

ANDREA ZOPPINI
Prof. ord. dell'Università di Roma Tre

MODO DI PRODUZIONE CAPITALISTICO E CONTRATTI DI IMPRESA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una discontinuità nel modo di produzione capitalistico. – 3. Il rapporto tra il nuovo modo di produzione capitalistico e il diritto. – 4. Le implicazioni sul diritto dei contratti. – 5. Congedo.

1. – Mi provo qui a riflettere sul rapporto tra modo di produzione capitalistico e diritto privato, un obiettivo sicuramente troppo ambizioso che tuttavia intreccia i miei interessi e studi più recenti. Non posso neanche tentare delle risposte, per quanto provvisorie, quanto piuttosto intendendo sollevare interrogativi e suggerire taluni spunti di riflessione, rivolti innanzitutto a me stesso e, forse, a coloro che avranno la cortesia di leggere queste pagine⁽¹⁾.

L'interrogativo che pongo è, nella sostanza, se la discontinuità nel modo di produzione capitalistico cui assistiamo si rifletta, o possa riflettersi, sulla teoria del contratto e poi, più specificamente, sulla teoria dei contratti di impresa.

La legittimità della domanda la traggo da una pagina di Tullio Ascarelli, che leggo nella *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, dove espressamente afferma che molti problemi interpretativi – anche nella teoria del contratto – nascono dalla cesura tra una realtà economica ormai caratterizzata dalla produzione industriale di massa e le categorie giuridi-

⁽¹⁾ Conserva sicuro interesse, sia pure in termini generali, l'analisi di C.J. MILHAUPT - K. PISTOR, *Law & Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago – London 2008; e così pure J. COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna 1981.

Taluni dei contenuti qui esposti erano già stati anticipati in una conferenza tenuta al King's College il 1° dicembre 2023 (poi parzialmente pubblicata in *La Repubblica, Affari e finanza*, lunedì 18 dicembre 2023, p. 15) e nella relazione tenuta, sempre all'Accademia dei Lincei, in occasione dei centovenți anni della Rivista di diritto commerciale (pubblicata con il titolo *Contratti civili e commerciali, un tentativo di sguardo prospettico*, in *La Rivista del Diritto Commerciale e la cultura giuridica. 120 anni*, Padova, 2024, p. 59 ss.).

che di cui disponiamo, elaborate prima di quella⁽²⁾. Quarant'anni dopo, Carlo Angelici, da un'altra angolatura, riproporrà lo stesso tema: quello che costituisce una deviazione dal modello dell'autonomia privata e, allora, una patologia del contratto, in quanto viene eliso il negoziare e il comune accordarsi su un programma contrattuale, rappresenta invece la normalità nella programmazione ordinata d'impresa, che nell'accesso al mercato esige l'uniformità degli impegni assunti con i consumatori⁽³⁾.

Nel compulsare taluni libri che affrontano il tema dell'avvicinarsi dei paradigmi produttivi, il dubbio più radicale che sorge è se (e, allora, in che misura) oggi siamo di fronte a un *nuovo* modo di produzione capitalistico e se chi verrà dopo di noi, magari tra cinquanta o cento anni, guarderà a noi un po' come noi guardiamo alla *Gilded Age*, cioè all'età dell'oro del liberalismo dell'Ottocento, in cui – al di fuori di ogni regola – si accumularono enormi fortune e ove si affermarono i capitalisti che segnarono poi la storia economica del Novecento⁽⁴⁾.

È bene muovere, pertanto, dall'interrogativo se quello che definiamo tecno-capitalismo – o capitalismo della sorveglianza, capitalismo dell'informazione, tecno-feudalismo⁽⁵⁾ – effettivamente individui una discontinuità così significativa⁽⁶⁾.

Rispetto ad esso vengono normalmente sollevate due obiezioni. La prima è che si tratta sempre dello stesso vecchio capitalismo, che si è limitato a sostituire la macchina da scrivere e la corrispondenza cartacea con il computer e la posta elettronica. La seconda obiezione è che, per quanto pervada la nostra vita, si tratta pur sempre d'un fenomeno economicamente marginale. Se guardiamo, infatti, agli Stati Uniti, esso riguarda – forse non sono dati aggiornatissimi – circa il 6% del PIL e il 2,5% della

(2) T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, Milano 1956.

(3) C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari 2002.

(4) Seppure in termini più generali P. MASON, *Postcapitalism. A Guide to our Future*, London 2015.

(5) Per qualche spunto v. K. PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton 2019 (in relazione al quale si vedano le riflessioni critiche di F. PENZ – K.J. LINGNAU, *Der Code des Kapitals und die Rolle des Rechts im Kapitalismus*, in *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2023, p. 1183 ss.); S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York 2019; nonché, C. DURAND, *Techno-féodalisme. Critique de l'économie numérique*, Paris 2020. Ma v. anche A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli 2020.

(6) Si vedano, ad es., gli spunti in A. SUPLOT, *La Gouvernance par le nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Nantes 2015.

forza lavoro. Il sistema capitalistico tradizionale è, come si vede, tuttora prevalente.

In realtà, rispetto a questa seconda obiezione, trovo molto convincente la considerazione secondo cui nulla ha cambiato di più il primo capitalismo rispetto a quello che è considerato il secondo, cioè quello fordista, quanto l'energia elettrica e il vapore. Tuttavia, se Edison inventò la lampadina elettrica nel 1879, la prima centrale elettrica negli Stati Uniti è stata costruita nel 1881 e, nell'anno 1900, solo il 5% delle industrie americane avevano motori alimentati ad elettricità.

In altri termini, il cambiamento del paradigma è significativo al di là dell'impatto che immediatamente determina, e il caso dell'affermazione dell'energia elettrica nella trasformazione industriale a cavallo tra Ottocento e Novecento offre in tal senso una prova emblematica.

Quanto alla prima obiezione, dico subito che intendo assumere in tesi e dare credito al fatto che oggi siamo di fronte ad un nuovo ordine economico, ad una nuova forma di mercato, ad una nuova logica dell'accumulazione capitalista, a nuove forme di potere sociale⁽⁷⁾.

È evidente che io mi occuperò e proverò a individuare le caratteristiche di questa trasformazione nella struttura dell'impresa e come ciò si rifletta sulla teoria del contratto, ma sono ben consapevole che essa ha un impatto molto significativo su talune pietre angolari della convivenza civile⁽⁸⁾ e sulla stessa idea di sovranità⁽⁹⁾. Esse riguardano, da un lato, il connubio storico, che appare oggi in crisi, tra capitalismo e democrazia⁽¹⁰⁾; dall'altro, più profondamente, il rapporto tra tecnica e diritto: ossia a come la tecnica e la tecnologia possano, secondo taluni, addirittura sostituire la regola giuridica nel determinare e aggiudicare la priorità nelle relazioni umane⁽¹¹⁾. Sono temi evidentemente molto pregnanti, che tra-

(7) Su quest'ultimo profilo si v. in part. G. RESTA, voce *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. dir., Tematici*, vol. *Potere e costituzione*, a cura di M. CARTABIA – M. RUOTOLO, Milano 2023, p. 1008 ss.

(8) Ad es. S. GRUMBACH, *L'empire des algorithmes. Une géopolitique du contrôle à l'ère de l'anthropocène*, Malakoff 2022 e anche il saggio scritto con V. ZENO-ZENOVICH, *A Painful Divorce: Law vs Digital Technologies*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2024, I, p. 1 ss.

(9) Cfr. L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati*, in *Il Mulino*, 2024, I, p. 14 ss., spec. p. 18 ss., ed EAD., *Lo stato digitale. Una introduzione*, Bologna 2023. V. anche A. BRADFORD, *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford 2023.

(10) Cfr. C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Washington D.C. 2016.

(11) M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Cheltenham-Norhampton 2016. Sul punto, in termini generali, si vedano altresì le riflessioni di N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli 2007, *passim*, nonché gli spunti contenuti nel recente

scendono sicuramente non solo le mie forze e le mie capacità, ma anche il più ristretto ambito di questa trattazione.

Che quello sollevato costituisca un tema di riflessione generale non può tuttavia dubitarsi, così come è evidente la ricerca, talora affannosa, d'una spiegazione generale di quanto accade. Nell'ambito delle riflessioni di carattere generalissimo, che vanno sicuramente molto al di là del contributo che può offrire un giurista, non è certamente un caso che l'anno record di vendita de *Il Capitale* di Karl Marx, dopo il 1917, è stato il 2008. Mentre il 1917 può spiegarsi agevolmente, potrebbe apparire sorprendente il successo registrato nel 2008, se non fosse che la crisi nel capitalismo che si è prodotta tra il 2008 e il 2012 ha posto a tutti l'esigenza di ricercare delle risposte di carattere generale e per così dire strutturali⁽¹²⁾. Nello stesso senso può spiegarsi la fortuna che ha avuto il libro di Thomas Piketty⁽¹³⁾, il quale ha provato a racchiudere in una formula matematica la crisi di sviluppo capitalistico e la crescita inesorabile delle diseguaglianze che esso determina.

2. – Detto questo, proverò a individuare tre profili che a me sembra identifichino e confermino l'esistenza di una *discontinuità* nel modo di produzione capitalistico.

Il primo è rappresentato dalla crisi del modello fordista. Esso postula – volendo semplificare al massimo – che una maggiore produzione si associa a più investimenti e più ore lavorate; e, quindi, che vi sia uno stretto collegamento tra investimenti nell'impresa, forza lavoro e, se si guarda alle imprese quotate, capitalizzazione di borsa.

Si tratta di un nesso che pareva inscindibile e che si è spezzato: se consideriamo l'attuale fase del capitalismo, il fatturato dell'impresa, il numero dei dipendenti e la capitalizzazione di borsa sono variabili disallineate, potendo gli uni prosperare o deprimersi autonomamente rispetto agli altri. Non a caso, gli economisti parlano di *scales without mass*, in quanto si possono realizzare economie di scala senza costi ulteriori per l'organizzazione aziendale. Oggi, Netflix può agevolmente raddoppiare il volume d'affari senza dover raddoppiare il numero di lavoratori o gli

saggio di M.R. FERRARESE, *Normatività in competizione. Economia e tecnologie digitali erodono lo spazio del diritto?*, in *R. crit. d. priv.*, 2024, p. 9 ss.

⁽¹²⁾ V. ad es. R. POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge (Mass.)-London 2008.

⁽¹³⁾ T. PIKETTY, *Le Capital au XXI^e siècle*, Paris 2013; ma si v. in senso diametralmente opposto la pubblicazione del Cato Institute, a cura di N. LECAUSSIN – E. MARTIN, *Anti-Piketty. Capital for the 21st-Century*, Washington 2017.

investimenti in beni strumentali. Facebook ha una rilevante capitalizzazione di borsa, ricavi contenuti e un numero assai esiguo di dipendenti. Google ha acquistato YouTube per 1.6 miliardi di dollari quando quest'ultima impiegava solo sessantacinque persone, di cui la metà ingegneri altamente qualificati (come dire: una valorizzazione di 25 milioni di dollari per lavoratore). Un libro che ha provato a dimostrare il significato questo cambiamento nella maniera più profonda è *Capitalism without Capital* di Jonathan Haskel e Stian Westlake⁽¹⁴⁾.

D'altra parte, un indizio normativo rivelatore del diverso rilievo giuridico del fenomeno economico di cui si discute si deriva dall'introduzione della disciplina delle così dette *killer acquisition*, che sono quelle operazioni in cui imprese di grandi dimensioni acquistano piccole o piccolissime imprese concorrenti, a esempio *start up* ad alto contenuto tecnologico, al fine di eliminare un concorrente prospettico (art. 6, comma 1°, l. 10 ottobre 1990, n. 287). A dimostrazione che il diritto della concorrenza non ragiona più sulla base delle soglie dimensionali delle imprese interessate e delle quote di mercato attuali.

Il secondo punto attiene alla circostanza per cui i valori immateriali hanno trasformato profondamente il mercato e determinato una rilevante cesura tra le risorse fisiche e il valore che esse sono in grado di generare⁽¹⁵⁾.

Anche qui, se si volesse collegare un libro a questa ampia tematica, sceglierei *The Vanishing American Corporation* di Gerald Davis⁽¹⁶⁾. L'autore dimostra che la grande impresa è stata un fenomeno storicamente confinato e transeunte e che il modello dell'impresa caratterizzato dai valori immateriali concentra la propria attività caratteristica nei marchi e

⁽¹⁴⁾ J. HASKEL – S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton 2018.

⁽¹⁵⁾ J. HASKEL – S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, cit., *passim*; e degli stessi AA., *Restarting the Future: How to Fix the Intangible Economy*, Princeton 2022. Ma sul tema meritano di essere riletti F. GALGANO – S. CASSESE – G. TREMONTI – T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazioni*, Bologna 1993 e così pure G. DE NOVA – B. INZITARI – G. TREMONTI – G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano 1991 (su cui la *recensione* di A. GAMBARO, in *Quadr.*, 1991, p. 649 ss.), nonché, volendo, il mio *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in questa *Rivista*, 2000, I, p. 185 ss.

⁽¹⁶⁾ G.F. DAVIS, *The Vanishing American Corporation: Navigating the Hazards of a New Economy*, Oakland (CA) 2016; seppure in termini assai descrittivi si v. anche J. KAY, *The Corporation in the 21st Century. Why (almost) everything we are told about business is wrong*, New Haven-London 2024.

nel *design*, mentre esternalizza in maniera significativa la produzione, riducendo drasticamente i propri costi fissi e il numero dei dipendenti⁽¹⁷⁾.

Il modello di riferimento di questa tipologia di impresa è costituito dalla Nike e si parla, appunto, di *nikefication* per indicare quei processi di organizzazione imprenditoriale che riducono l'impresa agli elementi per lo più immateriali generatori del valore, mentre si ricorre al contratto per tutto quanto possa essere replicabile dal mercato (si pensi, d'altra parte, al fatto che, nel mercato delle comunicazioni, un'impresa che dichiara di avere qualche centinaio di dipendenti in Italia è in grado di fare concorrenza all'operatore *incumbent* che ha decine di migliaia di dipendenti).

Provocatoriamente, in un'altra occasione, mi è sembrato di poter sostenere che si tratta di una sorta di rivincita del contratto sull'impresa, nel senso che il contratto è più conveniente dell'organizzazione gerarchica dei fattori produttivi. D'altra parte, come insegnato da Ronald Coase, le imprese esistono perché riescono a realizzare talune operazioni economiche a un costo minore di quello associato alla contrattazione di mercato⁽¹⁸⁾.

Il terzo punto rilevante concerne il fatto che è notevolmente mutato il paradigma della creazione del valore, così come il diritto di proprietà non costituisce la modalità 'tipica' di accesso e selezione delle risorse scarse⁽¹⁹⁾.

La catena di montaggio – che Henry Ford crea pensando al processo di macellazione automatizzata dei maiali a Chicago – rappresenta plasticamente il paradigma d'un sistema lineare nel quale si aggiungono progressivamente componenti ulteriori, che accrescono il valore del prodotto o del servizio, sino ad esitare nell'accesso unidirezionale al mercato di destinazione tipico del bene realizzato (se produco libri venderò i medesimi in una libreria, ma non penserò di proporli a un negozio dove si commerciano articoli ortofrutticoli)⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Per un'analisi si v. H. TANEJA, *Unscaled: How AI and a New Generation of Upstarts Are Creating the Economy of the Future*, New York 2018.

⁽¹⁸⁾ R.H. COASE, *The Nature of The Firm*, in *Economica*, 1937, p. 386 ss. V. anche, seppure in una diversa prospettiva, A. SUPLOT, *The Dogmatic Foundations of the Market (Comments illustrated by some examples from labour law and social security law)*, in *Industrial Law Journal*, 2000, p. 321 ss.

⁽¹⁹⁾ Merita per altro verso essere richiamato il libro di A. PERZANOWSKI – J. SCHULTZ, *The End of Ownership. Personal Property in the Digital Economy*, Cambridge (Mass.)-London 2016.

⁽²⁰⁾ Cfr. G.F. PARKER – M.W. VAN ALSTYNE – S.P. CHOUDARY, *Platform revolution. How Networked Markets Are Transforming the Economy and How To Make Them Work For You*, New York – London 2017, p. 6, ove si evidenzia come l'attuale configurazione della catena di creazione del valore segni il passaggio da una struttura lineare (*pipeline structure*) a una struttura reticolare (*platform structure*), fondata sulla centralità del ruolo di intermediazione svolto dalle piattaforme digitali.

La catena di produzione del valore oggi descrive, invece, una matrice complessa nella quale, assieme alla esternalizzazione del processo produttivo, si registrano la concorrenza di apporti interni ed esterni nel coordinamento di fattori che si pongono, almeno per una parte, al di fuori del controllo manageriale⁽²¹⁾.

Nei mercati nei quali la tecnologia ha ridisegnato, se non cancellato, le barriere di accesso, ciò che si pone all'esterno dell'impresa è controllato dagli utenti o dai consumatori e ha un ruolo talora superiore nella creazione del valore rispetto ai fattori produttivi tradizionali di cui si avvale l'impresa (e che sono nel controllo dei soci o del *management*). Il servizio di trasporto urbano più diffuso al mondo, Uber, non dispone in termini proprietari dei fattori della produzione, ma opera attraverso un controllo informativo sia sui conducenti sia sui consumatori.

L'importanza di ciò che si pone al di fuori dell'impresa, e ne determina in maniera così significativa la reputazione e il valore, consente di suggerire una spiegazione, parzialmente diversa da quella che normalmente si ascolta, allo *stakeholderism* e all'insistenza sul rispetto dei parametri che si racchiudono nell'acronimo ESG (ossia *Environmental, Social, and Governance*). Perché rispetto a un modello imprenditoriale che ritiene che l'unico obiettivo dell'impresa sia produrre valore per gli azionisti, dunque all'interno d'un paradigma tutto centrato sul controllo dei beni e dei valori aziendali, lo *stakeholderism* sposta il punto di osservazione e di rilevanza anche economica del fenomeno imprenditoriale all'esterno dell'impresa⁽²²⁾. In particolare, lo *stakeholder value* guarda alla capacità dell'impresa di generare valore anche per i soggetti ad essa esterni, ma con cui intrattiene relazioni qualificate. Parimenti ciò modifica in maniera significativa il criterio di valorizzazione dell'impresa, in quanto rispetto a parametri di valutazione centrati sui flussi di cassa attesi dai beni aziendali (*discounted cash flow*), oggi si guarda in misura significativa alle interazioni che si producono con e fuori dell'impresa.

Parallelamente, oggi i mercati hanno in gran parte perso le loro barriere e i loro caratteri distintivi, per cui i confini tra i mercati sono divenuti friabili ed esiste una capacità molto significativa di travasare la dominanza

(21) Un'illustrazione sintetica ma puntuale si legge nell'articolo apparso sulla stampa quotidiana di I. PAIS, *Nel lavoro del futuro clienti e algoritmi sono i veri padroni*, in *La Repubblica*, venerdì 20 settembre 2024, p. 17.

(22) Cfr. U. TOMBARI, *"Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria*, Milano 2019; R. ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna 2021; A. GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna 2022.

che si genera su un mercato verso gli altri. Il caso di scuola, di cui tutti discutono, è quello di Amazon, che è un ipermercato globale, come Walmart, ma è anche un produttore di *hardware* come Apple, un *utility* come Con Edison, un distributore di video come Netflix, un editore di libri come Random House, uno studio di produzione cinematografica come Paramount, una rivista letteraria come *The Paris Review*, un corriere di generi alimentari come FreshDirect; un giorno potrebbe essere un servizio di pacchi, come UPS (come noto il suo fondatore e presidente esecutivo, Jeff Bezos, possiede anche un importante quotidiano, il Washington Post) (23).

3. – È possibile delineare, a questo punto, taluni riflessi di ordine generale riguardanti il rapporto tra il fenomeno che ho descritto – espressione di un nuovo modo di produzione capitalistico – e il diritto. In particolare, tre sono i profili che (a me) paiono meritevoli di analisi (24).

Il primo è la privatizzazione delle risorse intangibili. Dati ormai non sovvertibili rivelano che negli ultimi vent'anni le domande di privativa industriale sono esplose e il diritto è uno strumento fondamentale nell'appropriazione esclusiva dell'idea creativa (25). La rappresentazione grafica di tale tendenza è ben rappresentata dalla così detta 'curva di Mickey Mouse', in quanto ogni volta che i diritti sui personaggi disegnati da Walt Disney erano prossimi alla scadenza, e stavano per entrare nel pubblico dominio, il Congresso degli Stati Uniti ha approvato un'estensione nella durata del *copyright*.

Si tratta d'un indice molto rilevante, in quanto si collega al secondo punto che vorrei mettere in evidenza, concernente la così detta *datification*, ovvero la trasformazione in dati dei fattori produttivi (26). Il fenomeno riguarda evidentemente il denaro, ma anche le prestazioni e quindi il contenuto del rapporto obbligatorio. Tale dinamica genera la delocalizzazione delle prestazioni lavorative che, a loro volta, dissociano il lavoro

(23) Su Amazon si v. in particolare P. SMITH – A. MONEA – M. SANTIAGO (a cura di), *Amazon. At the Intersection of Culture and Capital*, Lanham 2022.

(24) Ad esempio, si cfr. in termini teorici J.E. COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford 2019. V. anche il volume curato da A. DE FRANCESCHI – R. SCHULZE, *Digital Revolution – New Challenges for Law. Data Protection, Artificial Intelligence, Smart Products, Blockchain Technology and Virtual Currencies*, München 2019.

(25) Cfr., ad es., C. RIKAP, *Capitalism, Power, and Innovation. Intellectual Monopoly Capitalism Uncovered*, London-New York 2021.

(26) Esempio, in questo senso, è la recensione e l'analisi di A. KAPCZYNSKI, *The Law of Informational Capitalism*, in *Yale Law Journal*, vol. 129 (2020), p. 1460 ss.

dall'impresa. Emblematica, a tal proposito, è la delocalizzazione delle attività di *accounting* da parte di imprese internazionali con sede a Londra o a New York in paesi come l'India; oppure la delocalizzazione da parte di università americane o inglesi delle attività di correzione dei compiti in paesi spesso molto lontani ed eterogenei; ancora, l'attività di amministrazione dei contenuti nei *social network*.

In terzo luogo, la trasformazione del modo di produzione capitalistico si manifesta nella crescita esponenziale di mercati c.d. a due versanti⁽²⁷⁾.

Oggi quando si parla di mercati a due versanti si pensa, tipicamente, alle piattaforme, da Uber ad AirBnB, ma è bene mettere in evidenza che mercati con queste caratteristiche esistevano già prima dell'avvento dell'informatica. Il catalogo *Postalmarket* – cui il Mulino ha recentemente dedicato un articolo⁽²⁸⁾, che seguiva il modello americano di fine Ottocento di *Sears* – era, infatti, tipicamente, un mercato a due versanti, vendendo sia agli inserzionisti sia ai clienti. Allo stesso modo, i giornali quotidiani sono un ottimo esempio di mercato a due versanti, nella misura in cui vendono, da un lato, le informazioni ai lettori e, dall'altro, la pubblicità.

I mercati a due versanti sono il paradigma di un meccanismo che rende i confini tra i mercati molto friabili: basti pensare che, fino a poco tempo fa, nessuno avrebbe confuso il mercato degli articoli per la casa e quello dei libri, poi è arrivato Amazon e ci ha dimostrato che, in un certo senso, ciò è possibile. Come dirò tra un attimo, quanto illustrato pone problemi complessi in materia di diritto dei contratti e quanto alla tutela dei contraenti.

4. – Alla luce di quanto fin qui esposto, mi propongo di trarre delle conseguenze sul piano del diritto dei contratti, avvertendo, sin da subito, che si tratta di affermazioni prive di adeguata dimostrazione e motivazione, ciò di cui sin da ora mi scuso.

Un primo esito che merita di essere evidenziato è la *personalizzazione* del contratto di massa – ciò che può sembrare un ossimoro – e la cui dimostrazione più evidente si rinviene nei prezzi personalizzati e nei prezzi dinamici⁽²⁹⁾.

(27) Si v. naturalmente J.C. ROCHET – J. TIROLE, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, p. 990 ss.

(28) E. SCARPELLINI, *Postal Market è la prima grande impresa italiana dedita alle vendite per catalogo. Prezzi convenienti e la comodità di un acquisto da casa, ben prima di eBay e Amazon*, in *rivistailmulino.it*, ottobre 2022.

(29) Per un'analisi si v. C. BUSCH – A. DE FRANCESCHI (a cura di), *Algorithmic Regulation and Personalized Law: A Handbook*, Oxford/Munich 2020. In termini più generali si

Se, infatti, il prezzo che mi viene offerto non è il prezzo del mercato, ossia il prezzo marginale – modello a cui il codice civile, ma anche la disciplina consumeristica, fanno riferimento –, ma è il prezzo massimo che io sono disposto a pagare, o il prezzo che in quel momento il mercato in un'asta ideale mi propone, è evidente che ciò solleva questioni tutt'altro che marginali quanto alla tutela dell'acquirente. Ci si potrebbe, infatti, chiedere se tale meccanismo di formazione del prezzo sia coerente con la disciplina delle tutele contrattuali, poi con quella dei contratti dei consumatori e, infine, con la disciplina del trattamento dei dati personali⁽³⁰⁾.

Il fenomeno in questione è, infatti, reso possibile sia perché, ponendo l'esempio di un supermercato, si presume che le persone più impegnate sul lavoro, quindi più altospendenti, facciano la spesa *on line* dopo le 18 o le 19 di sera; sia perché, effettivamente, il consumatore viene identificato sulla base delle sue precedenti ricerche. L'esempio più banale è l'acquisto dei biglietti aerei: se cerco per cinque volte il volo per Londra, è molto probabile che a ogni ricerca il prezzo sia superiore alla precedente; se la ricerca del biglietto la fa mia figlia, le offrono una tariffa molto inferiore a quella che offrono a me.

Il secondo profilo che emerge riguarda il potere di mercato. È evidente, infatti, che la nozione di potere di mercato, anch'essa costruita sulla capacità di determinare il prezzo, si modifica in maniera significativa nel momento in cui molte delle prestazioni offerte sono prestazioni gratuite, mentre l'estrazione del valore concorrenziale si manifesta talora sull'altro versante (ad esempio su quello degli inserzionisti pubblicitari che comprano come in un'asta la possibilità di segnalarmi dei prodotti mentre faccio le mie ricerche su *Google*)⁽³¹⁾.

Nell'analisi del mercato, lo stesso ruolo del contratto di lavoro appare profondamente modificato, basti solo pensare alla trasformazione della

v. O. BEN-SHAHAR – A. PORAT, *Personalised Law. Different Rules for Different People*, Oxford 2021. Con riguardo a prezzi dinamici e algoritmi di profilazione, si v. no F. RÜTZEL, *Rechts-fragen algorithmischer Preisdiskriminierung: Eine rechtsgebietsübergreifende Untersuchung*, Tübingen 2023; O. BAR-GILL – C. R. SUNSTEIN, *Algorithmic Harm: Protecting People in the Age of Artificial Intelligence*, Oxford 2025; M. CIAN, *Mercati "disinibiti" e norme "deboli"*, in questa *Rivista*, 2024, p. 1125 ss.

⁽³⁰⁾ Rispettivamente, si vedano P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino 2022 e M. MARÈ – A. PILATI (a cura di), *Piattaforme digitali. Concorrenza, fisco, innovazione*, Roma 2020. Cfr. anche A. ENGERT, *Digitale Plattformen*, in *AcP*, 2018, p. 304 ss.

⁽³¹⁾ L'inidoneità di taluni tra i fondamentali canoni del tradizionale diritto antitrust – primo tra tutti, il concetto di potere di mercato – è chiaramente posta in evidenza da L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale Law Journal*, vol. 126 (2017), p. 710 ss.

subordinazione in rapporti di lavoro autonomo nell'illusoria prospettiva di rendere ciascun prestatore imprenditore di sé stesso⁽³²⁾. Salvo poi dover constatare che esiste un "capitalismo razziale della piattaforma", in quanto i lavoratori appartenenti a minoranze etniche sono particolarmente vulnerabili, sottoposti a condizioni di lavoro precarie e a una retribuzione insufficiente⁽³³⁾.

Il terzo aspetto riguarda il ruolo del contratto e il rapporto con il mercato nel quale si colloca e gli effetti che è in grado di produrre. In questa prospettiva, la formula della *contract governance*⁽³⁴⁾ segnala la produzione implicita di regole destinate a integrare la relazione contrattuale alla stregua d'una visione olistica e interdisciplinare. È così possibile guardare, in modo unitario, alle strutture giuridiche dell'operazione economica, alla natura degli attori del mercato e alle forme dell'organizzazione sociale⁽³⁵⁾.

Altro è, dunque, il contratto del codice civile, che è un fenomeno autosufficiente perché esige esclusivamente gli elementi strutturali della propria fattispecie per dispiegare i suoi effetti. Altro è la *contract governance*, la quale fa appello a una valutazione e qualificazione dell'accordo tra le parti che, nel processo di integrazione della disciplina, valorizza il contesto in cui le regole operano e la loro effettiva applicazione e così pure la loro efficacia, sostanziale e procedurale⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ Molti spunti in F. DENOZZA, *Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo-liberale*, in *R. it. d. lav.*, 2015, p. 41 ss. Cfr. anche A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, Cambridge (Mass.)-London 2016.

⁽³³⁾ Perviene a queste conclusioni la sociologa Sophie BERNARD nel suo libro *UberUsés: Le capitalisme racial de plateformes à Paris, Londres et Montréal*, Paris 2023, analizzando l'impatto delle piattaforme digitali, come Uber, sulle condizioni di lavoro dei conducenti nelle città di Parigi, Londra e Montréal.

⁽³⁴⁾ O.E. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *Journal of Law and Economics*, 1979, p. 233, ha definito la *governance* come «the institutional matrix within which transactions are negotiated and executed». In tema, S. GRUNDMANN – F. MÖSLEIN – K. RIESENHUBER (a cura di), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford 2015 [e la relativa lettura critica di F. Mezzanotte apparsa in *Annuario Del Contratto 2015*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino 2016, p. 246 ss.].

⁽³⁵⁾ Con riferimento al mercato dei servizi di investimento, v. O. CHEREDNYCHENKO, *Contract Governance in the EU: Conceptualising the Relationship between Investor Protection Regulation and Private Law*, in *European Law Journal*, 2015, p. 500 ss., p. 507 ss. V., altresì, i saggi raccolti nel volume curato da A.C. CUTLER – T. DIETZ, *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, London-New York 2017.

⁽³⁶⁾ Sia consentito rinviare a *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e Antitrust*, curato con G. Olivieri, Roma-Bari 2008, p. 3 ss.;

La *contract governance* può essere intesa quale *governance by contract*, sì da mettere in esponente la funzione regolatoria perseguita attraverso il contratto⁽³⁷⁾. Ne deriva così una peculiare connotazione del regolamento contrattuale, non più considerato in termini di risultato dell'autodeterminazione individuale, quanto, piuttosto, come strumento per attuare il sistema concorrenziale e assicurare il benessere collettivo⁽³⁸⁾.

Ma la *contract governance* può, altresì, declinarsi nei termini della *governance through contract*⁽³⁹⁾, volendosi mettere in esponente l'attitudine del contratto a delineare scenari e a governare processi complessi, senza ridursi esclusivamente a mero oggetto di qualificazione, interpretazione ed *enforcement*⁽⁴⁰⁾.

In definitiva, così come avvenuto con la *corporate governance*, la disciplina del contratto invoca una dimensione molto più ampia di quella con cui la teoria del contratto tradizionale negoziato tra le parti è stata chiamata a confrontarsi (a cui si aggiungono al più le regole di *default* e quelle che discendono dalla buona fede).

Un quarto aspetto che si impone all'attenzione attiene alla circostanza per cui il contratto è chiamato a farsi carico di regole e compiti che erano fino ad ora tradizionalmente ascritti all'impresa se non alla regolazione pubblica. Il caso più emblematico è quello della *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD)⁽⁴¹⁾, alla stregua della cui disciplina il perimetro dei doveri di diligenza degli amministratori in ordine alle scelte sostenibili attuate dall'impresa è esteso, da un lato, alle società controllate e, dall'altro lato, all'insieme delle «relazioni commerciali consolidate» con le controparti commerciali 'a monte' e 'a valle' della c.d. «catena del valore».

nonché, F. MEZZANOTTE, *Regulation of Business-Clients Relationships through 'Organisational Law'*, in *European Review of Contract Law*, 2017, p. 123 ss.

⁽³⁷⁾ S. GRUNDMANN – F. MÖSLEIN – K. RIESENHUBER, *Contract Governance: Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, in IDD., *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, cit., p. 3 ss.

⁽³⁸⁾ Volendo il mio *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 526.

⁽³⁹⁾ P. ZUMBANSEN, *Law, Economics, and More: The Genius of Contract Governance*, in S. GRUNDMANN – F. MÖSLEIN – K. RIESENHUBER (a cura di), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, cit., p. 80 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sulle funzioni del diritto dei contratti, v. F. DENOZZA, *Disciplina del contratto e "non – moral goods"*, in *Contratto, contratti e mercati*, a cura di M. MAUGERI – G. GRASSO, Roma 2022, p. 345 ss., 361 ss.

⁽⁴¹⁾ Dir. (UE) 2024/1760, adottata dal Parlamento europeo il 24 aprile 2024 ed in vigore dal 26 luglio 2024.

In tal modo, la sostenibilità assurge a stregua capace di conformare l'attività di impresa, agendo sul piano della *governance* societaria quanto ai contratti di approvvigionamento, sì che la responsabilità sociale d'impresa mira a conformare l'impatto sociale dell'attività contrattuale. Le imprese dovranno, infatti, verificare il rispetto delle norme di condotta rilevanti da parte delle proprie controparti commerciali e, al fine di eliminare le esternalità negative, sospendere o porre termine ai contratti che mettono a repentaglio l'effettivo rispetto delle norme di derivazione eurounitaria⁽⁴²⁾. La *due diligence* dovrà, dunque, tradursi in termini di politiche e procedure attuate dalla società nonché nel contenuto delle relazioni contrattuali, con il risultato, da un lato, di conformare l'operato gestorio degli amministratori e, dall'altro, di delineare uno specifico titolo di responsabilità del *management* nei confronti sia degli azionisti sia degli altri *stakeholder*⁽⁴³⁾.

A questo riguardo può invocarsi la formula del contratto *sostenibile*, dittico che incontra crescente fortuna nella riflessione dottrinale. Con ciò, in sostanza, vuol dirsi che la qualificazione stessa dell'operazione contrattuale debba aversi sulla base di elementi esterni alla fattispecie e segnatamente sulla base degli *effetti* che il contratto produce non solo in termini di allocazione di mercato, ma anche sul piano delle esternalità ambientali.

Non è necessario sottolineare quanto ciò rappresenti una rilevante modificazione rispetto a una concezione del contratto che guarda esclusivamente alle economie individuali delle parti contraenti e non agli effetti esterni (siano essi di mercato, sociali o ambientali) che il contratto genera⁽⁴⁴⁾. Mentre è forse necessario rimarcare che, tuttavia, è frutto d'un'illusione ottica pensare che la capacità selettiva degli investitori, e segnatamente dei grandi fondi di investimento, possa sostituirsi o attenuare i compiti della regolazione pubblica⁽⁴⁵⁾.

(42) A. HELLGARDT – V. JOUANNAUD, *Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht*, in *AcP*, 2022, p. 163 ss., spec. pp. 193-194.

(43) P. MONTALENTI, *Lezione aperta. L'Università e il diritto commerciale, oggi. L'evoluzione della società per azioni: quali prospettive?* in «Orizzonti del diritto commerciale», 2021, p. 1107 ss., spec. p. 1128; G. STRAMPELLI, *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 370 ss.

(44) M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"*, in *Persona e mercato*, 2021, p. 711 ss.

(45) G. STRAMPELLI, *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, soci e stakeholders*, cit., p. 370 ss.

5. – In un saggio americano⁽⁴⁶⁾, si afferma che il rapporto tra la disciplina del mercato – e quindi del diritto privato, diremmo noi – e il capitalismo ha attraversato diversi stadi evolutivi.

C'è stata la fase della libertà assoluta, che è stata quella del capitalista borghese e dei *robber barons* dell'Ottocento. Ad essa fa séguito il capitalismo manageriale, che opera la scissione tra la proprietà e il controllo dell'impresa. Vi è poi un terzo momento, all'interno del quale l'attività di selezione dell'investimento si professionalizza, in particolare attraverso i fondi di investimento e i fondi pensione. Ciascuno di questi momenti ha sollecitato la produzione di nuove regole giuridiche, che hanno incentivato il rischio di impresa, promosso la profilassi dei conflitti di interesse, favorito la stabilizzazione nella relazione tra l'impresa e gli investitori finanziari.

Può essere ragionevole ipotizzare che, ad oggi, siamo ancora – forse – nella prima fase di un nuovo modo di produzione capitalistico e che, pertanto, ci saranno ancora molti capitoli da scrivere.

⁽⁴⁶⁾ V. C.J. MILHAUPT – K. PISTOR, *Law & Capitalism*, cit., *passim*.