

ATTIVITA' ECONOMICA E ATTI ANTIECONOMICI NELL'ESERCIZIO DELL'IMPRESA

ELISABETTA LOFFREDO

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

1. *La libertà “condizionata” degli atti di esercizio dell’impresa.*

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

Pure in questa visuale, tuttavia, lo svolgimento dell’impresa non è interamente riservato alla autodeterminazione, né è realmente insindacabile nella sua operatività. Subisce, al contrario, diversi livelli di condizionamento, sia sul piano dell’attività - intesa come sintesi che ordina e unifica nella comune finalità economica la varietà di atti materiali e negoziali con la quale l’iniziativa si concretizza-, sia sul piano dei singoli atti con cui ad essa viene data attuazione. I limiti posti alla libertà di iniziativa sono infatti condivisi dall’attività e dagli atti che ne costituiscono le unità elementari. Si estende a questi ultimi, di conseguenza, il vincolo costituzionale del rispetto dell’utilità sociale stabilito dall’art. 41 per l’iniziativa economica, alla luce del quale tanto si definiscono le restrizioni al compimento di atti tipici, quanto si svolge il vaglio di meritevolezza giuridica su quegli schemi che nell’agire dell’impresa, anche ripetendo modelli *alieni*², si collocano all’esterno delle cause contrattuali tipiche³.

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

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

³ In questo senso G. OPPO, *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, p. 202 ss., a p. 216. Nella medesima prospettiva v. già M. RIVOLTA, *Mercanti all’uso antico (lavoro dell’imprenditore e disciplina dell’impresa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 90, e, più di recente ID., *Autonomia privata e strumenti per l’esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1274 ss., il quale sottolinea l’articolazione dell’autonomia nell’impresa nei diversi risvolti della autonomia privata (quella che può dirsi organizzativa) e della autonomia negoziale e contrattuale, ed osserva che “*nel concreto esplicarsi della libertà d’iniziativa economica, trova larghissimo spazio l’autonomia contrattuale degli stipulanti imprenditori*”, rispetto ai quali “*il controllo di meritevolezza non può prescindere dalla ricaduta sociale di tale attività e deve quindi estendersi a una verifica del rispetto dei paletti costituzionali della libertà d’iniziativa, che attraverso quei contratti si esplica*”. Non diversa la lettura di M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d’impresa*, in *I contratti per l’impresa*, cit., p. 50 ss., dell’art. 41, comma 2, Cost., come norma limitatrice dell’autonomia di impresa, per il quale essa è “*un’applicazione moderna ed estensiva del principio del *neminem laedere*, riferito all’esercizio dell’attività d’impresa*”. Sul punto, in termini sostanzialmente omogenei, si v. inoltre, V. BUONOCORE, *L’impresa*,

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

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

In particolare, il disegno programmatico di realizzare, per il tramite del sistema delle corporazioni, un controllo totalitario di tutte le attività professionali, non condusse, per quanto qui è di interesse, a differenziare significativamente l'autonomia contrattuale riconosciuta all'impresa e quella consentita al privato non imprenditore. Da questo punto di vista, infatti, non sembrano rivestire un particolare rilievo né il permanere, all'interno del codice unico, di regole proprie per gli "atti tipici delle imprese", giustificate da tecnicismi economici o giuridici, e comunque decisamente ridotte rispetto al sistema degli atti di commercio del previgente Codice settoriale dal quale provenivano⁵, né l'imposizione legale di obblighi a contrarre nelle attività svolte in regime di monopolio legale; con la quale si generalizzava l'idea, di marca liberale, di un rimedio alla soppressione della concorrenza sino ad allora confinato al settore dei trasporti⁶, né, infine, la formalizzazione, vincolata alla redazione per iscritto, per i contratti stipulati sulla base di condizioni generali predisposte in via unilaterale, che recepiva sostanzialmente un uso commerciale.

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

in *Tratt. dir. comm.* diretto dallo stesso A., Sez. I, t. 2.1, Torino, 2002, spec. p. 371 ss. Sul tema, che coinvolge la responsabilità sociale dell'impresa, si tornerà più avanti, al § 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

imprenditoriali¹¹ può renderle, tuttavia, meno “libere”, fino a imporre un ripensamento delle originarie opzioni di riorganizzazione tese alla mera riduzione della struttura dei costi o strumentali all’incremento del profitto¹², e il *repêchage* del lavoratore licenziato, sia nell’impresa monade, sia nella realtà dei gruppi di società¹³.

2. L’attività economica e la rilevanza di atti antieconomici.

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

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

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

Il dubbio è ingenerato dalla considerazione per nulla neutra che gli atti non remunerativi ricevono in contesti normativi differenti e contigui al diritto dell’impresa: in particolare in quello del diritto della concorrenza comunitario e nazionale, e in quello del diritto tributario. Nel primo di tali ambito condotte non retributive possono essere sintomatiche di disegni e manovre esclusionarie, animate da intenti monopolistici e come tali repressi dal diritto antitrust; nel secondo, le operazioni che

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

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

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

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

avvengono a valori non di mercato ricadono tra quelle sospette e presuntivamente elusive, e di conseguenza possono venire, e vengono, riqualificate nell'assoggettamento a tassazione.

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

Da questi presupposti muove il tentativo di identificare, dal punto di vista del diritto commerciale, le linee di interferenza e i criteri di coerenza tra i canoni giuridici dell'esercizio di un'attività imprenditoriale e il compimento, in quel medesimo contesto, non solo di atti onerosi, e in specie, remunerativi del valore della prestazione resa o del bene scambiato, come è proprio e funzionale all'impresa, ma anche di atti apparentemente antieconomici: in particolare, di atti a titolo gratuito e liberali. Per tale via potrebbe sperabilmente acquisirsi il risultato di una maggiore determinatezza del significato dei concetti, utile alla applicazione delle categorie e delle diverse regole settoriali.

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

L'apprezzamento dell'attività secondo una prospettiva unitaria, verso il quale conduce la saldatura funzionale che la finalità economica produttiva opera tra i diversi atti che la compongono, potrebbe spingere a formulare giudizi di segno opposto, in relazione all'appartenenza del singolo atto all'una o all'altra categoria. In particolare, sembrerebbe che si debbano considerare distintamente, da un lato, tutti gli atti a titolo oneroso, nei quali entrambe le parti del rapporto subiscono sacrifici e

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

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

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

acquisiscono vantaggi, anche in misura diversa e non necessariamente proporzionata o sinallagmatica, e, dall'altro, tutti quelli che non sono a titolo oneroso o, meglio, che non sono corrispettivi della prestazione imprenditoriale.

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

Sulla base di questo postulato convenzionale, dunque, nel valutare i singoli e diversi atti di cui l'attività d'impresa si compone potrebbe parere, a prima vista, che si debba formulare un giudizio generale di coerenza degli atti a titolo oneroso con l'equilibrio economico necessario all'impresa, e di incoerenza, secondo un grado crescente, degli atti gratuiti e di quelli liberali di ogni specie, benché possa ritenersi sostanzialmente ormai fugato ogni dubbio sulla capacità di donare dell'impresa¹⁹ e, quindi, sulla teorica ammissibilità di liberalità anche di carattere donativo da parte di quest'ultima.

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

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

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

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

3. *La compatibilità con l'attività economica di atti onerosi non remunerativi e di atti non onerosi a rilievo economico.*

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

La prima correzione del giudizio deve farsi rispetto alla valutazione di compatibilità di tutti gli atti onerosi con l'equilibrio economico dell'impresa: tra essi rientrano, infatti, anche atti in concreto incapaci di contribuire alla stabilità dell'impresa, quando la onerosità non si traduca né in piena corrispettività, né in un livello almeno adeguato alla remunerazione dei costi della prestazione resa²⁰.

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

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

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

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

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

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

²⁴In questi termini R. VIGO, *Le vendite a prezzi predatori e le strategie di marketing*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 165, al quale si rinvia anche per la ricostruzione tipologica delle condotte e i riferimenti alla letteratura sul tema. Per una applicazione

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

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

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

Il giudizio di incompatibilità con l'impresa dovrebbe tenersi fermo solo per gli atti realmente liberali. Vuoi che si conformino sulla struttura della donazione o di contratti essenzialmente gratuiti, come nell'esempio del comodato di cose sociali a favore dei soci, ex art. 2256²⁶, vuoi che integrino strutture negoziali diverse, ad esempio quelle della rinuncia (al corrispettivo, alla rivalsa o ad altri diritti), della prestazione di garanzie per debiti scaduti²⁷, del contratto a favore di terzo, o dell'adempimento del debito altrui²⁸, figure queste ultime nelle quali il beneficiario rimane estraneo all'accordo²⁹ - , in questo

giurisprudenziale che ha rappresentato un *leading case* in tema, a esito di una vicenda con contrastanti esiti giurisprudenziali nelle diverse sedi di giudizio, cfr. Cons. Stato, 1 ottobre 2002, n.5156, sez. VI, in *Giur. comm.*, 2003, II, 150 ss., con nota di G. COLANGELO, *Enel/Infostrada e la "terza via" del Consiglio di Stato*; più di recente, Cons. Stato, 13 maggio 2011, n. 2925, sez. VI, in *Foro amm.*, 2011, 1261 ss.; con riguardo a offerte predatorie presentate in gare d'appalto, sotto forma di ribassi di prezzo non correlati a maggiori costi evitati, v. AGCM, Provvedimento n. 23065, 14 dicembre 2011, A413 – Tnt Post Italia/Poste italiane, in *Boll.*, 48/2011.

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

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

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

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

genere di atti difetta, o perlomeno non assume rilievo a livello causale, un interesse economico dell'impresa disponente e risulta difficilmente individuabile un nesso con l'attività svolta che annulli la diseconomicità prodotta. Per essi, che generano l'arricchimento gratuito del beneficiario senza che sia possibile rinvenire una prospettiva di collegamento con il ciclo produttivo, come emerge invece nelle situazioni che si sono sopra rassegnate, parrebbe da escludersi la compatibilità con il principio di economicità di gestione dell'impresa.

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

4. *Gli atti antieconomici interessati e il collegamento con l'iniziativa produttiva: atti interni, atti infragruppo e atti di mercato.*

La tipologia degli atti gratuiti o anti-economici, ma economicamente interessati, recuperabili alla logica dell'economicità comprende, in primo luogo, atti che possono definirsi "interni", cioè che si pongono a servizio del ciclo produttivo o di alcune sue componenti, in vista del conseguimento di vantaggi funzionali. A questo genere potrebbero ascrivere tutte le forme note all'esperienza imprenditoriale di servizi prestati collettivamente o individualmente ai dipendenti, non riconducibili al profilo salariale, e posti in diretta relazione con la prestazione lavorativa e ad essa ancillari: trasporto gratuito, comodato di immobili concessi a fronte di prestazioni di custodia o di manutenzione, servizi di mensa, e così via, ma anche atti con i quali si rendono al dipendente servizi alla persona o alla famiglia – per esempio tramite strutture di cura ed educazione per i figli dei prestatori di lavoro - a valori non di mercato.

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

Mi pare, peraltro, che questo possa avvenire legittimamente, cioè senza conseguenze in termini di una o altra responsabilità di impresa, solo a condizione che la maggiore efficienza complessiva sia prevedibile e pre-determinabile. Ciò non necessariamente in termini strettamente ragioneristici o di bilancio, ma almeno secondo una quantificazione adeguata a venire inserita nella prospettiva programmatica della continuità aziendale e di una redditività complessiva coerente con la forma organizzativa assunta dall'impresa: lucrativa, mutualistica o non profit. Quindi, non sarebbe sufficiente,

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

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

a questi fini, per escludere illeciti o responsabilità gestorie, né un generico auspicio del management al conseguimento di una maggiore efficienza, quale risultante dell'accresciuto benessere dei lavoratori, né l'evenienza – che potrebbe solo essere del tutto fortuita – di una economicità dell'esercizio “a saldo”, conseguita grazie ad altre voci di bilancio che assorbono il maggior costo del lavoro; lo sarebbe, invece, la stima di una accettabile e accettata compressione dell'utile derivante dall'aumento dei costi o dalla minore redditività, anch'essa misurata, di immobili o veicoli propri destinati a sostenere quelle iniziative.

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

Nelle operazioni infragruppo - ad esempio quelle che riguardano servizi svolti in gestione accentrata, che possono ricomprendere anche quella della liquidità³², oppure obbligazioni assunte da una, a favore di altra società del gruppo, aventi a contenuto principalmente apporti finanziari o prestazioni di garanzia³³, o, ancora, prestazioni rese a prezzi non remunerativi alle società che lo compongono o a terzi -, è il medesimo criterio di appartenenza al gruppo che tanto può provocare il danno all'onerata, quanto può valere a neutralizzarlo, compensandolo con un vantaggio patrimoniale equivalente³⁴, sempre che, invece, le diseconomie non vengano eliminate grazie a una specifica operazione, quale un trasferimento diretto di risorse.

Di queste dinamiche gestionali, dalle quali scaturiscono i problemi- estranei al tema che qui si tratta, ma non irrilevanti per esso poiché ne costituiscono il fondamento - delle forme nelle quali può manifestarsi l'esercizio di una direzione unitaria, della sua ampiezza in termini di oggetto e contenuto³⁵ e quelli

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

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

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

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

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

focalizzati sulla composizione legittima degli interessi in evidenza³⁶, qui interessano in modo specifico i criteri di definizione dei vantaggi che, per escludere l'illecito civile di cui all'art. 2497, e d'altro canto l'inadempimento responsabile dei gestori verso la propria amministrata, devono contro bilanciare i deficit gestionali subiti dalla società etero diretta a causa di operazioni antieconomiche. Si tratta, perciò, di chiarire in che modo debba operare il sistema della compensazione perché essa possa assumere valore esimente e, più in particolare, se pregiudizio subito e vantaggio destinato a compensarlo abbiano entrambi necessariamente come soggetto di riferimento immediato la società diretta e coordinata³⁷, e non il gruppo nel suo complesso. Ora, se è vero che nella dimensione del gruppo la programmazione economico-reddituale dell'attività si proietta, a causa e a motivo della direzione unitaria, sull'intero processo produttivo³⁸ articolato sulle diverse società che lo compongono, non significa che sia possibile azzerare la programmazione secondo canoni di economicità dell'impresa propria della singola partecipante, che, anche se frazione dell'iniziativa del gruppo, ha una distinta imputazione. La soluzione di maggiore coerenza con il fenomeno regolato dall'art. 2497 sembra quindi essere quella fondata sull'idea chela deviazione dal perseguimento esclusivo degli interessi patrimoniali della società amministrata da parte dei suoi gestori, e la *legittimazione*³⁹ della lesione così provocata, imponga che la programmazione strategica complessiva individui e indichi il vantaggio effettivo, congruo e misurato sul danno⁴⁰, che quella società ha ricevuto o che "(in base a una *ragionevole previsione*) riceverà, a compensazione del pregiudizio sofferto"⁴¹. Non sembra perciò possibile accontentarsi né di una compensazione solo eventuale o virtuale⁴², come da taluni si sosteneva, principalmente prima della riforma, giacché la possibilità è oggi smentita dalla formulazione registrata nella disposizione, né di una "compensazione di gruppo"⁴³, come ancora viene diffusamente sostenuto, perché questa non andrebbe a ristorare il danno in capo al soggetto che l'ha subito, salvaguardandone autonomia e integrità

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

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

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

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

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

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

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

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

patrimoniale, ma finisce per operare a favore di un'entità terza e diversa: altra società o gruppo che sia. Pare, per contro, che termine di riferimento della compensazione non possa essere altri che lo stesso soggetto che è termine di riferimento del pregiudizio e che quindi le operazioni programmate dalla capogruppo in funzione compensativa debbano avere “un saldo complessivo, *calcolato con riferimento alla singola società e al suo patrimonio*, di segno positivo⁴⁴”.

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

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

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

5. *L'apprezzamento dell'atto antieconomico nella relazione con l'attività e con l'operazione economica.*

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

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

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

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

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

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

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

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

La prospettiva si avvalora nella logica dell'operazione economica che la dottrina civilistica contemporanea ha proposto da tempo⁵⁰ e la giurisprudenza ha con decisione assunto come contesto interpretativo del singolo atto giuridico e trova pieno risalto nell'attività d'impresa. Sia l'economicità che la non corrispettività nell'impresa, infatti, sono categorie che non si confrontano con il singolo negozio nella sua considerazione isolata; entrambe, al contrario, impongono una valutazione complessa: l'economicità va rapportata all'attività, quindi a una serie non finita di atti collegati e unificati nel fine produttivo⁵¹, mentre la corrispettività va accertata con riguardo all'intera operazione economica all'interno della quale vive l'atto⁵².

In queste diverse visuali cambia o può acclararsi una diversa qualificazione dell'atto, rispetto a quella che esso riceve quando valutato nella sua connotazione astratta, come è ben evidente

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

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

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

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

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

nell'indirizzo in questo senso uniforme dei giudici di legittimità in materia tributaria per l'accertamento del fine elusivo di un'operazione.

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

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

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

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

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

6. *Il rispetto del criterio di economicità e le compensazioni esterne: spunti dalla regolazione dei SIEG.*

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

Sotto questo profilo è noto che per il diritto dell’impresa, in particolare per l’applicazione dello statuto dell’imprenditore e delle regole sulla concorrenza non falsata, è un punto d’arrivo da tempo pacifico che la qualificazione imprenditoriale dell’iniziativa e del soggetto, persona fisica o organismo al quale essa è riferibile, si fonda esclusivamente sulle modalità di organizzazione e di finanziamento dell’attività e non rilevano fine, scopi, motivi o moventi. Gli stessi principi sembrano peraltro ormai attestati anche in altri contesti disciplinari. Così, nella logica impositiva del diritto tributario, gli interventi della giurisprudenza di legittimità sono valsi a stabilizzare il criterio di apprezzamento del carattere imprenditoriale di un’iniziativa nei termini di “attività economica, organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi ed esercitata in via esclusiva o prevalente, che sia ricollegabile ad un dato obiettivo inerente all’attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l’imprenditore ad esercitare la sua attività”⁵⁴.

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

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

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

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

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

tutte le attività di carattere economico, indipendentemente da fini lucrativi e forme organizzative⁵⁷, ha conquistato in un primo tempo l'ambito dei servizi di interesse economico generale (SIEG) e, di recente, anche il terreno dello svolgimento di servizi sociali di interesse sociale (SSIG), cioè di quelli "...generalmente forniti in maniera personalizzata, al fine di rispondere alle esigenze di utenti vulnerabili, e (che) si basano sul principio di solidarietà e di parità d'accesso". Questo processo di progressiva estensione delle regole sul mercato interno a sfere di attività in passato escluse perché intrinsecamente non economiche, viene puntualizzato da una serie di interventi della Commissione europea, a iniziare dal 2006⁵⁸, nei quali si evidenzia che, eccetto che per le attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri, di norma escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno, "un numero sempre maggiore di attività svolte quotidianamente dai servizi sociali vadano a rientrare nel campo di applicazione del diritto comunitario, nella misura in cui sono considerate a carattere economico". A segnare le tappe di questo percorso sono state le misure adottate sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico contenute nel Pacchetto Monti-Kroes del 2005, prima, e nel cosiddetto "Nuovo pacchetto SIEG", noto come Pacchetto Almunia, adottato nel dicembre del 2011⁵⁹, che ricomprende anche un'ampia serie di servizi sociali⁶⁰: da quelli sanitari, a quelli rivolti alla inclusione e alla coesione sociale.

⁵⁷ Cfr. in particolare, C. Giustizia, Grande Sezione, Sentenza 9.12.2008, C-442/07, per la quale "il fatto che l'offerta di prodotti o servizi non abbia uno scopo di lucro non sia determinante. Infatti, la circostanza che un' associazione caritativa non persegua uno scopo di lucro non esclude che essa possa avere come obiettivo di creare e, successivamente, conservare uno sbocco per i propri prodotti o servizi". Le considerazioni dell'avvocato generale Radetzky-Orden al riguardo segnalano che, del resto, esistono servizi di beneficenza remunerati, posto che diversi tipi di associazioni senza scopo di lucro che, a prima vista, forniscono gratuitamente i loro servizi, ma che in realtà vengono finanziati mediante sovvenzioni o percepiscono compensi sotto varie forme. Il provvedimento e la valutazione sono ora ripresi, in ambito italiano, da Trib. Bologna, Sez. spec. propr. industr. ed intell. (Ord.), 2 luglio 2010. Per una diversa prospettiva dei giudici comunitari, nella quale invece rileva forma organizzativa e causa del soggetto, v., ampiamente, E. CUSA, *Aiuti di Stato, polimorfismo imprenditoriale e principi costituzionali*, reperibile nel sito *Associazione Disiano Preite*, nella sezione *Materiali*.

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

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

⁶⁰ Così, per esempio, in materia di assistenza sanitaria, superando gli indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione Europea, per la quale gli ospedali pubblici che sono parte integrante di un servizio sanitario nazionale, non agiscono come imprese e, quindi, non sono soggetti alle regole sugli aiuti di Stato, per il nuovo

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

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

pacchetto SIEG la sussistenza di un certo grado di concorrenza tra ospedali relativamente alla prestazione di servizi sanitari rende sufficiente la qualificazione dell'attività come economica. Specificamente in tema cfr. L. HANCHER, W. SAUTER, *This won't hurt a bit: the Commission's approach to services of general economic interest and state aid to hospitals*, in *TILEC Discussion Paper*, DP 2012-012.

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

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

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

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

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

osservarsi – rischia di svolgere un ruolo dissuasivo per l'impresa concedente⁶⁶dalla ricerca dell'efficienza.

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

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

Solo in difetto di una gestione economica nei termini già indicati, il comportamento va ascritto all'area delle attività che, anche se si concretizzano in prestazioni di natura economica, hanno carattere erogativo, e sono quindi estranee alla sfera di interesse del diritto commerciale e delle tutele che esso appresta a fronte dello svolgimento di iniziative svolte con economicità di metodo.

7. Economicità della gestione e atti antieconomici nelle imprese individuali e societarie tra moventi e causa associativa.

Quanto, infine, al confronto degli atti antieconomici con le finalità e i moventi del soggetto, può assumersi, come premessa ampiamente condivisa tra gli interpreti, che nell'impresa individuale gli obiettivi di chi agisce appartengono interamente alla sfera dei motivi e dunque, accertabili solo ex post, sono giuridicamente irrilevanti e inefficienti rispetto alla qualificazione di un'attività, mentre rispetto agli organismi strutturati (in forma societaria e non) è ugualmente un dato del tutto pacifico che le finalità

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

dell'agire imprenditoriale si saldano nella causa "economica"⁶⁷ del negozio e della struttura che ne viene generata. Esse condizionano, piuttosto che la gestione - certo ispirata in ragione di una causa lucrativa alla massimizzazione del profitto, e orientata invece dalla presenza di una causa mutualistica o ideale a una redditività meno accentuata -, l'attribuzione degli utili conseguiti, che segue logiche differenti. Può trattarsi del vantaggio egoistico dei partecipanti - in guisa di remunerazione dell'investimento propria della società lucrative, o quale acquisizione di benefici economici diversamente commisurati nelle società mutualistiche di genere cooperativo o consortile - o invece della destinazione degli avanzi di gestione a terzi, in una prospettiva di attribuzione esterna interamente altruistica e secondo le logiche del dono, negli schemi di azione causalmente (associazioni, fondazioni)⁶⁸ o funzionalmente (imprese sociali in forma di società lucrative e altre società di capitali legalmente non lucrative) senza fini di lucro.

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

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

Appunto nella logica della sottrazione di risorse alla responsabilità d'impresa possono infatti rilevare atti gratuiti dell'imprenditore individuale ispirati a motivi familiari, come il conferimento di beni

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

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

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

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

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

in fondo patrimoniale, del quale si afferma con un'elevata uniformità, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la natura liberale e quindi la revocabilità⁷², sia con azione ordinaria, sia con azione della curatela fallimentare.

Nella dimensione dell'impresa societaria, gli atti antieconomici - al di fuori dell'ambito delle gestioni coordinate o unitarie di più società nel quale frequentemente si manifestano, alle quali si è già accennato e che qui non potranno ricevere ulteriore attenzione, - possono nutrirsi, oltre che dell'oggetto dell'impresa in senso lato sociale o culturale, come nel caso dell'impresa individuale, anche della causa della struttura organizzativa, rivelando la loro strumentalità⁷³ rispetto all'attuazione del programma societario. Alla luce di tali elementi l'atto non oneroso può venire attratto nella logica dell'economicità e trovare quindi la propria piena giustificazione imprenditoriale. Così, alla stessa stregua che per le imprese delle associazioni e delle fondazioni, la gestione di servizio a favore dei soci, mutualistica e cooperativistica in specie, e quella delle imprese sociali in forma di società lucrative, può avvantaggiarsi, più che indebolirsi, nel compimento di atti gratuiti strumentali che risultano indirettamente atti propri del loro specifico mercato⁷⁴.

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

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

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

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

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

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

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

Si tratta, in estrema sintesi, sotto un primo profilo, dell'affermarsi di principi di *Corporate Social Responsibility*⁷⁶ e, più in generale, di principi di etica dell'impresa, i quali comportano l'accoglimento, nella gestione, di istanze rivolte ad affermare, ad esempio, il rispetto dei diritti umani delle persone coinvolte nell'esercizio dell'impresa, specie dei lavoratori, della tutela dell'ambiente, o del contributo al progresso socio-culturale del contesto in cui l'impresa agisce, della moralizzazione dell'azione degli organi sociali e di numerose altre⁷⁷, che possono imporre una gestione comprensiva di atti antieconomici e in specie senza corrispettivo.

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

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

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

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

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

adozione di linee di gestione preordinate *anche* al rispetto di valori e posizioni che esorbitano dalla sfera prettamente economica della mano pubblica⁸⁰, con effetti di moderazione degli indirizzi speculativi dell'azione societaria⁸¹.

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

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

Abstract

Nel contributo si analizza il problema del compimento di atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa, per valutare se questi si pongano sempre in contrasto con il principio normativo della economicità della gestione, generando responsabilità o fenomeni di concorrenza illecita, oppure se, a certe condizioni, siano compatibili con esso. L'esistenza nel sistema normativo e nella prassi interpretativa di alcuni criteri che possono collegare l'atto antieconomico all'iniziativa produttiva e che neutralizzano il loro disvalore, consente di non escludere in termini generali la compatibilità di questo genere di atti con l'esercizio di un'impresa svolto correttamente e secondo regole di mercato.

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

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

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

The paper analyzes the impact of uneconomical acts in the functioning of the firm, in order to determine whether they always contrast with the legal principle of cost-effectiveness (in terms of balanced-budget), provoking liabilities or phenomena of unfair competition, or they are, under certain conditions, consistent with it. The presence in legislation, in doctrinal analysis, and in judicial case law of some criteria, which link the uneconomical act to commercial enterprise and neutralize their negative effects on the budget balance, allows not to exclude, in general terms, their compatibility with a correct and market-oriented functioning of the firm.