia la parte costruttiva della medesima analisi non convince, oltre al non farlo la premessa teorica di tali postulati: ossia che le regole economiche per

²² P. Barcellona, *Uso alternativo e riserva di liceità a favore della prassi «emancipatoria»*, in *L'uso alternativo del diritto. II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di P. Barcellona, Laterza, Roma-Bari, 1973, p. 127.

²³ M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in «Rivista Orizzonti del diritto commerciale», n. 1, 2013, p. 22.

²⁴ Ciò che, già da esperienze primordiali dell'amministrativismo privatistico, avviene perlopiù ricorrendo mediante una legislazione che regola serie aperte di soggetti e rapporti (in ciò differenziandosi dai tratti degli interventi tramite legge-provvedimento): ossia rinunciandosi tanto ai crismi delle norme generali e astratte, quanto ai meccanismi di mediazione formale tipici della legislazione propriamente sociale; cfr. P. Barcellona, *Stato e mercato fra monopolio e democrazia*, De Donato, Bari, 1976, pp. 36 ss.

²⁵ È uno scenario i cui prodromi, che risalgono a decenni orsono, non differiscono molto da dinamiche anche attuali: ci riferiamo agli albori della cosiddetta istituzionalizzazione degli apparati di interconnessione tra Stato e mercato, ed al prevalere della mediazione «amministrativa» sulle negoziazioni squisitamente mercantile o schiettamente politica. In parallelo, si rimanda all'emersione dell'influenza del capitale finanziario sui capitali proprietario e produttivo (cfr. P. Barcellona, *La Repubblica in trasformazione. Problemi istituzionali del caso italiano*, De Donato, Bari, 1978, pp. 178-9); fenomeno ascritto alla latitanza, nel sistema normativo italiano, di istituti di negoziazione – sia di programmazione, sia di produzione – ulteriori a quelli, tipicamente contrattuali, propri dei mercati del lavoro, dei capitali e delle merci.

definizione coprano uno spettro d'efficacia (e, con ciò, di legittimità stessa) più largo rispetto a quello delle regole giuridiche di «contenimento» dell'attività d'impresa e di soluzione integrata di conflitti di interesse e controversie sociali.

Si sostiene che tali processi equivalgano a quelli sperimentati nei periodi di sovra-produzione di provvedimenti e strumenti di *soft-law*, avallati dal crisma giurisprudenziale e arbitrale. Essi rappresenterebbero un'ulteriore espressione di costituzionalizzazione civile, come tale disponibili a forzature non solo verso i modi di procedere della giuridificazione classica, quanto di più recente costituzionalizzazione *ex post* di sistemi funzionali già affermatasi. Ma il punto resta che, così procedendosi, da questi nuovi assetti regolativi non siano contemplati meccanismi di autolimitazione di tali prassi di civile costituzionalizzazione. Alternativamente – come in effetti è stato fatto – si possono sfruttare istituzioni di collegamento, idealmente intese a rappresentare forme ulteriori, ibride a loro volta, di riflessività economico-politica²⁶. Ma al presente non può dirsi che amministrazioni e agenzie «indipendenti» stiano facendo il gioco di una riflessività premiante quanto al rafforzamento di un consenso collettivo realmente condiviso²⁷; ed è forse questa l'obiezione più forte che deve essere rivolta, sul piano anche teorico, ai riflessivisti.

Per certo si tratta pur sempre di programmazione economica; ancorché indicativa e orientativa, e non già imperativa. In ossequio ai crismi dell'economia sociale di mercato, l'intervento regolativo dovrebbe limitarsi a introdurre misure di sussidiarietà orizzontale strumentali all'efficientamento di luoghi e strutture d'impresa. Ma anche in questa prospettiva è comunque allo Stato che deve ascrivere il compito di tutelare beni o servizi il cui grado di rilievo collettivo non sia autonomamente protetto *dal* mercato. Parrebbe allora essersi smarrita, o peggio tradita, quella via di transizione economica, prefigurabile anche oggi dopo corsi e ricorsi di segno opposto, che dovrebbe costituire il passaggio terminale quale seguito naturale di fasi di programmazione centralizzata, e di organizzazione di (solo) libero mercato.

Questo secondo costituisce, in effetti, un altro tratto di allontanamento dalla stessa prospettiva riflessiva: secondo la quale, invece, quanto si perda in termini di certezza del diritto, e si acquisisca in forma di incertezze foriere di asimmetrie, sarebbe il «prezzo da pagare» per consentire al diritto di autoprodursi (perciò di essere davvero efficace) e rappresentarsi in modo non meramente responsivo, ma riflessivo (perciò in grado di autoemendarsi). Il profilo riguardo al quale anche detta prospettiva mostra limiti evidenti è costituito non tanto dal presupposto teorico, cioè che sia proficuo che il diritto dell'impresa annoveri e riconosca interessi divergenti, la cui integrazione dev'essere affidata al dispiegarsi di dinamiche di autonormazione. Quanto dal fatto che, nell'analisi in parola, si assume che qualsiasi conflitto sia gestibile in termini costruttivi, come tipicamente avviene in contesti relazionali anche non naturalmente collaborativi, ma innervati da interessi sostanzialmente omogenei e congruenti; condizione affinché possa premiare un approccio regolativo dettato da un legislatore forte e distante (nonché, in termini complementari, da un'amministrazione «indipendente»).

Diverso è il caso in cui i conflitti di cui si tratta si rivelino distruttivi e forieri di esternalità negative non altrimenti compensabili, oltre ogni possibile mediazione contrattuale; e tuttavia rilevino come situazioni di attrito, e di danno, collettivi e concreti. Concordiamo sul fatto che, in tali frangenti, la redistribuzione sia problematica (ma non escludibile sbrigativamente²⁸); allora però, come s'è anticipato, occorrerebbe interrogarsi in termini di pre-distribuzione. Detto altrimenti, non sembra sufficiente limitarsi ad affermare l'intoccabilità – certa – dello scopo lucrativo, da un lato, e tuttavia, d'altro lato, non farsi carico regolativo, oltre che d'altro, delle condizioni di «impossibilità» gestoria degli amministratori. Sul più generale piano della concezione dell'impresa, alla vulgata comunitaria

²⁶ A. Jr. Golia, *op. cit.*, pp. 244-5.

²⁷ K. Rittich, *Functionalism and Formalism: Their Latest Incarnations in Contemporary Developments and Governance Debates*, in «Univ. Toronto Law J.», Vol. 55, 2005, p. 868.

²⁸ F. Fimmanò, *Art. 41 della Costituzione e valori ESG: esiste davvero una responsabilità sociale dell'impresa?*, in «Giur. comm.», I, 2023, p. 787.

è da sempre, come accennato in premessa, idealmente affiancata una sua tipizzazione democratica²⁹, tuttora seriamente considerabile se solo essa si applichi a livello di governo non strettamente corporativo – secondo tentativi sperimentati, ma rivelatisi sterili – ma più latamente sociale (nonché benicomunista).

Quanto invece interessa è sostenere che abbia senso leggere di nuovo la compagine societaria – specialmente capitalistica e lucrativa – come luogo di espressione di interessi conflittuali, ma ugualmente proprietari, e in tale sede dare luogo a riforme che attivino le propensioni alla curatela del capitale non meramente speculativo³⁰; come appunto può farsi condizionando la proprietà a scelte di immissione dell'attività d'impresa in contesti necessariamente sostenibili. Al presente, infatti, si assiste a un consolidamento di assetti tali per cui, all'opposto di quando fu sviluppata la concezione originaria dell'impresa democratica (e con ciò il favore espresso per la sovranità assembleare e la tutela delle minoranze per un verso; e l'interlocuzione manageriale con le sfere di influenza politica, sindacale e sociale per altro verso)³¹, è in capo all'organo amministrativo che si addossano doveri di presunta democratizzazione dell'operato societario, che in realtà fanno velo a un rafforzamento degli interessi economici dominanti (come allora, per converso, avvenne a favore delle classi proprietarie fondiarie).

E tuttavia il fulcro e la cerniera tra espressioni diverse di co-utenza del potere economico – l'espressione è ancora di Francesco Galgano, dalla cui teorizzazione di qui in avanti ci si distacca – non sono più il lavoro e la sindacalizzazione delle relazioni tra questo e il capitale, e nemmeno la mera «societizzazione» delle istanze conflittuali. Fenomeni del genere appaiono in effetti, comunque, come una nuova espressione di «uso alternativo del diritto privato», tale per cui la coesistenza di interessi privati e pubblici avviene con strumenti capitalistici, con esiti evidentemente non sovversivi rispetto ai difetti, altrettanto capitalistici, che si vorrebbero emendare. Diversamente, oggi, sembra appropriato stimolare un consapevole esercizio della libertà di impresa; esercizio realmente partecipativo nella misura in cui l'attrito tra istanze imprenditoriali differenti avvenga sui versanti del monte proprietario e non delle valli gestionali.

Si può discutere se siano sufficienti o controproducenti, in tal senso, direttrici di sostenibilità cogenti e regolamentate³². Qui ci limitiamo ad affermare che occorra una positivizzazione di tali vincoli; facendo altresì presente che l'approccio seguito ad ora è stato di segno inequivocabilmente vetero-funzionalista, con i limiti che esso da sempre palesa. Si pensi ad esempio alle ambiguità connesse alla funzionalizzazione degli adeguati assetti d'impresa a fini di anticipazione di una crisi, e la proposta di strumentalizzazione dei medesimi assetti a tutela di esigenza di sostenibilità³³.

D'altronde, guardando all'interno dell'impresa, le censure espresse nei confronti delle direttrici di responsabilizzazione sociale e di sostenibilità sono tacciabili di ipocrisia perché tralasciano il fatto che le società ad essa soggette, prefigurabili come enti che tipicamente realizzano la separatezza di proprietà e controllo, di fatto si sono perlopiù ben guardate dall'adottare spontaneamente meccanismi istituzionali di collegamento e responsabilizzazione con/verso cerchie più ampie rispetto a quelle degli azionisti (né era seriamente immaginabile altro). In tal modo si è contraddetta, oltre che la teoria istituzionalista dell'impresa democratica, anche la migliore filosofia contrattualista e managerialista, che chiedeva di legittimare i poteri gestori, se la proprietà non abbia il controllo, per altre vie. Non ci si può stupire della reazione regolativa: che ha imboccato strade di solo apparente democratizzazione, e di sicura non ingerenza sul piano della responsabilizzazione proprietaria. I contrappesi tra diritto pubblico e privato – o, se vogliamo, tra diritto statale e imprenditoriale – sono stati posti, infatti,

²⁹ F. Galgano, *Le teorie dell'impresa*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Cedam, Padova, 1978, p. 21.

³⁰ P. Abbadesse, *Società per azioni e politiche del diritto*, in *L'uso alternativo del diritto. II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, cit., pp. 141 ss.

³¹ F. Galgano, *Uso alternativo del diritto privato*, in *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, a cura di P. Barcellona, Laterza, Roma-Bari, 1973, pp. 135 ss.

³² F. Fimmanò, *Art. 41 della Costituzione e valori ESG*, cit., pp. 797-803.

³³ M. Onza, *“Attività funzionale” ed interessi degli altri nella gestione dell'impresa (entificata): annotazioni sulla direttiva (UE) 2022/2464*, in «Banca borsa titoli di credito», I, 2023, p. 765.

esclusivamente a carico dell'amministrazione: sia sotto le vesti di una responsabilizzazione sociale, sia sotto quelle di una pluri-partecipazione gestionale³⁴.

La dottrina giuridica non ha mai smesso di interrogarsi su quale serie di interventi normativi, comunque di pertinenza del diritto civile e commerciale, consenta di definire, più puntualmente di quanto sia attualmente dato, «un quadro stabile sui limiti dell'iniziativa economica privata»³⁵. Sembra il momento, in ragione e conseguenza delle congiunture regolative più volte evocate, di dare seguito (gius-)positivo ad auspici del genere. Ciò se si condivide, come vale per chi scrive, che i controlli e i programmi sulla destinazione dell'attività a fini sociali non possano non essere sottesi da intenti latamente emancipatori, non meno che da obiettivi immediatamente protettivi, rispetto a pratiche imprenditoriali dominanti in quanto «indiscutibili»; e tuttavia foriere di danni ambientali e sociali per una collettività estesa tanto quanto lo è l'attività economica globalizzata.

In questa prospettiva è ragionevole insistere sull'opportunità che venga rivisitata la sistematica stessa del diritto commerciale, sulla scorta di indicazioni anche recentemente espresse³⁶, organizzandola in base a distinzioni non tipologiche d'impresa ma di categorizzazione delle attività economiche. Oltre a ciò, ed anzi prima ancora di questo, può servire l'individuare uno statuto generale, di applicazione orizzontale, di tali attività; statuto che, insieme ad altro, assuma le direttrici di sostenibilità di nuovo conio, plasmandole ponendo al centro un'attività – quella d'impresa – che può pertanto essere qualificata alla stregua di servizio di utilità comune, in quanto tale «condizionabile» sulla base di una regolazione che tenga conto prioritario delle citate direttrici di ordine superiore.

4. *Commons roles*

Le prospettive aperte sinora sarebbero dunque inefficaci, perché emancipazione da condizioni di «insostenibilità» dell'attività d'impresa si dà solo attraverso un originario conflitto proprietario; così come, in senso lato, qualsiasi consesso democratico può dirsi tale se sia partecipativo, non solo né principalmente deliberativo (i.e., nel caso di specie, orientata al mero coinvolgimento degli *stakeholders*). Detto altrimenti, la visione *stakeholder oriented* sarebbe propria di una democrazia – qui, societaria – che si sente, ed è, debole³⁷. Avanzamenti reali potrebbero darsi con posizionamenti conflittuali rivendicativi e, appunto, emancipatori – in quanto tali tutelati, *in primis*, dalla Carta costituzionale – piuttosto che cooperativi fuori tempo (e luogo) massimo. Trincerarsi verso posizioni difensiviste risulta, in ultima analisi, divisivo tanto quanto invece, in prima e «offensiva» battuta, il riconoscimento di un alveo di beni comuni imprenditoriali può moltiplicare le ricadute positive sulla diffusione di una regolazione ecosistemica premiante.

Più in generale, è la proprietà nel suo complesso, come che sia connotata – tanto se pubblica, quanto se privata; quand'anche questa seconda sia intesa come proprietà collettiva – ad avere smarrito la vocazione di cura per il contesto su cui insiste, e per le risorse di cui si avvale. Se ciò è vero, risulta conseguente ed evidente che è essa stessa per prima, così concepita e interpretata, a non consentire di stringere legami funzionali «reali» con il mondo dei beni comuni; menchemeno, quindi, è lecito attendersi – come valse in passato – che la proprietà specialmente pubblica, ed essa sola, riesca a «indirizzare» la proprietà privata verso forme di governo non principalmente egoistiche, volte alla massimizzazione di ricchezza a fini esclusivamente individuali³⁸.

Calando tali assunti nel contesto societario: non è unicamente e primariamente ai *managers* che può chiedersi un'assunzione di responsabilità per scelte gestorie pro-sociali e pre-distributive; ciò che invece dovrebbe farsi, prima ancora, ai proprietari dell'impresa. La legittimazione gestoria – che

³⁴ M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, cit., pp. 13 ss.

³⁵ Così R. Weigmann, *L'impresa nel codice civile del 1942*, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 1, 2014, p. 23.

³⁶ P. Montalenti, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in «Analisi giuridica dell'economia», n. 1, 2014, pp. 45 ss.

³⁷ A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 2, 2011, *passim*.

³⁸ O. Marzocca, *Beni comuni e ragione economica: sulla proprietà e sull'abuso*, in «Etica & Politica», n. 1, 2020, p. 540.

come abbiamo già rimarcato è la stessa visione (contrattualista e) managerialista, nella sua versione «illuminata», a teorizzare come necessaria – si realizza appieno se consegua a forme di democratizzazione decisionale non affidate a mere consultazioni a posteriori. Solo così, nelle migliori e più autorevoli intenzioni, possono riconnettersi proprietà e funzione del capitale sociale; e al contempo superarsi le inutili diatribe sulle prospettive di breve e lungo periodo degli investitori³⁹.

Allo stato si riscontra che, a fronte di un disinteresse non solo ad acquistare, ma *in primis* a produrre beni comuni data la non escludibilità del loro utilizzo, le alternative comprendono la produzione diretta da parte dello Stato, l'erogazione di sussidi ai privati che se ne facciano carico, o l'incentivazione sociale per altre vie. Alla terza opzione suole ricondursi quanto è tipicamente avvenuto, nel diritto dell'impresa, con l'introduzione del modello organizzativo della società *benefit*; modello criticato, oltre che sotto altri profili, per il fatto di imbrigliare la discrezionalità gestoria degli amministratori, atteso che il contemperamento tra finalità imprenditoriali *profit* e *non profit* dovrebbe essere coerente con la lucratività del mezzo societario (indipendentemente dal fatto che tra tali finalità ricorrano relazioni di strumentalità, complementarità, o di concorrenza parallela)⁴⁰; diversamente, invece, si snaturerebbe la finalità propria del veicolo.

La stessa conclusione è confermata dall'esperienza contrattualistica⁴¹: a fronte di asimmetrie informative che può gestire la sola impresa, le soluzioni basate sulla negoziazione di «contratti» tra regolatore e impresa regolata, che abbiano ad oggetto l'espletamento di un servizio giudicato essenziale per la comunità, incontrano fisiologicamente problemi di opportunismo (e con ciò di cattura del regolatore tramite forme di «espropriazione dell'investimento»), che non è dato calmierare con garanzie di sorta né monitorare sotto il profilo di un controllo concorrenziale *ex post*. Mancano adeguati incentivi reputazionali – che in genere riducono tali rischi – affinché l'impresa mantenga infine, concretamente, i propri propositi di sostenibilità, dato che anche la sola assunzione, da parte dell'impresa, di un impegno del genere è foriera di vantaggi competitivi (ancorché essa si riveli appunto, nei fatti, meramente formale)⁴².

Procedendo quindi verso le prospettive *de jure condendo*, merita ribadire come nel diritto dell'impresa siano stati sperimentati, e siano ancora in astratto disponibili, almeno due, diversi tra loro, approcci regolativi: si può intervenire sul settore stesso da regolare, o si può farlo indirizzando la novellazione verso la disciplina dei soggetti che in quel settore esercitano la propria attività economica – oltre a darsi l'opportunità di procedere simultaneamente su entrambi i piani. Agendo sia sull'uno sia sull'altro, poi, è dato scegliere tecniche differenti: nel primo caso, cioè se si intervenga sul sistema, sono disponibili soluzioni di carattere palliativo, o soluzioni di carattere eziologico; nel secondo caso, cioè se si intervenga sui soggetti, sono disponibili soluzioni naturali e mimetiche, o soluzioni tecniche e ortopediche. Tutti e due gli approcci possono connotarsi per misure regolative alternativamente di segno inclusivo od escludente, ossia intesi a predisporre modelli di disciplina di settori e attività declinati nel senso dell'affinità rispetto alla condizione preferibile (del settore e/o dei soggetti che vi operano); ovvero nel senso della sua possibile alterità: ciò che, in tale ultima ipotesi, significa che essi siano imposti convenzionalmente o, comunque, resi disponibili agli operatori affinché li adottino e se ne servano. Trasversale agli approcci è, infine, l'opzione per interventi regolativi persuasivi, o proibitivi; laddove i secondi possono, a loro volta, essere attuati tramite norme ora imperative, ora – come tipicamente vale per le misure persuasive – dispositive.

³⁹ F. Denozza, *Lo scopo della società tra short-termism e stakeholder empowerment*, in «Rivista Orizzonti di diritto commerciale», n. 1, 2021, pp. 29 ss.

⁴⁰ A. Gallarati, *Incentivi e controllo del mercato nella società benefit. Un'analisi economica e comparata*, in «Contratto e impresa», n. 2, 2018, pp. 820-23.

⁴¹ J. Tirole, *Economia del bene comune*, Mondadori, Milano, 2017, pp. 491 ss.

⁴² Si tratta delle medesime difficoltà che incontrano le sperimentazioni in materia di finanza a progetto a favore di investimenti per PMI; riguardo ai quali ultimi, non a caso, si invocano riforme che attengano alla stessa natura della partecipazione sociale, laddove una gestione delle informazioni, per quanto indispensabile, oltre che costosa risulterebbe anche insufficiente; cfr. D. Colonnello, E.R. Iannaccone e M. Onza, *Piccole e medie imprese e finanziamento del progetto imprenditoriale: una ricerca per un nuovo tipo di emittente*, Consob, Quaderni giuridici, n. 24, 2022.

Tanto premesso, e proseguendo lungo la linea di argomentazione giusprivatistica che ci pertiene, è riconoscibile come bene comune imprenditoriale (anche) la stessa attività di produzione di beni e servizi. Più precisamente, infatti, qualsivoglia BC è un bene o servizio sui cui ricadono diritti condivisi; esso può cioè essere oggetto di pretese condivise, di diritti di accesso condivisi, di poteri condivisi, o di proprietà comune. In questa prospettiva, la libertà di realizzare dati obiettivi, e di fare uso di dati beni (necessari per realizzare tali obiettivi), è – si badi – «la stessa cosa». Sicché se si convenga che una data attività, o le modalità del suo esercizio, corrisponda a diritti fondamentali (ad esempio, di tutela ambientale), l'accesso ai beni necessari per realizzare detta attività può essere utilmente disciplinato secondo crismi regolativi propri di una tutela benicomunista⁴³.

Più in generale ancora: un bene o servizio comune, anche imprenditoriale, è qualsiasi complesso di norme (anche sociali) conformi a istanze condivise e costantemente rinegoziate da un insieme di fruitori reali – in quanto tale, autopoietico – che consenta e, ancor più, autorizzi all'uso di risorse collettive (materiali o immateriali) a chiunque si assoggetti alla condizione che il loro sfruttamento avvenga, d'ora innanzi, nel rispetto di vincoli di sostenibilità. Le modalità di accesso, e le forme di partecipazione consapevole alla curatela delle citate attività economiche rappresentano, dunque, criteri dirimenti. L'apposizione di regole di gestione collettiva, tendenzialmente pluri-partecipativa, è considerata un corollario naturale di tale visione; ma non al punto da sovrapporsi alla priorità costituita dall'interesse, sociale e societario, che deve guidare le scelte di organizzazione dell'ente che intraprenda un'attività intesa come bene comune. Non è in discussione, insomma, il vincolo proprietario che leghi agenti e mezzi economici, né lo è lo scopo lucrativo che i primi perseguono tramite i secondi; mentre sono stigmatizzate le conseguenze degli scollamenti che si diano tra proprietà e funzione del capitale utilizzato per realizzare tale attività.

Laddove l'oggetto dell'attività d'impresa aderisca anche solo parzialmente ai contenuti dell'esercizio di un servizio pubblico, il quale si legittima per il fatto di perseguire di azioni rivolte al vantaggio della collettività, realizzando beni o prestando servizi comuni e con ciò corrispondendo a diritti sociali, la disciplina di un ente *non profit* può contemplare soluzioni organizzative e/o operative eterodirette, intese a rendere strumentali tali azioni al soddisfacimento degli obiettivi prescelti (deroga che, in quanto necessariamente parziale, conferma il principio di autoregolazione imprenditoriale, rafforzandone la valenza persuasiva e dispositiva); ma qui quanto preme, dell'attività economica, è mantenerne un'inequivoca qualificazione privata, ed eventualmente ricorrere a misure persuasive sicché la forma di *governance* dell'ente corrisponda a un modello di governo «per organizzazione». All'opposto, nei confronti di società capitalistiche e lucrative, che debbano sottostare a vincoli di sostenibilità, è l'attività, non già il soggetto, che dovrebbe «istituzionalizzarsi».

Praticamente, quindi, le regole di cui si tratta andrebbero indirizzate verso il dirimere l'accesso e il favorire la condivisione a/di determinate risorse collettive, anche immateriali; e non dovrebbero tipizzare e disciplinare specialmente i soggetti economici. Diversamente il diritto dell'impresa incorrerebbe nel limite di circoscrivere il proprio intervento e di assecondare fenomeni consolidati o indicazioni regolative eterodate, senza introdurre variabili normative qualificanti e dirimenti, destinate ai settori di riferimento.

Il rischio è d'altronde avvertito anche nell'ambito sociale nel quale detto approccio sta maturando le esperienze più significative, ossia il terzo settore. In tale contesto, in particolare, esiste la possibilità che, nell'optare per forme di autoregolazione riflessiva, ci si accontenti di implementare fattispecie di co-gestione deliberativa, sì, ma non anche partecipativa; e in quanto tali inefficaci nell'incidere sui versanti proprietari di cura comune dei beni e servizi di utilità generale che si intenda dotare di più consistente protezione normativa. L'approccio regolativo non può comunque non differire, nei due scenari – *profit* e *non profit*: laddove nel secondo il fine è da sempre ascritto a una diffusa socializzazione dei mezzi, in ambito privato e lucrativo si chiede di imporre un principio di socializzazione dei fini, sulla scorta del quale conseguano conformi scelte autoregolative.

⁴³ E. Diciotti, *I beni comuni nell'attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un'apologia e una critica*, in «Region pratica», n. 2, 2013, *passim*.

Se nel primo ambito, infatti, si paventano derive di isomorfismo normativo e di opacità identitaria degli operatori del (terzo) settore, nel secondo si stigmatizza la possibilità che la «trasformazione governamentale» indotta dai provvedimenti recenti appiattisca le prassi su un maggioritarismo foriero di conflittualità, anziché di convergenza, nelle scelte gestorie. I limiti intrinseci a ogni manifestazione di comunitarismo regolativo già evidenziati altrove⁴⁴, sono, qui, particolarmente evidenti e annoverano almeno il postulare un'omogeneità di interessi, o una loro articolazione schematica, esistente solo convenzionalmente; l'eccesso di soggettivizzazione dei valori quando ciò conduca a uno specialismo inconoscibile se non agli specialisti, dunque all'impossibilità di stabilizzare qualsivoglia aspettativa, a tutto vantaggio del riemergere di dinamiche di appropriazione fondate unicamente sul valore di scambio dei beni e non anche sul loro valore reale; l'aderire formalmente a paradigmi pluralisti per poi sconfessarli con pratiche di *enforcement* del diritto appiattite su un mero proceduralismo.

Il proliferare della tendenza normativa alla soggettivizzazione delle fattispecie e l'introiezione di normatività nei meccanismi formalmente partecipativi viepiù contemplati dal diritto dell'impresa sta depotenziando la generalità e l'imperatività di un approccio regolativo che intenda discriminare e dirimere anziché connettere; e in ciò sollecitare a un confronto reale, non procedurale, tra interessi, mezzi e fini. Detto altrimenti, la socializzazione in forma di «societizzazione» rappresenta un passo falso, se non un passo indietro; in quanto esso fa, comunque, prevalere le istanze ordinatorie del mercato su quelle emancipatorie del sistema giuridico.

In secondo luogo, vale che tale approccio incorre nel limite di prescrivere un proceduralismo che coinvolge solo gli attori del mercato economico, escludendo altri fondamentali attori sociali. Ma soprattutto, di nuovo: così si annacqua un conflitto che deve invece esprimersi sul piano proprietario, laddove, invece, le tendenze a deleghe implicite da parte delle minoranze a favore delle maggioranze ha, forse sì, contribuito a contenere il rischio del verificarsi di tragedie degli *anticommons* in ambito specialmente assembleare; ma così esso ha anche avallato l'indifferenza dei soci capitalisti nei confronti di doveri proprietari che pertengono a tutti i soci.

Si tratterebbe – detto in altri termini – di mezzi diversi per dare luogo alla medesima «lusinga socialdemocratica»⁴⁵; con la differenza che, adesso, essa si manifesterebbe non solo nell'ambito delle relazioni lavorative e sindacali (via contrattazione collettiva), ma anche di quelle sociali in genere (in forme di privatizzazione dello *stakeholderism*); con il chiaro obiettivo di neutralizzare anche le istanze sociali, utilizzando strumenti di copertura delle reali distonie capitalistiche. Le esperienze anglosassoni, che forse eccedono nel perseguire mire marcatamente comunitariste, vedono però giusto nel prospettare *assets* economico-sociali non necessariamente coincidenti con beni individuati – bensì con relazioni e fasci di utilità – di valore o minimo o massimo (e non variabile)⁴⁶. Esse rappresentano, comunque, apprezzabili soluzioni di (ri-)socializzazione del capitale, che scartano nettamente anche sul piano strutturale dell'intervento legislativo rispetto alle propensioni del realismo politico tese a fare coincidere fenomeni economici da un lato, e fonti giuridiche d'altro lato⁴⁷.

⁴⁴ G. Bosi, *L'impresa culturale. Diritto ed economia delle attività creative*, il Mulino, Bologna, 2017.

⁴⁵ A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato*, cit., p. 488.

⁴⁶ Per esemplificazioni di «*asset of community value*» cfr. *Asset of Community Value. Beni comuni in salsa inglese* (<https://www.vuc-lab.it/post/asset-of-community-value-beni-comuni-in-salsa-inglese>), in «VUC – Valore urbano condiviso», 10 gennaio 2024. Sulle esperienze italiane di settorializzazione di interventi «privato-collettivi», tramite iniziative idealmente tese alla socializzazione sia dei mezzi, sia dei fini della produzione, cfr. F. Archibugi, *Il privato collettivo. Un nuovo socialismo che sta cambiando il paese*, Luiss University Press, Roma, 2022.

⁴⁷ Scritto in altra epoca, ma vero in ogni tempo, vale che «l'analisi delle norme sull'impresa conferma la tradizionale funzione del diritto, strumento di tutela degli interessi della classe dominante; la difesa del gruppo di controllo è giusta nei limiti in cui è tutela della corretta gestione, finalizzata al soddisfacimento degli interessi economici del capitale nel suo complesso. Il problema è allora di evitare che il risparmio sia convogliato in altri canali da un lato, e dall'altro che la massa dei cittadini non si senta estranea alla logica dell'impresa. Si tratta di far funzionare il sistema; e allora il problema non è tanto quello di tutelare gli interessi dei titolari del capitale (che in quanto partecipi dello stesso, attivi o passivi, sono sempre tutelati) quanto di farlo apparire effettivamente sociale»: così F. Fenghi, *Leggi del capitalismo e diritto dell'impresa*, De Donato, Bari, 1974, pp. 155 ss.

L'attività d'impresa può quindi essere considerata alla stregua di (bene-)servizio comune, in consonanza con concezioni istituzionaliste del passato, rinnovabili nei termini espressi sin qui⁴⁸. Non dev'essere considerata un'ipotesi eversiva, se solo si consenta sul fatto storico per cui l'attività economica è, nella codificazione civile, stata compresa nel concetto di impresa per via dell'impianto corporativo che ha complessivamente ispirato tale disciplina, mentre la funzione sociale era resa oggetto di regolazione esterna e statale (parametrata, invece e principalmente, da vincoli costituzionali). Qualora manchino – perché siano venute meno o siano state fortemente depotenziate – robuste coordinate giuridico-economiche di altra fonte giuridica e derivazione economica, non è eccessivo che la funzione economica, di per sé considerata, acquisisca un autonomo riconoscimento normativo civilistico. Con più ragioni considerandosi, per un verso, le interferenze provenute dalla legislazione comunitaria che hanno ad oggetto la medesima funzione, e per altro verso le più recenti integrazioni del testo costituzionale.

Il distacco dell'attività d'impresa dall'imprenditore (fisico o sociale) si è consumato⁴⁹, come peraltro pronosticato⁵⁰; ma le derive del managerialismo non possono non essere contenute e pre-compensate sul piano proprietario⁵¹. Insomma se, come pure s'è autorevolmente argomentato in tempi remoti ma non così distanti dallo stato presente, l'impresa è soggetto giuridico non riconducibile né all'imprenditore persona fisica né alla società, ma non si ritenga di introdurre ulteriori soggettività istituzionali, sembra ragionevole che sia la stessa attività economica ad essere non soggetta ad eterodirezione, ma diversamente regolata con un congruo *mix* di soluzioni complementari di fonte legislativa statale, e di natura proibitiva e persuasiva.

Se, infine, intendiamo nel senso esposto sinora ciò che costituisce un bene (o servizio) – anche imprenditoriale – comune, non v'è da temere, nella sua amministrazione, l'emersione di conflittualità; che, anzi, conviene sollevare: tratto delle tesi che qui si sostengono, di taglio neo-funzionalista, che più si discostano dalle citate attitudini riflessiviste e vetero-funzionaliste. Infatti è proprio del funzionalismo primigenio, in particolare, considerare la manifestazione di attriti come patologica per definizione, ed evidenziarne la tendenza alla loro risoluzione mediante meccanismi di autocorrezione

⁴⁸ N. Rondinone, *Impresa e commercialità attraverso il "lato oscuro" dell'unificazione dei codici*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 564 ss.

⁴⁹ Le teorizzazioni più estreme tratteggiano obiettivi ideali di «definanziarizzazione» delle imprese prefigurando in capo ad esse, e in particolare alle comunità del lavoro ivi impiegate, il riconoscimento di un'identità istituzionalmente autonoma – in quanto tale «demercificata» (cfr. P. Dardot e C. Laval, *op. cit.*, p. 388) – nonché scomponendo i piani sociale e imprenditoriale, sottoponendo il primo ai classici sistemi di *corporate governance* e, la seconda, a uno *stakeholder-oriented management*; all'ente societario assegnandosi compiti di valorizzazione dei capitali di rischio e di debito raccolti e impiegati e, all'ente imprenditoriale, compiti di mediazione con le organizzazioni rappresentative dei dipendenti e con gli esponenti delle principali catene di fornitura; cfr. D. Bachet, *Les fondements de l'entreprise. Construire une alternative à la domination financière*, Les Éditions de l'Atelier, Paris, 2007, pp. 210 ss. È quasi superfluo rimarcare che la distinzione tra attività sociale e attività d'impresa esprime evidentemente una proposta «difensivista» nei termini già accennati. Più senso ha, invece, ragionare nuovamente in termini di partizioni tra componenti normative del diritto commerciale, rispettivamente privato e pubblico; laddove a questo secondo competerebbe non tanto, ed esclusivamente, la disciplina della proprietà (o delle sole società a partecipazione) pubblica, bensì la serie dei frangenti in cui, da parte delle imprese, si dia luogo a un uso pubblico di beni privati.

⁵⁰ L. Mossa, *Società commerciali personali*, in «Riv. dir. comm.», n. 9-10, 1942, pp. 277 ss.

⁵¹ Cfr. E. Brancaccio, R. Giammetti e S. Lucarelli, *La guerra capitalista. Competizione, centralizzazione, nuovo conflitto capitalista*, Mimesis, Milano-Udine, p. 99 ss., per una ricostruzione delle intuizioni primarie del managerialismo rintracciabili nella stessa opera di Karl Marx, ma anche per la constatazione che, nonostante premesse corrette e straordinariamente lungimiranti, M. non avesse dato seguito all'impostazione teorica di un'impresa «democratica» quanto a diffusione della proprietà dei suoi capitali. E tuttavia, è scritto: «Nelle società per azioni la funzione è separata dalla proprietà del capitale e quindi anche il lavoro è del tutto separato dalla proprietà dei mezzi di produzione e dal plusvalore. Questo, che è il risultato del più alto sviluppo della produzione capitalistica, è un indispensabile momento di transizione perché il capitale ridiventi proprietà dei produttori, non più tuttavia come proprietà di singoli produttori, bensì come proprietà di essi in quanto accomunati, come diretta proprietà sociale»; così K. Marx, *Il Capitale: critica dell'economia politica*, Newton Compton, Roma, 2008⁴, p. 1211.

del sistema⁵²; così come è tipico della *reflexive law*⁵³ reagire alla loro emersione – lo si è scritto oramai più volte – con soluzioni di composizione formale dei conflitti articolate tramite istituti co-deliberativi sul piano procedurale, ma non, sul piano proprietario, sostanzialmente partecipativi.

5. Conclusione

In capo alle considerazioni svolte sin qui si collocano, a ben vedere, discrimini e conflitti teorici apparentemente incompensabili, se non più precisamente contestualizzati: ad esempio, nel novero degli studi economico-comportamentali, tra gli assertori dell'agire cooperativo anche in ambito societario capitalistico e lucrativo, e coloro che si oppongono a tali posizioni⁵⁴; così come, sul piano regolativo, tra i detrattori delle opinioni che dicono essere già vigenti e cogenti, nell'attuale assetto normativo, parametri ineludibili di responsabilizzazione sociale delle imprese, e i censori delle aporie delle stesse tesi⁵⁵. Per disancorare il dibattito da queste polarità, economiche e giuridiche, ad esse ne aggiungiamo una terza e comune ai due versanti di analisi; chiedendoci se possano servire meglio (la causa collettiva) «perimetrazioni» concettuali, come quelle tracciabili ricorrendo allo strumentario della *commons regulation*, ovvero «ponti» procedurali, tra interessi pubblici e pratiche private, quali in metafora si presentano le soluzioni implementate nel segno dello *stakeholder empowerment*.

All'accesso e a sostegno di ogni ponte, per come pare a chi scrive, va anzitutto garantito un «argine» protettivo di identità imprenditoriali, valori fondamentali e obiettivi da necessariamente condividersi; nel mentre che argini del genere possono altresì aiutare a fare emergere, e a contenere – o ad espellere – il consenso, così come il dissenso, di chi intenda oltrepassare il guado di un'attività produttiva realmente responsabile. Laddove detti argini non vi siano, e non debbano perciò essere oltrepassati (e, tuttavia, possano essere aggirati come s'è detto), ma l'approfittamento privato a danno collettivo rappresenti la vera posta in gioco, pare da prediligersi l'apportare la protezione di frontiere (eventualmente mobili, nel tempo e nel contesto) di efficienza sostenibile. Se si convenga che la redistribuzione *ex post* non competa al diritto privato – ciò su cui si può dissentire – pare allora sensato l'agire a monte, con limitazioni imposte e imperative, più e prima ancora che farlo a valle, tramite passatoie aperte a tutti⁵⁶.

Il percorso sinora seguito è conforme a opinioni già espresse, anni orsono, a favore dell'adozione di protocolli di proceduralismo aziendale che si volevano tesi alla pre-determinazione, in sede costitutiva, di una serie di obiettivi imprenditoriali (e non già di contenuti – relativi cioè all'*oggetto* sociale – né di strumenti specifici di gestione ordinaria), idealmente esplicativi e integrativi dello stesso *interesse* sociale dell'ente⁵⁷. Per evitare le ricadute negative discusse *retro* nel testo, crediamo convenga, in alternativa, prefigurare uno statuto generale di attività economica, complementare a speciali statuti societari, a loro volta eventualmente modellabili in base non tanto a criteri coniatati sulla scorta della diversa entità soggettiva, ma della differente aderenza tipologica all'attività svolta nei casi di specie.

È auspicabile che, se l'attività d'impresa sia così concepita, e venga di conseguenza normata, una regolazione del genere contribuisca a convogliare i comportamenti imprenditoriali verso le dinamiche di cooperazione modellizzate da chi teorizza, sulla scorta delle analisi originarie di John

⁵² P. Baert, *La teoria sociale contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2002, pp. 57 ss. e 87 ss. (con riguardo rispettivo alle teorizzazioni di Émile Durkheim e Niklas Luhmann).

⁵³ P. Zumbansen, *Law after the Welfare State*, cit., pp. 21 ss.

⁵⁴ S. Ottone e L. Sacconi, *Beni comuni, economia comportamentale ed istituzioni*, cit., pp. 142 ss.

⁵⁵ S. Zamagni, *L'economia del bene comune*, Città Nuova, Roma, 2007, pp. 154 ss.

⁵⁶ F. Denozza, *Disciplina del contratto e "non-moral goods"*, in «Rivista del diritto commerciale», n. 3, 2022, p. 367 ss.

⁵⁷ Pur apprezzabile per il fatto di insistere sulla necessità di una positivizzazione di profili altrimenti lasciati a una non diversamente verificabile (e sindacabile) discrezionalità statutaria, tale proposta regolativa non convinceva – e a maggior ragione appare insufficiente al presente – nella misura in cui la disciplina d'impresa rischi di risultarne frammentata e di rivelarsi disgregativa di coerenza e uniformità dell'ancor più ampio tessuto normativo civilistico (specie per quanto riguarda la possibilità di configurare la ricorrenza di *mala gestio* in presenza di comportamenti amministrativi non conformi all'aspettativa giuridica introdotta da riforme di tal fatta); cfr. A. Grandori, *10 tesi sull'impresa. Contro i luoghi comuni dell'economia*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 111 ss.

Rawls, circa le aspettative che si possano nutrire sulla fruibilità individuale di «beni primari» anche imprenditoriali; sicché la *corporate culture* assolva a funzioni di *pre-play communication*, a vantaggio di comportamenti cooperativi nella condivisione di beni e servizi essenziali, importanti per garantire il successo di decisioni prese dietro «velo d'ignoranza»⁵⁸. Riflessioni siffatte possono poi essere utilmente riproposte in punto di regolazione dell'attività d'impresa specialmente sostenibile, intesa quale bene principale e comune; e il diritto commerciale può creare condizioni di cooperazione proprietaria – e lucrativa: non già unicamente cooperativistica – a partire dal ricorso a tassonomie positive proattive (ed eventualmente persuasive).

Può forse, questo, essere un criterio per coniugare l'attività d'impresa concepita in termini neo-istituzionalisti, con meccanismi societari di ispirazione e disciplina comunque contrattualistica, sulla scorta di dinamiche negoziali che derivino da un approccio regolativo – neo-funzionalista nei termini descritti – non ipocritamente democratico e forzatamente cooperativo, ma rispettoso di conflittualità e convergenze tra i proprietari dei beni comuni imprenditoriali.

⁵⁸ J. Rawls, *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994, p. 164 ss.; Id., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1984, pp. 125 ss.