

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE



INAUGURAZIONE ANNO ACCADEMICO 2011-2012

Gianmaria Palmieri



*Le grandi riforme del diritto dell'impresa
nell'Italia contemporanea*

Campobasso 10 ottobre 2011

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE



INAUGURAZIONE ANNO ACCADEMICO 2011-2012

Gianmaria Palmieri

*Le grandi riforme del diritto dell'impresa
nell'Italia contemporanea*

Campobasso 10 ottobre 2011

Sii tutto in ogni cosa.

Metti ciò che sei nel minimo che fai.

(FERNANDO PESSOA, *Una sola moltitudine*, II, 57)

1. Saluti e ringraziamenti

Saluto, innanzitutto, il Vice Presidente del CSM Michele Vietti, le Autorità civili, militari e religiose, i Magnifici Rettori ed i loro delegati, i Colleghi, il Personale tecnico amministrativo, i Dottorandi, gli Specializzandi, gli Studenti e tutti i presenti.

Prima di svolgere questa mia prolusione, sento di dovere un sincero e non rituale ringraziamento al Presidente Vietti, per aver accettato di essere tra noi stamattina, ed al Magnifico Rettore ed al Senato Accademico che mi hanno dato il privilegio di tenere la prolusione

Consentitemi una premessa di carattere personale.

Il mondo universitario italiano vive un momento difficile. L'accademia viene sempre più spesso rappresentata come luogo del privilegio, del nepotismo, della casta. Si tratta di rappresentazioni che, pur traendo spunto da situazioni ed episodi della realtà senz'altro censurabili, ancorché fisiologici in una comunità che coinvolge qualche milione di persone, hanno finito col discreditarla ingiustamente l'istituzione accademica, che oggi sembra aver perso il plurisecolare prestigio e rispetto di cui ha goduto nella nostra società, con grave disagio e sofferenza di chi, con passione, vi lavora.

E' in questo difficile contesto che, grazie al Rettore Prof. Cannata ed al Senato Accademico, mi trovo a vivere, per la prima volta, l'esperienza della prolusione, che – l'ho avvertito già durante la preparazione di questo intervento – mi riporta all'essenza della mia scelta di vita universitaria, liberandomi, per un po', dall'angoscia e dallo smarrimento che oggi tutti viviamo.

E ciò perché questa cerimonia, così ricca di solennità, di tradizione, di simboli e, soprattutto, di persone è fortemente evocativa delle tre componenti fondamentali della missione universitaria: ricerca, insegnamento e condivisione.

Dunque è per me inevitabile rivivere oggi, con emozione, l'entusiasmo di quando, circa 25 anni fa, decisi di intraprendere la strada della ricerca e dell'insegnamento, spinto dall'esempio e dalla guida del mio grandissimo e compianto maestro, il Prof. Gian Franco Campobasso. Fu Lui a farmi intuire quanto appassionante potesse essere l'esperienza del docente universitario nella materia che insegno: il diritto commerciale.

Intuizione che si è poi tramutata in consapevolezza proprio qui nel nostro splendido Ateneo, nel quale mi onoro di lavorare ormai da dodici anni.

Ai miei Genitori ed a Lui è dedicata questa mia prolusione.

2. Premessa

Ho scelto di parlarvi delle grandi riforme del diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea per più d'una ragione.

La prima è data dalla attualità del tema. Il diritto dell'impresa è stato attraversato, negli ultimi venti anni, da un impetuoso processo di riforma, con riflessi molto rilevanti sul piano non solo giuridico ma anche economico, il che significa sulla vita dei cittadini.

Ho ritenuto perciò che l'argomento potesse essere di interesse anche per un uditorio qualificato ma, ovviamente, non abituato a frequentare una materia, come quella del diritto commerciale, che, essendo connotata da uno spiccato grado di tecnicismo, potrebbe risultare inaccessibile ai non specialisti.

La seconda è costituita dalla presenza del Presidente Vietti, indiscusso protagonista di questo processo, sia in qualità di presidente della Commissione di Riforma del Diritto Societario che ha elaborato il nuovo statuto delle società di capitali e delle cooperative, divenuto legge dello Stato con il d.lgs. n. 6 del 2003, sia in qualità di presidente della Commissione istituita presso il Ministero dell' Economia per la riforma della Legge Fallimentare che, unitamente a quella istituita presso il Ministero della Giustizia, ha elaborato le norme del nuovo diritto della crisi d'impresa.

La terza fa riferimento al contributo, non noto ma incisivo, del nostro Ateneo a questo importantissimo processo di riforma. Contributo fornito dai docenti dell'area giuscommercialistica attraverso la redazione di un parere - il Presidente Vietti lo ricorderà - inviato alla Commissione da lui presieduta dal Collegio dei docenti del dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale (pubblicato in *Riv. soc.*, 2002, 1453) al quale l'Università del Molise aderisce da circa 15 anni, unitamente alla Cattolica di Milano, alla Seconda Università di Napoli e all'Università di Pisa.

Ma soffermiamoci sulla prima ragione della scelta del tema che è quella di carattere scientifico ed è, dunque, la più importante.

3. Significato e rilievo sociale del “diritto dell'impresa”

Dicevo dell'interesse che può suscitare, anche in un uditorio di non specialisti, un' analisi sul processo di riforma del diritto dell'impresa. Le relazioni su temi giuridici possono essere indigeste se il relatore non compie uno sforzo preliminare: quello di far comprendere a chi lo ascolta che l'argomento trattato, seppur apparentemente lontano dalla sua sfera di interessi, in realtà lo coinvolge.

Tale sforzo, per una relazione sul diritto commerciale, è indispensabile, in quanto, a differenza di altre branche della scienza giuridica (penso al diritto privato, al diritto penale, al diritto amministrativo, al diritto tributario, al diritto di famiglia, al diritto del

lavoro), delle quali non è difficile scorgere il collegamento con l'esperienza umana e sociale "comune", la mia materia rischia di apparire distante dalla vita del cittadino "medio", se non, addirittura, irrilevante per lo stesso. Basti pensare al differente grado di coinvolgimento che possono stimolare– cito degli esempi d'attualità - i temi della tutela della persona, del lavoro, della giustizia, della proprietà, della sicurezza, dell'ambiente, oppure quelli che attengono al rapporto del privato con la pubblica amministrazione e col fisco, rispetto a temi "giuscommercialistici" come, sempre per citare esempi tratti dall'attualità, quelli della tutela dell'autonomia statutaria nelle società di capitali o del rapporto tra eteroregolazione ed autoregolazione nell'ambito della disciplina della crisi d'impresa.

I primi, avvertiti dal cittadino comune come propri, in quanto attinenti a esperienze e dimensioni sociali dallo stesso vissute e sperimentate; i secondi come estranei, in quanto appartenenti ad una realtà che lui sente esterna; ad un mondo al quale non ritiene – sbagliando - di appartenere.

Il che spiega la ragione per cui il diritto dell'impresa venga ancora oggi percepito come diritto di "categoria", di "classe". Un diritto "speciale" e lontano.

Si tratta, tuttavia, di un gravissimo errore di prospettiva, intollerabile nella realtà contemporanea, ancorché giustificato da ragioni storiche.

Per rendersi conto di ciò occorre soffermarsi sul significato stesso della locuzione "diritto dell'impresa".

Può sembrare un esercizio inutile, in quanto tutti noi, specialisti e non, pensiamo di essere sufficientemente avvertiti del senso dei due termini che la compongono: "diritto" ed "impresa".

Non so se lo siamo davvero rispetto al concetto di diritto. Tenderei sicuramente ad escluderlo con riguardo al concetto di impresa.

Spiego le ragioni del mio scetticismo.

Per quanto attiene al concetto di diritto, che ha costituito e costituisce ancor oggi oggetto di appassionato dibattito tra i filosofi ed i giuristi (Kant descriveva la questione come il *caput mortuum* del giurista), mi limito a constatare come di esso continuano ad essere fornite descrizioni parziali e fuorvianti che, enfatizzandone il profilo autoritativo, inducono a concepirlo come realtà artificiale ed esterna. Realtà che non "assiste" il cittadino, ma lo infastidisce e l'opprime, senza una comprensibile (e condivisa) ragione; e con l'aggravante che, a differenza delle calamità o delle malattie, il diritto non ha origine naturale o biologica.

Emblematiche, al riguardo, sono le definizioni fornite da rinomati dizionari della lingua italiana in cui il diritto è definito "complesso di norme *imposte con provvedimenti legislativi* o vigenti per consuetudine"¹, oppure "insieme di principi, inerenti al concetto di giustizia, *codificati* allo scopo di fornire ai membri di una comunità regole oggettive di comportamento"². Ed analoghe definizioni si

¹ DEVOTO-OLI, Il dizionario della lingua italiana, Le Monnier, 1990, 578

² SABATINI- COLLETTI, Dizionario della lingua italiana, Rizzoli - Larousse, 2002, 754

rinvengono in dizionari di altre lingue³.

Si tratta di definizioni che, all'occhio del giurista, appaiono viziate da una macroscopica inesattezza: i provvedimenti legislativi sono soltanto una delle tantissime forme di manifestazione del diritto ed i codici solo una mera raccolta di provvedimenti legislativi. Eppure le stesse compaiono su testi autorevoli e diffusissimi, la cui precipua funzione è quella, unificante, di certificare, nell'ambito di una determinata comunità linguistica, il senso da attribuire ad un termine, alla luce dell'uso che dello stesso si fa.

Le stesse, pertanto, non possono essere frettolosamente imputate a superficialità o ignoranza, ma devono essere piuttosto accettate come un dato di fatto, che segnala quanto sia profondamente radicata nella nostra società tale distorta concezione del diritto. Concezione che, lo si ripete, riflette l'atteggiamento di estraneità, se non di ostilità, con cui la collettività sembra guardare oggi allo stesso e che è, in parte, alla base della sua presunta crisi.

Non è perciò fuori luogo, in questa sede, puntualizzare che tra diritto e legge non v'è coincidenza, essendo il primo concetto molto più esteso del secondo (ed il diritto dell'impresa ne offre al riguardo plurime e lampanti dimostrazioni) e che l'enfaticizzazione della dimensione statale-autoritativa dello stesso, ne altera il significato più autentico, occultandone il profilo essenziale, che è quello legato alla sua "necessità" per l'esistenza e lo sviluppo, prima ancora della società, della vita umana.

Profilo scolpito nella, a mio avviso, più efficace definizione di diritto mai fornita, quella dantesca di "*hominis ad hominem proportio*" (*De Monarchia* II, 5, 3) che, descrivendo la regola giuridica come principio di convivenza, ne rivela la sua insopprimibile necessità.

Inoltre, la diffusa concezione statale-autoritativa, da un lato, trascura che la norma giuridica, negli ordinamenti democratici, non trova fondamento in una volontà astratta ed esterna rispetto ai suoi destinatari, in quanto il principio rappresentativo-maggioritario, su cui si fonda la legge, garantisce che la stessa sia sufficientemente condivisa dai cittadini; dall'altro, omette di considerare che spesso – e anche qui il diritto dell'impresa fornisce molteplici e significativi esempi - il provvedimento legislativo si limita a recepire regole già osservate nella prassi o formatesi in contesti extra-statali, ovvero a raccogliere istanze di tutela che emergono dal basso.

Parlare dunque di *diritto*, non significa occuparsi di un fenomeno artificiale ed esterno alla collettività, bensì di regole di convivenza, ispirate da un principio di necessità, riconducibili, direttamente o indirettamente, alla volontà della stessa. Un fenomeno, dunque, ben più ampio e dal significato assai più profondo rispetto a quello che comunemente gli si attribuisce.

³ V., ad esempio, la definizione del termine Recht (das) che compare nell'edizione on line del diffusissimo dizionario tedesco DUDEN : "Gesamtheit der staatlich festgelegten bzw. anerkannten Normen des menschlichen, besonders gesellschaftlichen Verhaltens; Gesamtheit der Gesetze und gesetzähnlichen Normen".

Peraltro, se alle difficoltà di mettere correttamente a fuoco il concetto di diritto, si aggiungono quelle inerenti all'inquadramento del termine impresa, il rischio, sopra paventato, di una percezione alterata dell'oggetto del mio intervento, diviene concreto, il che mi induce a intrattenervi brevemente sul significato giuridico del concetto di impresa, al fine di segnalarvi la sua, spesso ignorata, ampiezza e pervasività.

Nel linguaggio quotidiano l'impresa è una realtà produttiva, un organismo economico costituito da capitali, strumenti e forza lavoro. Imprese sono, ad esempio, la Fiat s.p.a., l'ENI s.p.a., la Telecom s.p.a.

E' un termine, dunque, che nell'uso comune si confonde con quello di "azienda", di cui pare costituire un sinonimo e che, peraltro, non viene utilizzato là dove la realtà produttiva non assuma dimensioni significative (quanti nel linguaggio comune qualificherebbero come impresa la bottega di prodotti ortofrutticoli o la salumeria dell'angolo?).

Se così fosse anche per l'ordinamento giuridico, il diritto dell'impresa sarebbe un diritto "speciale". Il diritto che interessa la ristretta cerchia dei fortunati detentori del potere economico. Non il cittadino comune. Non le nostre vite.

Tuttavia, per il diritto l'impresa è altra cosa. Per l'ordinamento la Fiat s.p.a. non è un'impresa, ma un imprenditore, così come non è un'impresa, bensì un'azienda, il complesso dei suoi stabilimenti.

Giuridicamente l'impresa è, puramente e semplicemente, un'attività produttiva stabile ed organizzata, svolta con criteri di economicità. E ciò secondo una norma cardine del nostro ordinamento, collocata nel codice civile del 1942: l'art. 2082.

Si tratta di una disposizione che ha segnato una radicale e storica svolta nel sistema giuridico italiano: il passaggio dall'impostazione di matrice napoleonica fondata sulle nozioni di *commerciante* e di *atto di commercio* di cui al codice di commercio del 1882, ma già imperante all'epoca dell'unità di Italia, ad un'altra, più moderna, imperniata sulla nozione di *impresa*, nella quale all'*atto di commercio* (che era prettamente atto di scambio o intermediazione) si sostituisce l'*attività produttiva* (*id est*: l'impresa) ed al *commerciante*, l'*imprenditore*. Figura, quest'ultima, individuata attraverso una banale *relatio*: imprenditore è colui che esercita l'impresa (art. 2082 c.c.).

Tale svolta, impressa con la codificazione del 1942 ma non imputabile all'ideologia fascista almeno per quanto riguarda il suo impatto sull'ordinamento privatistico ha, in sostanza, determinato il passaggio da una prospettiva statica e formale, in cui il diritto commerciale si configurava, effettivamente, come diritto speciale, riservato al ceto dei commercianti, trovando in esso riconoscimento e tutela esclusivamente interessi di categoria, ad una prospettiva dinamica e sostanziale che, attraverso il riconoscimento della "fattispecie" fattuale ed oggettiva dell'impresa, ha finito nel tempo col dare cittadinanza anche ad interessi diversi, avviando quel processo di trasformazione del diritto commerciale in diritto dell'impresa, ormai definitivamente compiutosi.

Non può sfuggire che con l'aver individuato nell'*esercizio professionale di un'attività produttiva* (art. 2082 c.c.), in luogo del *compimento di uno o più atti di commercio*, il presupposto per l'applicazione di un sistema di norme si è compiuta una scelta irreversibile gravida di conseguenze. Se ci si riflette, è già il concetto stesso di *attività*, che indica una sequenza di atti funzionali ad uno scopo unitario, ad implicare, in virtù della sua dinamicità, una complessità di interessi e una molteplicità di esigenze di tutela. Là dove, poi, l'attività viene presa in considerazione dall'ordinamento, come nel caso della figura delineata nell'art. 2082 c.c., in quanto *produttiva, stabile ed organizzata*, diviene evidente che si è dinanzi ad una fattispecie elettivamente destinata a coinvolgere una complessità di interessi ed una molteplicità di esigenze di tutela, posto che l'impiego dei fattori della produzione lavoro e capitale organizzati dall'imprenditore e lo svolgimento non occasionale di un'attività produttiva di beni e servizi destinati al mercato, comporta l'instaurarsi di una serie indeterminata di rapporti con terzi.

Dunque, nel concetto giuridico di impresa si possono già ravvisare *in nuce* tutti gli innumerevoli interessi che la stessa coinvolge. Quelli che possiamo qualificare *interni*, dei soggetti che la esercitano, ovvero gli imprenditori, e quelli, *esterni*, dei creditori, dei fornitori, dei lavoratori, degli investitori, del mercato e, non ultimi, dei consumatori. Interessi - lo vedremo meglio in prosieguo - oggi tutti riconoscibili nelle norme che compongono il diritto dell'impresa, in virtù di un lungo e profondo processo di riforma che ha assecondato lo sviluppo economico del nostro Paese.

Ecco perché tale branca del diritto, lungi dal poter essere ancora concepita come speciale o di categoria, nella società contemporanea finisce con l'interessare l'intera collettività.

4. Funzione del diritto dell'impresa. Rapporto tra diritto ed economia

La pluralità e complessità degli interessi coinvolti dal fenomeno impresa chiarisce la funzione delle norme che lo regolano: si tratta di disposizioni che hanno, appunto, la funzione di risolvere i conflitti tra i molteplici interessi che lo svolgimento dell'attività tocca. Tuttavia, le esigenze di tutela che emergono nel corso dell'esercizio dell'impresa sono tra loro diverse e, spesso, inconciliabili.

Ad esempio, l'interesse di chi avvia l'attività fornendo il capitale di rischio, vale a dire l'imprenditore o i soci se l'attività è organizzata in forma societaria, non coincide con l'interesse di chi la finanzia con capitale di debito (i creditori); così come quello delle categorie di soggetti appena menzionati non collima con l'interesse dei lavoratori, dei fornitori o dei consumatori che pure, tra loro, divergono. Oppure, l'interesse di chi promuove l'iniziativa economica nell'ottica di un investimento di lungo periodo non coincide con quello dei soci attratti dalla prospettiva di monetizzare l'investimento, mediante cessione della partecipazione, in tempi rapidi o rapidissimi, come accade nelle società quotate. Analogamente, la posizione dei creditori prelati o muniti di garanzie reali o personali (cd. *creditori forti*) differisce

da quella dei creditori chirografari (cd. *creditori deboli*).

O ancora, l'esigenza generale di garantire la certezza dei traffici economici, e con essa l'efficienza del sistema, o il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali, collide con quella di salvaguardia delle posizioni individuali dei diversi soggetti coinvolti.

E così via.

Il diritto dell'impresa, pertanto, si segnala come luogo privilegiato di emersione di conflitti tra una vastissima gamma di interessi, tutti in sé leciti e meritevoli di tutela. E, per questo motivo, è un settore dell'ordinamento caratterizzato da singolare complessità e, anche, da indiscutibile fascino.

La sua funzione, come si è detto, è di risolvere tali conflitti con precise scelte di valore che privilegiano, di volta in volta, l'uno o l'altro interesse. Scelte che sono compiute, a monte, dalle norme che lo regolano e, a valle, dai soggetti chiamati ad interpretarle (giudici, avvocati, studiosi).

Appare, pertanto, semplicistico e superficiale limitarsi ad affermare che il diritto dell'impresa è governato dall'economia, in quanto la circostanza che lo stesso si occupi di regolare fenomeni economici e che tenga in massima considerazione le esigenze dei soggetti coinvolti, non implica in sé una scelta di valore, alla luce della varietà ed eterogeneità degli interessi in gioco.

Certamente, le norme che lo compongono, destinate a calarsi nelle dinamiche di mercato, sono costruite per poter operare efficacemente in tale contesto e, dunque, sono fortemente influenzate dalle istanze che emergono dal mondo economico. Si può anche affermare che il diritto dell'impresa insegue l'economia, nella misura in cui tende a fornire, sul piano delle regole, tempestive risposte alle nuove esigenze di tutela che continuamente emergono dalla realtà produttiva.

Tuttavia, limitarsi ad affermare che si tratti di un diritto "governato" dall'economia significa, da un lato, trascurare che l'applicazione di regole "di mercato" all'interno di una comunità non è automatica, ma richiede pur sempre un atto, volontario e ponderato, di recepimento delle stesse. Sicché la scelta di privilegiare, con apposite norme, esigenze proprie dei traffici economici, in sé è scelta politica, come politica è la scelta opposta di non tenerne conto.

Dall'altro, postulare la soggezione del diritto dell'impresa alle ragioni dell'economia, significa rinunciare a cogliere le scelte di valore da cui sono ispirate le diverse norme che, tra i tanti interessi coinvolti in conflitto tra loro, individuano, di volta in volta, quelli meritevoli di tutela.

Vero è, su un piano più generale, che il rapporto tra diritto ed economia non può essere impostato in termini di soggezione dell'uno rispetto all'altra e viceversa, quanto piuttosto in termini di interdipendenza. L'economia non può fare a meno del diritto, al fine di garantire effettività ai propri principi di razionalizzazione e di efficienza; il diritto non può prescindere dall'economia se intende compiere la propria missione di strumento funzionale, oltre che alla risoluzione dei conflitti, allo sviluppo e, quindi, al benessere della collettività.

5. L'evoluzione del diritto dell'impresa. L'assetto attuale

Alla luce dei rilievi sin qui svolti, si può finalmente comprendere la ragione per cui il discorso sulle riforme del diritto dell'impresa può sollecitare non solo l'interesse e la curiosità degli specialisti. L'analisi dell'evoluzione del sistema in materia consente, infatti, di comprendere, da un angolo visuale privilegiato, come e quanto sia cambiata la realtà in cui viviamo, posto che il mutamento di norme preesistenti o l'introduzione di nuove postula sempre l'emergere nella società di nuovi interessi, di nuove esigenze che richiedono e ottengono tutela da parte dell'ordinamento. In altri termini, un *excursus* sulle riforme del diritto dell'impresa può senz'altro contribuire a farci capire come siamo cambiati e dove stiamo andando.

Già ad uno sguardo superficiale, l'assetto attuale del diritto dell'impresa appare macroscopicamente difforme da quello che risultava all'epoca dell'emanazione del codice civile del 1942. E ciò sia da un punto di vista "quantitativo", che da un punto di vista "qualitativo".

Sotto il profilo, per così dire, "quantitativo" è agevole constatare l'aumento esponenziale del numero delle fonti di disciplina che regolano la materia. Se nel 1942 le norme del codice civile in tema di impresa e società, contratti "commerciali" e "bancari", titoli di credito e quelle contenute nella legge fallimentare, nella legge bancaria, nella legge cambiaria e nella legge assegni coprivano quasi per intero l'area, già molto estesa, del diritto commerciale, oggi a tali fonti normative, tutte ancora in vigore (eccetto la legge bancaria sostituita dal Testo Unico bancario del 1993), se ne sono aggiunte molte altre: solo per citare le più importanti, la Legge Antitrust (l. 10 ottobre 1990, n. 287), il Testo Unico della Finanza (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), il Codice delle Assicurazioni (d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209), il Codice del Consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206), cui aggiungerei, per il loro significato sul piano concreto la legge sulla responsabilità penale degli enti (l. 8 giugno 2001, n. 231), concepita e scritta pensando alle realtà produttive, e quella sulle imprese sociali (d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155).

Sotto il profilo "qualitativo", le stesse fonti originarie della materia, a partire dalle disposizioni del codice civile, sono state radicalmente modificate per effetto di ripetuti interventi di riforma. Soltanto quella che noi tecnici qualifichiamo la materia "cartolare" (il riferimento è alla cambiale e agli assegni bancari) è rimasta sostanzialmente invariata, e ciò in virtù del progressivo declino degli strumenti cartacei di credito.

Il quadro che si ricava è di un ordinamento che oggi dedica al fenomeno impresa un'attenzione neanche minimamente paragonabile a quella che vi dedicava non solo 70 anni fa, vale a dire all'epoca dell'emanazione del codice civile e delle principali leggi complementari in materia, ma fino agli novanta del secolo scorso.

L'imponente processo di riforma si è infatti svolto, quasi per intero, soltanto in tempi recenti, nel corso di circa un quindicennio (1990-2006).

La circostanza che tale processo non si sia compiuto gradualmente, nell'arco

temporale che va dall'emanazione del codice civile ad oggi, ma si sia concentrato nel recente intervallo di tempo appena indicato, si spiega alla luce della tradizionale ritrosia dell'ordinamento italiano ad adeguarsi tempestivamente ai mutamenti economici e sociali e degli operatori ad abbandonare prassi inveterate.

La gran parte degli interventi di riforma è giunta spesso in grave ritardo rispetto a quanto necessario e il più delle volte non si è realizzata spontaneamente, ma è stata piuttosto indotta da fattori "esterni" che li hanno resi indifferibili. Talvolta, si è infatti trattato di adempiere a precisi obblighi di matrice comunitaria o internazionale, talvolta si è provveduto sull'onda di clamorosi scandali finanziari (ad es. Cirio e Parmalat) o del fallimento di imprese a rilevanza nazionale (ad es. Alitalia), talvolta ancora si è operato sulla spinta delle categorie e dei soggetti pregiudicati dall'assenza di una disciplina ovvero per completare, con un intervento di carattere generale, un processo di riforma già realizzatosi in virtù di provvedimenti a carattere settoriale.

Non mancano, tuttavia, casi in cui l'azione riformatrice si è dispiegata fisiologicamente, attraverso il serrato confronto di idee e di proposte, orientate verso obiettivi di interesse generale. Il riferimento è, in particolare, alle due più significative riforme del diritto dell'impresa degli ultimi anni: quella del diritto societario (2003) e quella del diritto fallimentare (2005-2007).

Al di là delle ragioni che si pongono a loro fondamento e del loro specifico contenuto, è indubbio che i numerosissimi interventi di riforma di questi ultimi anni hanno determinato una vera e propria mutazione del diritto commerciale che oggi si presenta a guisa di mosaico formato da un numero indefinito di tasselli, ciascuno con forma e sfumatura propria. Mosaico che cancella l'immagine tradizionale di un diritto composto da figure complesse, ma geometricamente lineari.

Tale mutazione segnala un dato, a mio giudizio, di estrema importanza: l'adeguamento del nostro sistema di regole alla complessità della realtà contemporanea, attraverso l'acquisizione della piena consapevolezza del significato pervasivo del concetto di impresa, di cui vi ho in precedenza detto; il che, sul piano normativo, si traduce in attenzione ai molteplici profili implicati dallo svolgimento delle attività produttive.

D'altra parte, il rilievo che nella nostra società assume la realtà imprenditoriale, rispetto agli anni immediatamente successivi all'emanazione del codice civile è attestato da alcune semplici evidenze statistiche che riguardano il numero delle imprese censite e l'ampiezza del contenzioso in materia commerciale.

Ed invero, se nel 1951 il totale delle imprese censite, indipendentemente dalla loro forma giuridica, ammontava a 1.631.467 unità (di cui 835.983 al nord, 285.749 al centro e 509.735 al sud e nelle isole)⁴, il dato al giugno 2011 è di 6.119.975 imprese iscritte (di cui 5.281.736 attive)⁵. Dato sensibilmente maggiore anche rispetto a quello del 2001, pari a 5.792.598 imprese iscritte (di cui 4.897.933 attive).

⁴ Fonte Istat

⁵ Fonte Infocamere

Quanto al contenzioso, parlano chiaro i dati tratti dal Repertorio del Foro Italiano che indicano in n. 383 le sentenze pronunciate dalla Cassazione in materia commerciale nel 1951, a fronte delle 905 del 2010 (e delle 1113 del 2001).

Ed è proprio la parola chiave “complessità” che ci deve orientare nel discorso che ci accingiamo ora a svolgere sul processo di riforma del diritto dell’impresa, che, come intuibile, non affronteremo analiticamente ma attraverso l’individuazione delle principali linee di tendenza che l’hanno caratterizzato, dalle quali emergerà un quadro connotato da impetuose spinte innovative e profili di coerenza, ma anche da contraddizioni e ambiguità.

Un quadro, appunto, segnato dalla complessità.

6. Segue. Le linee di tendenza. La “destatualizzazione”

La prima linea di tendenza che merita di essere segnalata riguarda un aspetto che abbiamo già posto in rilievo in precedenza, là dove abbiamo sottolineato l’inadeguatezza della comune accezione del diritto, imperniata sul carattere statutale – autoritativo dello stesso. In quella sede, vi ho anticipato che la prova lampante di tale inadeguatezza è costituita proprio dal diritto dell’impresa, che oggi è un diritto largamente *destatualizzato* e, in parte, addirittura, globalizzato.

In realtà, la refrattarietà del diritto commerciale ad costituire oggetto di regolamentazione autoritativa e la sua vocazione internazionale, se non universale, sono nel suo dna, essendo state sempre presenti nel corso della storia. Lo *ius mercatorum* nasce e si sviluppa a partire dal basso Medioevo e fino alla metà del XVI secolo come diritto di classe, fondato sugli usi mercantili ed amministrato da organi di giustizia formati in seno alle corporazioni. Si tratta di un diritto che, rispondendo ad esigenze universalmente avvertite dal ceto mercantile, si diffonde rapidamente con lo sviluppo dei traffici, superando ogni steccato territoriale.

Anche il successivo periodo cd. *mercantilista*, contrassegnato dall’affermarsi della politica interventista dello stato nell’economia e dalla fine dell’autonomia normativa delle corporazioni mercantili, non tradisce, a ben vedere, i caratteri originari del diritto commerciale.

E’ vero che in tale periodo, che va dalla metà del XVI secolo fino alla metà del XVIII, il diritto commerciale diventa diritto *statale e nazionale*, strumento di espansione coloniale delle grandi potenze europee (Olanda, Inghilterra, Francia), ma non per questo perde il suo carattere di diritto a vocazione universale, pronto ad assecondare le esigenze degli operatori. Il fatto è che in questa epoca storica sono gli stati a diventare, in prima persona, attori e protagonisti, attraverso le compagnie coloniali (prototipi delle moderne società per azioni), dei traffici commerciali a livello globale, per cui la comparsa di legislazioni organiche (a partire dalla *Ordonnance sur le commerce* di Luigi XIV del 1673) non contraddice la tendenza del diritto commerciale, per così dire, ad autogenerarsi. Sul piano contenutistico, poi, in questa fase storica tutti i diversi ordinamenti, sia pur con innegabili e fisiologiche

differenze, tendono uniformemente a creare terreno propizio per l'incremento dei traffici, vuoi mediante la rimozione di limiti e divieti (si pensi al progressivo allentamento del divieto di usura), vuoi attraverso la creazione di nuovi istituti (ad es. responsabilità limitata, borsa valori, brevetti industriali, garanzie cambiarie, moneta cartacea).

E l'epoca delle codificazioni napoleoniche, con la nascita dello stato liberale e l'avvento del principio dell'autonomia privata, accentua tale processo realizzando, come noto, un decisivo ampliamento della sfera di applicazione del diritto commerciale, anche sulla spinta travolgente della rivoluzione industriale.

Il diritto commerciale, dunque, è sempre stato, almeno dal punto di vista dei suoi contenuti, un diritto funzionale alle esigenze pratiche, talvolta brutali, della competizione economica; un diritto tendenzialmente uniforme e refrattario alla eteroregolamentazione. Il che si può, in parte, affermare anche con riguardo all'esempio più estremo di legislazione a forte impronta statutale in materia commerciale: l'*Aktiengesetz* tedesco del 1937.

Tuttavia, il diritto dell'impresa attuale ha senz'altro accentuato tali caratteri tradizionali del diritto commerciale, segnalando, con largo anticipo, quel progressivo ed inesorabile affievolimento della sovranità nazionale cui tutti oggi assistiamo.

7. Segue. Dall'armonizzazione comunitaria alla concorrenza tra ordinamenti

La progressiva "destatalizzazione" del diritto dell'impresa ha trovato il suo primo fondamentale impulso nel processo di armonizzazione comunitaria del diritto societario, avviatosi alla fine degli anni sessanta del secolo scorso ed ancora in corso, anche se a ritmo meno incalzante, soprattutto per effetto dell'introduzione del principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5, comma 3, del Trattato di Maastricht del 1992. Tale processo rispondeva ad un suggestivo ed ambizioso programma, fondato sul Trattato di Roma del 1956, volto a creare nell'ambito degli Stati membri un sistema completo di diritto azionario, un sistema completo di pubblicità per tutte le società di capitali e forme "societarie" transnazionali (gruppo europeo di interesse economico, società europea, associazione europea, cooperativa europea, mutua europea). Un programma, tuttavia, da realizzarsi non su base volontaria ma obbligatoria, essendovi tutti gli Stati membri vincolati per effetto della loro appartenenza all'Unione Europea.

E così, attraverso il recepimento di numerose direttive su aspetti nevralgici dell'ordinamento societario (costituzione e pubblicità, poteri di rappresentanza degli amministratori, capitale sociale e conferimenti, operazioni sulle proprie azioni, bilancio, operazioni straordinarie, società unipersonali) e l'emanazione di disposizioni integrative di taluni regolamenti comunitari (si pensi al d.lgs. 240/1991 sul Gruppo Europeo di Interesse Economico di cui al Regolamento CEE n. 2137/85), il nostro ordinamento societario ha cambiato profondamente volto, accogliendo in sé principi e norme sorti altrove e ispirati, in particolare, dalla esigenza di rafforzamento della

tutela dei creditori sociali e dei terzi, nonché della stabilità e certezza dei traffici.

Il saldo del processo di armonizzazione comunitaria del diritto societario è largamente positivo, in quanto ha determinato una indubbia modernizzazione dei nostri istituti (si pensi, ad esempio, all'introduzione della scissione societaria o della s.r.l. unipersonale), favorendo, nel contempo, la maturazione dei nostri operatori, a lungo abituati ad un ordinamento caratterizzato da un'impronta paternalistica.

Più recente, ma non meno significativo, è stato il processo di armonizzazione comunitaria del diritto dei mercati finanziari, che nel nostro Paese si è attuato, in una prima fase, attraverso il recepimento, mediante il d. lgs. 1996/415, dei principi indicati nelle Direttive Cd. Eurosim del 1993 in tema di imprese, servizi di investimento e mercati regolamentati, poi confluiti nel Testo Unico della Finanza del 1998 (d.lgs. 1998/58), e, in una seconda fase, mediante recepimento di ben cinque direttive comunitarie, tra cui quelle in materia di abuso di informazioni privilegiate (*insider trading*) e di manipolazione del mercato, di prospetti informativi per le offerte pubbliche e per l'ammissione ai mercati regolamentati, di servizi di investimento e di *transparency*.

Certamente, l'attuazione delle direttive comunitarie nei diversi Stati non ha determinato la nascita in Europa di un mercato finanziario comune, ma ha favorito la creazione di un ambiente finanziario competitivo e armonizzato, rafforzando la protezione degli investitori ed il ruolo delle Autorità di Vigilanza nazionali, soprattutto sotto il profilo regolamentare. Per quanto riguarda più da vicino il nostro Paese, non v'è dubbio che è stato soprattutto grazie al processo di armonizzazione comunitaria, che il nostro ordinamento ha raggiunto un grado di compiutezza sostanzialmente analogo a quello degli ordinamenti finanziari degli altri paesi ad economia avanzata, consentendo alla *securities industry* italiana di avvalersi di norme non penalizzanti rispetto a quelle su cui possono contare emittenti, risparmiatori ed operatori degli altri paesi dell'Unione, con i quali si trova a competere, anche in virtù del principio di libera circolazione dei servizi finanziari .

Dunque, pure per il processo di armonizzazione comunitaria del diritto dei mercati finanziari il saldo, per il nostro sistema, è senz'altro positivo.

Tuttavia, l'affievolimento del potere statale in ordine alla disciplina dell'impresa si è manifestato, in guisa affatto diversa, anche attraverso un fenomeno, se vogliamo, opposto all'armonizzazione comunitaria: quello della concorrenza tra ordinamenti che, negli ultimi due decenni, ha interessato l'Europa e l'Italia.

Si tratta di una tendenza, sviluppatasi *ad instar* dell'esperienza nordamericana, che trova il suo fondamento nel principio di libertà di stabilimento sancito dagli artt. 43 e 48 (*ex art.* 52 e 58) del Trattato sull' Unione Europea, in base al quale, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia nei notissimi casi *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* e *Cartesio*, è da considerare legittimo, con il limite della frodolenza, che una società, costituita in conformità della legislazione di uno Stato membro, eserciti l'intera propria attività tramite una succursale posta in un altro Stato membro, anche qualora la complessiva operazione risulti orientata all'esclusivo

fine di eludere le norme più rigorose dettate da quest'ultimo. Il che significa, in concreto, che all'interno dell'UE gli imprenditori possono liberamente scegliere a quale ordinamento assoggettarsi nell'organizzare la propria attività.

Per fare un esempio, degli imprenditori italiani, mediante la costituzione di una società nel Regno Unito e la creazione di succursali in Italia, potrebbero ben svolgere nel nostro paese un'attività avvalendosi delle norme societarie britanniche, notoriamente più lasche in ordine alla iniziale dotazione finanziaria delle società.

Tale prospettiva di concorrenza tra gli ordinamenti, che considera la diversità dei sistemi un valore anziché un problema, contiene in sé, insieme all'opportunità di un'estensione oltre i confini nazionali della vigenza delle norme interne, il rischio, che ne rappresenta il rovescio della medaglia, di una perdita di effettività delle norme statuali, specie là dove queste ultime risultino più rigide, e quindi meno "competitive", rispetto a quelle di altri Stati. Rischio opportunamente prevenuto, nel nostro sistema, con la riforma del diritto societario del 2003, improntata alla valorizzazione dell'elasticità dei modelli organizzativi, che si traduce in una più ampia libertà per gli operatori economici di plasmare l'iniziativa in base alle proprie specifiche esigenze imprenditoriali.

Va, tuttavia, segnalato che il diffuso *favor* verso la prospettiva di una competizione tra ordinamenti, di recente ha iniziato a raffreddarsi, in virtù degli inconvenienti che la stessa ha dimostrato recare sul piano della tutela dei terzi. E non a caso negli Stati Uniti il *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) del 2002, sull'onda degli scandali *Enron*, *Worldcom* e *Tyco Intl.*, con una svolta epocale, ha avvocato alla competenza federale materie (ad es. *Corporate responsibility*, *Audit Committee*) tradizionalmente affidate al *Corporation Law* dei singoli Stati.

8. Il potenziamento dell'autonomia privata. Le riforme del diritto societario e fallimentare

Il profilo dell'autonomia privata o, se si vuole della libertà delle parti di regolare a propria discrezione il fenomeno economico, associativo o di scambio, cui danno luogo è centrale nello sviluppo contemporaneo del diritto dell'impresa ed è, anch'esso, alla base del processo di *destatualizzazione* (o delegificazione) di cui stiamo parlando.

Pure in questo caso non siamo dinanzi ad un fenomeno nuovo, posto che il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica sancito nell'art. 41 Cost. ha da sempre trovato, nelle norme in materia commerciale, *in primis* quelle societarie e sui contratti d'impresa, piena applicazione, attraverso un'ampia delega del legislatore ordinario all'autonomia privata. D'altra parte, è sintomatico che il codice civile dedica ai contratti bancari soltanto 26 articoli o, sempre per rimanere nel settore creditizio, che la figura contrattuale più diffusa nella prassi, il conto corrente bancario, non ha una sua disciplina legale.

Per entrare più nello specifico, tale delega, in materia societaria, si è tradotta nel

riconoscimento ai soci di un ampio potere di plasmare l'assetto organizzativo della società in base alle proprie esigenze, che è massimo nelle società di persone, dove l'unico profilo insuscettibile di essere alterato dall'autonomia dei soci è quelle che attiene alla responsabilità nei confronti dei terzi, ma che è molto significativo anche nelle società di capitali, dove, tradizionalmente si declina in termini di "autonomia statutaria", ovvero di libertà dei soci di dotare la società di un codice organizzativo (lo statuto) difforme rispetto al modello prefigurato dalla legge. Mentre, per quanto riguarda i contratti di impresa, siffatta delega, implicitamente autorizzata dagli artt. 1341 e 1342 c.c., ha determinato l'imponente sviluppo della negoziazione standardizzata fondata sulle condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente da associazioni di categoria, divenute le principali fonti normative, malgrado la loro natura negoziale, dei contratti bancari, assicurativi, finanziari. Con effetti benefici per l'espansione dei settori di riferimento, ma nocivi sul piano della tutela degli utenti, tanto da imporre, a protezione di questi ultimi, interventi normativi (ad es. in tema di trasparenza bancaria e di contratti coi consumatori) e giurisprudenziali (ad es. in tema di anatocismo).

Tuttavia, nel corso di questi ultimi anni la sfera di incidenza dell'autonomia privata nei rapporti di impresa è ancora ulteriormente aumentata, vuoi spontaneamente, per effetto della globalizzazione e dell'avvento di *internet*, vuoi in virtù di precise scelte legislative che le hanno consentito di operare su terreni che, in precedenza, le erano quasi del tutto interdetti.

Sotto il primo profilo, non v'è dubbio che la crescente delocalizzazione dei rapporti economici ha conferito ai contratti cd. *self-regulating*, svincolati dai diritti nazionali e sottoposti al giudizio privato di arbitri internazionali, un rilievo sempre maggiore. Basti pensare, ma è solo uno dei tantissimi esempi, all'enorme settore del trasposto marittimo di materie prime governato, anziché dai diritti ed dalle giurisdizioni nazionali, da contratti di noleggio (*Charterparties*) di tradizione norvegese. O al settore finanziario, caratterizzato dalla proliferazione di *Codici di Autodisciplina*.

Sotto il secondo profilo, spiccano le innovazioni introdotte nel nostro ordinamento societario e fallimentare dalle riforme del 2003 e del 2006 cui ho già ripetutamente fatto cenno. Riforme che, nella condivisibile prospettiva dell'aumento dell'efficienza del sistema, a beneficio della competitività delle nostre imprese e nel più generale interesse del Paese, hanno potenziato il ruolo dell'autonomia privata, riservando alla stessa nuovi spazi di incidenza.

Certamente, iniziare ora che il mio intervento volge all'epilogo a parlarvi nel dettaglio delle due riforme non è possibile. Mi limiterò soltanto a porre in rilievo alcune decisive implicazioni della impostazione che le ha ispirate, provando a trarre, almeno con riguardo a quella societaria, un primo bilancio.

Non v'è dubbio che, al di là delle parole chiave con cui la si descrive, la riforma del diritto societario del 2003 ha il grande merito di aver adeguato il nostro sistema alla complessità e poliedricità del fenomeno impresa, incidendo positivamente su

un ganglio vitale dell'organizzazione economica del Paese. E perciò ci ha consentito di compiere un importante passo verso la modernizzazione.

In particolare, è grazie a tale riforma che il nostro ordinamento oggi:

- 1) consente l'adozione di più modelli alternativi di amministrazione e di controllo della s.p.a., affiancando al modello tradizionale, fondato sulla bipartizione consiglio di amministrazione/collegio sindacale, i sistemi dualistico, di matrice tedesca, e monistico, di impronta inglese; si tratta di una innovazione, immediatamente sfruttata soprattutto nel settore bancario, che offre la possibilità di avvalersi, anche nel nostro paese, di collaudati modelli di *governance*;
- 2) ammette, con una svolta rivoluzionaria rispetto alla tradizione italiana, la possibilità di creare all'interno del patrimonio di un soggetto, più patrimoni separati ed autonomi destinati ad attività d'impresa prevedendo all'uopo tre diverse alternative: la costituzione di società di capitali (s.p.a. e s.r.l.) unipersonali; la scissione di società preesistenti; la costituzione, da parte di società per azioni, di cd. patrimoni dedicati allo svolgimento di determinati affari;
- 3) mette a disposizione degli operatori un modello organizzativo, la nuova società a responsabilità limitata, che offre agli stessi, ad un tempo, i vantaggi, sul piano della flessibilità, delle società di persone, con quelli, sul piano della responsabilità per i debiti sociali, delle società di capitali;
- 4) diversifica la disciplina della società per azioni a seconda del grado di apertura al mercato della compagine sociale, prendendo atto di quanto differenti possano essere le esigenze di tutela che si ricollegano ad una società familiare o chiusa, rispetto ad una aperta o quotata;
- 5) dà piena cittadinanza, sia pur assoggettandoli ad una disciplina improntata alla trasparenza, ai patti parasociali (cd. *sindacati di voto* e *di blocco*), accordi stipulati dai soci *a latere* del contratto di società, il cui notevolissimo impatto sulle dinamiche sociali e finanziarie, a chi abbia un minimo di familiarità con la materia, è ben noto.

Si tratta soltanto di alcune tra le tante innovazioni riconducibili al potenziamento del potere dell'autonomia dei soci operato dalla riforma che, si badi, si è realizzato senza creare scompensi sul piano della tutela degli altri interessi coinvolti, come quelli dei soci di minoranza, dei creditori, dei terzi o, più in generale, del mercato e dei traffici. E questo è un altro significativo merito che le va riconosciuto.

Tali interessi sono stati anzi rafforzati con nuove disposizioni. Si pensi, ad esempio, alla disciplina a tutela degli azionisti esterni e dei creditori di società sottoposte ad attività di direzione e coordinamento da parte di altra società, nel caso in cui tale attività sia svolta in contrasto con principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (art. 2497c.c.), oppure alle norme che conferiscono agli azionisti di minoranza nella s.p.a., e addirittura ai singoli soci nella s.r.l., il potere di promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori e sindaci.

Anche la riforma del diritto fallimentare, compiutasi nell'arco del biennio 2005-2007, come vi ho detto, ha determinato una significativa erosione del potere statale,

in favore di quello dei privati, tanto che taluno non ha esitato, con enfasi eccessiva, a parlare di vera e propria privatizzazione del diritto fallimentare. Vero è, infatti, che la nuova disciplina della crisi d'impresa, prendendo atto degli indiscutibili guasti arrecati nel corso dei decenni dalla lenta e rigidissima procedura fallimentare, che non ha mai raggiunto risultati minimamente accettabili sul piano del soddisfacimento dei creditori, tende, innanzitutto, ad evitare che la crisi sfoci in fallimento, attraverso la predisposizione di procedure o accordi fondati su una sistemazione volontaria del dissesto. E ciò anche sulla scorta delle esperienze di altri ordinamenti, in primo quello nordamericano, nei quali le soluzioni concordate della crisi d'impresa si sono dimostrate più efficienti delle procedure amministrative o giudiziarie.

Si tratta di veri e propri atti negoziali, variamente articolati ed improntati ad una estrema flessibilità, stipulati tra l'imprenditore insolvente o in difficoltà ed i suoi creditori, rispetto ai quali l'autorità giudiziaria si pone, per così dire, all'esterno, in funzione, più o meno accentuata a seconda delle fattispecie, di controllo e di garanzia. Alcuni di essi, come *i piani attestati di risanamento* o *gli accordi di ristrutturazione* non producono effetti per tutti i creditori e non incidono sul funzionamento dell'impresa, che continua ad essere gestita dall'imprenditore in difficoltà senza nessuna interferenza; altri invece, come il *concordato preventivo*, danno luogo ad una vera e propria procedura concorsuale, con nomina di organi ed effetti per tutti i creditori, e determinano una significativa limitazione del potere dell'imprenditore in crisi di gestire autonomamente la sua attività, almeno fino alla omologazione dell'accordo da parte del Tribunale.

Per comprendere fino a che punto la nuova disciplina rafforzi l'autonomia dei privati (imprenditore in crisi e creditori) rispetto al potere statale, che qui si incarna nella Autorità Giudiziaria, basta osservare come, proprio con riguardo al concordato preventivo, la legge escluda che la stessa possa sindacare la "convenienza" per i creditori della proposta di concordato e possa promuovere la risoluzione dell'accordo, in presenza di rilevanti inadempimenti da parte dell'imprenditore.

9. Le spinte contrarie. Dal "neoistituzionalismo" alla responsabilità penale degli enti

L'individuazione di chiara tendenza del nostro sistema a privilegiare, nella regolazione dell'impresa, l'autonomia delle parti e la flessibilità degli istituti, con una corrispondente riduzione dell'incidenza del "pubblico", non esaurisce tuttavia il discorso.

Il dispiegarsi di questa linea di tendenza non è, infatti, lineare e costante, in quanto la recente evoluzione del diritto dell'impresa si caratterizza anche per la presenza di spinte in senso opposto. Si è già visto come il processo di destatalizzazione della disciplina dei mercati finanziari si è, opportunamente, accompagnato al rafforzamento dei poteri regolamentari delle autorità di vigilanza ed è facile prevedere, alla luce della rovinosa crisi in atto a livello mondiale, che presto

assisteremo a nuovi interventi volti a colmare vuoti di regolamentazione in tema, ad esempio, di contratti derivati, nell'ottica, da molti auspicata, di una *Rule of Law* universale. Analogamente, dagli squilibri e dagli abusi ingenerati, a carico dei utenti e dei consumatori, dalla contrattazione standardizzata e di massa, sono scaturiti la legge sulla trasparenza bancaria (l. 17 febbraio 1992, n. 154), prima, ed il codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206), poi, finalizzati a proteggere, appunto, il cd. contraente debole con misure protettive operanti sul piano della informazione sulle condizioni contrattuali, sul potere dell'imprenditore di variarle unilateralmente e sulla legittimazione ad agire per la nullità del contratto.

Anche a fronte del processo di liberalizzazione della disciplina delle procedure concorsuali, non sono mancati interventi in direzione contraria. Penso alla sequenza di leggi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi dell'ultimo decennio [Prodi-*bis* (d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270); Marzano (d. l. 23 dicembre 2003, n. 347 convertito con l. 18 febbraio 2004 n.39), Marzano- *bis* (d. l. 28 agosto 2008, n. 201, convertito con l. 27 ottobre 2008, n. 166)] che, allo scopo di ridurre l'impatto sociale della dichiarazione di insolvenza di rilevanti gruppi industriali italiani (Parmalat e Alitalia), hanno affidato, con intensità sempre crescente, all'autorità governativa (Ministero dello sviluppo economico) in luogo di quella giudiziaria, la gestione del dissesto, prevedendo misure statali finalizzate ad agevolare il risanamento degli stessi.

Tra gli interventi che si collocano in una prospettiva opposta rispetto a quella di cui vi ho fin qui parlato, meritano di essere tuttavia segnalati anche altri due, che hanno introdotto taluni elementi di rigidità nella disciplina dell'impresa.

Il riferimento è, *in primis*, alla stessa riforma del diritto societario, nella quale sono contenute numerosissime disposizioni che riducono lo spazio ai cd. rimedi demolitori (*scilicet*: le azioni di invalidità) in favore di quelli risarcitori, blindando la stabilità degli atti societari, a tutela dei terzi e della serietà dei traffici. Per fare un esempio, una volta concluso il lungo ed articolato procedimento di fusione di società, la legge oggi esclude, anche in presenza di macroscopiche violazioni di legge, che il giudice possa mai pronunciare l'invalidità dell'operazione, affidando alle azioni di risarcimento la tutela dei soggetti danneggiati.

E' evidente che il legislatore ha qui opportunamente sacrificato l'interesse dei singoli sull'altare di un interesse generale. E in un' ottica non dissimile, di salvaguardia dell'efficienza, operano anche le nuove disposizioni che, in materia di amministrazione delle società per azioni, escludono un potere di ingerenza degli azionisti (vale a dire della proprietà) nella gestione attiva dell'impresa, che la legge riserva, in via esclusiva, all'organo amministrativo (art. 2381 *bis* c.c.).

Non a caso si è parlato, al riguardo, di *neoistituzionalismo*, per sottolineare l'attenzione che oggi la legge presta, non solo nel diritto societario, ai valori produttivi che esprime l'impresa. Un istituzionalismo, si badi, privo delle forti venature ideologiche che, non solo nel nostro paese, avevano connotato, negli anni sessanta del secolo scorso, taluni filoni interpretativi.

Infine, non si può fare a meno di segnalare l'impatto sulla cd. autonomia organizzativa, della notissima l. 8 giugno 2001, n. 231, che ha regolato la responsabilità da reato delle persone giuridiche, superando il tradizionale principio secondo cui *societas delinquere et puniri non potest*.

Si tratta di una disciplina che chiama a rispondere, con sanzioni amministrative, pecuniarie e interdittive (fino alla interdizione all'esercizio dell'attività), o misure cautelari (sequestri) gli enti, *in primis* quelli societari, nel caso in cui i soggetti posti in posizione apicale nella struttura degli stessi, commettano, nell'interesse (o a beneficio) dell'ente, uno o più reati inclusi in un catalogo ormai molto lungo. Una disciplina, dunque, che fa prevalere esigenze di carattere pubblicistico, su quelle – che erroneamente si considerano esclusivamente privatistiche – dell'impresa.

Tale responsabilità è, tuttavia, esclusa nel caso in cui gli enti abbiano adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi. Modelli sulla cui osservanza deve vigilare un apposito "organismo di vigilanza", preposto dallo stesso ente.

Il che implica, appunto, una significativa limitazione del potere dell'imprenditore di organizzare liberamente la sua impresa, sia pur dettata da un prevalente interesse generale.

10. Conclusione

In conclusione, possiamo affermare che il diritto dell'impresa nell'Italia contemporanea ha senz'altro raccolto la sfida della modernità, che esige regole in grado di rispondere efficacemente alla complessità del fenomeno regolato. E lo ha fatto privilegiando flessibilità e autonomia, indispensabili per adeguare le tutele ad una realtà fortemente dinamica, senza, tuttavia, rinunciare ad interventi correttivi di tipo autoritativo, atti a salvaguardare interessi di cui l'autonomia privata non può tener conto.

Si può scorgere, in questa alternanza tra libertà e autorità, l'oscillazione ininterrotta di un pendolo che non riesce a fermarsi, perché non trova un punto di equilibrio.

Ma, a ben vedere, per l'impresa, motore in continuo movimento, non può esistere un punto statico di equilibrio.

L'equilibrio è dato dall'oscillare del pendolo, che è ricerca dell'equilibrio.

Ed è questa diuturna oscillazione, questa incessante ricerca dell'equilibrio, a determinare lo sviluppo virtuoso delle dinamiche d'impresa e, con esso, la crescita della nostra società.

Così come, nella realtà sensibile, è il moto a generare la vita.