

Corporate governance tra contrattualizzazione e competizione regolamentare

di Guido Rossi

I. Il diritto societario unitario

Il senso delle trasformazioni che hanno travolto il diritto societario negli ultimi decenni¹, all'insegna della cosiddetta *corporate governance*, è da inserire nel più ampio flusso di cambiamenti giuridici e istituzionali dovuti alla globalizzazione e all'economia finanziaria. Esso può essere colto sinteticamente a partire dalle argomentazioni che proponeva Ascarelli nel 1956, quando considerava che ogni riforma necessaria, come la disciplina delle società quotate in borsa, dovesse essere in funzione di un ordinamento generale della Società per azioni che doveva rimanere sostanzialmente unitario. Scriveva Ascarelli: «questa unitarietà spiega perché la storia legislativa delle Società per azioni nell'ultimo cinquantennio sia caratterizzata da un irrigidimento della disciplina attraverso la moltiplicazione di norme inderogabili» (Ascarelli, 1956, p. 19).

La spina dorsale del diritto societario, nella visione di Ascarelli, era inevitabilmente legata alla tesi e ai problemi della dissociazione fra proprietà e controllo, ben centrale al capitalismo di produzione, fin dal famoso libro di Berle e Means del 1932. A questa impostazione tradizionale non mancavano, tuttavia, degli originali colpi d'ala, dove la stessa dissociazione si dissipava – ed il tema è ancora vivo – in gruppi di potere nelle loro possibili caratteristiche, sia trasparenti sia, molto più spesso, opache. E questo “controllo pre-costituito” non pareva proprio aver ricevuto adeguata disciplina nel codice civile, né nelle leggi speciali. Questa osservazione vale oggi come allora e, d'altra parte, non pare affatto estranea anche agli altri ordinamenti.

Su entrambi i punti focalizzati da Ascarelli – disciplina unitaria e un nucleo di norme inderogabili – nei sessant'anni successivi si imporranno importanti rotture. È da tempo ormai che la cosiddetta teoria generale del diritto societario ha abbandonato la dicotomia proprietà-controllo, per

1. Debbo qui precisare che farò riferimento solamente alle Società per azioni, perlopiù quotate, e non alle Società di persone, anche se la disciplina di queste ultime pure entrata nel gioco delle regolamentazioni e delle libertà statutarie è spesso intervenuta in modo decisivo anche nei mercati finanziari.

affidarsi alla diversa imperante teoria economica ispirata da Ronald Coase, in base alla quale le norme imperative impediscono la libertà di mercato, sicché la società per azioni deve affidarsi al contratto. Quella teoria, espressa già nel suo articolo del 1937, *The Nature of the firm* (Coase, 1937, pp. 386 ss.), ma diventata modello imperante a seguito della pubblicazione, nel 1960, del suo *The Problem of Social Cost*, sostiene che la società diventa essa stessa un *Nexus of contract* (Coase, 1960, pp. 1 ss.), una “rete” di accordi tra privati. Così il diritto scompare di scena, per lasciare il posto all’autonomia privata.

Non credo dunque di potermi iscrivere tra i pugnaci sostenitori del cosiddetto “diritto societario della crisi”, che pur accoglie autorevoli adepti. La verità è che il periodo di rottura è iniziato molto prima e con situazioni economico politiche che hanno travolto gli ordinamenti, con un’alluvione di norme regolamentari, in continuo rifacimento e contraddizione, influenzate da dottrine economiche neoclassiche, assai discusse, alle quali i giuristi si sono spesso supinamente e goffamente adeguati.

Il cosiddetto “diritto societario della crisi”, al di là delle mode qualificatorie accademiche, a ben vedere, nelle regole che paiono contraddistinguergli, sfocia in un edificio normativo del tutto disarmonico, dove il sopravvento è stato preso dal diritto fallimentare.

2. La società per azioni oggi

Se consideriamo l’attuale disciplina della società per azioni, il cambiamento rispetto al passato appare potente e diventa quasi un rovesciamento. Non più, dunque, disciplina unitaria e norme inderogabili, bensì competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario, principi e concetti apparentemente opposti, ma che hanno entrambi la chiave di lettura nella fondamentale tesi della deregolamentazione a favore della supposta efficienza del libero mercato, che tenta qui un vano inquadramento unitario nel cosiddetto mercato delle regole. Libertà statutaria e deregolamentazione sono strettamente collegate sicché la prima pare conseguenza ineludibile della possibilità di libere scelte regolatorie che si pongono al di fuori delle norme inderogabili e imperative del singolo Stato.

Il *Leviatano* di Thomas Hobbes ha ormai perso, nell’ambito del diritto delle società, e oggi del correlato capitalismo finanziario globale, ogni dignità e forza, frantumandosi in centri di potere spesso arbitrario, poiché incontrollato, potere di indiscussa supplenza alle norme inderogabili, ma che si erge, rispetto alla loro inconsistenza, minaccioso nei confronti dei diritti fondamentali.

Il sopravvento delle teorie economiche neoliberiste, in altri termini, fa scomparire di scena il diritto, per lasciare il posto all’autonomia privata.

Ugualmente esso ha travolto la stessa dogmatica giuridica in questi ultimi decenni, a seguito del dominio dell'economia sulla politica e delle profonde conseguenti trasformazioni del capitalismo di produzione in capitalismo finanziario, in una dimensione nella quale manca qualsiasi efficacia (*Enforcement, Gewalt*) di un inesistente diritto globale.

In questa situazione di spinta deregolamentazione, il titolo di un raffinato articolo di Floriano D'Alessandro: *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?* (D'Alessandro, 2003, pp. 34 ss.), sintetizza bene il problema. Ma altrettanto doveroso appare citare il libro di R. A. Posner, *A Failure of Capitalism*, già uno dei massimi rappresentanti del movimento della *Law and Economics*, che ha avuto l'onestà intellettuale di rivedere e criticare le proprie precedenti posizioni.

La deregolamentazione, alla quale è seguita quasi dovunque la totale libertà statutaria, ha sostituito la persona giuridica governata dalle norme imperative con la cosiddetta *governance*, nata dalle ideologie del contratto, cioè da quel non-luogo del diritto come è stato definito da Friedrich Hegel e Jules Coleman. Diventa allora quasi impossibile ritrovare una definizione giuridica valida, unitaria e di carattere generale per la Società per azioni, poiché ognuna di esse costituirà una identità a sé, atipica, rispetto alle altre e legata solo alle variabili regole del suo statuto, libero da qualsivoglia forma di indisponibilità.

3. La metamorfosi societaria

Il diritto societario stava profondamente cambiando. In Italia, una decisiva rottura avvenne nel 1974, con l'istituzione della Consob, «il cui avvento», come sostenne Ariberto Mignoli, «segna un momento importante della vita azionaria del nostro Paese: è il momento quando le idee escono dai libri e si rovesciano nella vita» (Mignoli, 1981, p. 759).

Quelle parole furono pronunciate in un convegno veneziano del 1981, dal titolo *L'informazione societaria*, che era la testimonianza che il diritto societario stava profondamente cambiando, e che la dissociazione tra proprietà e controllo non costituiva più il perno dei suoi problemi, poiché con la trasformazione in atto del capitalismo di produzione in capitalismo finanziario, sia la proprietà sia il controllo avevano protagonisti diversi, a oggi completamente irriconoscibili.

La metamorfosi societaria andava in parallelo allo sfaldamento totale della figura dell'azionista – proprietario, autorizzando all'intervento al voto in assemblea, attraverso l'istituto della *Record Date*, chi azionista non è più. Cadeva così un altro mito centrale del diritto societario racchiuso nella formula "un'azione, un voto". L'opacità assoluta del controllo si co-

niugava poi definitivamente in quelli che già Ascarelli aveva qualificato i “prepoteri”, certamente lontani da qualunque trasparenza societaria e con strana assonanza con il concetto, su cui si tornerà nel paragrafo 6, di “prepotenti” (Ascarelli, 1956, pp. 10 e 34).

E così anche il ruolo del legislatore è andato in questi sessant’anni via via degradando: un degrado della tecnica legislativa dovuta soprattutto alla quantità di leggi imprecise che dominano il mercato degli ordinamenti societari, spesso sprovvisti di norme imperative, le uniche in grado di garantire con sicurezza il diritto, sovente vittima di contraddittorie interpretazioni. Questo collegamento tra sicurezza dei diritti e ordinamento risale a Thomas Hobbes e a Stuart Mill e si è perduto col processo di globalizzazione e con la rottura delle strutture giuridiche degli ordinamenti nazionali che garantivano *enforcement* e sanzioni.

Non è un caso che dove governa la competizione regolamentare e quando vien quindi affievolita, come indicava Walter Benjamin, la violenza (*Gewalt*) della norma imperativa, la sanzione si trasforma sovente in *Shame Culture*, così come avviene nei mercati finanziari cinesi di Shanghai e Shenzhen e in qualche caso negli Stati Uniti d’America.

È bene a questo punto precisare ancora che l’arretramento o il degrado qualitativo del legislatore non ha affatto provocato la sua scomparsa, bensì addirittura un suo incremento, una sorta di elefantiasi varia e scomposta, che corrisponde alle due principali caratteristiche che dominano il sistema: la competizione regolamentare e la contrattualizzazione di quel che rimane nel diritto societario.

L’aver pensato che il mercato potesse darsi le sue regole con posticci riferimenti a teorie economiche neoliberiste, ha ridotto, come ho sopra accennato, la Società per azioni a quel *Nexus of contracts* che ha accompagnato la deregolamentazione e ha ridotto le singole società quasi a costituire un contratto atipico, ognuno diverso dall’altro, sostituendo la disassociazione tra proprietà e controllo con la teoria vaga e imprecisa della *governance*.

È così che il diritto societario è diventato, mi sia concesso il riferimento a un magnifico racconto di Jorge Luis Borges *La biblioteca di Babele*, di sapore kafkiano, dove ogni libro è autonomo, ma informe e caotico e alla fine la biblioteca «illimitata, periodica e infinita» è inutile. La Biblioteca di Babele e il nuovo diritto societario costituiscono un parallelo inquietante con implicite illuminanti conseguenze.

4. L’interpretazione e la traduzione della norma giuridica

Altrettanto autonomo, informe e caotico, ogni libero statuto di società ha lasciato il campo di influenza ad altre discipline, dove l’interferenza di

linguaggi diversi ha purtroppo provocato sovente la perdita di significato delle parole, e così anche degli istituti giuridici, sicché sempre più arduo e quindi incerto diventa l'essenziale problema dell'interpretazione del diritto. Insomma, l'interpretazione come principale problema del diritto, che ha travagliato generazioni di giuristi, si è trasformata in una sorta di attività di traduzione, sicché le parole riescono spesso a trasformarsi in base a non chiari riferimenti a istituti di diritto straniero, fra i quali in modo particolare quelli che fanno capo al *Common Law*.

Tutto ciò trasforma l'attività giuridica in disciplina di traduzione, creando incertezze, difficoltà e manipolazioni, che si riscontrano anche nella decadenza della giurisprudenza, la quale ha purtroppo perso una buona parte della funzione creativa che le riconosceva Piero Calamandrei. Posso aggiungere che i libri di James White, *When Words Lose their Meaning*, ma soprattutto *Justice as Translation* costituiscono due irrinunciabili riferimenti per l'indagine sulle nuove strutture e sulle profonde trasformazioni del diritto societario, il quale, a seguito della sua contrattualizzazione, rimane confuso e senza guida, battendo il passo, nelle retrovie di una caotica rampante economia globalizzata. Questa si presenta, si cambia e si auto-manipola, ma con la pretesa, secondo l'espressione di White, di un cultura totale atta a governare il mondo. I vecchi strumenti del diritto subiscono, al loro interno e al loro fianco, l'influenza dominante di discipline multiformi e diverse subendo strutturali modifiche in una ricaduta di maggior disordine, dove alle regole subentrano le forze del mercato, realizzando così la straordinaria intuizione del grande poeta W. Auden: «When words lose their meaning, phisical forces take over».

Oggi il diritto societario, un vasto e sbrindellato tappeto di normative, fa poi capo, ormai dovunque, a una serie di autorità indipendenti che normano, processano e sanzionano, ma finalmente sono state censurate dalla CEDU per il mancato rispetto dei diritti umani fondamentali (Cour Européenne des Droits de l'Homme, 4 marzo 2014). Il conseguente proliferare di organismi di *compliance* e di Comitati interni ai consigli di amministrazione, nonché il ricorso continuo all'autoregolamentazione, hanno provocato soverchie difficoltà di conduzione delle società, che vivono nell'incubo di incorrere in sanzioni di diritto penale e amministrativo di cui faticano spesso a comprendere il dettato.

Il *Regulatory overshooting* aveva già contraddiristinto i decenni precedenti con leggi sempre più numerose e complesse, né ha mai preso forma il suggerimento di Joseph Stiglitz (2006) di dar luogo a «una struttura legale internazionale, con efficacia garantita da una Corte internazionale, per far funzionare in modo non distorto l'economia globale» (Rossi, 2007, p. 42). Anzi purtroppo la situazione è andata peggiorando (Stiglitz, 2010).

La costante opera di traduzione di parole manipolate, che hanno perso il loro significato, richiesta ai giudici penali e ai regolatori è ben lungi dal realizzare quella sicura attività sillogistica del giudice, con premessa nella norma inderogabile, che tanto decantava Cesare Beccaria. Può bastare al proposito un cenno all'ultima conseguenza della contrattualizzazione di diritto societario che si è ripercossa persino nella amministrazione della giustizia, cioè nella formula penale amministrativa del *Justice by deal* (Garrapon, Servan-Schreiber, 2013), che spesso, come osserva Crespi, di fronte al carattere «illegale e sproporzionato» delle ammende e delle sanzioni pecuniarie non lascia alle Società alcuna possibilità di difesa qualunque strumento di “*Compliance*” esse adottino (Crespi, 2015).

L'incertezza interpretativa non può dunque costituire un alibi per giustificare l'uso indiscriminato e arbitrario dei poteri di autorità indipendenti e magistratura inquirente.

Ultimo fenomeno della contrattualizzazione è la previsione contrattuale del divieto di agire attraverso *class action*, imponendo il ricorso all'arbitrato. Un ripensamento della stessa ammissibilità delle *class action* è di estrema attualità negli Stati Uniti, attualmente al vaglio della Corte Suprema. Un recente prezioso volume di John C. Coffee jr., *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall and Future*, ne esamina l'origine, lo sviluppo e le distorsioni delle Corti, delle Autorità indipendenti, soprattutto la SEC e gli avvocati specialisti, interessati al loro *contingent fee* piuttosto che a fini di giustizia.

5. La competizione fra ordinamenti

La contrattualizzazione del diritto societario ha tolto – ripeto - valore alle norme imperative e ha favorito la competizione fra ordinamenti. Le recenti esperienze, anche italiane, di cui ampia notizia documentazione e commento ha dato la Rivista delle società in tema di fusione transfrontaliera del “gruppo Fiat-Chrysler” (“Rivista delle società”, 2014, pp. 1126 ss.), stanno forse a dimostrare che gli scopi delle scelte non sono dovuti solo alla ricerca di norme diverse (*ruled-based*) come avviene negli Stati Uniti, ma anche alla ricerca di ordinamenti fiscalmente meno rigorosi (*cost-based*), come succede più frequentemente in Europa. La fusione transfrontaliera Fiat-Chrysler sta però a dimostrare che i due scopi spesso coincidono. Ma di tutti questi aspetti parlerà più diffusamente Marco Ventoruzzo (2016).

A questo punto forse non mi resta che sottolineare, ritornando al sempre più appropriato paragone con il racconto di Borges, che anche le nuove competizioni regolamentari altro non costituiscono che nuovi scaffali della “Biblioteca di Babele”. Ma è bene altresì aggiungere che la concorrenza tra ordinamenti, nell'assenza totale di una regolazione mondiale multiforme, ha

un duplice sbocco: verticale, con il ricorso ad ordinamenti esterni o a regole sovranazionali, e orizzontale, con regole nazionali dalle più svariate fonti del diritto. Il disegno che ne risulta manca pertanto di un’impostazione unitaria. È competizione anch’essa del tutto sregolata, alla quale sarebbe inadatta, e in verità quasi impensabile, qualsiasi disciplina. Non è infatti un caso che anche il recentissimo modello di Società per azioni da adottare in tutti gli Stati Membri Europei per una disciplina societaria uniforme, con trattazione dei maggiori tradizionali e dibattuti istituti societari, lo *European Model Company Act* (EMCA), predisposto da un autorevole gruppo di professori ed esperti e in attesa di una valutazione da parte delle autorità dell’Unione, ha lasciato ancora ampio spazio alla competizione regolamentare (European Model Company Act Group, pp. 4 s.).

Naturalmente l’alluvione legislativa continua da tutte le fonti, e basti proprio ora pensare alle recentissime disposizioni sulla vigilanza bancaria da parte della BCE e il conseguente intreccio con le norme interne, di assai difficile interpretazione. Tuttavia, né di queste né di altre norme, che potrebbero completare un quadro in continua evoluzione, intendo trattare, poiché a me pare essenziale averne delineato, pur nella loro confusione, le fondamentali caratteristiche.

6. La *corporate governance* e il “prepotere” societario

La metamorfosi del diritto societario ha dunque via via distrutto o dissipato alcuni dei tradizionali miti indiscussi, alla base della legislazione, della dottrina, della giurisprudenza e della prassi societaria. Lo stesso concetto di persona giuridica che ha accompagnato lustri di dottrina societaria, è stato definitivamente sostituito dalla *corporate governance*.

Ma è vero che ogni statuto societario, secondo le sempre attuali intuizioni di Santi Romano, diventa a sua volta un ordinamento, nel quale la generica *governance* trova una sua spesso non limpida soluzione, all’interno della quale emergono gruppi di potere che la perspicua visione di Ascarelli aveva individuato come “prepotere”. Egli scriveva infatti nell’articolo citato: «questa precostituzione del controllo è assai frequente (e in tutte le società), vuoi che il controllo sia concentrato nel gruppo che simultaneamente detiene la maggioranza del capitale azionario, vuoi sia concentrato in un gruppo che invece detiene una minoranza del capitale azionario» e aggiungeva «l’errore della nostra disciplina giuridica sta proprio nell’aver ignorato e nell’aver supposto che le decisioni delle assemblee delle società nascano dal causale incontro di azionisti isolati anziché esprimere un’azione concertata di gruppi precostituiti» (Ascarelli, 1956, p. 13). Quanta parte di una ripetitiva dottrina è purtroppo oggi ancorata su posizioni di superficiale arroganza, proposte come viatico della modernità!

La caratteristica essenziale del potere precostituito è ora la completa opacità. Non è certo un caso che le autorità di controllo abbiano come principale funzione il creare la trasparenza, la *disclosure*, che serve appunto a combattere l'opacità all'interno delle società prima ancora che nei mercati finanziari.

È pur vero che il dualismo azionisti-amministratori rimane apparentemente sempre aperto, come sempre aperto rimane il mito del "creare valore per gli azionisti", quale vero interesse sociale, che molto giustifica e che si riduce sovente ad operare nel breve termine e raccogliere i risultati positivi, il cui principale scopo sembra essere quello di rimpinguare i compensi e le *Stock Options* di amministratori e manager. Tra i tantissimi studi di avanguardia al riguardo rimangono sempre quelli di Lucian Bebchuk (Bebchuk, Cohen, Ferrel, 2004, pp. 783 ss.; Bebchuk, Weisbach, 2010, pp. 939 ss.) e quello recente omnicomprensivo delle diverse tesi sulla *Corporate governance* di Robert Clark (Clark, 2015, pp. 321 ss.).

Nell'ulteriore ordinamento di autoregolamentazione la nostra Biblioteca di Babele ha aggiunto lo scaffale dei "Compliance Programs", traballanti scudi a tentata parziale copertura della responsabilità penale, coadiuvati dalla massima collaborazione interna da parte della società e dei suoi consulenti.

Insomma, il legislatore del capitalismo finanziario del libero mercato efficiente ha compiuto ancora una rinuncia al principio di legalità, privilegiando la libertà contrattuale come regola fondamentale e implicitamente riconoscendo che la norma giuridica non è in grado di colpire gli illeciti e non costituisce nei loro confronti neppure un deterrente. Ciò è avvenuto nel tentativo di controllare amministratori e manager, per impedire che compiano attività non finalizzate all'interesse sociale, la cui definizione è ormai soggetta ad ogni tipo di finalità e di funzioni, contrastanti l'una con l'altra.

Gli amministratori indipendenti, infine, sono forse l'ultimo accanito esempio di una nuova categoria introdotta nel sistema di controlli interni e sui quali ormai esiste copiosissima letteratura (Tombari, 2014, pp. 42 ss.), anche se oltre ad aver dimostrato la loro inutilità, sono d'autorevole dottrina stati accusati di aver costituito una delle cause della recente crisi del sistema societario, che ha dato poi origine all'intera crisi economica (Bainbridge, 2008, pp. 177 ss.; 2012, pp. 77 e 103).

L'ultima prova di un disfacimento generalizzato delle istituzioni societarie ha avuto conferma in una delle società più importanti del listino italiano: Unicredit². Siamo di fronte a una sorta di singolare ritorno al diritto

². Infatti, in applicazione di norme statutarie, tra le quali l'introduzione del voto di

canonico e alla regola benedettina così ripresa da Edoardo Ruffini (1976, p. 29) nel classico libretto *Il principio maggioritario*: «quando la minoranza supera in zelo, autorità e dignità la maggioranza, quest'ultima soccombe, dovendosi i più chiamare i meno e i meno chiamare i più».

La “sanior pars” vince sul numero, come argomentava Nicolò Cusano, per il diritto dei canonisti. Vien qui comparativamente da ricordare l'espressione di un grande banchiere nella storia del capitalismo italiano del secolo scorso, Enrico Cuccia: «le azioni a volte si pesano e non si contano». Ma è sempre la minoranza “la sanior pars”? O dietro la minoranza si nasconde il potere precostituito di cui parlava Ascarelli? Un potere opaco e di difficile identificazione, corrispondente peraltro al modo poco trasparente con cui si costituiscono le maggioranze?

Quelle maggioranze che hanno fatto cadere l'altro mito: “un'azione un voto” non solo con le azioni totalmente disgiunte dal voto ma con le azioni con il voto maggiorato e con il voto multiplo di recente introduzione anche in Italia, e con un invito da parte del Parlamento europeo agli Stati Membri di favorire gli azionisti stabili con azioni di fedeltà, in aperta dissonanza con un apparente ritorno al principio della contendibilità delle società con le nuove discipline sulle offerte pubbliche d'acquisto obbligatorie (Commissione europea, 2012, p. 3; Parlamento europeo, al “considerando” 9-bis).

Senza insistere oltre, è evidente che il contratto nelle sue varie forme e dimensioni ha oramai avuto il sopravvento sulla regolamentazione del diritto societario.

7. Note conclusive su capitalismo finanziario e antitrust

Come si è accennato all'inizio, tutti questi netti cambiamenti nella sfera del diritto societario sono strettamente collegati all'economia finanziaria, che, anche con l'ausilio della tecnologia, ha ormai consolidato il suo dominio sulla politica. Le conseguenze sono note: in un mondo nel quale il mercato degli strumenti finanziari è dieci volte più grande di quello dei beni industriali, si sono create profonde diseguaglianze, con una enorme concen-

lista, legislativamente previsto per la tutela delle minoranze azionarie, l'assemblea del 13 maggio 2015 per la nomina degli amministratori ha avuto un risultato sorprendente: sedici amministratori, compresi quelli con tutte le deleghe sono stati eletti dalla lista di minoranza, mentre quella di maggioranza ne ha eletto uno solo, con la qualifica di indipendente. Sulla inutilità degli indipendenti s'è già detto, ma maggior cura dovrebbe essere dedicata alle strutture nuove che la libertà statutaria ha portato, nella creazione di precostituiti o pa-chi poteri, che sopravanzano azionisti, amministratori, e organismi di controllo. Quello che sorprende è che tutto, nel caso indicato, sia apparso regolare e che la maggioranza, costituita soprattutto da fondi, che amministrano denaro altrui, nulla abbia obbiettato.

trazione di ricchezza nelle mani dell'1% della popolazione, e la scomparsa pressoché totale delle classi medie e dei loro valori culturali. Lo strapotere delle plutocrazie è descritto con accuratezza in un capitolo del libro di Branko Milanović, *Global inequality*, dove all'avanzare delle plutocrazie è indicato corrispondere ovunque l'aumento del tanto discusso populismo. L'influenza economica, intellettuale e politica che le istituzioni finanziarie e tecnologiche hanno raggiunto nei vari Paesi, impossessandosi via via dei mass media, delle università, dei personaggi politici e intellettuali di vario tipo ne fa ora i veri plutocrati, signori del mondo.

È così che vengono condizionate le scelte sia dei consumatori sia dei cittadini, mentre purtroppo perdono quasi completamente consistenza ed efficacia le istituzioni democratiche, a loro volta condizionate nella loro attività specialmente dagli ingenti finanziamenti e dalle politiche di *lobbying*. Sul tema si sofferma anche il volume dell'ex ministro del Lavoro del Governo Clinton, l'economista Robert Reich, *Saving Capitalism* che offre notevoli spunti sui rapporti tra politica ed economia, e specie con riferimento alla legislazione antitrust, che è l'istituto fondamentale ai fini della tutela dei consumatori. Lo scritto di Reich è essenziale per comprendere il mercato attuale e che tipo di società si sta costruendo per i nostri nipoti, ben al di là e al di fuori delle ottimistiche previsioni keynesiane. Rispetto al libro ho comunque una riserva di fondo: il problema non è quello di salvare un capitalismo che, con i suoi continui aggiornamenti di false teorie, e facendo tesoro anche delle nuove tecnologie, pare ormai proiettato inevitabilmente verso una situazione di disuguaglianze globali. Si tratta invece di salvare l'agonizzante democrazia e intervenire sull'economia e a tal fine può essere prezioso il contributo dell'Antitrust.

L'Antitrust, fin dalla sua nascita, fu dotato di anime diverse e non sempre limpide. Quando il senatore John Sherman lo propose nel 1890 al Congresso degli Stati Uniti, invitando i propri colleghi ad agire contro le potenze industriali, frutto di concentrazioni economiche e politiche, che si chiamavano per l'appunto *trust*, era storicamente l'epoca dell'economia politica pre Marshall, governata dai cosiddetti baroni della rapina con i loro pozzi petroliferi, le raffinerie, le ferrovie. Di conseguenza i monopoli vennero attaccati non soltanto per il loro potere politico, bensì per impedire che il loro potere sui mercati provocasse intollerabili e ingiusti aumenti dei prezzi dei beni. Una novità assoluta, ed è bene ricordarlo. Dopo la Seconda guerra mondiale, tuttavia, le leggi e le politiche antitrust persero di interesse per il potere politico, caduto nelle mani dell'economia, e dedicatosi esclusivamente alla tutela dei consumatori.

La situazione per gli odierni consumatori non è certo migliore, anche perché alle banche ed alle corporation di Wall Street si sono ora aggiun-

ti i colossi dell'economia della Rete. Per indicare quale può essere uno dei possibili programmi per il Movimento dei Consumatori, si può porre l'accento sulla pronuncia dell'Antitrust della Commissione europea del 30 agosto 2016. La Commissione ha chiesto all'Irlanda di far pagare le tasse per ben 13 miliardi di euro non versate da Apple, in merito a sue società risiedenti in Irlanda nelle cui casse finivano tutte le entrate delle vendite europee della società di Cupertino, e quindi senza pagare tutte le tasse dovute. La questione è ovviamente delicata e controversa, tant'è che Apple, ma anche l'Irlanda, intendono impugnare la decisione perché ovviamente tutte le sedi delle società internazionali e sovranazionali che hanno sedi in Irlanda per ragioni fiscali possono cambiare sede e questo potrebbe essere un danno per lo Stato irlandese.

La verità è che i comportamenti del colosso californiano, in mancanza di una autorità giuridica globale, e nella più piena anarchia di scelta che è consentita sia agli Stati sia ai mercati, sono una possibilità concreta offerta dal nuovo capitalismo finanziario globale: la decisione dell'Antitrust europea ritorna così all'origine dell'Antitrust e cioè al tentativo di rompere il dominio dei principati economici sulla politica e addirittura sulla legislazione generale e sugli ordinamenti degli Stati. Per quel che mi riguarda questa è una straordinaria rinascita della politica Antitrust che si esplica nell'ambito di quella che in filosofia oramai va sotto il nome di teoria della giustizia. L'Antitrust torna ad essere uno strumento importante per la democrazia e un possibile rimedio contro i disastri compiuti dal capitalismo finanziario, con qualche possibilità di ridurre il disordine della Biblioteca di Babele, che oggi è infinita e confusissima.

Riferimenti bibliografici

- ALESSANDRI A. (2016), *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, in A. Jorio, B. N. Sassani (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, Giuffrè, Milano.
- ASCARELLI T. (1956), *I problemi delle società anonime per azioni*, in "Rivista delle società", pp. 3 ss.
- BAINBRIDGE S. M. (2008), *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford University Press, New York.
- ID. (2012), *Corporate Governance after the Financial Crisis*, Oxford University Press, New York.
- BEBCHUK L.A., COHEN A., FERREL A. (2009), *What Matters in Corporate Governance?*, in "Review of Financial Studies", 22, 2, pp. 783 ss., e *Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper*, n. 491, 2004, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=593423.
- BEBCHUK L.A., WEISBACH M. S. (2010), *The State of Corporate Governance Research*, in "Review of Financial Studies", 23, 3, pp. 939 ss.

- BERLE A. A., MEANS G. C. (1932), *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan, New York (trad. it. di G. A. Brioschi e G. M. Ughi, *Società per azioni e proprietà privata*, Einaudi, Torino 1966).
- CALAMANDREI P. (1999), *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Firenze.
- CEDU (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME) (2014), sentenza *Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 marzo, disponibile, nella versione in italiano, sul sito del ministero della Giustizia e riportata in estratto in "Giur. comm.", 2014, II, pp. 546 ss.
- CLARK R. C. (2015), *Harmony or Dissonance? The Good Governance Ideas of Academics and Worldly Players*, in "The Business Lawyer", 70, Spring, pp. 321 ss. (anche in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2597337).
- COASE R. (1937), *The Nature of the Firm*, in "Economica", 4, 16, pp. 386 ss.
- ID. (1960), *The Problem of Social Cost*, in "The Journal of Law and Economics", 3, pp. 1 ss.
- COFFEE J. C. JR. (2015), *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall and Future*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- COMMISSIONE EUROPEA (2012), *Action Plan, European Company Law and Corporate Governance – A Modern Legal Framework for More Engaged Shareholders and Sustainable Companies*, 12 Dec., COM(2012) 740.
- CRESPI A. (2016), *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, in "Rivista delle società".
- D'ALESSANDRO F. (2003), *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in "Rivista delle società", pp. 34 ss.
- EUROPEAN MODEL COMPANY ACT GROUP (2015), *European Model Company Act (EMCA)*, redatto su iniziativa dei proff. P. Krüger Andersen e T. Baums da una commissione di 20 studiosi, settembre, in <http://law.au.dk/forskning/projekter/europeanmodelcompanyactemca/>.
- GARAPON A., SERVAN-SCHREIBER P. (éds.) (2013), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, Paris.
- Gruppo Fiat-Chrysler, documentazione societaria relativa alle fusioni transfrontaliere del gruppo (2014), in "Rivista delle società", pp. 1126 ss.
- MIGNOLI A. (1981), *I venticinque anni della rivista*, in "Rivista delle società", pp. 753 ss.
- MILANOVIĆ B. (2016), *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, Cambridge.
- PARLAMENTO EUROPEO (2015), *Progetto di risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda taluni elementi della relazione sul governo societario*, 12 maggio, in <http://www.europarl.europa.eu>.
- POSNER R. A. (2009), *A Failure of Capitalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- REICH R. (2015), *Saving Capitalism: For the Many, Not the Few*, New York.
- ROMANO S. (1946), *L'ordinamento giuridico*², Sansoni, Firenze.

- ROSSI G. (2007), *Dalla compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *La società per azioni oggi*, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia, 10-11 novembre 2006, Giuffrè, Milano, pp. 27 ss.
- RUFFINI E. (1976), *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Adelphi, Milano.
- STIGLITZ J. E. (2006), *Making Globalization Work*, Norton, New York (trad. it. di D. Cavallini, *La globalizzazione che funziona*, Einaudi, Torino 2006).
- ID. (2010), *Freefall. America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, Norton, New York (trad. it. di D. Cavallini, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Einaudi, Torino 2010).
- TOMBARI U. (2014), *Amministratori indipendenti, "Sistema dei controlli" e corporate governance: quale futuro?*, in Id. (a cura di), *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Giappichelli, Torino, pp. 35 ss.
- VENTORUZZO M. (2016), *Regulatory Competition and Freedom of Contract in us Corporate Law*, in "Rivista delle società".
- WHITE J. B. (1984), *When Words Lose Their Meaning: Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, The University of Chicago Press, Chicago.
- ID. (1990), *Justice as Translation*, The University of Chicago Press, Chicago.