

V CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI PROFESSORI UNIVERSITARI DI DIRITTO COMMERCIALE
"ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'IMPRESA E IL DIRITTO COMMERCIALE: INNOVAZIONE, CREAZIONE DI
VALORE, SALVAGUARDIA DEL VALORE NELLA CRISI"

Roma, 21-22 febbraio 2014

PAOLO MONTALENTI

IL DIRITTO COMMERCIALE ALL'EPOCA DELLA CRISI

Relazione introduttiva

SOMMARIO: 1. *Introduzione ai lavori.* - 2. *Il tema del Congresso, la crisi finanziaria, i problemi della regolazione.* - 3. *La legislazione dell'emergenza: un degrado istituzionale?* - 4. *Il ruolo del giuscommercialista.* - 5. *Il problema del metodo.* - 6. *La crisi dell'Università.* - 7. *La deriva burocratica.* - 8. *La nostra Associazione.* - 9. *Il Convegno annuale.* - 10. *Il Convegno 2014 le aree tematiche esplorate.* - 10.1. *Azionisti e gestori.* - 10.2. *Il Consiglio di Amministrazione.* - 10.3. *Il diritto societario della crisi.* - 10.4. *S.r.l., Start-up e crowdfunding.* - 10.5. *I nuovi istituti concorsuali.* - 10.6. *Il diritto industriale.*

1. *Introduzione ai lavori.*

Nella mia veste di presidente del Consiglio Direttivo della nostra Associazione, che gli amici e colleghi del medesimo hanno inteso affidarmi, e di cui sono profondamente onorato, sono lieto di porgere a tutti gli intervenuti al nostro Convegno annuale - relatori, *discussant*, coordinatori, intervenienti alla tavola rotonda, partecipanti tutti - il mio personale benvenuto e l'augurio, di tutto il Direttivo, di un proficuo lavoro.

2. *Il tema del Convegno, la crisi finanziaria, i problemi della regolazione.*
Il tema prescelto è indice paradigmatico del momento di grave crisi economico-finanziaria i cui effetti si prolungano nel tempo,

oltre le previsioni, e inducono ad un'aspettativa di ripresa che può essere soltanto moderatamente e cautamente ottimistica.

La crisi, che dal mercato finanziario si è estesa sistematicamente al mondo dell'impresa, ha posto sfide delicate e complesse per l'intervento regolatorio, sia a livello statale sia a livello sovranazionale.

I riflessi di questo quadro complessivo nelle singole aree tematiche delle diverse sessioni del convegno emergono con maggiore o minore intensità in relazione all'oggetto della riflessione scientifica ma rappresentano un *fil rouge* che attraversa trasversalmente le diverse sessioni.

Non posso evidentemente in questi brevi cenni introduttivi entrare a fondo nel merito dei problemi; desidero tuttavia svolgere qualche riflessione sistematica (i) sul quadro istituzionale della regolazione nel nostro ordinamento, (ii) sul ruolo del giurista, soprattutto accademico, nell'ambito del diritto commerciale, (iii) sulla situazione generale dell'Università e (iv) sulla nostra Associazione.

3. *La legislazione dell'emergenza: un degrado istituzionale?*

Dobbiamo purtroppo constatare che rispetto all'epoca, peraltro non remota, di riforme organiche del diritto finanziario e societario - penso, in particolare, al Testo unico bancario, al Testo Unico della Finanza, alla riforma del diritto societario, alla riforma del diritto fallimentare, al Codice delle assicurazioni - la legislazione che possiamo definire dell'emergenza - nell'ultimo quadriennio - si è discostata, sotto il profilo del metodo, da un paradigma consolidato. Era prassi usuale la istituzione di commissioni di esperti, tratti in prevalenza tra i migliori studiosi dei singoli settori disciplinari, la predisposizione di bozze complessive, l'ampia discussione sia interna alle sottocommissioni sia esterna, attraverso le osservazioni delle Università, di singoli studiosi e di professionisti, nonché delle associazioni di riferimento. Gli interventi del legislatore dell'ultimo periodo si sono estrinsecati, salvo rare eccezioni, in provvedimenti farraginosi, di origine non chiaramente individuabile, frequentemente modificati *in itinere* senza un preciso disegno sistematico e con un progressivo degrado nella tecnica di formulazione delle norme.

Sono a tutti note le vicende della società a responsabilità limitata, della società tra professionisti, del concordato preventivo e l'elenco potrebbe continuare.

4. *Il ruolo del giuscommercialista.*

A questo fenomeno, che non ho difficoltà a definire degenerativo, corrisponde anche, a mio parere, una “crisi di ruolo” del giurista giuscommercialista che almeno pari titolo avrebbe rispetto ad economisti o sociologi ad operare come “ausiliario del principe” in una prospettiva di razionalizzazione del tessuto istituzionale a cui il percorso di fuoriuscita dalla crisi finanziaria dovrebbe a mio avviso ispirarsi.

Paradigmatico è del resto il singolare destino del progetto di Codice del lavoro elaborato da Pietro Ichino, nel settore contiguo del diritto del lavoro, rimasto sinora confinato nel dibattito tra i tecnici e assai flebilmente trasfuso nelle sedi sociali o istituzionali.

Analogamente è passato sotto silenzio, nella società civile e tra gli esperti, a fronte di un dibattito esteso, vivace e di respiro europeo quale fu il confronto sui temi della democrazia industriale negli anni ottanta, la delega al governo, peraltro scaduta, inserita nella Legge Fornero (art. 4, comma 62, L. 192/2012) diretta ad introdurre strumenti di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell’impresa, tra cui l’istituzione di consigli di sorveglianza con partecipazione di rappresentanti dei lavoratori.

Specularmente significativo, in materia di mercati finanziari, il mancato intervento sul sistema sanzionatorio del Testo Unico della Finanza, da tempo criticato anche dai Presidenti della Consob¹.

Credo che in questo quadro, pur non confortante, si debba accettare con modestia e serietà la sfida di contribuire con l’apporto della riflessione scientifica, dell’apertura comparatistica, della prospettiva europea ad elaborare analisi tecnicamente appropriate degli istituti così come conformati nel diritto vigente e, ove opportuno, indicando soluzioni normative coerenti tra mezzo e fine, chiare nella individuazione degli interessi protetti e nella prospettiva programmatica.

5. *Il problema del metodo.*

Prezioso rimane altresì il dialogo tra dottrina e giurisprudenza che, a me pare, è oggi metodo consolidato.

Interventi di magistrati qualificati, sulle riviste, convegni ispirati al confronto diretto tra giudici, operatori, professionisti e

¹ Ora “sanzionato” dall’*Arrêt* della CEDU del 4 marzo 2014 nell’*Affaire Grande Stevens e altri c. Italia*.

studiosi costituiscono sicuramente un terreno comune di evoluzione del diritto vivente che deve essere ulteriormente coltivato.

In questo processo il ruolo dello studioso rimane centrale: la libertà del pensiero, la possibilità di elezione degli argomenti, la naturale e necessaria profondità dell'indagine e la propensione ad una visione sistematica, costituiscono un bene prezioso che dobbiamo gelosamente coltivare.

Segnalando qui la meritoria iniziativa della ripubblicazione del Trattato di Cesare Vivante, mi piace ricordare due passi delle sue opere che ci illuminano ancor oggi, con icastica concisione, sono due temi spesso distorsivamente evocati: il ruolo della prassi e il valore dei principi.

«*Studenti e studiosi* – scriveva Vivante nella prefazione alla quarta edizione del Trattato (ma il brano lo si ritrova anche nella prefazione alla quinta edizione ora ristampata) – *non si avventurino mai ad alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto che è l'oggetto dei loro studi. Raccolgano nelle borse, nelle banche nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. E' una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà di un istituto giuridico*»².

«*Entrando nell'Università* – ammoniva ancora Cesare Vivante, rivolgendosi agli studenti nella prolusione al corso di diritto commerciale nell'Università di Bologna, il 14 gennaio 1888 – *Voi già pensate alla professione in cui farete più tardi le vostre prove, ed io intendo e rispetto queste inquietudini anticipate, io che ho pure dovuto vivamente lottare per aprirmi una via. Ma ricordatevi che solo in questi anni, consacrati alla scuola, Voi troverete ogni agevolezza per rendervi famigliari i principi e il metodo della ricerca scientifica. Se avrete imparato ad usarne con facilità, potrete accrescere, anche professando, la vostra dottrina, ma se non avrete saputo educare la mente alla fatica delle ricerche, scenderete poi rapidamente, incalzati dai bisogni quotidiani, nella via dell'empirismo volgare*»³.

Non posso qui intrattenermi in un «discorso sul metodo» certamente arricchitosi di nuove strumentazioni rispetto ad

² C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I vol., *Introduzione*, 4^a ed., s.d. ma 1911, p. VIII.

³ Il testo è disponibile sul sito *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze* <http://rivista.ssef.it/site.php?page=20041105105742652&edition=2010-02-01>

allora; mi limito soltanto a richiamare i giovani ad un impiego equilibrato e critico delle nuove metodologie ermeneutiche rispetto alle quali constato non di rado eccessive concessioni non sufficientemente meditate alle mode del momento (si pensi all'uso acritico dei paradigmi dell'analisi economica del diritto).

6. *La crisi dell'Università.*

Il nostro lavoro scientifico si colloca in un momento delicato dell'ordinamento universitario.

Da un lato l'aumento della popolazione studentesca ha imposto profondi mutamenti indotti dal passaggio, per usare una formula ormai banalizzata, dall'università *di élite* all'università di massa: una trasformazione con evidenti valori progressivi - in termini di espansione della cultura, della offerta di maggiori opportunità ai giovani, di migliore qualificazione professionale e così via - ma anche molti effetti negativi a cui non mi pare che l'ordinamento abbia fornito risposte adeguate. Penso alla "licealizzazione" - per usare un termine eufemistico - di molti corsi: si veda sul punto il recente saggio di Nuccio Ordine, collega professore ordinario di letteratura italiana, *L'utilità dell'inutile*⁴, saggio a volte eccessivo nella denuncia di aziendalizzazione dell'università ma condivisibile nella appassionata difesa del ruolo della cultura anche non direttamente finalizzata a specifici profili professionali. Per converso penso al fallimento, almeno nel nostro campo, delle lauree triennali, in cui non si è saputo coniugare un'istanza di formazione generale con la costruzione di professionalità specifiche e non si è saputo accogliere un criterio di selezione dei migliori. Ciò si è tradotto nel contraddittorio fenomeno di concorsi pubblici con carenza di vincitori, come avviene nella magistratura, da un lato e, dall'altro lato, nella espansione abnorme della professione legale che registra oggi oltre 250.000 avvocati a fronte di altri paesi europei con numeri infinitamente inferiori (si pensi alla Francia che conta circa 40.000 avvocati). Penso ancora alle carenze nei servizi agli studenti, alle difficoltà di partecipazione ai bandi europei, alla diminuzione, in generale, dei finanziamenti.

7. *La deriva burocratica.*

Ad una deriva pericolosa assistiamo nell'ambito dei processi di valutazione, in particolare in relazione alle proposte di

⁴ N. ORDINE, *L'utilità dell'inutile. Manifesto*, ed. Bompiani, Milano, 2013.

introduzione di indici bibliometrici. Un grazie particolare va a Giuliana Scognamiglio, che più da vicino ha seguito e segue il problema, partecipando come rappresentante del nostro Direttivo nella Conferenza delle Associazioni delle materie giuridiche. Osservo, pur non volendo assumere posizioni aprioristicamente e forse antistoricamente contrarie, che l'applicazione di indici bibliometrici per la valutazione della produzione scientifica nel campo delle scienze umane e in particolare delle scienze giuridiche, può condurre a risultati aberranti. Si pensi soltanto al diverso valore della monografia giuridica rispetto alla monografia nelle c.d. "scienze dure": nel primo caso la monografia rappresenta il traguardo della maturità scientifica, nel secondo caso un prodotto di regola meramente didattico o divulgativo; si pensi al valore relativo, in campo giuridico, della pubblicazione su riviste straniere, che in alcuni casi può rappresentare il riconoscimento qualificato di uno studio di valore sovranazionale, in altri casi un contributo più informativo che "costruttivo", in ragione della evidente peculiarità del carattere pur relativamente "domestico" del diritto; si pensi, ancora, alla inapplicabilità nei nostri settori dell'*impact factor*. Si pensi infine alla diversità di funzioni che le classificazioni di tal genere possono avere (ad esempio: valutazione quantitativa di produttività di un dipartimento oppure valutazione dei singoli).

Non voglio soffermarmi oltre sul tema di cui mi limito a segnalare la problematicità e nel contempo la rilevanza, se non per sottolineare come la nostra Associazione, in coordinamento con le altre associazioni e con la nostra rappresentante al CUN Carla Barbati, è attivamente presente nel dibattito e nelle iniziative.

8. *La nostra Associazione.*

Orizzonti del Diritto Commerciale compie il suo primo lustro: credo di poter affermare che per il numero degli iscritti, il suo radicamento su tutto il territorio nazionale, l'avvicinarsi secondo le regole dello *staggered board* dei componenti del nostro Direttivo, l'impegno di molti, in particolare del nostro *ex* Presidente Francesco Denozza e del nostro Segretario Giuliana Scognamiglio, essa si configura a pieno titolo come Associazione nazionale dei professori, ordinari e associati, di diritto commerciale, aperta in tutte le sue attività e le sue manifestazioni a tutti gli studiosi, in particolare ai giovani. La fondazione della rivista *online*, che ci auguriamo abbia un proficuo sviluppo, in

particolare come strumento di dibattito anche su temi di attualità, ne è una prima testimonianza.

9. *Il Convegno annuale.*

Ancor più ne è testimonianza il nostro Convegno annuale, giunto quest'anno alla quinta edizione. Credo che la formula innovativa dei *paper* inediti, della loro presentazione sintetica al dibattito, del contraddittorio con i *discussant*, abbia rappresentato un "genere letterario" di successo sia per l'ampiezza degli orizzonti di riflessione sia per la novità di contributo sia per lo stimolo all'approfondimento e all'affinamento degli studi presentati sia per la destinazione primaria dello strumento ai giovani studiosi.

Non si tratta di una formula imm modificabile: l'ampiezza del tema prescelto, al fine di stimolare la più ampia partecipazione di tutti gli studiosi dei vari sotto-settori in cui ormai la nostra materia si articola, può anche a volte apparire eccessivamente dispersiva: l'ipotesi di temi più circoscritti e strutturati può essere oggetto di considerazione.

Ancora, si può osservare che i *paper* presentati meriterebbero a volte maggiore riflessione, indagini più accurate, più attenti approfondimenti, pur nel carattere di *work in progress* che li caratterizza: si potrà in futuro individuare forme appropriate per una più attenta selezione, anche con qualche esclusione. La formula della relazione introduttiva (di uno studioso italiano o straniero come negli anni passati) oppure della tavola rotonda conclusiva, come si è scelto di proporre quest'anno, può anch'essa essere ripensata, sostituendola, ad esempio, con relazioni, se pur brevi, di introduzione alle sessioni, con, eventualmente, una riduzione numerica e una relazione di sintesi.

Avremo modo di riflettere sul tema, in varie sedi: ciò che credo debba essere conservato è il metodo del confronto, del dibattito, della discussione, della critica, anche serrata che, in fondo, è base essenziale del lavoro scientifico e conservata altresì la novità della presentazione di lavori ancora inediti.

10. *Il Convegno 2014: le aree tematiche esplorate.*

I temi affrontati nei diversi *paper* presentati per il Convegno 2014, dal titolo *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*, toccano molte aree problematiche di rilievo al tempo della crisi e degli sguardi verso la ripresa. Non posso certamente darne compiuto conto in queste

brevi parole di introduzione ai lavori ma desidero ciò nonostante svolgere qualche rapido flash su alcuni argomenti o quanto meno sulle aree di riflessione delle diverse sessioni per fornire se non una chiave di lettura complessiva quanto meno una “carta topografica” di orientamento per i partecipanti.

Senza riferimenti ai singoli lavori, mi pare che si possano individuare le aree problematiche esplorate che corrispondono – nella realtà economico-istituzionale – ai nodi ricostruttivi e/o interpretativi più rilevanti nei diversi settori del diritto commerciale.

10.1. *Azionisti e gestori.*

Emerge, in diversi studi, un tema al tempo stesso classico ed attuale, ovvero il rapporto *tra azionisti e gestori*, nelle sue diverse declinazioni, dalla rilevanza – in un quadro di disarmonia normativa – nella ricostruzione della nozione di concerto e riflessi sulla legislazione OPA, al problema del *trade-off* tra voto limitato o escluso e valore dell’azione.

10.2. *Il Consiglio di Amministrazione.*

Un altro gruppo di *papers*, raggruppati in apposite sessioni, è dedicato alla ricostruzione dell’assetto degli interessi nel consiglio di amministrazione – tema su cui si tornerà nella tavola rotonda –, ai paradigmi concettuali sottesi al ruolo degli amministratori, alla ripartizione di doveri e responsabilità tra amministratori esecutivi e consiglieri senza deleghe: un tema, quest’ultimo, che ritengo di cruciale rilievo sia per l’incertezza del dettato normativo, sospeso tra l’accoglimento della responsabilità individualizzata e il permanere della regola della solidarietà, ed una giurisprudenza, di Cassazione, restia ad abbandonare gli schemi della responsabilità “indifferenziata” in spregio delle scelte del legislatore della riforma. Tema – la responsabilità nei sistemi finanziari complessi – di cruciale rilievo, anche operativo come *i dossier* più recenti (da Parmalat a Fondiaria-Sai) ci dimostrano, suscitando l’interrogativo, a mio parere meritevole di attenta riflessione, se non debba introdursi nettamente la regola della responsabilità parziaria.

Quest’area tematica si completa con la riflessione *sul sistema dei controlli interni*, che, come ho avuto più volte modo di sottolineare, costituisce oggi il *crux move* della *corporate governance*, trasformato da momento sanzionatorio ad elemento dialetticamente compenetrato nella gestione, oggetto di progressiva attenzione nella cultura aziendalistica, nei codici di

autodisciplina, nella normativa regolamentare - bancaria, assicurativa e finanziaria - ma meritevole di un riassetto sistematico nel diritto societario generale.

10.3. *Il diritto societario della crisi.*

Altri *papers* affrontano temi differenziati - dal finanziamento, al controllo, alla *governance* - sussumibili nella formula del c.d. diritto societario della crisi: un'area disciplinare intermedia tra la fase della vita dell'impresa disciplinata dalle regole dello sviluppo e del profitto e la fase retta dagli istituti - tradizionali e innovati - ascrivibili all'area delle procedure concorsuali.

Si tratta di uno spazio in parte vuoto di diritto in cui si deve individuare - sotto i diversi profili indicati - il punto di equilibrio tra rischio d'impresa e tutela dei creditori.

10.4. *S.r.l., start-up e crowdfunding.*

Non poteva mancare una sessione dedicata alla nuova s.r.l., sospesa tra interventi legislativi, a dir poco sgangherati, e conseguenti delicati problemi ricostruttivi, e l'incognita relativa all'effettiva potenzialità di impiego come strumento di ripresa economica in particolare nella forma della *start-up*.

Temi connessi con la sfida del *crowdfunding*: tecnica finanziaria che consente, rispetto alle scelte più prudenti accolte dalla riforma del diritto societario - e che personalmente avevo caldeggiato - di collocare, attraverso i portali, quote di società a responsabilità limitata. Strumento di avvicinamento della piccola e media impresa al mercato oppure facile via di frodi finanziarie da parte di operatori senza scrupoli?

10.5. *I nuovi istituti concorsuali.*

L'attenzione di numerosi studiosi ha attratto - com'era prevedibile - la materia delle procedure concorsuali conservative dell'impresa, dal concordato con riserva al concordato con continuità aziendale; nuovi istituti densi - come è noto - di problemi interpretativi ma anche collocati in aree tematiche di vertice: segnalo tra le questioni che mi paiono più rilevanti il ruolo di nuove clausole generali - si pensi alla ragionevolezza, alla fattibilità, alla attuabilità dei piani - e alla questione della ricorrente resistenza al superamento del *totem* atavico della tutela assoluta dei creditori (che invece corrono anch'essi il rischio di impresa) e alla ancestrale difficoltà di concepire la responsabilità limitata - riflesso della separazione dei destini dell'impresa dal patrimonio personale - come uno strumento fisiologico di

sviluppo e non come regola eccezionale derogatoria da principio della responsabilità illimitata per le obbligazioni: pare che un millennio di storia dalla commenda alla società unipersonale non sia stato sufficiente.

I *paper* dedicati al diritto concorsuale si estendono poi a temi svariati quale, tra gli altri, il fallimento della società in memo pubblica.

10.6. Il diritto industriale.

Concludo limitandomi a segnalare la sessione dedicata al diritto industriale in cui vengono presentati *papers* di alta levatura sistematica sui temi “apicali” della proprietà intellettuale e della concorrenza.

A tutti un augurio di buon lavoro.