

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio
Nuzzo - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione Bari – Taranto

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Daniela Caterino, Eustachio
Cardinale, Rosella Calderazzi, Gabriele Dell'Atti, Barbara Francone,
Giuseppe Sanseverino, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Concetta
Simone**

Redazione Roma

Giustino Di Cecco, Valeria Panzironi



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Sabino Fortunato

BATTELLI DEL RENO E SCORRIBANDE VICHINGHE: UN DIFFICILE COMPITO PER IL GIURISTA

1. A quasi vent'anni dall'approvazione del "nuovo" Codice civile, Alberto Asquini riprendeva la nota espressione utilizzata dal Ministro della Ricostruzione e poi Ministro degli Esteri della fragile Repubblica di Weimer, Walther Rathenau, in un periodo di deciso consolidamento del capitalismo industriale e finanziario, dopo la grande crisi del 1873 e soprattutto del 1900, che aveva avviato un durevole processo di concentrazione industriale e di monopoli nella grande industria siderurgica ed elettrica mondiale (si pensi al cartello della Stahlwerkverband, al trust carbonifero della Renania-Westfalia, all'AEG - di cui era stato fondatore e Presidente il padre di Rathenau - e alla Siemens in Germania, ma anche alla General Electric Company statunitense).

Nel breve saggio del 1959, Asquini parafrasava l'episodio che negli anni Venti aveva indotto l'autore de "L'economia nuova" (Die Neue Wirtschaft) a rispondere alle lagnanze degli azionisti della Norddeutscher Lloyd che "la società non esisteva per 'distribuire dividendi a lorsignori, ma per far andare i battelli sul Reno'" e contrapponeva i soci "cassettisti" ai soci "di controllo" (diremmo, in termini ferriani, i soci risparmiatori ai soci imprenditori), per esprimere due contrapposte visioni dell'interesse sociale.

La teoria dell'impresa e delle società che il codice civile del 1942 aveva abbracciato si prestava di certo all'ambivalente interpretazione di stampo contrattualista o di stampo istituzionalista a seconda che lo si sfrondasse o meno dell'apparato autoritario e corporativo in cui era nato. La Costituzione Repubblicana del 1948 spingeva verso un'interpretazione più liberale, con la sancita "libertà di iniziativa economica" e sia pure limitata dall'utilità sociale e dai valori della persona umana nonché da paventati disegni programmatori (art. 41). Ma la spinta liberale si faceva decisamente liberista con la progressiva realizzazione dell'Unione Europea e con il prevalere di quella che sarà definita l'ideologia "mercataista".

I decenni della ricostruzione e del boom economico hanno consentito lo sviluppo del sistema imprenditoriale italiano in un quadro di pace sociale e di coordinazione fra "Stato Mercato e Sindacati", che ha permesso la crescita del ceto medio e del Welfare State. Il confronto competitivo in Europa, con la realizzazione del mercato unico, è stato ben presto sopraffatto dalla globalizzazione finanziaria e produttiva che ha rotto lo schema che aveva alimentato lo Stato Sociale (forte presenza della proprietà pubblica delle imprese infrastrutturali e strategiche nonché delle imprese creditizie; proprietà privata delle imprese produttive nei più svariati settori; relazioni industriali gestite da sindacati unitari).

I tentativi di soluzione delle sempre più ricorrenti crisi del capitalismo finanziario, che si sono rincorse a cicli vieppiù ravvicinati negli ultimi quarant'anni, hanno sposato la ricetta delle "privatizzazioni" e delle "liberalizzazioni" unite al mito del "mercato efficiente".

L'economia di mercato e il modello neoclassico dell'impresa sono divenuti dominanti, nutrendo il pensiero unico non solo di economisti e politici, ma anche di

giuristi e operatori vari del diritto (sempre più affascinati dalle sirene della law and economics) nonché dell'inconscio collettivo e comune. L'ipotesi della teoria marginalista, che incentra l'analisi sull'homo oeconomicus come massimizzatore vincolato della propria utilità individuale, è diventata lo schema interpretativo diffuso dei soggetti operanti nel mercato e delle regole che ne conseguono. L'interesse individuale alla massimizzazione del risultato è apparso l'unico principio di razionalità in grado di guidare i processi decisionali degli operatori e di determinare l'equilibrio generale (la famosa "mano invisibile"), nel presupposto di mercati trasparenti, pienamente accessibili e sorretti dalla sovranità del consumatore.

Lo schema ha trovato il proprio ambito di elezione soprattutto nei mercati finanziari, assurti a mercati "per eccellenza".

Tutto a un tratto, il sogno si è frantumato: la "grande recessione", che persiste ormai dal 2008, ha segnalato i limiti del modello di sviluppo incentrato sull'economia di mercato e ha riproposto il mai esaurito dilemma fra regole e liberalizzazioni (oltre che fra statalizzazioni e privatizzazioni).

2. Il tema ha formato oggetto di riflessione collettiva nel corso del IV Convegno nazionale dei giuscommercialisti riuniti nell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale (ODC) e appena tenutosi a Roma il 22 e 23 febbraio 2013.

La liberalizzazione richiama il principio di libertà economica, l'assenza o meglio l'eliminazione di vincoli all'esercizio dell'attività economica e viene spesso confusa con deregolamentazione e semplificazione del quadro normativo. In realtà quel processo può produrre un incremento di regole e in particolare di regole secondarie, con il moltiplicarsi di Autorità amministrative preposte al governo dei singoli mercati. La crisi dello Stato Sociale sembra aver funzionato da moltiplicatore del fenomeno.

A sua volta la crisi dell'economia neoclassica di mercato ha rivelato l'eccessiva astrazione del principio di razionalità dell'homo oeconomicus e del modello di mercato efficiente in cui esso dovrebbe svilupparsi in tutta la sua capacità equilibratrice. Analisi sociologiche, psicologiche e neuroscientifiche a partire dagli Anni Settanta del secolo scorso hanno dimostrato che i comportamenti reali degli operatori sul mercato sono ben lungi dall'adeguarsi alla razionalità della teoria marginalista e tengono conto di molteplici fattori che possono risultare "irrazionali"; l'operatività in condizioni di "incertezza" – come ha ricordato Francesco Denozza – mette in crisi il famoso equilibrio alla Arrow-Debreu e il loro modello di mercato "completo" e privo di "contingenze". Le "navi vichinghe", con le loro scorribande (come ha ricordato Floriano D'Alessandro), hanno ricacciato i "battelli del Reno" dentro le rade, ne hanno fermato la regolare navigazione e sono diventate le schegge impazzite e speculative del sistema.

In questo clima socio-culturale avanzano nuove proposte di modelli alternativi all'economia di mercato neoclassica: dall' "economia della felicità" che punta allo sviluppo dei "beni relazionali", spesso e volentieri "beni comuni" e non classificabili fra i beni individualmente appropriabili; alla teoria della "decrescita" che segnala l'insostenibilità di un capitalismo parassitario e distruttivo e che non tiene conto dei limiti fisici dell'ambiente e delle risorse naturali e dei vincoli culturali delle società locali; sino all' "economia del dono", che alimenta ampi settori della cd. "economia civile" e del terzo settore e soprattutto della rete e della società dell'informazione (programmi open source, comunità di scambio peer to peer, banche del tempo, banche del sangue, etc.).

L'Europa, che alle proprie origini aveva perseguito il disegno di un governo delle libertà economiche a livello comunitario mantenendo alla competenza del livello nazionale i diritti sociali (Orlandini), ha puntato molto sul momento economico con l'attuazione del "mercato unico"; ma ha poi dovuto prendere atto della necessità che la tutela dei diritti sociali – con il progredire del mercato unico e poi della globalizzazione

– non poteva essere lasciata ai soli Stati nazionali. Ed è così che con la modifica del 2010 nel Trattato di Lisbona l'art. 3, par. 3, TUE si fa espressamente promotore di un modello europeo di “economia sociale di mercato”, senza peraltro rinunciare a obiettivi che possono invero apparire come la quadratura del cerchio. Si propone di perseguire “lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”.

I molteplici obiettivi così delineati entrano spesso in rotta di collisione reciproca ed è comprensibile che si possa dubitare della portata precettiva, piuttosto che programmatica, di questa disposizione. Sta di fatto che la crisi ha messo alla prova la tenuta dei principi di solidarietà e di sussidiarietà che vengono solitamente annessi all' “economia sociale di mercato”, che richiama le elaborazioni degli “ordoliberali” della Scuola di Friburgo (si veda in proposito un saggio di Mario Libertini, in *Concorrenza e mercato*, 2011,491); e in verità non sembra che i partners europei abbiano tenuto nel debito conto le esigenze correlate a quei principi.

Intanto “i battelli del Reno” dovrebbero riprendere a navigare nel rispetto dei molteplici interessi che sono coinvolti dalla loro navigazione, compresi gli interessi generali, se non si vuol correre il rischio che le navi vichinghe attuino la “creazione distruttiva” che all'esito lascia deserto e macerie sul campo.

3. I giuristi hanno la responsabilità di un rinnovato impegno civile che accompagni la ricostruzione del tessuto ordinamentale secondo linee innovative, in grado di fornire un'adeguata risposta alla crisi del dominante modello neoclassico dell'impresa. Quali tendenze emergono dal confuso quadro dei più recenti sviluppi normativi e dottrinali?

a. Libertà economica e regolazione devono convivere in un modello d'impresa che non sia dominato dal troppo spesso sbandierato e strumentalizzato “shareholdervalue”, ma che si preoccupi di proporzionate tutele di tutti gli stakeholders. Responsabilità sociale, governance partecipata, bilanci ambientali dovrebbero abbandonare la retorica degli slogan e trovare vie più costruttive. Non credo che a questi fini possano costituire utili schemi interpretativi contrattualismo e istituzionalismo che tanto hanno impegnato la giuscommercialistica italiana, né che ad essi possa sostituirsi la dottrina del “nexus of contracts” governata dagli amministratori, con una riproposizione tardiva del managerialismo americano nei nostri patri confini. Ha ricordato Paolo Montalenti che forse è il tempo di abbandonare gli “assoluti” e convergere verso ricostruzioni più pragmatiche.

b. L'impresa, soprattutto quella collettiva, si avvia verso un sempre più accentuato polimorfismo, dall'impresa pubblica all'impresa privata all'impresa sociale, rispetto al quale sorge il problema di un ruolo differenziato degli “aiuti di Stato” e più in generale del ruolo dello Stato, di cui il primato comunitario del principio concorrenziale non sembra tenere adeguatamente conto (Cusa). Un polimorfismo posto in secondo piano da definizioni e sistematica codicistica probabilmente attardate su posizioni d'altri tempi, secondo un modulo costruttivo di fattispecie astratte e forse fin troppo astratte.

c. L'accentuazione della liberalizzazione si legge soprattutto nella maggiore malleabilità dello schema organizzativo dell'impresa, avviatasi con la riforma societaria del 2003 e culminata nel modulo “senza qualità” della s.r.l. – secondo la provocatoria e ambivalente espressione usata da Oreste Cagnasso – volta a designare una struttura senza nerbo (alla Musil) o pronta a recepire l'autoregolazione creativa che i suoi soci vorranno darle (alla Pico della Mirandola). Questa tendenza ha investito – com'è noto – anche il tipo più rigido della s.p.a.; né l'aumento del tasso di autonomia corporativa si è accompagnato a un decremento di regole, a riprova di quanto si accennava inizialmente,

chè anzi il raffronto tra discipline pregresse e discipline post-riforma evidenzia l'incremento esponenziale delle norme sia pure a carattere fondamentalmente suppletivo. Ancor di recente il legislatore ha voluto arricchire la panoplia dei submodelli o sottotipi della s.r.l., dalle srl semplificate alle srl a capitale ridotto (o piuttosto inesistente) sino alle srl dedicate alle start up innovative, creando non agevoli problemi di compatibilità-permeabilità delle relative discipline. Neppure è chiaro quale possa essere il criterio interpretativo privilegiato per decidere l'integrazione delle "lacune" di regolamentazione: se quello dimensionale o quello negoziale-statutario o quello collegato alla natura dell'attività esercitata. La sfida lanciata dalla riforma societaria – ha ricordato Roberto Sacchi – è proprio quella di riuscire a coniugare autonomia e tutela dei terzi, ovvero dei molteplici stakeholders che ruotano intorno all'operazione societaria; ma è una sfida che rimane tutt'ora aperta. La soft law ha ispirato l'impresa soft, ma anche qui la riflessione è appena agli inizi.

d. In linea con questa elasticità dei modelli organizzativi, ma anche con un occhio alla tutela dei terzi, assistiamo ad una sempre più diffusa privatizzazione delle stesse tutele: le pubbliche Autorità si ritraggono da funzioni in precedenza assolute. Si pensi al moltiplicarsi dei controlli interni e soprattutto alle forme di produzione di "certezze private" gestite da soggetti a legittimazione tecnica e dotati di fiducia di mercato rispetto alle tradizionali "certezze pubbliche" affidate ai pubblici poteri (rinvio ad un bel libro di una giovane studiosa amministrativista, Aretta Benedetti – *Certezza pubblica e "certezze" private*, Milano, 2010 –, che registra il fenomeno e ne tenta una sistematizzazione). Si pensi anche alla recente cd. privatizzazione delle soluzioni negoziate delle crisi d'impresa, in ambito concorsuale, e alla non più recente abrogazione del controllo omologatorio degli atti societari sostituito con la verifica notarile di legittimità; o alla semplificazione pubblicitaria in tema di fusione e scissione sottolineata da Demuro e che consente di sostituire alla pubblicità attuata tramite il Registro delle imprese quella compiuta tramite il "sito internet" della società, purchè munito di determinate caratteristiche.

e. Permane il problema della capitalizzazione o meglio patrimonializzazione delle nostre imprese, problema che certo non si risolve solo con le regole. E peraltro permane l'equivoco fra la disciplina del capitale sociale e le questioni concernenti la solidità patrimoniale e la solvibilità dell'impresa societaria: la prima è un campanello d'allarme che tutela soprattutto i creditori più deboli (Spolidoro); le seconde ripropongono il ruolo dell'informazione societaria non tanto di carattere storico ma in funzione prospettica (Bianchi).

f. Una tecnica riemergente dalla crisi del nostro sistema finanziario è quella della "separazione" delle attività tramite la delimitazione dell'"oggetto sociale", piuttosto che mediante la costruzione di "muraglie cinesi". A livello comunitario si sta discutendo dell'abbandono del modello di banca universale cui ci si era decisamente avviati nel periodo delle grandi fusioni e concentrazioni, riproponendo la distinzione fra banca commerciale e banca d'affari (Lolli, Santoro). Ma quella delimitazione percorre anche altri settori di attività economiche, come il mercato dei servizi pubblici locali (Grippa, Sanfilippo) o dei "servizi professionali", in cui si passa finalmente alla disciplina delle "società tra professionisti" che si affianca o sovrappone alla "società tra avvocati", la quale peraltro pretende – a me pare in contrasto con la nozione comunitaria – di autoqualificarsi come attività non di impresa (e vedi l'interessante dibattito svoltosi nel Convegno di ODC fra Capelli e Cian, Codazzi e Rescigno, Caterino e Marasà).

g. Infine, un ultimo richiamo a rimodulare le riflessioni del giurista sul "diritto vivente" proviene dall'interessante indagine di Piergaetano Marchetti sulle "massime" del Notariato milanese, elaborate a seguito del ruolo assunto dalla categoria in tema di verifica di legittimità degli atti societari. Certo, si può discutere della loro portata (pareri autorevoli, benchè non vincolanti: Weigmann), ma l'invito che ne discende è a non fermarsi al dato normativo, a guardare più da vicino il diritto vivente in tutte le sue

espressioni teoriche ed operative. E probabilmente il giurista dovrebbe riprendere a confrontarsi anche con altri settori disciplinari che si occupano di società e di convivenza sociale, superando i confini di una specializzazione esasperata degli ambiti scientifici che il razionalismo positivistico ci ha consegnato.

4. Le linee tracciate in precedenza possono ben costituire il “programma minimo” per una Rivista che nasce on-line con l’ambizioso ma nel contempo provocatorio nome del “I battelli del Reno”. E che nasce “in un momento buio e cupo per la ricerca scientifica in genere”, come ha sottolineato Giuliana Scognamiglio, per la “scarsissima attenzione che essa riceve da chi governa o aspira a governare il Paese”. Direi, anzi, che i segnali sinora pervenuti sono di sicuro arretramento, quando si pretende di classificare le Riviste nelle serie dei campionati calcistici e burocratizzare la scientificità facendo ricorso a criteri quantitativi e bibliometrici, piuttosto che alle valutazioni di “peer review” dei componenti della comunità scientifica di riferimento.