
LA DISCIPLINA CONVENZIONALE DELLA PRODUZIONE E DELLA VENDITA

Lo studio giuridico delle convenzioni fra imprenditori, dirette alla disciplina della produzione e della vendita (1), particolarmente interessa sotto il profilo dogmatico in quanto, lasciato da parte l'esame delle varie clausole - le quali pure determinano problemi giuridici nuovi ed eleganti, - si tenti una sistemazione unitaria dei multiformi aspetti del fenomeno economico e si ricerchi la formulazione di principi generali e comuni.

In questo senso si è prevalentemente orientata l'elaborazione dottrinale italiana e non sono mancati tentativi notevoli di formulazione di una teoria generale (2). Se peraltro i risultati raggiunti

(1) Mi riferisco genericamente alle convenzioni dirette alla "disciplina della produzione e della vendita", in conformità della espressione usata nei testi legislativi (R. D. 16 giugno 1932 n. 83, e 16 aprile 1936 n. 1296), senza preoccuparmi, per il momento, di stabilire se tale espressione abbia identico significato alle altre usate dagli scrittori (disciplina della reciproca concorrenza, dell'attività economica, ecc.). Ciò formerà oggetto di successive considerazioni.

(2) Si vedano soprattutto ASCARELLI, *Consorzi volontari tra imprenditori*, Milano 1937 (rielaborazione dello studio "Note preliminari sulle intese industriali", in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1933, pag. 90 e seg.); SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese*, Padova 1934.

Degni di rilievo sono anche gli spunti del WEILLER, *Sui caratteri differenziali fra consorzi e società commerciali* (*Foro it.*, 1933, I, 1607 e seg.), e del MOSSA, *Diritto commerciale*, parte I, Milano, 1937, n. 36. Segue pedissequamente le tesi dell'ASCARELLI, l'AULETTA, *Il contratto di consorzio ed il suo regolamento giuridico* (*Foro it.*, 1936, I, 1086). Si consulti anche SCHEGGI, *Contributo allo studio dei Consorzi volontari*, Napoli 1935. Del lavoro del CAPUTO, *Consorzi di imprese*, non ancora pubblicato, ci risultano solo i riferimenti contenuti in ASCARELLI.

Su problemi particolari vedi anche FERRI, *Scioglimento di consorzio e diritto*

debbono ritenersi più che soddisfacenti in relazione alla novità dei problemi trattati (3), tuttavia essi non possono considerarsi definitivi e sicuri, come testimoniano le stesse diversità che esistono nelle concezioni dei singoli autori.

Forse la complessità del fenomeno economico, forse il desiderio di far assurgere la costruzione giuridica ad un carattere di generalità, forse la difficoltà stessa a svincolarsi dall'influenza che l'affinità economica fra più fenomeni può determinare nella indagine giuridica, hanno creato in misura più o meno accentuata e consensuale, squilibri di costruzione e vizi di formulazione, che sembra necessario eliminare (4).

dei terzi (*Foro it.*, 1934, I, 1113); *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, n. 2.

La dottrina tedesca si è piuttosto preoccupata di differenziare il fenomeno da altri simili e di descriverne la organizzazione giuridica, ricavando il concetto dalla scienza economica (così esplicitamente, FLECHTHEIM, *Die rechtliche Organisation der Kartelle*, Bensheimer 1923, pag. 5; GEILER, *Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts*, Bensheimer 1922, pag. 27; CALLMANN, *Das deutsche Kartellrecht*, Berlino 1934, pag. 76 e seg.), o dalla considerazione dei tipi di convenzioni tenute presenti nella *Kartellverordnung*; così EGER, *Das Recht der deutschen Kartelle*, Berlino 1932, pag. 15.

Tentativi di costruzione generale sono quelli di HAUSSMANN, *Grundlegung des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen*, Bensheimer 1926; FRIEDLAENDER, *Konzernrecht*, Bensheimer 1927; HERZOG, *Zum Problem der Kartellrechtsreform* (*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 98, 1932, pag. 226 e seg.); LOERENBERG, *Kartellorganisation und Kartell Kündigung* (*ibid.*, vol. 89, 1926, pag. 296 e seg.); MUELLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tubinga 1928, pag. 407, ove ulteriori citazioni.

Per la bibliografia francese, cfr. per tutti TCHERNOFF, *Ententes économiques et financières*, 1933; MAZEAUD, *Le problème des unions de producteurs*, 1934.

(3) L'elaborazione dottrinale è infatti posteriore al 1930: anteriormente, eccetto qualche accenno in SRAFFA, *Sulla natura giuridica dei Sindacati* (*Riv. dir. comm.*, 1914, II, 845), le discussioni dottrinali riguardavano unicamente il punto della liceità di siffatte convenzioni, come risulta dagli scritti del FADDA, *Sulle clausole di concorrenza*; MARCHIERI, *Sindacati di difesa industriali* (*Riforma sociale*, 1898, pag. 312 e seg.); QUATTROCCHI BELTRAME, *Sulla validità dei contratti di sindacato industriale* (*Foro it.*, 1903, I, 1034); BARASSI, *Le coalizioni industriali e il diritto positivo* (*Foro it.*, 1901, I, 564); SUPINO, *Arch. giur.*, vol. 51, pag. 310; RICCA-BARBERIS, *I Sindacati industriali e la giurisprudenza* (*Riv. dir. comm.*, 1904, I, 458); BRUCI, *Sindacati leciti* (*id.*, 1911, II, 273).

(4) A questo proposito particolarmente interessanti appaiono i rilievi reciproci che l'ASCARELLI e il SALANDRA hanno fatto in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 152 e 427.

Lo scopo della presente indagine è appunto quello di porre in luce i dubbi che suscitano le attuali formulazioni dottrinali, per giungere, se possibile, ad una sistemazione più precisa della materia.

In relazione a tale scopo, non si ritiene necessario attardarsi nella considerazione dei concetti economici: questi sono ormai sufficientemente conosciuti ed ampiamente esposti negli scritti di economisti e giuristi (5). D'altra parte, le distinzioni economiche hanno un ben limitato valore, da un punto di vista giuridico, specie quando si tratti di ricercare una sistemazione unitaria della materia. Sono infatti gli elementi comuni che devono essere considerati e precisati, e non anche gli elementi differenziali; cioè gli elementi essenziali che si riscontrano sempre e non quelli accidentali, che possono esistere come non esistere.

*
* * *

Le incertezze dottrinali, si può dire, si iniziano, con la terminologia: cartelli, sindacati, consorzi, intese industriali, unioni di imprese, sono termini usati per racchiudere in una formula la intera categoria di convenzioni, e ciascuna espressione ha goduto momentaneamente il favore degli studiosi.

La questione terminologica avrebbe di per sè poco rilievo, se tutto dovesse ridursi alla ricerca di una formula verbale. Ma la diversità di terminologia esprime talora una diversità concettuale, esprime cioè una diversa determinazione dell'ambito del fenomeno economico, che si intende considerare e unificare. Si tratta pertanto di questione, che merita ogni attenzione ai fini della nostra indagine.

È noto che la disciplina della produzione e della vendita può essere praticamente ottenuta attraverso due procedimenti diversi: cioè sia operando all'interno delle singole imprese, attraverso la subordinazione (economica) di più imprese alla volontà di un unico imprenditore; sia operando all'esterno delle singole imprese, mediante accordi fra i vari imprenditori limitanti e regolanti l'attività economica di ciascuno.

È noto altresì che il primo procedimento dà luogo al fenomeno

(5) Si possono utilmente consultare in proposito VITO, *Sindacati industriali*, Milano 1932; LIEFMANN, *Cartelli, gruppi e trusts* (nella *Nuova collana di Economisti*, Utet, 1934, vol. VII); oltre le opere già citate dell'ASCARELLI e del SALANDRA.

economico di gruppo (*Konzern*), e che il secondo dà luogo al fenomeno di cartello o di consorzio (*Kartell*) (6).

Orbene la espressione unione di imprese (*Unternehmungen Zusammenschlüsse*) è usata per indicare complessivamente il fenomeno di gruppo e quello di cartello o di consorzio; mentre le altre espressioni (intese industriali, cartello, consorzio, sindacati) hanno un contenuto più limitato e vogliono indicare solo quel fenomeno in cui la disciplina della produzione e della vendita si attua mediante accordi fra imprenditori.

La terminologia è tratta dagli economisti, ma nel linguaggio giuridico essa ha assunto un significato tecnico, e vuole esprimere dei concetti giuridici e non anche semplicemente economici.

Chi parla di unione di imprese (HAUSSMANN, SALANDRA) intende affermare con ciò la possibilità di una concezione unitaria, che, al di sopra delle differenze singole, abbraccia tutto il fenomeno della integrazione economica; mentre chi parla di intese industriali, cartelli, consorzi ecc. parte già dalla negazione della possibilità di una tale più ampia ricostruzione unitaria, e questa limita al più ristretto fenomeno economico di cartello.

Da ciò deriva la necessità di un primo ordine di precisazioni: è possibile dare una concezione giuridica unitaria delle unioni di imprese?

Lo hanno sostenuto in Germania l'HAUSSMANN e in Italia il SALANDRA, sia pure con argomentazioni diverse.

Lo HAUSSMANN ha trovato nell'elemento predominio (*Beherrschung*) la base di una costruzione unitaria del fenomeno di unione di imprese. Tale elemento sussisterebbe nei cartelli non meno che nei gruppi; e costituirebbe una *rechtliche Parallelerscheinung* del

(6) Adopero le espressioni usate dagli economisti più recenti (VITO, LIEFMANN) in relazione ai fenomeni economici considerati. Evidentemente la diversità del fenomeno economico non è di per sé un criterio decisivo per escludere la unità del fenomeno giuridico: può esserlo in determinati casi e non esserlo in altri. Su queste basi appunto il WEILLER, in *Foro It.*, 1933, I, 1607 distingue i contratti in *contratti di ordine inferiore* e *contratti di ordine superiore*: e la distinzione, a parte la terminologia, è sicuramente esatta in quanto si voglia distinguere quei contratti che permettono il raggiungimento di un risultato economico fisso da quelli (società), che permettono di ottenere una molteplicità di risultati economici. Si tratterà di vedere se tale distinzione abbia un valore giuridico o soltanto un valore economico.

diritto dei cartelli e dei gruppi, la quale sebbene si attui, nelle due ipotesi in un campo diverso (predominio nei rapporti esterni, per i cartelli; predominio nei rapporti interni, per i gruppi), permetterebbe tuttavia un *Oberbegriff* delle unioni di imprese (7).

La tesi dell'HAUSSMANN, per ciò che concerne i cartelli, trae spunto da una concezione, abbastanza diffusa in Germania, secondo la quale il predominio monopolistico nel mercato costituirebbe un carattere essenziale del cartello (8). Concezione questa che pretende trovare la sua base legislativa nella *Kartellverordnung* stessa, la quale, com'è enunciata nel suo stesso titolo (*Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*), si propone appunto la repressione degli abusi conseguenti alla posizione di predominio e contiene disposizioni che appunto sono dettate in considerazione di tale elemento (così la norma del § 1, che porta una esemplificazione degli accordi tendenti al predominio nel mercato e regolati appunto dalla ordinanza; così quella del § 4, la quale tende ad impedire gli eccessi di tale predominio; così infine quella del § 8, che consente il recesso unilaterale quando il predominio diventa intollerabile per la eccessiva limitazione dei partecipanti al cartello).

D'altra parte, la tesi dello HAUSSMANN si basa sul rilievo che il predominio si riscontra anche nei gruppi, dato che gli scopi del gruppo in tanto possono essere raggiunti, in quanto la società capogruppo abbia il potere di imporre nelle assemblee delle singole società raggruppate la volontà e gli interessi del gruppo, in quanto cioè goda di una posizione di predominio sulle singole imprese.

Se peraltro le considerazioni dello HAUSSMANN possono avere un qualche fondamento dal punto di vista economico, esse appaiono oltremodo fragili nel campo giuridico.

Già nel campo economico il predominio monopolistico dei

(7) Cfr. HAUSSMANN, *op. cit.*, pag. 81.

(8) Questa tendenza si ricollega al LIEFMANN, *op. cit.*, pag. 645, il quale ricomprende nel concetto di cartello "le libere convenzioni fra imprenditori autonomi concluse allo scopo di un dominio monopolistico del mercato".

Tale concezione è accolta dal FLECHTHEIM, *op. cit.*, pag. 5, e dai commentatori della *Kartellverordnung*: cfr. ISAY-TSCHIRSCHKY, *Kartellverordnung*, Bensheimer 1925, pag. 125; LEHNICH FISCHER, *Das Kartellgesetz*, 1924, pag. 81; HAUSSMANN HOLLAENDER, *Kartellverordnung*, Monaco 1925, pag. 18, 19.

cartelli è piuttosto la espressione di una tendenza che non la rappresentazione di una realtà; questa tendenza monopolistica può essere attuata attraverso i cartelli o consorzi obbligatori, non anche, o per lo meno non sempre, nei cartelli o consorzi volontari. Porre a base del concetto economico di cartello il predominio monopolistico nel mercato, significa pertanto restringere oltremodo tale concetto, ed avere una visione soltanto parziale del fenomeno.

Ma, ai fini della costruzione di un concetto giuridico unitario, l'elemento predominio è del tutto irrilevante. Tale elemento infatti riguarda unicamente il risultato pratico conseguibile: e sicuramente non possono accomunarsi più fenomeni solo perchè tutti praticamente perseguono tale risultato, come non possono distinguersi fenomeni solo perchè tale risultato raggiungono in modo meno perfetto. La possibilità di ottenere un predominio monopolistico nel mercato dipenderà soltanto da circostanze di fatto: così ad esempio potrà dipendere dal numero delle imprese che partecipano all'accordo o di quelle esistenti nel mercato, dalle possibilità finanziarie delle imprese partecipanti, dalla politica di prezzi attuata; ora nessuno potrà affermare che un accordo di identico contenuto possa assumere una natura giuridica diversa, solo perchè vari il numero dei partecipanti, la loro capacità, il loro piano di azione.

La natura giuridica dell'accordo deve stabilirsi in base alla sua causa giuridica, e non anche *a posteriori* in base al risultato pratico che tale accordo può avere e neppure al risultato che le parti sperano in via di presunzione di potere raggiungere. Tale risultato pratico potrà anche avere una influenza sulla vitalità dell'accordo e cioè sulla sua durata, ma non può avere influenza sulla costruzione giuridica dell'accordo (9).

Nella mente dello HAUSSMANN deve avere assunto, a questo proposito, un rilievo decisivo il fatto che nella *Kartellverordnung* sia stato preso in considerazione l'elemento predominio. Che la legge consideri sotto un determinato profilo e a determinati fini un complesso di fenomeni non significa affatto che questo complesso di fenomeni faccia capo ad un concetto giuridico unitario: si può

(9) Esattamente l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 18, in nota 10, osserva che giuridicamente è solamente la causa tipica del negozio che può offrire un sicuro criterio distintivo, ed è solo attraverso di essa che elementi economici possono servire di base per distinzioni giuridiche.

soltanto affermare che più fenomeni possono, in determinate circostanze, produrre effetti giuridici comuni, ma non anche che i fenomeni sono gli stessi (10).

Nel caso concreto, la *Kartellverordnung* considera i vari accordi fra imprenditori sotto il profilo del predominio monopolistico nel mercato e detta opportune norme in proposito: ma il predominio del mercato è considerato come situazione di fatto e quindi a prescindere dalla considerazione dei mezzi attraverso i quali esso viene realizzato. Basta del resto considerare la varietà degli accordi tenuti presenti nel § 1 della Kvo per convincersene.

D'altra parte, anche nel fenomeno di gruppo l'elemento predominio (nei rapporti interni) non è un elemento essenziale, neppure da un punto di vista economico. Nel fenomeno di gruppo si fanno infatti rientrare dallo HAUSSMANN le *Interessengemeinschaften* (cointeressenze), e in esse non si verifica nessuna posizione di predominio nell'ambito delle singole imprese, dato che manca addirittura una società capogruppo (11).

Quando poi nel fenomeno di gruppo si richiede una posizione di predominio da parte della società capogruppo rispetto alle società affiliate o controllate, il concetto di dominio o di controllo è un concetto economico e non anche un concetto giuridico. Il fenomeno giuridico infatti si esaurisce, in questi casi, nella partecipazione azionaria, e la posizione di predominio è solo una conseguenza pratica che deriva dal fatto che alla partecipazione azionaria sono connessi i poteri di gestione della società (12).

Naturalmente il dominio o controllo sarà tanto più completo,

(10) Già il GIERKE, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 94 (1929), pag. 310, aveva notato la impossibilità di ricavare un concetto giuridico unitario dalla simultanea considerazione che *ad un dato effetto* fa una determinata legge di più fenomeni: "in base a leggi di carattere non formale (*Steuerrecht, Kartellrecht*) si può giungere a un concetto unitario, mentre il contrario avviene in base a leggi di carattere formale (*Handelsrecht*)".

(11) Vedi FRIEDLAENDER, *Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung*, Berlino 1921. L'HAUSSMANN, *op. cit.*, pag. 126, parla di *Zusammenfassung mit Koordination*.

(12) Sulla inesistenza di un concetto giuridico di controllo o di dominio, cfr. FINZI, *Società controllate* (*Riv. dir. comm.*, 1932, I, 462); FERRI, *Vendita con esclusiva* (*Dir. e pratica comm.*, 1933, pag. 281, nota 1); *Osservazioni sulle proposte di C. Vivante per la riforma delle società anonime* (*Foro it.*, 1936, IV,

quanto più forte sia la quota di partecipazione della società capogruppo nel patrimonio delle società controllate, ma è una situazione di puro fatto e non anche una situazione giuridica (13). Anche a questo proposito è appena il caso di notare che la situazione di fatto importa il sorgere di concetti giuridici, sol perchè la legge la consideri in qualche disposizione: perchè la legge considera il fenomeno delle società controllate non significa affatto che il concetto di controllo sia un concetto giuridico.

A prescindere da questi rilievi che negano la stessa esistenza di quell'elemento in base al quale l'HAUSSMANN fonda la sua costruzione, l'unità concettuale si infrange già per il fatto che il concetto di predominio viene ad assumere un significato diverso, a seconda che si riferisca ai gruppi o ai cartelli. Per questi il predominio sarebbe lo scopo della organizzazione; per quelli il predominio sarebbe il mezzo per il raggiungimento di uno scopo diverso. Ora basta rilevare tale diversità per rendersi conto della impossibilità di operare una unificazione fra queste due grandi categorie di unioni di imprese. Se lo stesso elemento unificatore si risolve in una pluralità di elementi, è evidente che tale elemento è una base inconstante e malsicura di una costruzione unitaria (14).

Di ciò si è reso perfetto conto il SALANDRA, il quale ha cercato impostare la sua costruzione su basi più solide e più schiettamente giuridiche (15). Direi anzi che il SALANDRA ha cercato di dare una formulazione giuridica al nebuloso ed impreciso tentativo dell'HAUSSMANN.

Il SALANDRA infatti abbandona la considerazione del risultato pratico, che importava una necessaria deviazione della costruzione nel campo economico, e si è preoccupato di considerare il mezzo tecnico-giuridico di realizzazione di tale risultato.

81); ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime* (Foro it., 1936, IV, 31); SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI-OLDER, *Verordnung über Aktienrecht*, pag. 40. Contra però SALANDRA, *op. cit.*, pag. 131.

(13) Può essere interessante a questo proposito il prospetto che delle varie gradazioni di dominio fa l'HAUSSMANN, *op. cit.*, pag. 125 e segg.

(14) Contro questa tesi, vedi in Germania GIERKE, *op. cit.*, pag. 310; in Italia, SALANDRA, *op. cit.*, pag. 67 e segg.

(15) Cfr. SALANDRA, *op. cit.*, pag. 70 e segg. La teoria del SALANDRA, è molto vicina alla teoria del FRIEDLAENDER, *Konzernrecht*, Bensheimer 1927, sulla quale vedi le critiche del GIERKE, *op. cit.*, pag. 306 e segg.

Tale mezzo presenterebbe caratteri giuridici costanti in ogni unione di imprese: e l'elemento comune consisterebbe appunto in ciò che sempre vi sarebbe una organizzazione collettiva della attività economica, la quale attività peraltro verrebbe esercitata individualmente.

Precisamente il SALANDRA definisce le unioni di imprese "vincoli giuridici stabili, volontari o forzosi, cui gli esercenti di una attività economica che abbia carattere di impresa si sottopongono o vengono sottoposti nell'interesse comune, e il cui oggetto consiste nella disciplina totale o parziale, a mezzo di una organizzazione collettiva, della suddetta attività, che viene esercitata individualmente", (16).

Tale definizione del SALANDRA vuol precisare due concetti: un concetto positivo, che cioè le unioni di imprese rientrano tutte nel campo delle associazioni; un concetto negativo, che le unioni di imprese non sono società commerciali. Il primo concetto si esprime attraverso la essenzialità della organizzazione collettiva; il secondo attraverso l'esercizio individuale della attività economica da parte delle singole imprese.

Se questi concetti del SALANDRA potessero accogliersi, si sarebbe in realtà raggiunto un primo interessante risultato; senonchè proprio a questo proposito sorgono dubbi molto gravi.

Non sembra infatti che possa dirsi che esista sempre una organizzazione collettiva delle imprese, come non può sempre escludersi che quando questa organizzazione collettiva sussiste essa non abbia la natura e i caratteri del contratto di società.

Non esiste sempre una organizzazione collettiva nel fenomeno di cartello, a meno che non si voglia dare a tale espressione un significato anormale. Nei cartelli di ordine inferiore o senza accentramento di vendita, ove il contenuto dell'obbligo assunto è solo quello di limitare la propria libertà in relazione al prezzo di vendita dei prodotti, o in relazione alla zona di vendita o in relazione alla produzione dei prodotti ecc., non si ha una organizzazione collettiva (17). Una limitazione dell'attività dei singoli imprenditori reciprocamente assunta non può considerarsi come creazione di una

(16) SALANDRA, *op. cit.*, pag. 84.

(17) Cfr. in questo senso ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 98 in nota.

organizzazione collettiva: finchè si rimane in un atteggiamento negativo non vi è collaborazione come non vi è associazione.

Una organizzazione collettiva vi è sicuramente nei cartelli con accentrimento di vendita, ma anche qui di organizzazione collettiva può parlarsi solo in senso economico e non come equivalente della espressione tecnica "associazione": la coordinazione dei vari intenti può essere ottenuta attraverso un mandato, come attraverso una associazione, come attraverso una società. L'organizzazione collettiva è un fenomeno costante da un punto di vista economico, ma che assume, da un punto di vista giuridico, una struttura variabile nelle varie ipotesi; e sotto questo profilo la unità economica si scinde in una pluralità che non consente sicuramente la unificazione (18).

Ma i dubbi più gravi sorgono rispetto al fenomeno economico di gruppo. Il collegamento fra più società può attuarsi come è noto mediante due procedimenti: o mediante un procedimento di filiazione (società a catena) o mediante un procedimento di raggruppamento (*holdings*). Nel primo procedimento una società (capogruppo) ne costituisce una nuova, questa a sua volta un'altra e così via, avendo cura di conservare la maggioranza del capitale sociale; nel secondo procedimento gli azionisti di maggioranza di più società apportano le loro azioni in una nuova società allo scopo di coordinare le varie imprese sociali (19).

Ora basta tenere conto di tali procedimenti pratici per convincersi che nel procedimento di filiazione non si ha la creazione di una organizzazione collettiva, ma anzi un fenomeno di decentramento; che nel secondo procedimento si ha una organizzazione collettiva,

(18) A questo proposito appaiono oltremodo interessanti le considerazioni del WEILLER, in *Foro it.*, 1933, I, 1615, il quale rileva - e ciò in conformità di quanto aveva ritenuto la sentenza della Corte di Appello di Milano, 28 febbraio 1933 (*Foro it.*, 1933, I, 1607) - che la unità di azione da parte di qualunque collettività può conseguirsi anche nominando uno o più mandatari. Vedi anche le riserve che questo autore fa circa la tesi dell'associazione commerciale in senso lato, seguita dall'ASCARELLI.

(19) Cfr. oltre le opere citate del VITO e del LIEFMANN, HAUSSMANN, *Die Tochtergesellschaft. Eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung, und zum Effektenkapitalismus*, Berlino, 1923; *Holdinggesellschaften, Investmenttrusts und verwandte Gebilde* (*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. 96, 1931, pag. 369 e seg.); FRIEDLAENDER, *Konzernrecht*, pag. 109 e seg.; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 164 e seg.

la quale peraltro è giuridicamente un vero e proprio contratto di società.

Non solo, ma nel fenomeno di gruppo la organizzazione collettiva non si attua fra gli imprenditori e cioè fra le società, ma si attua fra i soci di queste società. Il fenomeno di collegamento fra le varie società non è pertanto un fenomeno giuridico, ma è un fenomeno economico, determinato dal fatto che una stessa persona (fisica o giuridica) ha la partecipazione azionaria maggioritaria contemporaneamente in più società. Nessun vincolo giuridico esiste fra gli enti: solo la contemporanea partecipazione a più società può essere l'effetto di un negozio giuridico, ma questo negozio si pone in essere fra i soci e non fra gli enti.

Economicamente siccome la società equivale ai soci, si può ancora parlare di accordi fra imprenditori, ma giuridicamente società e soci sono persone distinte e pertanto i vincoli giuridici dei soci non possono riguardarsi come vincoli giuridici della società (20).

Ma neppure nel suo contenuto negativo è possibile accogliere i principi formulati dal SALANDRA: affermare infatti che la organizzazione collettiva, quando esiste, non assume i caratteri di società commerciale solo perchè alla organizzazione non corrisponde una impresa collettiva, mi sembra volere restringere arbitrariamente il concetto di società commerciale, e volere ravvisare una dipendenza fra società commerciale e impresa, dipendenza che non sussiste menomamente nel nostro codice (21).

D'altra parte, talora l'organizzazione collettiva corrisponde anche

(20) Sui problemi che determina in relazione alla disciplina delle società tale collegamento, vedi VIVANTE, *La riforma delle società anonime. Le società a catena* (Riv. banc., 1931, pag. 350); *Contributo alla riforma delle società anonime* (Riv. dir. comm., 1934, I, 309); *Proposte per la riforma delle società anonime* (Foro it., 1935, IV, 1); ASCARELLI, *ibid.*, 1936, IV, 19; FERRI, *ibid.*, 1936, IV, 81. Vedi anche MESSINEO, *Le società di commercio collegate*, Padova, 1932; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 190-198.

(21) Osserva opportunamente il WEILLER, in *Foro it.*, 1933, I, 1610, che l'esercizio di un'impresa è solo una delle ipotesi di società particolari prospettate dal codice civile (art. 1705 e 1706), per quanto subito dopo mostri di ritenere che il concetto di società commerciale sia più ristretto e ponga fra i caratteri propri delle società commerciali l'esercizio di un'azienda commerciale. Ma così facendo si varia il contenuto dell'art. 76 cod. comm., perchè l'esercizio di atti di commercio può non corrispondere a esercizio di una azienda commerciale.

ad una impresa collettiva sia pure che questa impresa collettiva sia di natura diversa da quella delle singole società organizzate: sarà una impresa di commissione rispetto a imprese di produzione, ma è evidente che questa diversità non avrebbe una rilevanza giuridica (22).

*
* *

Se le precedenti considerazioni mostrano alla evidenza la insufficienza dei tentativi di una ricostruzione unitaria delle unioni di imprese fin ora seguiti, permettono anche di escludere con tranquillante sicurezza la possibilità di basare su altri elementi il procedimento di unificazione.

A parte ogni differenza ulteriore, vi è un primo punto di distacco essenziale fra i vari fenomeni, che si sogliono ricomprendere nel concetto di unione di imprese: cioè che in alcuni casi il fenomeno economico è l'effetto di un negozio giuridico fra gli imprenditori, mentre in altri casi è invece l'effetto di una situazione di fatto sia pure volutamente determinata. Ora, qualunque affinità economica si possa presentare, è pur certo che, dal lato giuridico, non è possibile unificare vincoli giuridici e situazioni di fatto, se pure queste emergano da vincoli giuridici posti in essere fra persone diverse dagli imprenditori.

Un vincolo giuridico fra gli imprenditori esiste sempre nel fenomeno di cartello, pur assumendo nelle varie ipotesi una diversa complessità: un vincolo giuridico non esiste nel fenomeno di gruppo, ove si eccettui la ipotesi di cointeressenza.

Ma, esclusa la possibilità di una concezione unitaria delle unioni di imprese, è almeno possibile costruire unitariamente quei fenomeni che hanno la loro base in un vincolo giuridico fra gli imprenditori?

Questa possibilità è stata affermata dall'ASCARELLI (23), il quale ha

(22) Più correttamente il WEILLER, *op. cit.*, col. 1611 e seg., e l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 75, hanno negato il carattere di società ai consorzi in base ad elementi diversi: su di che però vedi quanto si dirà in seguito.

(23) Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 16 e seg.; AULETTA, in *Foro it.*, 1936, I, 1086.

A quanto risulta dai riferimenti dell'ASCARELLI, anche il CAPUTO è di questa idea. Non risultano però le argomentazioni di questo autore.

ritenuto che l'unificazione delle convenzioni fra imprenditori dirette alla disciplina della produzione e della vendita potesse operarsi in considerazione della causa, la quale sarebbe unica in tutti tali contratti. Questi infatti, qualunque sia la loro complessità e qualunque sia la natura delle prestazioni cui i contraenti sono tenuti, si propongono sempre uno scopo identico: quello della disciplina della reciproca concorrenza. Tale scopo economico, assurgendo a causa tipica del contratto, permette di fissarne la unità concettuale.

Il procedimento logico dell'ASCARELLI, ove si accettino le premesse, appare in realtà ineccepibile: la individualità giuridica di un determinato negozio è data dalla sua causa, ed è sicuramente questo l'elemento più significativo di ogni costruzione concettuale.

È solo nella premessa che i dubbi possono sorgere, ed infatti la premessa, per quanto dall'ASCARELLI sia posta come risultato di una semplice osservazione della realtà (24), si regge solo a patto che resistano alla critica alcune considerazioni ulteriori che l'ASCARELLI non manca di fare.

In realtà la disciplina della reciproca concorrenza è solo lo scopo pratico che le parti si propongono nelle convenzioni di cartello: questo scopo pratico può essere raggiunto - e viene in pratica raggiunto - attraverso una serie di schemi contrattuali. Le obbligazioni assunte da vari imprenditori possono essere le più disparate: talora si tratta di obbligazioni di contenuto negativo, tal'altra di obbligazioni di dare o di fare. Si tratta, è vero, in ogni caso di obbligazioni che impongono alle parti una determinata linea di condotta, una limitazione della propria libertà in un determinato campo della loro attività, limitazione che trova il proprio corrispettivo nelle limitazioni assunte dalle altre parti; ma si tratta sempre di obblighi precisi di dare, di fare o di non fare, mentre la disciplina della reciproca concorrenza non entra affatto nella economia contrattuale. Orbene, da un punto di vista giuridico la varietà delle prestazioni di volta in volta assunte non consentirebbe di considerare

(24) L'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 18 osserva che causa tipica delle convenzioni tra imprenditori è la funzione economica che intendono assolvere; ma quando si dice che la funzione economica è la disciplina della reciproca concorrenza, tale espressione non è equivalente a quella di nocciolo economico, funzione economico-giuridica usata dal BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto* (Riv. dir. comm., 1908, I, 115).

i vari contratti dello stesso tipo e di attribuire ad essi una causa unica, ove questa debba stabilirsi unicamente in base alla natura e alla posizione assunta dalle varie prestazioni nel contratto.

Alla stregua di questi criteri, la disciplina della reciproca concorrenza costituirebbe solo l'intento empirico che le parti si propongono di raggiungere attraverso il contratto, e, come tale, lungi dall'assurgere a *causa giuridica* del negozio, dovrebbe essere relegato nel campo degli elementi giuridicamente irrilevanti.

Presupposto pertanto di tutto il ragionamento dell'ASCARELLI è che le convenzioni tra imprenditori possano classificarsi fra quei contratti, in cui anche lo scopo economico assume una rilevanza giuridica.

Contratti di questo genere non sono certo sconosciuti al nostro ordinamento giuridico: tale è, secondo la norma dell'art. 1697 cod. civ., il contratto di società, in cui il fine di dividersi i guadagni è un elemento rientrante nella causa del contratto; tali sono indubbiamente i contratti a tipo associativo, in cui le obbligazioni assunte dai singoli contraenti trovano la loro ragion d'essere non tanto nella assunzione di obbligazioni corrispettive da parte degli altri, quanto dal raggiungimento di un risultato economico ulteriore.

La dottrina ha cercato di elaborare categorie generali di tali contratti. Così il WEILLER (25) ha distinto due grandi tipi di contratto: contratti di *ordine elementare*, in cui il giuoco della volontà delle parti si esaurisce con la stipulazione (fra cui vanno ricompresi i contratti commutativi) e contratti di *ordine superiore*, in cui anche dopo la conclusione del contratto si forma ed agisce una volontà, diretta alla stipulazione di nuovi negozi (fra cui vanno ricompresi alcuni tipi di mandato, le società, le associazioni commerciali). Nei contratti di ordine elementare, lo scopo che le parti vogliono raggiungere non fa ordinariamente parte del negozio e si identifica con i motivi, ed anzi più precisamente, ciascuna delle parti persegue uno scopo diverso; nei contratti di ordine superiore invece lo scopo indica il terreno sul quale devono cadere i negozi futuri che saranno conclusi a seguito del contratto originario.

(25) Cfr. WEILLER, in *Foro it.*, 1933, I, 1607 e seg.

Così l'ASCARELLI (26) ha elaborato accanto e in contrapposto alla figura del contratto bilaterale quella del contratto plurilaterale, nel quale, a differenza di quanto avviene nel contratto bilaterale, pur verificandosi fra le parti una contrapposizione di interessi, tuttavia si attua una comunanza di scopo.

La elaborazione di questi concetti merita di essere attentamente considerata. Infatti la esattezza della impostazione data dall'ASCARELLI al problema qui studiato dipende anzitutto dallo stabilire l'ambito della categoria di contratti, in cui lo scopo ha una rilevanza giuridica, per vedere poi se in questa categoria di contratti sia possibile far rientrare le convenzioni di cartello.

La soluzione del problema teorico dipende essenzialmente dal ricercare la ragione per cui lo scopo economico assume una rilevanza giuridica: tale ragione è diversa secondo il WEILLER e secondo l'ASCARELLI.

Per il WEILLER la ragione consiste nella necessità di fissare il terreno, sul quale deve svolgersi la ulteriore attività delle parti; per l'ASCARELLI la ragione consiste invece nella comunanza di scopo tipica di questo genere di contratti, in contrapposto alla diversità di scopo che esiste nei contratti di scambio.

In realtà la tesi dell'ASCARELLI, per quanto formulata in termini più prettamente giuridici che non quella del WEILLER, si presta a delle critiche, le quali non sembra possono dirsi eliminate attraverso le ultime precisazioni dell'autore (27).

È stato già osservato (28) che, posta la natura contrattuale che secondo l'autore deve riconoscersi a siffatti negozi giuridici, di comunanza di scopo non si può parlare se non nel senso di comunanza del risultato economico complessivo del contratto: e che, ove di comunanza di scopo si parli in questi sensi, viene meno ogni ragione di diversificazione fra contratti commutativi e contratti plurilaterali, dato che anche nei primi il risultato economico complessivo è comune a tutte le parti: la diversità fra l'una e l'altra

(26) ASCARELLI, *La liceità dei sindacati azionari* (Riv. dir. comm., 1931, II, 256); *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale* (Foro della Lombardia, 1932, 439); *Appunti di diritto commerciale*, vol. II, pag. 20 e seg.; *Consorzi cit.*, pag. 37 e seg. Naturalmente si tiene conto dell'ultima elaborazione di questi concetti.

(27) *Consorzi*, pag. 37 e seg.

(28) FERRI, *Fusione*, pag. 89 e seg.

ipotesi sussisterebbe solo nel fatto che diverso sarebbe il risultato economico: e cioè scambio (in senso lato) nei contratti commutativi, collaborazione nei contratti plurilaterali.

Se poi si vuol dire che nella ipotesi di contratto commutativo le parti perseguono ciascuna un interesse diverso, mentre nella ipotesi di contratti plurilaterali perseguono un interesse identico, si dice cosa che appare in contrasto con la natura contrattuale riconosciuta a siffatti negozi: le singole volontà sarebbero parallele e non anche contrapposte, avrebbero tutte un contenuto identico. Si sarebbe perciò nella ipotesi di atto complesso e non anche in quella di contratto (29).

L'ASCARELLI richiama a suo favore la definizione legislativa della società, la quale indicherebbe chiaramente questo requisito. Senonchè l'art. 1697 cod. civ. non può essere portato a favore dell'ASCARELLI. Infatti, l'interesse perseguito dai singoli soci è il guadagno in quella proporzione che è fissata nel contratto; la messa in comunione è solo un mezzo per il raggiungimento di tale scopo, il quale è naturalmente diverso per ogni socio.

Ciò è riconosciuto esplicitamente dall'AULETTA (30), il quale osserva che "l'interesse del socio A ad avere una parte dei guadagni ha l'identico contenuto ma è diverso, anzi antitetico all'interesse del socio B„. Tuttavia questo autore crede di potere parlare per le società ancora di comunanza di scopo, in quanto la realizzazione del guadagno dipende dal raggiungimento di uno scopo mezzo, lo svolgimento della produzione sociale. Appare tuttavia evidente come in base a questi concetti, i quali secondo le intenzioni dell'autore vorrebbero rispondere alle critiche del FERRI, le obiezioni formulate da quest'ultimo crescano di vigore, dato che questo scopo mezzo è quello che appunto il FERRI chiama risultato economico complessivo. In definitiva, nei contratti commutativi la realizzazione dell'interesse contrattuale dipende dallo scambio, qui dalla collaborazione.

(29) In realtà l'ASCARELLI stesso mette in luce la sua perplessità, quando dopo avere riconosciuto ai contratti plurilaterali o associativi la natura contrattuale (pag. 32, nota 2), afferma a pag. 99 che "nell'associazione può forse, meglio che un contratto, ravvisarsi un atto complesso „.

(30) Cfr. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto di società* (Riv. dir. civ., 1937, pag. 1 e seg.).

Se si parla di comunanza di scopo in questi sensi evidentemente non si giustifica perchè lo scopo ha rilevanza nel contratto di società e non l'ha invece nei contratti commutativi.

Nè evidentemente è sufficiente far richiamo alla disposizione di legge che attribuisce rilevanza allo scopo nel contratto di società (art. 1697 cod. civ.), perchè si tratta di vedere se tale rilevanza sia dovuta alla comunanza di scopo o invece a qualche cosa di diverso.

Neppure l'ostacolo si supera con il mettere in luce che in questi contratti, a differenza di ciò che avviene nei contratti di scambio, ove le parti non possono essere che due, normalmente si ha una pluralità di parti. perchè questa pluralità di parti non esclude menomamente che ciascuna di esse assuma una posizione autonoma e antitetica a quella delle altre. Se tre persone si obbligano reciprocamente a non compiere un determinato atto, siamo di fronte ad un contratto plurilaterale, in cui pure ciascuna delle parti persegue un particolare interesse e in cui lo scopo complessivo non assume sicuramente una rilevanza giuridica.

La tesi del WEILLER tocca forse più da vicino il punto cruciale della questione, per quanto la sua formulazione non sia molto felice.

Anzitutto appare inesatta, a parte ogni questione terminologica, la distinzione fra contratti in cui la volontà si esaurisce con la conclusione e contratti in cui persiste una volontà diretta alla conclusione di nuovi negozi, come è inesatta la inclusione del mandato fra quei negozi che egli chiama di ordine superiore.

Si confonde così lo scopo della società con il suo oggetto e si fa un parallelo che non è consentito fra scopo del contratto di società e contenuto del mandato.

In realtà nel mandato come nella società la volontà si esaurisce nella conclusione del contratto; successivamente persistono solo gli effetti del contratto e non anche la volontà. Ma nel mandato lo scopo per cui l'incarico è conferito rimane nel campo dei motivi, mentre nella società lo scopo per cui le obbligazioni vengono assunte rientra nella causa del contratto.

In realtà la soluzione della questione non può aversi se non avendo riguardo alla relazione che corre fra assunzione delle obbligazioni e realizzazione dell'interesse contrattuale (31).

(31) Cfr. in questo ordine di idee anche il WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, pag. 496.

Normalmente è sufficiente l'assunzione dell'obbligazione per il raggiungimento del risultato contrattuale: ciò avviene nei contratti di scambio, ciò avviene in quei contratti plurilaterali in cui ad esempio si assumono reciproche obbligazioni di non fare.

In taluni tipi di contratto invece l'assunzione della obbligazione non è sufficiente per il raggiungimento del risultato contrattuale, ma è solo il mezzo per preparare tale raggiungimento: ciò avviene ogni qualvolta il risultato contrattuale dipenda da una collaborazione.

Nel contratto di società l'assunzione delle obbligazioni di conferimento da parte dei singoli soci non è che il mezzo attraverso il quale si attua quella collaborazione, da cui dipenderà il raggiungimento dello scopo contrattuale. Lo scopo che le parti si propongono di raggiungere non è l'effetto diretto delle obbligazioni assunte, ma è l'effetto della collaborazione attuata fra i soci. Ora in siffatte circostanze appare evidente come sia rilevante nella volontà delle parti e come rientri nella struttura giuridica del contratto la considerazione dell'interesse che le parti si propongono di realizzare.

Appare evidente infatti che se l'interesse perseguito dalle parti non consiste nella prestazione dell'altra parte, ma consiste nella realizzazione di un determinato guadagno attraverso lo svolgimento di un'attività, la realizzazione del guadagno rientra nella causa tipica del contratto così come vi rientra il pagamento del prezzo nel contratto di compravendita. E si comprende altresì come di fronte alla preponderanza che tale interesse assume nella economia contrattuale, l'individualità del contratto si determini in base alla natura dell'interesse che si intende realizzare e non anche in relazione alla natura delle prestazioni delle singole parti.

Ci troviamo così sempre di fronte ad un contratto di società, sia che il conferimento sia in denaro, sia invece che sia fatto in natura, sia infine che consista nell'apporto della propria industria. Ciò non impedisce però che in relazione all'adempimento delle singole prestazioni oltre alla disciplina propria del contratto di società sia applicabile in quanto non contrastante la disciplina propria della prestazione, a cui la parte è tenuta (32).

(32) La rilevanza dello scopo importa altresì che la impossibilità di raggiungimento dello scopo stesso costituisce causa di scioglimento del contratto (arg. art. 189 n. 2 cod. comm.).

Quanto si è detto per il contratto di società vale per tutti quei contratti in cui la realizzazione dell'interesse dipende non dalla semplice assunzione della obbligazione, ma dallo svolgimento di una ulteriore attività: vale cioè per tutti i contratti associativi.

Precisati questi concetti teorici, occorre vedere in pratica se nei cartelli la realizzazione dell'interesse dei singoli contraenti dipenda dalla semplice assunzione delle obbligazioni o invece da fatti ulteriori.

La questione presenta difficoltà non indifferenti in pratica, data la diversa complessità che assume il fenomeno di cartello nelle varie ipotesi. La soluzione del problema presuppone pertanto una rassegna, per quanto rapida, dei vari schemi contrattuali.

La dottrina distingue normalmente due categorie di cartelli: cartelli di ordine inferiore, e cartelli di ordine superiore, con o senza accentramento di vendita (33).

La prima categoria di convenzioni si sostanziano nella assunzione da parte dei singoli imprenditori di obbligazioni di non fare: talora oltre alle obbligazioni di puro contenuto negativo prevedono obbligazioni di fare (osservanza di determinati prezzi o di determinate condizioni contrattuali o di determinati limiti di produzione o di zone di vendita o di rispetto della clientela). In ogni caso tutto il rapporto di cartello si esaurisce nella assunzione di limitazioni alla libertà personale dei singoli imprenditori in relazione alla attività economica oggetto della loro impresa.

Nei cartelli di ordine superiore, oltre ad obbligazioni importanti una limitazione della libertà dei singoli imprenditori in relazione alla loro attività economica, sussiste la creazione di una particolare organizzazione, la quale ha speciali compiti da esplicare e che può assumere a seconda dei casi una diversa configurazione. Anzitutto la organizzazione può essere creata per esplicare una

(33) Cfr. per più dettagliate notizie in proposito le opere già citate del VITO e del LIEFMANN. Si veda anche la raccolta dei contratti tedeschi del WAGENFUEHRER, *Kartellverträge*, Norimberga 1931. In Italia non esiste una raccolta del genere. Fra i vari contratti che ho potuto esaminare, ricordo tuttavia per la loro complessità e perfezione, il Patto consorziale fra i fabbricanti di contatori di acqua di Italia, per i consorzi senza accentramento di vendita; e il Patto del Consorzio Vetrario Italiano, per i consorzi con accentramento di vendita. I cartelli di ordine inferiore si compongono per lo più di poche clausole e non sono facilmente reperibili.

attività interna o invece può essere creata per esplicare oltre che una attività interna una attività nei confronti dei terzi. Possono cioè i singoli imprenditori nel momento stesso in cui assumono le limitazioni alla loro attività economica, creare un organo, che regoli lo svolgimento dei rapporti e controlli che gli obblighi assunti siano rispettati, attraverso ispezioni che vengono contrattualmente consentite; che modifichi quegli elementi che non possono essere predeterminati fin dall'inizio, in quanto risentono delle fluttuazioni del mercato e sono in relazione con l'efficacia stessa del cartello (34).

Naturalmente questo organo del cartello non ha una funzione stabile, ma saltuaria, la quale viene esplicata solo in quanto sia provocata dai membri del cartello stesso.

Possono invece gli imprenditori avere una organizzazione, la quale non soltanto abbia la funzione di regolare lo svolgimento dei rapporti fra i singoli membri del cartello, ma anche una funzione esterna, in quanto unicamente alla organizzazione venga attribuito il potere di stipulare contratti con i terzi. In questa ipotesi la organizzazione assume un carattere stabile.

La caratteristica di queste convenzioni consiste in ciò che i consorziati si obbligano a vendere o ad acquistare soltanto a mezzo del consorzio, il quale entra in rapporto con i terzi, clienti o fornitori, nell'interesse di tutti i consorziati e provvede al riparto delle ordinazioni fra loro in conformità dei sistemi prestabiliti nel contratto di consorzio. In questi consorzi pertanto la limitazione della libertà dei singoli imprenditori si attua non tanto attraverso l'assunzione di obbligazioni di contenuto negativo, quanto attraverso la obbligazione positiva di vendere o far vendere solo attraverso l'organizzazione consortile (35).

(34) Così, ad esempio, in un cartello di prezzi o di condizioni contrattuali, i prezzi e le condizioni contrattuali non possono essere identici per l'intera durata del cartello, ma dovranno variare col variare delle condizioni del mercato e anche le condizioni potranno essere rese più onerose per i clienti, quando l'azione del cartello abbia prodotto i suoi effetti.

(35) Sulla limitazione della attività economica derivante dai contratti di esclusiva, vedi FERRI, *Vendita con esclusiva* (*Dir. e pratica comm.*, 1933, pag. 79 dell'estratto). Cfr. anche KOHLER, *Bezugsverträge und § 138 B. G. B.* (*Archiv für bürgerliches Recht*, vol. 31, pag. 237).

Per la funzione dei patti di esclusiva nel fenomeno di cartello, vedi FERRI, *op. cit.*, pag. 11 e seg.; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 19 e seg.

Questa organizzazione collettiva, chiamata ufficio vendita, assume una diversa struttura e in diverso modo si atteggia nei confronti dei consorziati e dei clienti; può essere costituita da persone fisiche o da una società commerciale di cui sono soci i singoli consorziati o di cui i consorziati hanno la maggioranza delle azioni e quindi la direzione amministrativa.

Può l'organo del consorzio presentarsi come mandatario dei singoli consorziati o come commissionario o come acquirente o venditore. Quando si tratta di una società commerciale, può essere utilizzata come ufficio vendita una società esistente o può esserne creata una all'atto della costituzione del consorzio. In questo secondo caso può essere costituita con atto distinto o invece le obbligazioni consorziali possono essere assunte nell'atto costitutivo della società.

Per lo più l'ufficio vendita provvede anche a funzioni di carattere interno: così determina concretamente le quote astratte di produzione fissate nel contratto; così provvede a che tali quote non vengano superate dai singoli consorziati, ecc. Appunto per tali funzioni, quando l'organo del consorzio è costituito sotto forma di società commerciale, i singoli consorziati, che sono anche i soci di questa società, si servono del meccanismo sociale per il funzionamento del consorzio. In questi casi, il consiglio di amministrazione della società provvede all'adempimento delle funzioni di carattere esterno, mentre l'assemblea adempie a funzioni di carattere interno. Il meccanismo della maggioranza, proprio delle società commerciali, viene utilizzato per la soluzione dei problemi che possono presentarsi durante la vita del consorzio, sempre però nei limiti fissati dal contratto di consorzio. Non è consentita invece l'applicazione del principio maggioritario nei casi in cui si tratti di variare le obbligazioni consorziali: per queste occorre il consenso esplicito di tutti i consorziati.

Da questa rapida rassegna, la quale non ha certo la pretesa di esaurire tutte le varie ipotesi di consorzio, ma di indicarne schematicamente i principali atteggiamenti, balzano evidenti le seguenti considerazioni:

a) che non sempre esiste una organizzazione collettiva dei consorziati;

b) che, quando questa organizzazione esiste, essa può assumere una diversa conformazione, come diversa può essere la natura dei rapporti correnti fra consorziati e organizzazione;

c) che in ogni modo l'organizzazione si presenta sempre come alcunchè di distinto e subordinato al contratto di consorzio, costituendo soltanto il mezzo per la migliore e più sicura realizzazione dei rapporti di consorzio (36).

Ciò importa che la natura giuridica del contratto di consorzio e la sua classificazione nei contratti associativi (37) non possono stabilirsi alla stregua di tale elemento che si presenta come accidentale ed accessorio, ma debbono unicamente fissarsi in relazione alle caratteristiche comuni a tutti i contratti di consorzio, e cioè considerando la natura e la struttura del vincolo giuridico assunto dagli imprenditori rispetto alla loro attività economica.

Il problema non è infatti quello di stabilire se si possa parlare di contratto associativo rispetto alla organizzazione creata a lato del consorzio (38) - ed anche a questo proposito il problema non potrebbe essere risolto in tutti i casi in senso affermativo, mentre in alcune ipotesi dovrebbe ulteriormente precisarsi la na-

(36) Lo stesso ASCARELLI, *Consorzi cit.*, pag. 98, esclude che possa parlarsi di contratto associativo rispetto ai cartelli senza accentrimento di vendita, ma di fronte alle critiche del CAPUTO, per cui tale osservazione varrebbe a mettere nel nulla l'affermata unità della natura giuridica dei cartelli, risponde che tale unità si ritrova nel fatto di essere tutti contratti plurilaterali. Ma è evidente che il riconoscere ai cartelli il carattere di contratti plurilaterali non importa affatto che identica sia la natura dei consorzi e dei cartelli; significa solo ricomprendere gli uni e gli altri in una ampia categoria contrattuale in relazione ad un elemento di ben limitato valore giuridico, quale è quello della pluralità di parti nel contratto.

(37) Parlo in genere di contratti associativi, ricomprendendo in tale termine anche il contratto di società, essendo irrilevante ai fini che mi propongo lo scendere a discutere se i consorzi siano più vicini alle associazioni o alle società.

(38) Per questo mi pare che sia male impostato il problema, quando si vuole argomentare (ASCARELLI, AULETTA) il carattere di contratto associativo dei consorzi, in contrapposto ai cartelli, rispetto ai quali tale carattere si nega, dall'esistenza di un organismo comune accanto al consorzio, senza preoccuparsi di stabilire la funzione pratica e giuridica di tale organismo e senza preoccuparsi di fissare i rapporti che corrono fra consorzio e organizzazione.

Ove ci si ponga dal punto di vista della organizzazione creata fra gli imprenditori consorziati, appare giustificato il più ampio concetto seguito dal CAPUTO (in ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 17), secondo il quale nel concetto di consorzio dovrebbero ricomprendersi anche le ipotesi in cui più imprenditori istituiscono un servizio nell'interesse comune. Esattamente invece tale più ampio concetto si respinge ove si abbia unicamente riguardo alle obbligazioni consorziali.

tura del contratto, il quale assume la natura di un vero e proprio contratto di società (39) - ma è quello di stabilire se possa classificarsi fra i contratti associativi il contratto di consorzio (40).

Posta la questione in questi termini, la soluzione negativa si impone. Sia infatti che le obbligazioni assunte dai consorziati assumano un contenuto negativo, sia invece che assumano un contenuto positivo di dare o di fare, è pur sempre sicuro che la realizzazione dell'interesse delle parti si ottiene già per effetto della assunzione delle obbligazioni consorziali e non dipende anche dallo svolgimento di una collaborazione (41). L'interesse dei singoli consorziati non è infatti quello di raggiungere la disciplina della reciproca concorrenza, di realizzare uno scopo ideale e spesso irraggiungibile, ma quello di ottenere in corrispettivo della limitazione posta alla propria attività economica, analoga limitazione degli altri contraenti. L'interesse dei singoli consorziati non è quello di perseguire uno scopo generico ed evanescente, ma quello di perseguire uno scopo specifico: e cioè l'assunzione di determinate obbligazioni di dare o di non fare da parte degli altri contraenti. E questo scopo specifico si realizza in virtù della assunzione delle singole obbligazioni, indipendentemente da qualsiasi collaborazione: la collaborazione, in quanto venga attuata, può riguardare solo un momento ulteriore, e cioè il momento dello svolgimento dei rapporti consorziali.

Una volta assunte le obbligazioni consorziali, può esservi ef-

(39) Questo spiega come l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 98 e seg., pur dopo avere insistito nel negare al contratto di cartello la natura di società, sia invece propenso a riavvicinare il consorzio alla società: è evidente a questo proposito la influenza che esercita la natura dell'organismo che viene creato a lato del consorzio. Tale influenza è poi nettissima nella ipotesi di consorzio costituito in sede di atto costitutivo della società: cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 120 e seg.

(40) Questo criterio, a mio avviso più esatto, è seguito dal SALANDRA, *op. cit.*, pag. 106 e seg., il quale riconosce che identico è lo scopo che si prefiggono i cartelli e i consorzi, ma afferma e qui non saprei condividere la sua tesi, la natura di società o quasi società, del cartello.

(41) Ciò non è sfuggito all'acutezza dell'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 98, il quale rileva che "nel consorzio il vantaggio del singolo non deriva dal fatto di essere consorziato, quanto dalla circostanza che sono consorziati anche gli altri imprenditori". Ma se così è, come non può non essere, non sembra possibile alcuna analogia con la società o con l'associazione, nè può affermarsi una rilevanza dello scopo.

fettivamente una collaborazione dei consorziati per assicurare l'adempimento degli obblighi assunti nel contratto di consorzio, per permettere lo svolgimento dei rapporti consorziali, per dirimere le eventuali questioni che potessero sorgere in relazione a questi rapporti (42). In questa fase può assumere anche rilevanza giuridica lo scopo che i consorziati si propongono: ma si tratta di rapporti che si aggiungono a quelli di consorzio e che sono nettamente

(42) Che economicamente patti consorziali e organizzazione creata per la loro attuazione e osservanza costituiscano un fenomeno unitario non importa anche che debbano essere considerati come un tutto inscindibile da un punto di vista giuridico.

Giuridicamente conviene separare e distinguere i rapporti che corrono fra consorziati e fra questi e l'organizzazione. Solo così infatti si può avere una nozione esatta della realtà giuridica e possono essere convenientemente precisati i vari rapporti giuridici preordinati ad uno stesso fine economico.

Gran parte delle confusioni che sorgono quando si tratta di fissare il contenuto dei vari rapporti giuridici che si intersecano, dipendono da questa confusione iniziale, la quale è frutto di equivoci e di contraddizioni non indifferenti, quando si tratta di risolvere i singoli problemi pratici.

Basterà accennare, non essendo questo il nostro scopo, all'equivoco in cui si cade quando si ritiene che il rapporto fra consorziati e ufficio vendita funzionante da mandatario o da commissionario sia un rapporto di mandato o di commissione con esclusiva e irrevocabile (ASCARELLI, SALANDRA).

È perfettamente vero che gli intenti del consorzio non possono essere raggiunti, se il mandato è revocabile per volontà dei singoli consorziati e se questi sono liberi di vendere o direttamente o a mezzo di altri i loro prodotti. Ma l'obbligo di non revocare il mandato, come l'obbligo di non vendere se non per mezzo di quelle persone, non sono assunti nei confronti del mandatario ma nei confronti degli altri consorziati. Nei rapporti con il mandatario, il mandato può essere sempre revocabile senza dar diritto a risarcimento di danni, come pure i consorziati possono decidere di vendere i loro prodotti con persone diverse da quelle designate senza essere per questo tenuti a risarcimento nei confronti del mandatario: solo che la revoca del mandato o la vendita ad altri o per mezzo di altri, in quanto non consentita dagli altri consorziati, importa violazione degli obblighi assunti nel contratto di consorzio e la conseguente applicazione delle sanzioni previste per tale inadempimento.

Con questa retta impostazione del problema, sfumano altresì le questioni accennate dall'ASCARELLI: se cioè possa parlarsi di irrevocabilità assoluta o invece debba parlarsi di irrevocabilità relativa (su questa distinzione, vedi il mio lavoro su *La procura irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, pag. 324 e seg.).

Questo non è che un esempio delle varie deviazioni che in relazione ai problemi particolari determina il problema generale qui considerato.

distinti da questo, onde nessuna influenza possono esercitare nella costruzione giuridica del consorzio (43).

Il SALANDRA (44) si fa carico di questi rilievi ed obietta che anche un comportamento negativo (astensione dalla concorrenza) può essere considerato una forma indiretta di collaborazione, come si evincerebbe dalle disposizioni di legge che l'impongono come obbligo sociale nella società in nome collettivo e agli accomandatari.

Ma in base a questa argomentazione anche un atto di scambio può essere considerato come una forma indiretta di collaborazione, mentre le disposizioni di legge a cui si accenna si spiegano solo in quanto obbligo contrattuale è quello di collaborazione, e con tale obbligo non è compatibile la distrazione della attività del socio dalla società, ed anzi la esplicazione di una attività concorrente con quella della società. L'obbligo di astenersi dalla concorrenza è la conseguenza diretta dell'obbligo di collaborazione che incombe al socio. Finchè questo obbligo sussiste, esiste l'obbligo di non concorrenza; quando questo obbligo vien meno (scioglimento della società), viene anche meno l'obbligo di non concorrenza (45).

Nell'ipotesi di cartello un obbligo di collaborazione non esiste,

(43) Questa realtà non è sfuggita al WIELAND, *Handelsrecht*, vol. I, pag. 456, e al RUNDSTEIN, *Das Recht der Kartelle*, 1904, pag. 6, i quali osservavano che nel cartello, a differenza di quanto avviene nella società, „*fallen Leistung und Erfolg in eines zusammen* „; e il WIELAND precisava: „*Was ein Unternehmenverband darüber hinaus zu erzielen sucht... Beseitigung und Eindämmung der Konkurrenz bleibt unverreichbares Zweck, ist Motiv der Beteiligten, nicht aber rechtlich erheblicher Zweck, mithin für Betrachtung unwesentlich* „.

È interessante anche notare che pure quella parte della dottrina tedesca che considera fra i cartelli le convenzioni che disciplinano la reciproca concorrenza, non ritengono che tale scopo (economico) rientri nella causa giuridica del contratto e importi la unità della natura giuridica dei cartelli (cfr. FLECHTHEIM, *op. cit.*, pag. 144; CALLMANN, *op. cit.*, pag. 76 e seg.).

(44) SALANDRA, *op. cit.*, pag. 89.

(45) Cfr. per tutti DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, vol. I, § 116; NAVARRINI, *Trattato*, vol. IV, n. 1650; ASCARELLI, *Società ed associazioni commerciali*, pag. 209; SOTCIA, *La liquidazione delle società commerciali*, n. 19; GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Padova 1937, n. 28.

In giurisprudenza, nello stesso senso si consultino Cass. Firenze 3 agosto 1916 (*Foro it.*, 1916, I, 577) e App. Napoli 17 marzo 1922 (*id.*, 1922, I, 457), con ampia nota di richiami.

nè si può dire che si collabori con un puro comportamento negativo. Nè esiste una necessità di collaborazione, come invece esiste nel contratto di società, dato che la realizzazione degli interessi dei singoli è già raggiunta con la stipulazione del contratto, in base al quale si è acquisito il diritto a quel determinato comportamento passivo.

Vero è che, quando una collaborazione è prevista, normalmente nello stesso contratto di consorzio vengono poste le basi di tale ulteriore collaborazione, ed anzi talora le obbligazioni consorziali vengono assunte in sede di costituzione di una società. Ma sarebbe un errore non solo dal punto di vista della pratica, ma anche dal punto di vista teorico attribuire una importanza preponderante al contratto sociale e considerare le obbligazioni consorziali solo come accessorie e subordinate, e come rilevanti, da un punto di vista giuridico, solo in quanto non contrastino con la disciplina del contratto di società (46).

Parlare, come fa l'ASCARELLI, di negozio indiretto - a parte le riserve che può suscitare siffatto concetto - significa non solo dimenticare che praticamente la società è funzionalmente subordinata agli scopi del consorzio e non viceversa, ma significa parlare di negozio indiretto in una ipotesi in cui più convenientemente deve parlarsi di due distinti negozi giuridici (47), dei quali l'uno (contratto

(46) Nel senso del testo esattamente il SALANDRA, *op. cit.*, pag. 106-107, il quale osserva che la società non ha una ragione di esistere propria ed autonoma, ma è solo uno strumento creato per uso dei consorziati, una società ausiliaria meramente formale.

Non saprei però condividere la tesi della duplice natura del negozio, a seconda che si riguardi nei rapporti interni o nei rapporti esterni. Esattamente rileva l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 124 in nota, che non si può attribuire una duplice natura al negozio, dato che la distinzione tra il lato esterno e il lato interno di un negozio attiene agli effetti del medesimo. In realtà vi sono due negozi, ciascuno dei quali ha una propria disciplina: la diversità degli effetti dipende appunto dalla diversità dei negozi.

(47) Quando si parla di negozio indiretto e con ciò si nega la dualità dei negozi, si dà importanza decisiva ad un elemento che non è decisivo: cioè al fatto che consorzio e società vengano stipulati in un medesimo atto.

Sulla irrilevanza di tale elemento, cfr. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione* (Riv. dir. comm., 1930, II, 495); *Il negozio indiretto e le società commerciali* (Studi per VIVANTE, vol. I, pag. 37); FERRI, *Vendita con esclusiva*, pag. 37; DONATI, *Il contratto di assicurazione in*

di società) è subordinato nella sua esistenza e nel suo svolgimento all'altro (contratto di consorzio) (48); significa pretendere di applicare principi propri di un determinato contratto a un contratto diverso e non suscettibile di analoga disciplina (49).

Lo stesso ASCARELLI si è trovato nella necessità di non spingere agli estremi la sua tesi; così spesso ha ammesso una duplicità di disciplina a seconda che si faccia riferimento ai rapporti consorziali o invece a quelli sociali (50); così altre volte è giunto a risultati analoghi a quelli che si ottengono attraverso la tesi qui seguita, ma in base a principi diversi e agevolmente criticabili (51).

abbonamento, pag. 88; REGELSBERGER, *Vertrag mit zusammengesetzten Inhalt oder Mehrheit von Verträgen* (Jherings Jahrbücher, vol. 48, pag. 497).

Lo stesso ASCARELLI proprio a proposito dei consorzi a pag. 127 nota 10 scrive che il patto di sindacato delle azioni, non ostante che sia contenuto nel contratto sociale, costituisce un contratto distinto da quello di società e non una clausola di quest'ultimo. Lo stesso e a maggior ragione dovrebbe affermarsi per il patto di consorzio.

(48) L'ipotesi del negozio indiretto può essere esatta rispetto alla società organo, ma evidentemente non si giustifica di fronte alla assunzione di obbligazioni ulteriori a carattere continuativo, che l'ASCARELLI stesso (*Consorzi cit.*, pag. 130) dichiara non essere incompatibili con la natura del contratto sociale.

Quando del resto l'ASCARELLI, *op. e loc. cit.*, afferma che gli obblighi consorziali sono disciplinati subordinatamente alle norme generali delle società, dalle norme proprie secondo il loro particolare contenuto, mostra piuttosto di avere presente l'ipotesi di negozio misto che quella di negozio indiretto e di applicare la teoria dell'assorbimento. E certo la ipotesi di negozio misto è più vicina alla realtà; qui infatti non si tratta o non si tratta soltanto di un contratto sociale che viene adoperato per una funzione diversa, ma si tratta di obbligazioni particolari che vengono assunte in aggiunta alle obbligazioni sociali.

(49) Nel senso del testo cfr. FERRI, in *Foro it.*, 1934, I, 1113.

(50) Si vedano ad esempio le considerazioni fatte a pag. 129 in nota, relativamente alla disciplina delle obbligazioni consorziali in sede di liquidazione della società; le altre considerazioni a pag. 131 relative alla duplicità di funzioni degli organi sociali.

(51) Così l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 132 ammette la impossibilità di modificazione da parte dell'assemblea, anche in via di modifica statutaria, delle quote fissate nel contratto, in base al rilievo che si tratti di diritti individuali e inderogabili (ma rinunciabili) dei soci, mentre tale conseguenza più opportunamente deve ammettersi in base alla considerazione che non sono applicabili al consorzio i principi delle società commerciali, ma il principio dell'art. 1123 cod. civ. Il diritto alla quota non è infatti un diritto derivante dal contratto di società,

La conclusione di questi ragionamenti è che i contratti di consorzio non possono classificarsi fra i contratti associativi. Manca infatti la caratteristica fondamentale di tali contratti, e cioè la non coincidenza fra prestazione e realizzazione dell'interesse contrattuale. Le prestazioni non servono ad apprestare i mezzi per attuare una collaborazione, attraverso la quale soltanto può realizzarsi l'interesse contrattuale perseguito da ciascuna delle parti contraenti: ma realizzano esse stesse l'interesse contrattuale, e la collaborazione, in quanto esista, serve appunto ad assicurare l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte (52).

Lo scopo "disciplina della concorrenza", non assume quindi una rilevanza giuridica, ma si pone come fine ultimo, rispetto al quale l'assunzione delle obbligazioni sia il mezzo; non giuoca alcun ruolo nella volontà delle parti e non rientra nella causa contrattuale (53).

La impossibilità di raggiungere tale scopo non costituisce causa di scioglimento del consorzio, mentre invece, come si è visto, costituisce causa di scioglimento del contratto la irraggiungibilità dello scopo, ogni qual volta questo assuma una rilevanza giuridica nel

ma è un diritto derivante da un patto assunto in sede di costituzione di società; non potrebbe pertanto esattamente parlarsi di diritto individuale (così FERRI, *op. e loc. cit.*).

(52) La possibilità di più negozi che siano connessi e che si trovino in posizione di subordinazione è già stata ammessa dalla dottrina. Si vedano in proposito ENNECERUS, *Allgemeiner Teil*, in *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* di ENNECERUS KIPP WOLFF, vol. I, parte II, pag. 209, ove è enunciata una categoria di contratti collegati (*Verbindungen mit gegenseitiger oder einseitiger Abhängigkeit*). Cfr. anche FERRI, *Le polizze di abbonamento nelle assicurazioni* (Studi Urbinati, 1936, pag. 25 dell'estratto).

Nel caso concreto si avrebbe un rapporto di dipendenza unilaterale.

(53) Occorre osservare che la dottrina tedesca, la quale nella sua maggioranza ravvisa nei cartelli un contratto di società (in questo senso cfr. FLECHTHEIM, *op. cit.*, pag. 144; GEILER, *op. cit.*, pag. 28; CALLMANN, *op. cit.*, pag. 116 e seg.), non considera come scopo dei cartelli "la disciplina della reciproca concorrenza", bensì il predominio monopolistico del mercato. Ora rispetto a questo scopo le obbligazioni consorziali effettivamente si pongono come mezzo e valgono a realizzare l'interesse contrattuale, sicchè potrebbe discutersi se non possano ricomprendersi i cartelli nella categoria dei contratti associativi. Senonchè la discussione avrebbe poco interesse, dato che questo scopo, almeno in Italia, non corrisponde a quello perseguito attraverso i contratti di consorzio.

contratto. Non può parlarsi quindi dei consorzi come di un tipo contrattuale che abbia una propria individualità giuridica: la varietà delle prestazioni, data la irrilevanza dello scopo economico, non consente di unificare sotto un unico tipo contrattuale la molteplicità degli schemi contrattuali che la pratica offre. Si avrà una molteplicità di contratti diversi, a seconda della diversa natura delle prestazioni e a seconda del diverso modo di combinarsi fra loro.

*
* *

Tale diversa natura dei contratti di consorzio non toglie però che essi possano raggrupparsi in una categoria unitaria: in sostanza il contenuto di tutti tali contratti è identico, se pure diversa sia la loro conformazione.

La considerazione dei consorzi come categoria contrattuale, se permette di eliminare i dubbi fin qui rilevati, permette anche di cogliere gli elementi comuni, di porre dei concetti generali valevoli per tutti i tipi di contratto. Appunto nel rilievo di tali elementi comuni e di tali principi generali sta l'interesse preponderante della presente indagine, la quale dovrebbe considerarsi poco fruttuosa se dovesse risolversi in una semplice critica delle opinioni altrui (54).

(54) In realtà, nonostante la negata ammissibilità di un concetto unitario di cartello e nonostante la esclusione che il cartello possa farsi rientrare nel concetto di associazione in genere e in quello di società in specie, i risultati che si raggiungeranno non saranno molto diversi da quelli raggiunti dalla precedente dottrina.

In sostanza, quando il SALANDRA afferma che il contratto di consorzio è un contratto di società civile o qualche cosa di molto affine, vuole applicare ai consorzi i principi che sono propri dei contratti di durata e dei contratti posti in essere in considerazione di determinate qualità o attività personali del contraente. Orbene per raggiungere tale risultato il SALANDRA deve ritenere che il concetto di società commerciale non coincide con il concetto di società civile; che l'art. 1697 cod. civ. abbia carattere dispositivo e che pertanto non siano vincolanti per determinazione del concetto di società gli elementi previsti in tale articolo; che infine una collaborazione possa attuarsi anche con un comportamento puramente negativo.

Orbene appare evidente che la applicazione dei principi richiamati dal SALANDRA è possibile senza affrontare ostacoli così gravi e questioni così delicate

La identità del risultato economico che i consorzi perseguono influisce entro certi limiti anche nel campo giuridico (55).

Influisce sicuramente nella scelta dei mezzi giuridici: un determinato scopo pratico non può essere raggiunto se non attraverso determinati schemi giuridici, i quali, data la funzione unitaria cui adempiono, debbono presentare determinati elementi comuni, produttivi di effetti giuridici tipici.

a) Anzitutto i consorzi presuppongono la stabilità del rapporto giuridico: la limitazione della attività economica dell'imprenditore, sia che si attui attraverso obbligazioni negative sia che si attui attraverso obbligazioni positive di dare o di fare, non avrebbe in pratica nessun effetto se il vincolo giuridico non avesse una durata nel tempo. È necessario perchè lo scopo pratico possa essere raggiunto che gli effetti del contratto perdurino o si ripetano nel tempo con quella continuità o con quel ritmo che è previsto nel contratto nella ipotesi di obbligazioni positive.

Ciò importa che i contratti di consorzio sono dei contratti di durata (56) e che a tutti siano applicabili i principi che di questi sono propri. Naturalmente, la durata del contratto potrà essere indeterminata e, a seconda della ipotesi che si verifichi in pratica,

e senza ricorrere a concetti così approssimati, in base alla considerazione della struttura dei contratti di cartello.

La tesi del SALANDRA si adegua un po' a quella parte della dottrina tedesca (SILBERSCHMIDT, *Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1916, pag. 465), la quale parla di *gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnisse* rispetto a negozi i quali, pur non avendo nulla in comune con il contratto di società, tuttavia sono improntati alla fiducia e alla durata.

(55) Osserva l'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 18, che "non si deve dimenticare il parallelismo economico di istituti giuridici diversi, parallelismo spesso tutt'altro che irrilevante anche giuridicamente".

(56) Il concetto di contratto di durata non ha avuto nella dottrina italiana una specifica considerazione: si vedano tuttavia le considerazioni del FERRI, *Vendita con esclusiva*, pag. 21 e seg., ed ivi la contrapposizione fra contratti di durata e contratti ad esecuzione istantanea, sostanzialmente ripresa dal RAVÀ T., (*Foro it.*, 1937, I, 386). Fondamentale in proposito è il lavoro del GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse* (*Jherings Jahrbücher*, vol. 64, 1914, pag. 356). Si vedano anche KRUECKMANN, *Einige Bemerkungen zu den dauernden Schuldverhältnissen* (*ibid.*, vol. 66, 1916, pag. 3); GSCHNITZER, *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht* (*ibid.*, vol. 76, 1926, pag. 365).

si applicheranno i principi dei contratti a tempo determinato o a tempo indeterminato.

In conseguenza di questa loro caratteristica, l'inadempimento da parte di alcuno dei contraenti importerà lo scioglimento del contratto per giusti motivi, ogni qualvolta l'inadempimento sia talmente grave da non consentire l'ulteriore prosecuzione del contratto (57).

Lo scioglimento per giusti motivi, contrariamente a quanto si afferma da parte della dottrina (58), è possibile anche quando il contratto di consorzio sia contenuto nell'atto costitutivo di una società commerciale, la quale funzioni da ufficio di vendita. Come si è rivelato, un tal modo di formazione del contratto di consorzio non importa menomamente che questo non debba considerarsi come un contratto distinto ma invece come una appendice del contratto di società commerciale, del quale debbano applicarsi i principi, fra cui quello della impossibilità di scioglimento per giusti motivi.

Questa conseguenza non deriva dal fatto che il contratto abbia una pluralità di parti, essendo esplicitamente consentito lo scioglimento per giusti motivi rispetto alla società civile (art. 1735 cod. civ.), nè d'altra parte può essere precluso dalla esistenza di una società commerciale accanto al consorzio, non potendo la disciplina di quel contratto influire sulla disciplina del consorzio, rispetto al quale si trova in posizione di subordinazione (59).

(57) A questo proposito, agli autori citati alla nota precedente, *adde* OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza* (Riv. dir. civ., 1913, pag. 484 e seg.); DONATI, *Il contratto di assicurazione in abbonamento*, pag. 100 e seg.

(58) Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 125, nota 7. Questo autore ammette uno scioglimento per giusti motivi del rapporto derivante dalle obbligazioni consorziali solo in sede di liquidazione della società. In realtà, se il vincolo sociale per effetto della liquidazione si trasforma e non si scioglie, non si vede come si possa sciogliere il rapporto consorziale quando si ritenga che le obbligazioni formino parte integrante del contratto sociale che rimane in piedi. Del resto, in pratica la liquidazione della società potrà essere una conseguenza dello scioglimento del consorzio, ma non anche questo la conseguenza della liquidazione della società.

(59) Piuttosto lo scioglimento del consorzio per giusti motivi determinerà altresì lo scioglimento della società creata per il migliore raggiungimento degli scopi del consorzio, data la connessione e la dipendenza sopra rilevata. Lo scioglimento della società non sarà però basato sulla esistenza di giusti motivi, bensì sulla impossibilità di raggiungere lo scopo sociale (art. 189, n. 2 cod. comm.).

b) Si tratta in secondo luogo di contratti stipulati in considerazione della attività economica dei singoli imprenditori: di contratti *intuitu rei* (60), come si dice in dottrina, per distinguerli dai contratti *intuitu personae*.

Nel contratto di consorzio non vengon infatti in considerazione le qualità personali intrinseche del contraente, ma viene in considerazione l'attività economica che il contraente svolge.

Non si può parlare di contratti di fiducia in senso tecnico (61), non può quindi affermarsi la intrasmissibilità del rapporto agli eredi come normalmente si ammette a norma dell'art. 1127 cod. civ. per i contratti di fiducia. Sarebbe tuttavia un errore assimilare i consorzi alle obbligazioni *propter rem*, come invece ritiene di poter fare il SALANDRA (62). Le obbligazioni vengono assunte in considerazione dell'esercizio di una impresa, ma si tratta di puri vincoli personali e non anche di vincoli che gravano sulla impresa e che insieme a questa passano a carico del nuovo titolare.

La caratteristica di contratti *intuitu rei* ha una rilevanza nel campo giuridico: la persistenza del contratto e la partecipazione al consorzio trovano la loro base nello svolgimento di quella determinata attività economica (63). La cessazione o la trasmissione dell'impresa importa cessazione del vincolo contrattuale e giusto motivo di scioglimento del consorzio o di esclusione di quel determinato membro.

(60) Cfr. in questo senso SALANDRA, *op. cit.*, pag. 81; FERRI, *Fusione*, pag. 231 in nota. L'ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 57 e seg. parla di contratti di categoria. Non manca però chi parla di contratti *intuitu personae*: così TCHERNOFF, *op. cit.*, n. 246, 247.

(61) Sui contratti di fiducia, vedi CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, pag. 2 e seg.; FERRI, *Vendita con esclusiva*, pag. 30 e seg.; RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte* (*Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 119, pag. 3 e seg.); SILBERSCHMIDT, *op. cit.*, pag. 465.

(62) SALANDRA, *op. cit.*, pag. 80 e seg.

(63) Normalmente, essendo questo un punto vitale della disciplina dei cartelli, i contratti esplicitamente prevedono le conseguenze della cessazione o della alienazione dell'azienda. Ma, a prescindere da qualsiasi previsione, si deve arrivare alla conclusione che per effetto della cessazione della attività economica, in considerazione della quale il contratto fu posto in essere, si determina un giusto motivo di scioglimento del contratto.

Vedi per una particolare applicazione di questo concetto alla ipotesi di liquidazione, SOTCIA, *I contratti nella liquidazione*, pag. 45 e seg.; FERRI, *Fusione*, pag. 239.

In sostanza lo svolgimento della attività economica assume nella economia contrattuale lo stesso rilievo, che assumono le qualità personali del contraente nei contratti intuitu personae. Gli uni e gli altri hanno una comune disciplina, solo che diverso è l'elemento che nelle due ipotesi assume rilevanza giuridica (64).

c) Rispetto a talune ipotesi di consorzi (quelli senza accertamento di vendita) si è parlato di contratti normativi unilaterali (65). Di fatti con la convenzione di cartello le parti si obbligano ad osservare un determinato comportamento nei successivi contratti che esse concluderanno: si tratterebbe peraltro di contratti normativi unilaterali, perchè mirano non tanto a preconstituire la disciplina per i futuri rapporti che eventualmente si pongano in essere fra i contraenti, quanto ad imporre una determinata linea di condotta nei riguardi dei terzi.

Tutta la questione evidentemente dipende dal concetto che si ha di contratto normativo. Indubbiamente se per contratto normativo si intende qualsiasi contratto che imponga come norma un determinato comportamento, anche i cartelli vi rientrano (66), ma se tale espressione viene assunta in quel significato che solo può giustificare la creazione di una particolare categoria di contratti - e cioè nel senso di un contratto che mira a predisporre la disciplina di eventuali futuri rapporti, in modo che questi automaticamente vi vengano assoggettati, salva esplicita modificazione (67) - i cartelli evidentemente esulano da tale categoria.

(64) Vedi la conseguenza di tale diversità a proposito della fusione delle società commerciali in FERRI, *Fusione*, pag. 228 e seg.

(65) Sul concetto di contratto normativo, oltre al mio studio su *L'obbligo legale a contrattare* (Riv. dir. civ., 1932, pag. 106 e seg.), cfr. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* (Riv. dir. comm., 1904, I, 408 e seg.); COVIELLO L., *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica*, pag. 73; BONELLI, *Della cambiale, dell'assegno bancario e del contratto di conto corrente* (Cod. comm. commentato del Vallardi, pag. 849); SALANDRA, *I contratti di adesione* (Riv. dir. comm., 1928, I, 408); ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi* (Studi per VIVANTE, vol. II, pag. 521); BARBERO, *Il contratto tipo nel diritto italiano*, pag. 69 e seg.; e, nella letteratura tedesca, HUECK, *Normenverträge* (Jherings Jahrbücher, vol. 73, pag. 40).

(66) In questo senso HUECK, *op. e loc. cit.*; ASQUINI, *op. e loc. cit.*; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 33.

(67) In questo senso COVIELLO L., *op. e loc. cit.*; BONELLI, *op. e loc. cit.*; REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale*, parte I, pag. 15 e seg.; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 87.

E in verità ci sembra che solo in questa più ristretta accezione possa parlarsi di contratto normativo. È da un lato l'automaticità della applicazione della disciplina predisposta col contratto normativo ai futuri rapporti, d'altro lato la mancanza di un vincolo attuale che permettano di considerare separatamente tale categoria di contratti. E l'uno e l'altro elemento mancano nelle ipotesi di cartello: manca l'automaticità della applicazione, in quanto il comportamento fissato nel contratto riguarda i rapporti con i terzi e non anche i rapporti fra contraenti; manca la assenza di un vincolo attuale, dato che con il cartello si assume l'impegno di osservare quel determinato comportamento (68).

Ma anche a volere accogliere il concetto più ampio di contratto normativo, neppure sempre ne sussisterebbero gli estremi: di contratto normativo potrebbe parlarsi nei cartelli di prezzi e di condizioni contrattuali, ma non anche nei cartelli di zona, ecc. (69).

d) Si è parlato ancora - e questa volta a proposito di tutti i consorzi - di contratti di categoria. Da ciò si è voluto dedurre che i contratti di consorzio sono contratti aperti e possono assimilarsi ai sindacati operai e professionali (70).

A mio avviso, non troverei nulla a ridire se con la espressione contratti di categoria si volesse intendere solo la necessità di svolgimento di una determinata attività economica da parte dei singoli partecipanti. Ma, quando si paragonano i consorzi industriali ai sindacati professionali, si dice qualche cosa di più, che non mi trova consenziente.

Perchè tale paragone sia lecito, bisognerebbe potere affermare che l'azione dei consorzi industriali riguarda i rapporti fra categoria e categoria e non anche i rapporti interni di una unica categoria; bisogne-

(68) Il REDENTI, *op. cit.*, pag. 17, chiaramente distingue l'ipotesi in cui si mira a predisporre la disciplina di altri eventuali e futuri contratti, dall'ipotesi in cui vi è un impegno di ciascuno dei contraenti nei confronti di tutti gli altri a non derogare. In queste ipotesi, il regolamento preventivo dei rapporti eventuali e futuri diventa materia e presupposto della contrattazione di non derogare; ed al momento dell'accordo preventivo vi è già un intento economico attuale: quello di prevenire la conclusione di contratti disformi.

Naturalmente solo rispetto a queste ipotesi è possibile distinguere fra contratti normativi unilaterali e contratti normativi bilaterali.

(69) Cfr. anche SALANDRA, *op. cit.*, pag. 86.

(70) Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 57 e seg.; SALANDRA, *op. cit.*, pag. 78 e seg.

rebbe potere affermare che i contratti di cartello mirano a imporre il monopolio nel mercato e non anche a disciplinare la reciproca concorrenza fra imprenditori. Ora la imposizione di un monopolio nel mercato potrà rispondere anche alla tendenza ultima dei consorziati, ma per i consorzi volontari non costituisce l'espressione di una realtà concreta.

In verità i consorzi non mirano ad imporre la volontà di una categoria ad un'altra categoria, ma mirano a disciplinare i rapporti di più imprenditori di una medesima categoria (71).

Basta infatti considerare un po' la pratica contrattuale per rendersi conto di come i consorzi volontari non realizzino menomamente l'interesse di categoria, ma realizzano solo l'interesse egoistico dei singoli membri.

Non si tratta di contratti aperti, i quali consentano la partecipazione di nuovi membri: l'ingresso di un nuovo imprenditore necessariamente determina una variazione nella quota e nella posizione raggiunta nella organizzazione consorziale, e questo vuole essere assolutamente evitato.

Il consorzio mira alla conciliazione su determinate basi dell'interesse antitetico dei singoli imprenditori, importa una posizione di compromesso e non anche la unione di più forze per il raggiungimento di un interesse comune.

Con ciò non si esclude che la evoluzione dei consorzi possa trasformarne la natura e farne dei contratti di categoria: si vuole solo rilevare che questa è piuttosto la espressione di una tendenza che la rappresentazione di una realtà.

MARIO STOLFI

Prof. inc. nell'Università di Urbino

(71) Di questo si è pur reso conto l'ASCARELLI, quando pone come causa dei cartelli e come loro funzione economica la disciplina della reciproca concorrenza; quando parla di contratti plurilaterali mentre per le associazioni parla di atto complesso, ecc.