

GUIDO ROSSI

I DIRITTI DEI CITTADINI FRA LE CRISI DELL'IMPRESA E DELLA GIUSTIZIA

Milano 25 ottobre 2013

I diritti dei cittadini, l'impresa e la giustizia costituiscono un triangolo in fragile equilibrio. La crisi dell'impresa e la crisi della giustizia sembrano andare in parallelo: provocate dall'aggressione di fenomeni esterni e dalla interna frantumazione o scomparsa di regole. Tale fenomeno pare ripetersi nella storia.

Oggi la crisi dell'impresa e quella della giustizia, anche per la loro dimensione globale, mettono largamente a confronto l'economia e il diritto, creando complesse interconnessioni fra gli ordinamenti più di quanto non fosse avvenuto nelle precedenti epoche storiche. L'economia attuale, in prolungata depressione derivata dal passaggio dal capitalismo di produzione alla speculazione finanziaria del supercapitalismo, ha ridotto i redditi da lavoro, provocato disoccupazione, abbassato la domanda per i consumi, rendendo così inutili gli investimenti. Uno stato di deflazione si è pesantemente abbattuto sull'impresa, mentre si tentava di fermarne la crisi attraverso molteplici quanto spesso inutili mutamenti di statuto.

La prima vera manifestazione della crisi dell'impresa sta dunque nella sua sopravvenuta mancanza di identità.

A questo fenomeno ha inutilmente reagito la giustizia, con quella che Gustavo Minervini chiamò la "alluvione legislativa". Ne sono un esempio palese gli Stati Uniti, dove la crisi del 2008 è scoppiata, ove il legislatore si è limitato ad affrontare problemi marginali e non strutturali dell'impresa, attraverso il prolisso *Dodd-Frank Act* del 2010,

che, pur con più di duemila pagine, ha poi rinviato spesso alla normativa secondaria delle Agenzie pubbliche (la SEC), creando una disciplina ancora in gran parte da attuare. In Europa la crisi è stata affrontata emanando una confusa e poco incisiva legislazione comunitaria. Dal canto nostro, in Italia, si è preferito adottare e scimmiettare, insomma, prendere a prestito modelli estranei alla nostra cultura. Dopo l'introduzione del Testo Unico della Finanza (TUF) D.L. 58/1998, al quale è seguita la riforma del diritto societario col D.L. 6/2003, si sono succedute ulteriori riforme, fino alle più recenti oggi in discussione, dal Tribunale delle imprese al nuovo diritto fallimentare, ad un preteso nuovo diritto societario della crisi, alla legislazione sul lavoro, alla legislazione bancaria; insomma quel complesso normativo posticcio, che – privo di qualsivoglia coerenza interna - fatica a stare insieme come “corpus”, e verrà esaminato e valutato con cura dai prossimi relatori.

Ma è pur vero che per la tutela dei suoi diritti il cittadino cerca la giustizia; mentre il diritto, quando si scompone in continue fibrillazioni normative, perde certezza e allora è la stessa giustizia che va in crisi. Queste realtà sono state sovente disvelate e dileggiate, svilite, oppure esaltate dalla grande letteratura. Nelle varie indagini che compongo, secondo la definizione di Guido Calabresi, *The view of the Cathedral*, la vista della Cattedrale del diritto, il metodo appena indicato va sotto il nome di *Law and Literature* (diritto e letteratura).

L'attuale situazione economico sociale e in particolare la crisi della giustizia, nonché “l'inquietudine e il presentimento” che la pervadono, riportano alla magistrale descrizione di Alessandro Manzoni nel XXVIII capitolo de *I Promessi Sposi*.

La odierna alluvione legislativa ben si raffronta con le seicentesche “grida spagnole”, a partire da quella pubblicata il 15 novembre 1629 da Antonio Ferrer che: *“De orden de Su Excelencia”* proibiva a chiunque di comprare pane per un bisogno superiore a due giorni, sotto pene pecuniarie e corporali, all’arbitrio di *“Sua Eccellenza”*. E poi ancora veniva subito seguita da altre “grida”, dirette ai fornai, il 23 novembre e ancora il 7 e il 15 dicembre. Per i fornai, in caso di non ottemperanza agli ordini, veniva disposta una *“pena di cinque anni di galera et maggiore”*. Annota il Manzoni: *“Chi sa immaginare una grida tale eseguita deve aver una bella immaginazione”*, poiché la galera condannava ai remi sulle galee ispano-milanesi sicché *“se tutte quelle che si pubblicano”* fossero state eseguite, il ducato di Milano avrebbe dovuto avere *“almeno tanta gente in mare quanta ne possa avere ora la Gran Bretagna”*. E’ per questo che le tante “grida” vennero abbandonate al loro corso. Ed ecco la pennellata sulla conseguente carestia: *“A ogni passo botteghe chiuse, le fabbriche in gran parte deserte, le strade un corso incessante di miserie, un soggiorno perpetuo di patimenti”*.

I diritti dei cittadini risultano comunque conculcati e umiliati dalla crisi dell’impresa, oggi ben diversa da quella dei fornai manzoniani, ma nella carestia identica allo stato di deflazione dell’economia. L’alluvione legislativa ricorda molto da vicino le “grida” spagnole, entrambe incapaci di disciplinare una realtà economica causata da una politica di dominazione allora, dal degrado delle istituzioni oggi.

Ma ogni comparazione qui si spegne e l’esame va riportato alla attuale crisi dell’impresa, nel passaggio dal capitalismo di produzione a quello finanziario e perché no a quello digitale che si sta affacciando con la moneta algoritmica, il Bitcoin.

Ho detto sopra che crisi dell'impresa e crisi della giustizia vanno di pari passo travolte da un'ideologia comune, sì da avere radici assai profonde.

L'impresa ha costituito la struttura di base del capitalismo fin dalla Compagnia delle Indie e poi nelle teorie del suo grande storico, Werner Sombard, che pose *das Geschäft* al centro del sistema, permettendo un'organica disciplina giuridica, che ruotava intorno alle nozioni di scopo di lucro, di interesse sociale, di responsabilità e nella quale vennero progressivamente inquadrati nelle loro più ampie dimensioni, i diritti dei soci, dei *manager* e dei vari *stakeholders*, fino alla più ambigua responsabilità etica e sociale dell'impresa.

Anche quando, proprio nel cuore della Grande Depressione del secolo scorso, Berle & Means nel 1932 teorizzarono la separazione nella grande impresa fra proprietà e controllo, conflitti e divergenze di interessi venivano variamente composti fra i risparmiatori e i *managers*. Gli stessi diritti dei lavoratori venivano tutelati attraverso il paradigma attribuito a Walther Rathenau dei "Battelli del Reno" (che ricordano il titolo del famoso Saggio di Alberto Asquini) che l'impresa deve far navigare, più che distribuire dividendi. A seguire poi, giungevano le tesi economiche da Ricardo a Keynes, che contrastavano le teorie neoclassiche, sostenendo che era la domanda aggregata a determinare l'offerta di produzione di beni e non viceversa. A quelle tesi corrispondeva la politica del welfare, di pari passo con l'annuncio nel 1919 di Henry Ford di voler aumentare i salari dei propri dipendenti e di produrre con l'obiettivo di abbassare i prezzi al fine di rendere anche i propri operai possibili acquirenti delle automobili da loro prodotte.

Ma il vero cambiamento del rapporto impresa - giustizia si immedesima nel famoso saggio del 1960 di Ronald Coase sui costi di transazione, in mancanza dei quali i privati sono in grado di organizzare il mercato con operazioni efficienti, senza necessità alcuna di norme imperative.

La *Geschaft* diventa così un *nexus of contracts* e il diritto scompare dalla scena per lasciare il posto all'autonomia privata.

L'impresa sembra rifiorire e la giustizia entra in crisi di solitaria inutilità.

Il predominio dell'impresa e la crisi della giustizia corrispondono ad un'unica ideologia, che per alcuni decenni ha pesantemente influenzato anche le strutture, oltre che il metodo di governo delle democrazie occidentali. Un'ideologia che è stata variamente qualificata: dal *laissez-faire* al neoliberismo, ma che comunque ha via via ritenuto più efficiente sostituire la norma giuridica imperativa, posta anche a vincolo e tutela dei terzi, con l'autonomia privata, cioè col contratto fra le parti.

Quel contratto, cardine del diritto privato, è pur stato considerato da un'avvertita dottrina, per le sue naturali asimmetrie, una sorta di non luogo del diritto, sprovvisto di efficacia *ultra partes* e lo stesso Hegel aveva ritenuto costituissero il momento negativo del diritto, strumento di autodistruzione del potere statale e quindi della giustizia. La deriva dello Stato di diritto come mediatore di rapporti contrattuali fra i vari poteri e le forze sociali è stata peraltro più volte sottolineata, con la consueta autorevolezza, da Norberto Bobbio.

Il predominio ideologico dell'impresa autoreferenziale e autonoma si identifica con una sua completa trasformazione e pretende di sostituirsi alle norme imperative, con l'egemonia dell'economicamente più forte. Dalla *Geschaft* alla società per azioni, alle *corporations* agli *hedge funds* ai fondi sovrani, l'impresa ha invero sempre cercato di evitare la parità di trattamento, l'effettività del diritto e della norma sanzionatoria sulle sue attività, inventandosi di volta in volta strumenti atti a realizzare fughe dal diritto, sia nazionale, sia internazionale, col *jurisdiction shopping* e con i paradisi *off shore*.

In Italia, come ho sopra detto, dopo la legge 216 del 1974, le due normative più importanti sono rappresentate dal Testo Unico della Finanza del 1998 e dalla riforma del diritto societario del 2003. A tali testi ha fatto seguito l'"alluvione legislativa" che già ho paragonato alle "grida" spagnole manzoniane, identificata da alcuni autori come nuova disciplina speciale, ovvero il diritto societario della crisi.

Inutile duplicazione, questa, perché il diritto dell'impresa in crisi è sempre esistito ed è il diritto fallimentare che, insieme alla contrattualizzazione del diritto societario, sta decisamente imponendosi. Infatti, le disposizioni del diritto fallimentare, dal decreto 169/2007 a quelli recentissimi, fanno uso nella prassi, come le "grida" spagnole, dell'"arbitrio di Sua Eccellenza". Esse si confondono con il diverso scopo, come vedremo, della conservazione dell'impresa decotta, con l'aiuto delle banche, ricostruendo perfettamente quella mostruosa "fratellanza siamese" fra banche e imprese, che Raffaele Mattioli aveva additato come uno dei più evidenti malanni del capitalismo italiano. Malanno oggi ancora più grande se l'efficiente e salvifico mercato, costantemente invocato ad unico parametro di giudizio, è lontanissimo nel finanziamento alle imprese rispetto a quello delle ban-

che che ancora costituisce più del 90% del totale, secondo le più aggiornate statistiche.

Il diritto dell'impresa nel paradigma contrattualista e mercantilista si è completamente decodificato ed è diventato pieno di norme farraginose e prive di principi o incapaci, nella loro quotidiana applicazione, di attuare gli interessi per i quali erano state introdotte; a tali norme si affianca una normativa secondaria spesso denazionalizzata, ma perseguita da indipendenti Autorità di Vigilanza, sempre repressive, e vittime di un mimetismo imposto dalla globalizzazione economica e da un unico possibile occulto e oscuro riferimento costituito dal mercato, il quale si presume per definizione efficiente. E così ogni impresa è diventata una istituzione, un ordinamento a sé, come probabilmente lo definirebbe oggi Santi Romano, con le sue regole dettate in totale autonomia contrattuale. Regole che continuano a sfociare in complessi codici, anche dall'equivoco proclamato contenuto etico, sconfessato nei fatti dalla recente crisi, che ha svelato la loro assoluta inefficienza, posto che ne possedevano le più grandi imprese coinvolte in attività illecite. Regole dotate di contenuto vuoto, atto ad accompagnare un mercato fuori da qualsivoglia regola e a sua volta autonomo nella sua disciplina.

L'impresa entra così in crisi irreversibile come ordinamento contrattuale, strumento di assoluta incertezza per la tutela dei diritti, e dove il rischio speculativo, criterio fondamentale di operatività dei mercati, diventa sempre più opaco e irriconoscibile. Questo ordinamento contrattuale si identifica con sistemi di autoregolamentazione, suddivisi in molteplici e superflui costosi comitati, che conducono a ritenere che in certe imprese siano più numerose le persone che controllano di quelle che lavorano, sicché l'intero sistema si trasforma in

un'operazione faticosa ma perlopiù in gran parte autoreferenziale. La stessa partecipazione all'impresa, attraverso varietà di titoli, di strumenti finanziari, dai derivati di ogni tipo alle manipolazioni algoritmiche con scambi a velocità incontrollabili (*high speed trading*) rende ormai impossibile l'identificazione dei proprietari, azionisti, minoranze e a volte persino maggioranze, dei vari sistemi di amministrazione che compaiono e poi nella prassi scompaiono. E come è allora possibile parlare ancora di una loro tutela?

E in un sistema dove maggioranze e minoranze non hanno più identità, dove la prelazione (e il voto) dei cittadini risparmiatori svanisce col *record date* e nel migliore dei casi nelle deleghe alle società di gestione del risparmio, si cerca di introdurre nuove regole su istituti ormai del tutto inutili o in disuso, come l'opa obbligatoria, o il sistema di amministrazione dualistico, regole di trasparenza che nascondono l'impostura di una sovrainformazione decettiva. E' d'uopo ricordare lo *slogan* famoso del Giudice Brandeis che la trasparenza è come la luce del sole, *sunshine*, il miglior disinfettante per le infezioni societarie, ma, come la luce del sole, la sua abbondanza – secondo la felice intuizione di Loss - può provocare il cancro della pelle, osservazione evidentemente dimenticata dal legislatore americano del 2013, che ha approvato il *Sunshine Act*, teso a rendere palesi (alla luce del sole) i rapporti contrattuali fra medici e case farmaceutiche.

Nel pieno della sua crisi l'impresa ha fatto perdere ogni significato alle parole che costituiscono l'ossatura del diritto societario: la tutela delle minoranze, l'interesse sociale, i diritti degli *stakeholders*, la "creazione di valore". E' impossibile allora non ricordare le parole del grande poeta Auden: "*When words lose their meanings, physical*

forces take over” (quando le parole perdono il loro significato la violenza del più forte prende il sopravvento).

Sotto questo profilo si inquadrano i recenti fenomeni degli esorbitanti compensi, delle *stock options* e delle ingiustificate liquidazioni a managers il cui contributo all'impresa si è rivelato negativo.

A questo quadro desolante si aggiungono altre improvvisate “grida”, per tentare di risolvere la crisi di un'impresa capitalistica ormai sfiabrata, incapace di porre ordine in un mercato sempre più opaco e potente, in grado di condizionare, come è stato ampiamente documentato, anche la politica degli Stati e quindi i diritti dei cittadini.

Con un diritto fallimentare sempre più complesso e irriconoscibile, si tenta di risolvere la crisi dell'impresa, caso per caso e in odioso spreco della *par condicio creditorum*, con nuove “grida”, estenuanti e dannose, destinate soprattutto a salvare quelle che, secondo un lessico maldestro, sono definite banche e imprese “di sistema”.

A questo totale degrado si aggiunge un'ulteriore alluvione legislativa, che parte dal decreto 169/2007 e trova un'ideale chiusura nella legge 122 del 7 agosto del 2012 diretta a “favorire la continuità aziendale”, preceduta dalla legge 30 luglio 2010 che ha disposto la prededucibilità dei crediti derivati da finanziamenti effettuati da banche e intermediari finanziari, in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato. Si riconferma così quel tipico privilegio che i legislatori del capitalismo finanziario accordano alle banche rispetto agli altri creditori, di cui il brocardo “*too big to fail*” statunitense è l'esempio tipico, ormai ironicamente storpiato nel “*too bank too fail*”. L'imperativo categorico sotteso a questa alluvione

normativa è quello di evitare alle grandi banche di fallire, perché portatrici di “rischio sistemico”.

Infatti, “mano a mano che le banche si sviluppano, e si concentrano in poche istituzioni, si trasformano da modeste mediatrici in potenti monopoliste, che dispongono di quasi tutto il capitale liquido di tutti capitalisti e piccoli industriali, e così pure della massima parte dei mezzi di produzione e delle sorgenti di materie prime di tutta una serie di Paesi”. Questa frase non è mia ma, di circa un secolo fa, di Lenin, contenuta nel secondo capitolo de “L'imperialismo, fase suprema del capitalismo”.

La successione di interventi normativi sopra sinteticamente riportata evidenzia: a) una tecnica redazionale tutt'altro che soddisfacente, probabilmente non affidata a (giuristi) periti della materia; b) il condizionamento (del tutto legittimo ma qui non adeguatamente “filtrato”) degli “interessi economicamente forti”, con esiti che non rappresentano un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco e neppure, a ben vedere, un'effettiva realizzazione degli interessi delle imprese; c) la mancanza di una visione univoca delle direttrici di riforma; d) l'incapacità di prefigurarsi la portata pratica dei singoli interventi; e) la sottovalutazione degli effetti perniciosi delle continue “correzioni” al sistema.

Questi profili, che invero hanno caratterizzato ampiamente il processo legislativo in materia economica negli ultimi decenni, sono particolarmente poco apprezzabili in materia fallimentare, atteso che l'assetto dell'ordinamento concorsuale riveste un'importanza elevata rispetto all'andamento dell'economia, pari se non superiore oggi a quella dello stesso diritto societario.

Proprio nel settore di cui ci occupiamo si è manifestato inoltre in tutta la sua pericolosità il c.d. “comparatismo superficiale”, ossia la sollecitazione, recepita dal malaccorto legislatore contemporaneo, a introdurre disinvoltamente nel nostro ordinamento, per smodato amore di sperimentazione e scomposto mimetismo – in spregio alla cd. *path dependence* – istituti che, se hanno giustificazione e senso in altri sistemi, tradotti malamente nel nostro, provocano un ulteriore sconquasso applicativo. Si è così rinunciato a mantenere un modello “nazionale”, che semplicemente si limiti a trarre ragionato profitto da uno studio comparatistico consapevole delle altre principali esperienze giuridiche.

Si è in effetti partiti dall’idea che il patrimonio della nostra tradizione giuridica fosse per definizione sorpassato, sì da giustificare una vera e propria rivoluzione del nostro sistema dell’impresa, da “mettere al passo” - si diceva e si dice con immagine retorica e abusata - degli ordinamenti più avanzati, definiti come tali solo per essere intervenuti sulla materia in tempi recenti o perché appartenenti a Stati culturalmente dominanti.

La crisi dell’impresa si è così accoppiata ad una evidente crisi della giustizia che finora ha trovato un ampio riscontro nell’irregolarità e farraginosità del processo legislativo. Oggi più che mai sentiamo la mancanza, secondo l’espressione del citato studio di Guido Calabresi di *another justice*, un’altra giustizia, che purtroppo non appaga la nostra ricerca.

In questa strana combinazione, più ancora che in altri Paesi, la giustizia che si occupa di impresa ha preso una deriva penalistica nella pericolosa funzione di supplenza di altri poteri dello Stato, il quale,

sempre più spogliato delle sue funzioni e dei suoi poteri, fa valere la sua vocazione primitiva, giustificata spesso, oltre che dall'erronea applicazione dei principi giuridici, anche dall'interpretazione di norme specifiche dettate per fattispecie diverse, sfuggite alla rete del contrattualismo.

E' così che nei confronti dei cittadini la giustizia appare sovente più che uno strumento di tutela dei diritti uno strumento di punizione dei reati, in aumento costante, insieme con l'alluvione legislativa.

Ebbene, a conferma di questa opinione, cade in taglio l'accurata ricerca di un'autorevole e ormai numerosa dottrina americana che ha trovato il suo compendio nel volume di Bernard F. Harcourt *The Illusion of Free Markets*, che ha dimostrato il collegamento fra l'ideologia neo-liberista del libero mercato e delle privatizzazioni e l'aumento di cittadini nelle carceri (1% degli americani nel 2008), creando il paradosso di un *tandem* di politica del governo minimo nell'economia, sempre più affidata all'opaco libero mercato, e di politica penale "tough on crime", "dura nel crimine", secondo l'espressione del Presidente americano Ronald Reagan, intrusiva come non mai, nella libertà dei cittadini. I problemi correlati, come dimostra anche la gravissima situazione dell'Italia, condannata dalla Corte dei diritti umani di Strasburgo, sono di vasta portata soprattutto nei confronti dei cittadini poveri, ma infine confermano il paradossale collegamento fra la crisi dell'impresa, devastata dalla politica ideologica neo-liberista, e la crisi della giustizia penale. Le conseguenze di un'applicazione a volte distorta della giustizia penale, vissuta in un'ambigua e ingiustificata supplenza, aggrava fra l'altro, oltre che la sfiducia dei cittadini, la crisi non solo reputazionale, bensì economica, dell'impresa. La conclusione è che oggi in Italia è più che mai attuale il monito di Tac-

to: *“Corruptissima re publica plurimae leges”* (Quanto più si aggrava la corruzione dello Stato, più numerose diventano le leggi). E sta soprattutto in questa proliferazione di leggi che si rincorrono, carenti di principi, la prima vera causa della crisi della giustizia.

La crisi dell'impresa risulta così eccessivamente sanzionata dalle giurisdizioni penali, a volte, come è stato autorevolmente rilevato, caratterizzate da eccessivo populismo giudiziario, con effetti spesso dirimpenti. La deregolamentazione del diritto societario e la sostituzione delle norme imperative col contratto, hanno sottratto la prevenzione delle illegalità e della criminalità economica alle giurisdizioni civili.

E' proprio fra i diritti dei cittadini, quello all'equo processo, previsto dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, risulta nel nostro Paese quello maggiormente violato, considerato il numero delle condanne dalla Corte Europea dei diritti umani. In questa situazione ben si comprendono le accorate parole del Procuratore Generale della Cassazione del 1999, il quale individuava il ritardo nella definizione dei processi e nell'amministrazione della giustizia, *“per la storia giudiziaria italiana quello che per la storia politica è stata la disfatta di Caporetto”*.

Il decreto legge 1/2012 all'art. 2 ha introdotto, come nuova figura, delle sezioni specializzate in materia di impresa, caratterizzate dal titolo *“Tribunale delle imprese”*. Il riferimento alle imprese medio – grandi e l'accentramento di alcune controversie societarie in dodici tribunali e corrispondenti corti d'appello, non pare soddisfare, bensì

aggravare, l'organizzazione della giustizia, né fornire alcun aiuto a sviluppare la competitività dell'impresa italiana in crisi.

Mi vorrete concedere, prima che voci più autorevoli della mia commentino questa legge, che ha ancora il sapore di una "grida" manzoniana, concludere con una mia citazione del 2008: *«Ma in che modo il cittadino può controllare la giustizia? Il collegamento tra democrazia della discussione, diritto alla filosofia e crisi della giustizia è dato dalla asimmetria informativa che è un'altra delle più gravi malattie della democrazia. Perché una delle forme di asimmetria in cui si trova a essere sottoposto il cittadino è proprio quella, gravissima, nei confronti della giustizia. Il cittadino non solo ha delle difficoltà a rivolgersi al magistrato, ma sempre di più i costi della giustizia lievitano costantemente, il che impedisce chiaramente al cittadino di poter sostenere una qualunque causa nei confronti di controparti più ricche. Se ne può trarre una conclusione impietosa: la giustizia sta diventando assolutamente inutile. E proprio in questa inutilità si sono inserite le recenti crisi dei mercati finanziari»* (Perché filosofia, Milano, 2008, p. 89).

Mi resta solo una definitiva conclusione, che possa ricomporre il triangolo che all'inizio ho citato, nel quale la funzione del giudice, liberato dalle qualifiche di operatore di sillogismi, come lo voleva Cesare Beccaria, o di *bouche de la loi*, come lo voleva Montesquieu, diventi creativa del diritto, come altre volte, proprio nella disciplina dell'impresa e delle società, ove le sentenze dei giudici civili sono stato al riguardo esemplari e hanno spesso fatto rimpiangere che anche nel nostro ordinamento non sia in vigore la regola del precedente come nei Paesi di *common law*.

Già in una pregevole conferenza del 1955 Piero Calamandrei rivendicava la funzione di produzione giuridica assegnata alla giurisprudenza, nell'elaborazione di quei principi che costituiscono la sola alternativa a norme, scarsamente elaborate e affrettatamente inserite nell'ordinamento da un legislatore sempre meno affidabile, che pare solo dedicato al quotidiano caso concreto. Il riferimento alla Corte di Giustizia Europea, dove l'attività creativa del giudice, nella tutela dei diritti, è essenziale e continuativa, può essere un viatico straordinario.