

L'AUTRICHE C'EST CE QUI RESTE: CONSIDERAZIONI SPARSE SU UN'ESPERIENZA DIDATTICA

SOMMARIO: 1. Il Diritto commerciale “comunitario” ed il suo faticoso ingresso negli ordinamenti didattici. – 2. Gli anni '90 e la didattica del Diritto commerciale in una prospettiva “diacronica”. – 3. Il “consolidamento” di un nuovo assetto normativo delle attività economiche. – 4. L'Autriche c'est ce qui reste. – 5. L'Ordinamento europeo di fronte alla crisi economica globale: il rischio “abuso impresa pubblica”. – 6. Il ruolo dell'impresa pubblica nell'economia di mercato: nuove prospettive?

1. Tenuto conto della personalità del destinatario, la difficoltà della scelta di un tema per una raccolta di scritti pensata e voluta come omaggio a Filippo Chiomenti da parte della “sua” Facoltà mi ha fatto considerare l'opportunità di una riflessione sulla mia esperienza didattica nei quasi venti anni trascorsi sotto la sua Presidenza. Questo anche perché il mio “esordio romano” come Professore di “Diritto commerciale comunitario” ha finito per condizionare profondamente la mia prospettiva di studio e di analisi degli istituti commercialistici ¹.

(1) Correva l'A.A. 1991/1992 quando, Preside appunto Filippo Chiomenti, iniziavo la mia attività a Tor Vergata come Professore ordinario della nostra Facoltà. In realtà la denominazione originaria dell'insegnamento affidatomi, “Diritto commerciale comunitario ed internazionale”, richiamava le problematiche del commercio transnazionale sotto due prospettive diverse e in certo senso eterogenee. Da un lato si trattava di ricostruire, al di là della disciplina uniforme di origine convenzionale di singoli contratti (materiale e/o internazionalprivatistica che fosse), il quadro globale delle fonti delle operazioni transfrontaliere, soprattutto tenuto conto dello sviluppo della *nuova lex mercatoria* nelle diverse accezioni del termine (tra l'altro erano in gestazione proprio i quegli anni in *Principles* dell'UNIDROIT pubblicati nella prima versione nel 1994). Da altro lato si imponeva la valutazione dell'impatto della normativa sovranazionale comunitaria sulla disciplina domestica delle attività economiche, disciplina inevitabilmente condizionata dal riconoscimento delle libertà fondamentali e soprattutto dal ruolo centrale (anche se strumentale) della concorrenza nel sistema del Trattato CEE).

Nel lavoro, pur volendo, per esigenze di snellezza, limitare i riferimenti bibliografici a saltuari, generici cenni, ho voluto fare puntuale riferimento agli scritti di Giuseppe Ferri i cui lavori di “minor mole” (*Scritti giuridici*, Napoli, 1990) sono stati pubblicati, poco prima del mio arrivo a Tor Vergata. Con il riferimento a tali scritti,

Se le “categorie didattiche” non sempre sono giustificate dall’autonomia scientifica della materia, o quanto meno possono vantare una consolidata tradizione accademica, particolarmente delicata – anche per il rischio di invadere “competenze” altrui – era la delimitazione di un coerente programma di insegnamento data la incerta identità tematica del Diritto commerciale comunitario². D’altra parte, pur essendo la conoscenza del diritto materiale europeo comunque assicurata dai colleghi internazionalisti, l’approccio di un giuscommercialista non poteva non richiedere una diversa, autonoma impostazione del corso.

Rinunciando alla più agevole opzione per un corso monografico, mi era sembrato utile cercare di offrire agli studenti, tendenzialmente portati ad affrontare gli istituti giuridici nella loro “datità”, una prospettiva diacronica, e perciò critica, dell’evoluzione del diritto delle imprese quale si veniva delineando nel quadro dell’ordinamento comunitario. Si trattava, tra l’altro, di una scelta che avrebbe dovuto stimolare la riflessione sulla valenza ermeneutica dell’origine internazionale o sovranazionale delle norme e sulle interazioni che, tenuto conto della gerarchia delle fonti, queste ultime possono assumere in vista di una ricostruzione corretta dei singoli istituti e del sistema nel suo com-

oltre a sottolineare l’impronta indelebile dell’insegnamento del nostro Maestro, intendendo ricordare una prestigiosa iniziativa del Dipartimento di Diritto e Procedura civile della nostra Facoltà sotto la Presidenza del dedicatario di questo contributo.

(2) Del resto basta pensare alla “cangiante” identità tematica di una materia di pur consolidata tradizione accademica come il Diritto industriale.

I problemi dell’individuazione e della delimitazione a fini didattici dei contenuti di un insegnamento etichettato “Diritto commerciale europeo” erano stati da me affrontati negli anni ‘70 in occasione del mio primo incarico di insegnamento nell’allora “Libera Università della Tuscia”. La materia era stata inserita nell’ordinamento didattico della Facoltà di Economia di quella Università da Giuseppe Ferri, componente del Comitato tecnico dell’Università, come sempre sensibile e “disponibile” di fronte alle nuove prospettive “meta-statali” che ancora una volta si aprivano per il Diritto commerciale; ciò che troverà successivamente conferma nella previsione del “Diritto commerciale internazionale e comunitario” nell’originario ordinamento didattico della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Tor Vergata alla cui elaborazione Giuseppe Ferri aveva partecipato, ancora una volta come membro del comitato scientifico. Ricordo, come certamente ricorderà anche Filippo, la visita alla Sapienza, su invito del “comune Maestro”, di Berthold Goldman (noto anche per il suo ruolo nello studio della *nuova lex mercatoria*), uno dei più convinti sostenitori – come orgogliosamente sottolineato dai suoi allievi Caen e Vogel – dell’introduzione nell’ordinamento didattico francese del Diritto commerciale europeo come insegnamento autonomo nonché autore di uno dei primi testi sulla materia (*Droit commercial européen*, Parigi, 1969).

plesso. Il che non è di poco rilievo per una disciplina storicamente transfrontaliera, quale appunto il Diritto commerciale.

A prescindere dai profili strettamente giuslavoristici – che comunque con il Diritto commerciale fanno sistema- l'obiettivo era quindi quello di rivisitare “la materia commerciale” domestica, seguendo lo schema più o meno omologato dei manuali tradizionali e cercando di individuare i momenti di più significativo impatto del diritto sovranazionale europeo sul diritto domestico³.

L'insegnamento del Diritto commerciale comunitario nei primi anni '90 del secolo scorso poteva costituire effettivamente una “postazione privilegiata” per cogliere *in tempo reale* la trasformazione in atto del quadro normativo d'assieme.

In realtà l'inizio della mia esperienza didattica romana si inseriva in una fase di rallentata assimilazione delle conseguenze del Trattato di Roma sulla vita delle imprese.

Era mancata per molto tempo nei giuscommercialisti italiani una particolare attitudine a riconoscere il ruolo che il diritto sovranazionale europeo era destinato ad assumere nel tempo nel sistema del diritto commerciale globalmente considerato; o, almeno, così mi sembrava⁴. Il diritto comunitario nel suo “disordinato divenire” veniva anzi talvolta percepito – mi si perdoni la maliziosa considerazione – come un elemento di disturbo di teorie e nozioni consolidate nella scienza giuridica del tempo: se non proprio considerato con altezzoso distacco, esso veniva lasciato con entusiasmo, là dove possibile, alla elaborazione degli internazionalisti anche per quei profili di diritto materiale di immediata rilevanza sistematica per il Diritto commerciale.

(3) È questo un obiettivo, quello della “rappresentazione diacronica” del diritto delle imprese, che mi sembra doveroso perseguire tuttora come responsabile dell'insegnamento di Diritto commerciale, posizione nella quale ho avuto il privilegio di succedere al dedicatario di queste “considerazioni sparse”.

(4) L'inserimento negli ordinamenti didattici di un insegnamento *ad hoc* veniva guardato con perplessità. In realtà ben poche, a quanto mi risulta, erano le Facoltà nella cui offerta didattica compariva l'insegnamento del Diritto commerciale europeo (o comunitario). Il che si rifletteva sull'offerta del mercato editoriale. A differenza di quanto avveniva nell'esperienza d'oltralpe (penso soprattutto alla Francia) caratterizzata dalla proliferazione, sia pur diluita negli anni, di manuali di diverso spessore in materia di “*Droit communautaire/européen des affaires*” (si pensi, oltre al manuale di Goldman, ai volumi di Gavalda-Parleani, di Schapira-Le Tallec-Blaise) e prescindendo dal contributo degli internazionalisti, la diffusione di opere “ad ampio spettro” da parte dei privatisti risale alla seconda metà degli anni 90.

Quanto osservato, ovviamente, non significa sottovalutare la cospicua letteratura giuscommercialistica e l'approfondimento dottrinario su singoli istituti o aree tematiche. Si tratta peraltro di studi settoriali, legati ai problemi teorici e applicativi posti da normative profondamente innovative per il nostro ordinamento – come la normativa sulla concorrenza – o “necessitati” da contingenti esigenze di adattamento del diritto domestico in occasione di specifici interventi del legislatore comunitario ⁵.

Più che a scarsa lungimiranza, la settorialità dei contributi era giustificata, forse, dalla mancanza fin dal Trattato di Roma di un disegno organico se non di unificazione quanto meno di armonizzazione/coordinamento del diritto delle imprese degli Stati membri. Le azioni della Comunità programmate in via generale nel Trattato CEE erano limitate al “ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune” in regime di libera concorrenza ⁶.

È vero peraltro che la potenzialità d'impatto del diritto europeo sulla disciplina globale delle attività economiche era agevolmente prevedibile alla luce di talune specifiche disposizioni del Trattato. Basti pensare alle direttive “intese al coordinamento delle normative nazionali in ordine all'accesso e all'esercizio delle attività non salariate” di cui all'originario art. 57 tr. CEE, previsione che non poteva non assumere rilevanza nella conformazione degli statuti speciali dell'imprenditore. Esemplari sono gli interventi del legislatore europeo in materia di attività finanziarie in senso lato: l'estensione del principio del mutuo riconoscimento al settore dei servizi ⁷ ed in particolare il riconoscimento della efficacia ultraterritoriale dell'autorizzazione del paese d'origine nel quadro del *home country control* hanno “propedeutica-

(5) Doveroso è il riferimento al contributo della più autorevole dottrina giuscommercialistica in occasione del recepimento delle direttive sulle società di capitali.

(6) V. l'art. 3 lett. h) del Trattato di Roma. V. anche gli artt. 100 ss. sul *Ravvicinamento delle legislazioni* (Capo modificato già con l'AUE. Nella numerazione attuale v. gli artt. 114 ss. TUEF).

(7) Estensione anticipata dal Libro bianco *Sul completamento del Mercato interno* del 1985. Come noto il principio del mutuo riconoscimento si afferma originariamente negli anni '70 nella giurisprudenza della Corte di Giustizia per garantire l'effettività della libera circolazione delle merci nel settore agro-alimentare. Si ricorda la *leading case* Cassis de Dijon del 1979 (C-120/78) relativo alla fissazione di una gradazione minima per le bevande alcoliche imposta dalla legislazione della Repubblica Federale di Germania. Sulla precisazione dell'ambito di applicazione del principio v. la sentenza Keck e Mithouard (C-267 e 268/91)

mente” richiesto un coordinamento delle normative nazionali per alcuni ordinamenti particolarmente innovativo ⁸.

Ancor più evidente era la rilevanza per il diritto societario degli Stati membri, sia sul piano del diritto materiale sia sul piano internazionale-privatistico, degli artt. 52, 54 e 58, nonché dell'art. 220 del Tr. CEE ⁹. Questo anche se, per quanto riguarda le direttive in materia societaria, l'art. 54 del Tr. CEE ¹⁰, lungi dal prevedere un'armonizzazione globale del diritto delle società o anche di singoli modelli organizzativi, si limitava a legittimare interventi episodici e comunque “proporzionati” là dove l'equivalenza della tutela degli interessi dei soci e dei terzi nei diversi ordinamenti risultasse necessaria “per realizzare la libertà di stabilimento” ¹¹.

Prevedibile o meno, l'impatto del diritto comunitario sul sistema del diritto delle imprese globalmente considerato si verrà evidenziando nel tempo non solo tenuto conto della legislazione derivata, ma anche del ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle prassi applicative della Commissione.

Anche se ancora lontana è la ripartizione di competenze tra l'Unione e gli Stati realizzata dal Trattato di Lisbona, certamente già con la “codificazione” nel Trattato di Maastricht del principio di sussidiarietà si impone al legislatore comunitario una più puntuale motivazione delle ragioni del proprio intervento.

(8) Si pensi, con riferimento all'esperienza italiana, alla significativa trasformazione dell'originario assetto normativo del credito. Sul punto v. appresso. Questo a non considerare la creazione dal nulla – per ben note ragioni storiche legate soprattutto al ruolo delle banche come intermediari finanziari “privilegiati” – di un diritto del mercato mobiliare.

(9) Almeno nella parte in cui prevedeva convenzioni relative al reciproco riconoscimento delle società (come definite nell'art. 58 tr. CEE), al mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede e alla possibilità di fusione tra società soggette a legislazioni diverse. La disposizione, contenuta da ultimo nell'art. 293 tr. CE è stata, come noto, abrogata con il Trattato di Lisbona. Del resto, come per esempio nel caso di fusioni transfrontaliere, si era già fatto ricorso allo strumento della direttiva.

(10) Ci si riferisce ovviamente al par. 3 lett. g) dell'art. 54 tr. CEE, oggi art. 50 par. 2 lett. g) TFUE.

(11) Non si può dimenticare, d'altra parte, il ruolo assunto dall'originario art. 235 Tr.CEE (successivamente art. 308 Tr.CE, il cui contenuto è sopravvissuto, anche nel nuovo contesto istituzionale, nel rinumerato art. 352 del TFUE) come base giuridica degli interventi diretti alla istituzione di modelli di diritto comunitario per iniziative transfrontaliere. In particolare per l'adozione del regolamento sul GEIE, sulla SE, sulla SCE.

Soprattutto nel settore del diritto societario, sulla spinta della ben nota giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto di stabilimento delle società¹², si delinea, e non solo nel dibattito dottrinario¹³, la prospettiva della concorrenza tra ordinamenti, o meglio della “concorrenza tra regole” come *policy* alternativa alla armonizzazione o unificazione dei diritti nazionali¹⁴.

In realtà, anche tenuto conto della sempre più accentuata eterogeneità culturale (giuridica ed economica) dei paesi membri più che ad un consapevole indirizzo di politica legislativa, è talvolta la rassegnata constatazione dell'impossibilità di raggiungere soluzioni condivise che giustifica “l'arretramento” del legislatore comunitario a favore della concorrenza tra regole¹⁵.

(12) A partire almeno dalla sentenza *Centros* considerata in materia il *leading case*. V. di recente la sentenza *Cartesio* (Causa C-210/06).

(13) La stessa Commissione, nel programmare gli interventi e le iniziative comunitari ritenuti essenziali per la crescita economica e della creazione di occupazione, pur sottolineando il ruolo fondamentale di un solido quadro normativo in materia, non esclude “che una certa concorrenza tra le disposizioni nazionali possa dare un contributo positivo all'efficienza del mercato unico”. Si tratta della nota comunicazione *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea – Un piano per progredire*, COM, 2003, 284 def. Con riferimento al dibattito dottrinario è ovvio il richiamo al filone di ricerca maturato, anche se in un diverso contesto culturale e normativo, nell'esperienza d'oltreoceano fin dagli anni '70. Sul fenomeno, anche se valutato da opposte prospettive, limito i riferimenti agli studi di W. CARY e di R.K. WINTER, nonché, in tempi più recenti, ai noti scritti di R. ROMANO, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle* del 1985 nonché *The Genius of American Corporate Law* del 1993.

(14) Con specifico riferimento all'esperienza italiana, molte soluzioni accolte nella riforma del diritto societario del 2003, ovviamente nei limiti consentiti da normative cogenti comunitarie, dovrebbero costituire un esempio di consapevole conformazione dei modelli di diritto domestico in funzione della “appetibilità” sul mercato dei modelli stessi. V. del resto l'art. 1 lett. a) della legge n. 366 del 2001.

Ancora, alla stregua della competizione tra regole potrebbe valutarsi, dopo anni di estenuanti dibattiti, la scelta di disciplinare organicamente, almeno nel settore delle professioni legali, le società di professionisti: soluzione questa non direttamente imposta dalla Direttiva 98/5/CE (volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica) ma dalla stessa “suggerita” (v. l'art. 11).

(15) Basti pensare alla *scelta* del legislatore europeo in materia di modelli organizzativi per iniziative transfrontaliere, modelli ambiziosamente programmati come modelli di “diritto comunitario” ma che, anche se introdotti con regolamento, sono stati più modestamente ridimensionati a schemi essenziali da integrare con un massiccio rinvio alle normative nazionali. Esempiare è la vicenda della SE che, lungo il tormentato trentennio di gestazione, ha visto il suo contenuto ridotto dai 137 articoli del

D'altra parte, allargando il campo di indagine, se da un lato il principio di sussidiarietà ha finito per giustificare, sia pure surrettiziamente, le pause di riflessione del legislatore europeo in materia societaria come in altri settori, da altro lato l'ampliamento graduale delle politiche della Comunità ha consentito interventi particolarmente significativi in aree comunque rilevanti per il diritto delle imprese: si pensi alla ricaduta della previsione, sempre nel trattato di Maastricht, di "un contributo al rafforzamento della protezioni dei consumatori" e della più o meno organica normativa a tutela della "categoria" esplosa negli anni successivi.

Malgrado la tendenza alla monopolizzazione della materia da parte dei colleghi civilisti – quanto meno per gli aspetti di loro più diretta competenza – si impone ai giuscommercialisti la "rivisitazione" di quel capitolo fondamentale del Diritto commerciale sulla contrattazione di impresa considerata anche, nella nuova prospettiva, sotto il profilo del mercato e della concorrenza¹⁶. I consumatori, originariamente tutelati in modo generico essenzialmente come parti deboli del contratto, con la massiccia produzione normativa degli anni '90 e seguenti, si pongono al centro dell'attenzione del legislatore nella globalità dei loro interessi; e questo fin dalla fase precontrattuale, come emerge dalla disciplina della pubblicità e, più di recente, dalla disciplina delle pratiche commerciali sleali¹⁷.

testo della proposta modificata di regolamento del '91 ai 70 articoli del testo definitivo. Il che in concreto si risolverà nella scelta, da parte degli operatori economici, della sede della società sulla base dei "costi del modello" oltre, ovviamente ad altre ancor più significative valutazioni come quelle basate sulla disciplina fiscale e sulla normativa del lavoro. Anche là dove, come nelle società quotate, le sempre più strette interazioni tra diritto dei mercati finanziari e diritto societario che comportano delicate scelte di *corporate governance* nella conformazione dei modelli societari, i recenti interventi del legislatore europeo sono risultati del tutto inadeguati. Si pensi alla direttiva sull'OPA 2004/25/CE e per certi aspetti alla stessa direttiva relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate 2007/36/CE.

(16) **MANCA TESTO NOTA 16**

(17) Pratiche commerciali scorrette nel lessico del legislatore italiano, V. l'art. 18 del d.lgs. n. 206, del 2005. Di recente, in materia di tutela dei consumatori v. la *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori* COM(2008) 614 def.

2. È indubbio che la concorrenza, tutelata nel diritto comunitario come “concorrenza effettiva” e quindi in senso oggettivo¹⁸, come modello di mercato, abbia assunto un ruolo centrale e fortemente innovativo nella evoluzione del diritto domestico delle imprese. Basti pensare all’allargamento della nozione stessa d’impresa (almeno della nozione funzionale al diritto antitrust)¹⁹ e al *contiguo* fenomeno della parziale “detronizzazione” delle professioni intellettuali, equiparate alle imprese sul piano della disciplina della concorrenza e della pubblicità²⁰. O ancora alla evidenziazione degli stretti legami tra diritto della concorrenza e soluzioni normative della crisi dell’impresa²¹.

Scopo di queste note che, con formula liturgica ho etichettato come “considerazioni sparse”, non è ovviamente quello di ripercorrere in modo esaustivo le tappe essenziali dell’evoluzione del diritto domestico delle imprese su impulso delle istituzioni comunitarie o comunque legata ad un più o meno efficace mercato delle regole. Quello che considero come “felice esperienza personale” è stata la possibilità, come docente, di trasfondere nell’attività didattica le riflessioni maturate in lunghi anni di studio su tematiche che, proprio nell’ultimo decennio del secolo scorso, avrebbero assunto un ruolo centrale nella profonda trasformazione del quadro normativo d’assieme.

L’avvio, proprio nel torno degli anni 90, delle “privatizzazioni sostanziali”²² imponeva pregiudizialmente l’analisi di quel complesso

(18) Sulla distinzione fra *libertà di concorrenza* in senso soggettivo e concorrenza intesa in senso oggettivo come modello di mercato si vuole ricordare G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 532, ora in *Scritti giuridici*, cit., 261. Sul punto v. appresso.

(19) Impresa non è più, come nel diritto interno la fattispecie presupposto per l’applicazione degli statuti codicistici dell’imprenditore di cui agli artt. 2082 ss. L’impresa rileva nel quadro normativo sovranazionale soprattutto ai fini dell’applicazione del diritto della concorrenza in quanto entità idonea a produrre effetti anticompetitivi sul mercato. Di qui l’accoglimento di una nozione “relazionale di impresa” che arriva a comprendere artisti e professionisti. Si ricordala decisione della Commissione già nel 1978 nel caso RAI/UNITEL). Lo stesso legislatore domestico recepirà indirettamente tale “nozione relazionale” ai fini dell’applicazione del diritto italiano antitrust in occasione dell’approvazione della legge a *Tutela del mercato e della concorrenza*. V. il comma 4 dell’art. 1 della l. 287 del 1990.

(20) Si ricorda l’art. 2 della l. 248 del 2006, c.d. Decreto Bersani.

(21) V. appresso.

(22) Le privatizzazioni sostanziali trovavano nelle c.d. privatizzazioni formali intervenute poco prima il presupposto strutturale. Sulla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni V. la l. n. 35 del 1992 e di poco successiva la l. 359 del 1992 sul risanamento della finanza pubblica.

“retrotterra legislativo” risultato della stratificazione nel tempo di normative risalenti e ancora in vigore malgrado il succedersi di modelli di sviluppo ispirati ed ideologie a dir poco eterogenee. Penso, ovviamente, al passaggio dai principi della Carta del Lavoro²³ alla Costituzione repubblicana, con tutti i problemi legata all’origine “negoziata” di quest’ultima²⁴.

Con la soppressione dell’ordinamento corporativo, il superamento del principio del primato dell’iniziativa economica privata “funzionalizzata” e in quanto “funzionalizzata” ha portato al riconoscimento della “libertà” di iniziativa economica dei “privati” e legittimato l’iniziativa economica pubblica in forma di impresa non più condizionata, quest’ultima, ai sia pur generici presupposti fissati dalla Carta del Lavoro²⁵. Salva la riserva di legge, che costituisce “la regola di coesistenza

(23) Considerato che al momento della codificazione la legge sul *Valore giuridico della carta del lavoro* viene inserita nel codice come “espressione dei principi generali dell’ordinamento e criterio di interpretazione delle leggi vigenti” e che molte delle disposizioni del Libro V (salve ovviamente quelle abrogate con la soppressione dell’ordinamento corporativo) sono intelligibili – sia sul piano ermeneutico sia talvolta anche sul piano testuale (come l’art. 2093 c.c.) solo tenuto conto del contesto originario, è difficile ignorare gli enunciati-proclama di un documento che, se anche fino al ‘42 aveva conservato sul piano formale la natura di mero documento politico, codificava, alla stregua della dottrina corporativa, il modello programmatico della politica economica del regime fascista.

(24) Normative che, quand’anche agevolmente “assimilabili” dalla Costituzione del ‘47, trovano nel nuovo ordine un diverso fondamento e talvolta una diversa valenza. Basti pensare alla legge bancaria del 36/38 (sulla quale v. appresso) e soprattutto alla proliferazione di quella legislazione speciale che ha codificato il massiccio intervento di imprese pubbliche nel periodo tra le due guerre mondiali e di cui lo stesso codificatore del ‘42 aveva dovuto prendere atto (v. il punto 837 della Rel. al codice civile). È naturale il riferimento alla creazione alla fine degli anni 30 dell’Istituto per la ricostruzione industriale che rappresenta il nucleo originario della complessa struttura di comando delle imprese a partecipazione statale che troverà il suo assetto definitivo nel dopoguerra.

(25) V. il combinato della Dich.VII e IX della Carta del Lavoro. Alla stregua di quest’ultima “l’intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l’iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell’incoraggiamento e della gestione diretta”.

Il contributo di Giuseppe Ferri sull’analisi dell’evoluzione dell’intervento diretto dello Stato nell’economia in contesti “costituzionali” diversi non è certo marginale. Il che trova oggettivo riscontro nella Raccolta degli “scritti di minor mole” (v. nt.1) A partire dallo scritto *“Azionariato pubblico e natura giuridica dell’ente”* degli anni ‘40 agli interventi in materia di programmazione economica degli anni ‘60, ai problemi delle PPSS fino al c.d. Statuto dell’impresa degli anni ‘80, la trasformazione del ruolo e della disciplina dell’impresa pubblica in relazione al mutamento del contesto socio-economico sono stati oggetto di una costante attenzione nell’opera del Maestro.

za dei rapporti tra libertà dei privati ed esigenze di governo pubblico dell'economia", l'attività economica *pubblica e privata* può essere indirizzata e coordinata a fini sociali: la natura pubblica dell'operatore economico non è quindi di per sé "garanzia della socialità del risultato" ²⁶. In linea di principio, imprese pubbliche e private operano in regime di parità.

Si giustifica così, a livello di assetto costituzionale dei rapporti economici, la *tendenza*, già evidente nel codice del '42, all'equiparazione sul piano della disciplina di imprese pubbliche e private ²⁷.

Il principio di parità di trattamento troverà del resto conferma nel Trattato CEE: la neutralità per il regime pubblico o privato dei fattori produttivi ricavabile, secondo un'interpretazione consolidata dell'originario art. 222, implica il riconoscimento della libertà degli Stati di decidere in ordine alla creazione e alla conservazione di imprese pubbliche operanti sul mercato; riconoscimento che trova peraltro il suo logico correttivo nell'imposizione a queste ultime del rispetto delle norme del Trattato e in particolare della disciplina della concorrenza ²⁸.

Limitando il discorso al sistema delle PPSS, che del settore pubblico rappresentavano in Italia la parte più significativa, con la imposizione di criteri di economicità agli enti di gestione ²⁹ e con il ricorso al modello della società per azioni come modello organizzativo delle imprese controllate – sia per le finanziarie di settore che per le società operative – si delinea, sotto il profilo dei rapporti tra iniziativa pubblica ed iniziativa privata, un quadro formalmente in linea con il Trattato CEE. Gli obiettivi di politica economica e sociale individuati dalle au-

(26) Così in varie occasioni F.Galgano

(27) L'assoggettamento al diritto comune riguarda, come più volte sottolineato in altra occasione, sia la disciplina dell'attività (v. art. 2093 e 2201 c.c.) sia la disciplina del modello organizzativo (v. Rel cod.civ. punto 998) salvo le sia pur significative eccezioni: v. l'art. 2221 e lo "statuto speciale codicistico delle società d'interesse pubblico" di cui agli originari artt. 2458 ss. Sul punto v. appresso.

(28) L'art. 222 va letto, infatti, in combinato con l'art. 90 del Trattato CEE (ora art. 106 TFUE) e con il principio generale di cooperazione di cui all'art. 5 del Tr CEE (oggi art. 4, par. 3 del Tr.TUE). Sul punto vedi appresso.

(29) Nell'ambito della struttura piramidale di governo delle PPSS, completata tra gli anni 50 e gli anni 60, gli enti di gestione rappresentano l'anello di congiunzione tra autorità della programmazione (CIPE e CIPI, Ministero delle partecipazioni statali) e società finanziarie di settore che controllano le società operative, vincolate queste ultime a loro volta ai criteri di gestione imposto dal modello privatistico della società per azioni.

torità della programmazione ³⁰, poste al vertice della struttura di comando delle PPSS, possono e debbono essere filtrati attraverso le regole di comportamento di imprese che operano sul mercato e secondo le regole del mercato. Come si precisa in una nota sentenza della Corte di Giustizia sempre degli anni 90 ³¹ “l'intervento dell'investitore pubblico che persegue obiettivi di politica economica, anche se non è necessariamente quello del *comune investitore* che colloca capitali in funzione della loro capacità di produrre reddito a termine più o meno breve, deve quantomeno corrispondere a quello di una *holding* privata o di un gruppo imprenditoriale privato che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidato da prospettive di redditività a più lungo termine” ³².

3. In realtà, in una prospettiva più ampia e prescindendo per ora dal sempre latente rischio della strumentalizzazione delle imprese pubbliche per fini incompatibili con i criteri di una corretta gestione imprenditoriale ³³, prevale fino alla fine degli anni '80, un modello di politica economica di tipo tendenzialmente dirigitico realizzato attraverso l'introduzione o la conservazione di normative di dubbia compatibilità non solo con l'ordinamento comunitario ma talvolta anche con la stessa disciplina costituzionale dei rapporti economici. Basti pensare ai problemi emersi in occasione della approvazione della Legge 27 luglio 1967, n. 685 contenente il Programma economico nazionale per il quinquennio 1966-70 ³⁴.

(30) Si fa riferimento al CIPI e al CIPE

(31) V. la sentenza della Corte di Giustizia del 21 marzo 1991, C-305/89. V. ancora, sempre con riferimento alle PPSS, la sentenza della Corte nella causa C-303/88.

(32) Considerata l'ampiezza della nozione di “aiuto statale” accolto dalle autorità comunitarie e, in particolare, considerato che le assegnazioni finanziarie rilevanti ai fini dell'applicabilità della relativa disciplina, purché riconducibili alle risorse dello Stato, possono essere anche indirette, è evidente che l'assunzione di partecipazioni in società di diritto privato può configurarsi come aiuto. Il discrimine viene individuato, come noto nel criterio *dell'investitore in economia di mercato*, codificato nella Comunicazione della Commissione sulla *Applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CEE alla partecipazione delle autorità pubbliche nel capitale delle imprese* che contiene un'articolata sistematizzazione di tale tipologia di interventi. La si legge nel *Bollettino CE* n. 9 del 1984.

(33) Si pensi alle ampie prospettive di intervento aperte dal terzo comma dell'art. 41 Cost.

(34) V. G. FERRI, *Il programma di sviluppo economico per il quinquennio 1965/1969 nei suoi aspetti privatistici*, in *Scritti giuridici*, cit., I, p. 489.

D'altra parte, per quanto riguarda più specificamente la compatibilità delle suddette normative? con l'ordinamento comunitario, l'assetto legislativo dei rapporti economici che caratterizza quegli anni si giustifica tenendo conto della – se non ambigua – quanto meno non univoca posizione che la concorrenza assume nel quadro normativo della Costituzione del '47. Nell'interpretazione prevalente, la concorrenza assumeva infatti rilevanza costituzionale soprattutto come situazione soggettiva, come semplice manifestazione, quindi, della libertà di iniziativa economica³⁵; *impasse* interpretativa che verrà finalmente superata con la modifica nel 2001 del Titolo V :con l'attribuzione della competenza legislativa esclusiva in materia allo Stato, la *concorrenza effettiva* diviene di per sé un valore costituzionalmente garantito³⁶.

In realtà già con l'adesione ai trattati europei la concorrenza in senso oggettivo assume sicura rilevanza nell'ordinamento italiano³⁷; anche se è solo nel '90 che il legislatore domestico, dopo anni di dibattiti ed in ritardo anche rispetto ad altri Stati fondatori, introduce una organica disciplina *antitrust* per le condotte anticompetitive non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria. Questo “in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica”³⁸.

In ogni caso la scarsa coerenza del modello di sviluppo delineatosi nell'Italia del dopoguerra – e del “corredo legislativo” più o meno risalente che lo supporta – con il modello di “economia aperta ed in

(35) Non manca, peraltro, chi ritiene che già nell'impostazione originaria della Costituzione la concorrenza *effettiva* costituisca un limite alla libertà di iniziativa economica (Libertini). Per una ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto v. di recente la sentenza della Consulta n. 270 del 2010.

(36) È noto l'atteggiamento filo-concorrenziale assunto negli ultimi tempi dalla Corte costituzionale italiana. V. di recente la sentenza della Corte cost. 12 febbraio 2010, n. 45.

(37) Difficilmente riconducibile ad una logica filo-concorrenziale era quella “organica disciplina della concorrenza” già presente nel Titolo X del Libro Quinto del codice unificato. Malgrado l'espulsione dal codice delle norme più direttamente legate al soppresso ordine corporativo, la filosofia della Carta del Lavoro, alla quale la logica della concorrenza è ovviamente estranea, condiziona, al di là di ogni sforzo interpretativo, i pochi enunciati in materia. In linea generale “la concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi nazionali” (art. 2595 c.c.). L'art. 2596, d'altra parte, nel disciplinare le limitazioni contrattuali della concorrenza, si limita a fissare le condizioni al di là delle quali l'ordinamento giuridico non può ammettere una “anomala compressione della libertà individuale nel perseguimento di un'attività economica”. Così la Rel. al c.c., punto 1044.

(38) In questi termini l'enunciato, affetto da “strabismo costituzionale” (Oppo), di cui al comma 1 dell'art. 1 della legge n. 287 del 1990.

libera concorrenza”³⁹ darà luogo, proprio negli anni che qui interessano, ad una profonda trasformazione del quadro normativo d'assieme.

Talvolta l'incompatibilità con il diritto comunitario della concorrenza è legata alla conformazione nazionale degli ordinamenti di settore e può essere superata con il coordinamento degli statuti speciali. Così, con riferimento all'esperienza italiana, a parte le imprese (private e pubbliche) operanti *teoricamente* in regime di “sana e proficua competizione” e a prescindere dalle imprese formalmente in regime di monopolio legale⁴⁰, il panorama economico-giuridico si caratterizzava per la presenza di imprese soggette ad un regime speciale al quale la logica della concorrenza come modello di mercato era sostanzialmente estranea: ci si riferisce in particolare al settore del credito come disciplinato dalla legge bancaria del 36-38⁴¹. Malgrado le imprese creditizie rientrassero direttamente nell'ambito di applicazione delle norme europee sulla concorrenza, è solo con le direttive adottate a partire dagli anni '70 sulla base del par. 2 dell'art. 57 Tr. CEE che viene riconosciuto il *diritto all'accesso* al mercato creditizio. Superata la possibilità per l'Autorità di vigilanza di appellarsi alle “esigenze economiche del mercato”, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria è vin-

(39) V. l'art. 4 nella numerazione consolidata dopo il trattato di Amsterdam (attualmente art. 119 TFUE).

(40) Si tratta essenzialmente delle imprese aventi per oggetto “servizi pubblici essenziali” operanti in regime di monopolio in gran parte degli Stati membri, almeno fino alle liberalizzazioni imposte a livello europeo in alcuni settori dal legislatore comunitario. V. appresso.

(41) Tra l'altro l'ambigua posizione degli enti creditizi, resa possibile dalla non univoca interpretazione cui si prestava la legge bancaria (e soprattutto dal riferimento lessicale alla funzione creditizia e alla funzione di interesse pubblico rispettivamente nella rubrica e nell'art. 1 della l. n. 375 del 1936) aveva portato parte della dottrina alla configurazione della banca come istituzione a fini sociali e non come impresa in senso stretto, o quanto meno come impresa “funzionalizzata”: problema questo al centro di un acceso dibattito tra pubblicisti e commercialisti. Ci si limita in questa sede al richiamo della posizione di M.S. Giannini e successivamente a quella di G. Vignocchi e di M. Nigro. La natura imprenditoriale degli enti creditizi è stata oggetto di una serrata difesa da parte di Giuseppe Ferri. V. *Imprenditorialità degli enti creditizi: un discorso interrotto*, in *Scritti giuridici*, cit., II, p.650; Id., *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, ivi, p. 567; Id., *La validità attuale della legge bancaria*, ivi, p.588. Il d.p.r. n. 350 del 1985, nel recepire la direttiva 77/80 CEE (che esplicitamente definiva “l'ente creditizio come *un'impresa* (corsivo mio) la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto”) *precisava* in modo significativo che “L'attività di raccolta di risparmio e di esercizio del credito *ha carattere d'impresa* (corsivo mio), indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano”.

colata a presupposti oggettivi, giustificati da fisiologiche esigenze di polizia del settore ⁴².

A prescindere comunque dalle vicende che hanno interessato singole discipline settoriali in occasione di interventi di armonizzazione, è soprattutto la disciplina comunitaria degli aiuti statali ad incidere in modo *pervasivo* sull'assetto economico-giuridico delle imprese.

Soprattutto in relazione alla crisi economica degli anni 70 si erano moltiplicati gli interventi del legislatore sostanzialmente finalizzati al salvataggio di imprese o categorie di imprese con normative di diritto singolare e comunque di diritto "molto speciale" ⁴³ il cui retaggio sopravvive ancora nell'ultimo decennio del secolo scorso.

È di quegli anni la creazione della GEPI, definita appunto *finanziaria di salvataggio* e al centro della attenzione della Commissione, visto che, come si è accennato ⁴⁴, l'ampia tipologia degli aiuti accolta

(42) Introdotto con il d.p.r. n.350 del 1985 il principio trova nell'ordinamento italiano la sua definitiva conferma con il d.lgs. n. 481 del 1992 e nell'approvazione del testo unico bancario del 1993. In realtà è anche nella prospettiva della competizione sul mercato che trova una oggettiva giustificazione l'abbandono del modello di ente pubblico economico, fino ad allora prevalente, e l'adozione, sia pure attraverso procedure diverse legate alla struttura originaria (corporativa o di fondazione) del modello di società per azioni ritenuto più consona allo svolgimento di un'attività di impresa e idoneo a consentire l'acquisizione di "fondi propri" sufficienti. Il processo è regolato, come noto dalla c.d. legislazione Amato. V. la l. n. 216 ed il d.lgs. n. 356 del 1990.

(43) Tra l'altro, a prescindere dai profili di immediata rilevanza comunitaria, non si può non ricordare come il complesso degli interventi legislativi di quel periodo combinati con gli orientamenti giurisprudenziali sull'uso alternativo del diritto, soprattutto in materia fallimentare, abbiano prospettato in dottrina il dubbio sulla sopravvivenza dell'impresa come modello organizzativo tipico (Guarino). Il che ha creato l'esigenza della ricostruzione di una corretta impostazione dei rapporti tra i soggetti operanti in un'economia di mercato: vicenda che trova il suo momento più significativo nella predisposizione del ben noto "statuto dell'impresa" predisposto dalla *Commissione Ferri*. La si legge ne "Lo statuto dell'impresa", Atti del Convegno organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale, Milano, 1985. "Indubbiamente l'idea di uno Stato assistenziale e di un'impresa ridotta essa stessa al rango di servizio sociale e chiamata con lo Stato a risolvere problemi di ordine generale che non sono suoi propri è un'idea largamente diffusa, ma è proprio contro l'affermarsi di questa idea che si deve reagire quando si deve affrontare il problema della riforma dell'impresa". Si ricorda che quelli erano gli anni in cui si pensò di costruire uno "statuto dell'impresa", come dato complementare allo "statuto dei lavoratori". Così G. FERRI, *L'evoluzione del fenomeno imprenditoriale: conservazione dell'autonomia e dell'economicità dell'impresa nell'adeguamento della sua struttura organizzativa*, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 160.

(44) Di fronte a società come le c.d. "finanziarie di salvataggio" create per garantire la sopravvivenza di imprese in crisi, sorge la necessità di verificare la ricorren-

dalle istituzioni comunitarie comprende anche l'assunzione di partecipazioni da parte dello Stato quando l'operazione non sia conforme ai principi di *un'investitore in economia di mercato*.

Sempre nell'ambito degli interventi di risanamento-salvataggio degli anni '70 si ricorda ancora la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi introdotta nel '79 dalla c.d. legge Prodi e oggetto di un lungo contenzioso con le istituzioni comunitarie culminato con l'introduzione nel '99 della nuova, più organica procedura tuttora in vigore⁴⁵. La vicenda ha evidenziato in concreto le interferenze e la complessità dei rapporti tra modelli di soluzione della crisi economica delle imprese e disciplina della concorrenza in un'economia di mercato⁴⁶.

D'altra parte proprio il contenzioso sulla procedura italiana della amministrazione straordinaria ha dimostrato che, malgrado la centralità della concorrenza, l'ordinamento comunitario contiene meccanismi correttivi che consentono la tutela di interessi diversi da quelli imposti dalla ferrea logica darwinista. Ne è una riprova l'interpretazione della disciplina degli aiuti accolta nella Comunicazione della Commissione del 1994 contenente *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*⁴⁷

za delle condizioni che eccezionalmente ne consentono l'intervento. Lo scopo-oggetto della GEPI si risolveva, in realtà, nel risanamento delle imprese acquisite e nella loro cessione a risanamento avvenuto. La società si configurava quindi come *strumento indiretto* di aiuti statali: la rinuncia alla "equa remunerazione del capitale investito", implicita nella previsione statutaria della mancanza dello scopo di lucro, può essere di per sé considerata una misura in contrasto con l'art. 92 del Trattato CEE.

(45) V. D.lgs. 8 luglio 1999, n.270. Significativamente di poco anteriori sono. le sentenze della Corte di giustizia nel caso *Ecotrade* (1 dicembre 1998, C-200/97) e nel caso *Piaggio* (17 giugno 1999, C-295/97).

(46) È ovvio che quando tali modelli, più che alla tutela esclusiva dei creditori, siano conformati in modo da tener conto di interessi diversi, come quello della conservazione dell'unità produttiva e della conservazione dei posti di lavoro, sorge la necessità di verificare la compatibilità della disciplina della crisi con la logica di un modello che nelle sua configurazione estrema vorrebbe espulse dal mercato le imprese il cui risanamento potrebbe avere ricadute sulle imprese concorrenti.

(47) La prima comunicazione del 1994, modificata nel 1999 e nel 2004 configura alcune categorie di aiuti come compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato. Condizione di legittimità degli interventi statali è la possibilità di ripristinare la redditività a lungo termine delle imprese in crisi. L'applicazione degli Orientamenti del 2004 è stata di recente prorogata, in relazione alla crisi internazionale, fino al 9 ottobre 2012 (2009/C 156/02). Gli aiuti alle imprese in difficoltà sono esclusi dal *Regolamento generale di esenzione per categoria* (Commissione CE n. 800/2008) che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato

che configura la sia pur astratta *risanabilità* come condizione di legittimità degli interventi statali a favore di imprese in crisi.

A tali linee direttive si è adeguato il legislatore italiano nell'introdurre nel 1999 la nuova disciplina amministrativa straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza; ed è alla luce di tali direttive che deve effettuarsi uno scrutinio di compatibilità con la disciplina degli aiuti anche per le procedure di ristrutturazione previste per le imprese di maggiori dimensioni ⁴⁸ e in definitiva per la stessa disciplina generale "di diritto comune" delle procedure concorsuali come emendata, a partire dal 2005, con la riforma del diritto fallimentare ⁴⁹.

4. Anche tenuto conto della crisi degli anni '70, le PPSS avevano gradatamente recuperato di fatto l'originaria specifica vocazione. Se negli anni 30, per ragioni che sembra superfluo ricordare, la costituzione dell'IRI ⁵⁰ è legata al salvataggio del sistema bancario nel suo complesso, le acquisizioni degli enti di gestione, più che a logiche strettamente imprenditoriali tendono sempre più ad essere ispirate alla conservazione di imprese che i privati non considerano più conveniente gestire ⁵¹. Il che ha finito per minare l'autosufficienza non solo delle società operative partecipate – normalmente già compromessa – ma anche delle *holding* e delle finanziarie di settore, imponendo il sistematico intervento finanziario dello Stato per garantirne la sopravvivenza.

comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del Tr.CE, salvo lo speciale regime previsto per le PMI (v. art. 1, par 6 e 7)

(48) Ci si riferisce ovviamente al d.l. n. 347 del 23 dicembre 2003 e al d.l. n. 134 del 28 agosto 2008. Di recente, proprio con riferimento al c.d. decreto Alitalia la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che l'art. 41 secondo e terzo comma "consente una regolamentazione strumentale a garantire la tutela di interessi diversi da quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito". Tuttavia la "dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario ... comporta il carattere derogatorio e perciò eccezionale di tale regolamentazione" che deve costituire "la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi". In questi termini la sentenza della Consulta n. 270 del 2010.

(49) Esplicita in tal senso la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante: "la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

(50) Nonché, ancor prima, dell'Istituto Liquidazioni Italiano e dell'Istituto Mobiliare Italiano

(51) In realtà, come noto, anche la partecipazione dello Stato, quando non originariamente totalitaria, tale tende a diventare mano a mano che i privati rifiutano la ricapitalizzazione per perdite.

Il consolidamento della “normativa trasparenza”⁵², invano contrastata da alcuni Stati membri⁵³, l’espansione del suo ambito di applicazione e la specificazione degli obblighi imposti agli Stati per garantirne l’efficacia costituivano un segnale inequivoco della volontà delle istituzioni comunitarie di applicare con sempre maggiore rigore l’art. 87 del Trattato CE anche nel settore pubblico.

Né si potevano ignorare il *contiguo*, anche se distinto⁵⁴, processo di liberalizzazione a livello europeo in atto in alcuni settori⁵⁵ e imposto, questo sì, dal legislatore comunitario e, ancor prima, preannunciato dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁶.

(52) Con la locuzione “normativa trasparenza” si intende far riferimento, oltre che alla direttiva 80/723/CEE modificata a più riprese e ora codificata nel 2006 (V. *Direttiva relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese* (2006/111/CE) anche alla *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico* (GUUE C 297 del 29 novembre 2005) e alla *Decisione della Commissione del 28 novembre 2005 riguardante l'applicazione dell'art. 86, par. 2, del Trattato Ce degli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale* (GUUE L 312 del 29 novembre 2005).

(53) Tra cui, ovviamente, l'Italia. I ricorsi presentati dalla Repubblica francese, dalla Repubblica italiana e dal Regno Unito di Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord contro la Commissione delle Comunità europee (Cause riunite da 188 A 190/80) sono stati respinti dalla Corte di giustizia con sentenza della Corte del 6 luglio 1982.

(54) Nulla esclude infatti la conservazione da parte degli Stati di imprese pubbliche in regime di concorrenza con i privati anche nei settori liberalizzati. Al di là delle tecniche prescelte per la garanzia del “servizio universale”, la presenza di imprese in pubblico comando operanti secondo le regole del mercato potrebbe anzi evitare il rischio di condotte collusive degli operatori privati.

(55) Si pensi, oltre alla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni e comunicazioni elettroniche imposta da numerose direttive a partire dal 1990, alla liberalizzazione dei servizi postali (1997) alla liberalizzazione dei servizi di linea, compresi i servizi ferroviari (1991), alla liberalizzazioni nel settore dell'energia elettrica (1996) e del gas (1994).

(56) Ovvio il riferimento alla storica sentenza *Corbeau* (C-320/91). Tra le sentenze meno risalenti: Corte di giustizia 22 maggio 2003 (C-462/99), punto 80 ss. Ruolo centrale assume in materia “l’obbligo di cooperazione” che impone agli Stati di non adottare o mantenere in vigore misure, anche di carattere legislativo o regolamentare in grado di pregiudicare l’effetto utile delle norme sulla concorrenza. È alla stregua di tale principio (attualmente ricavabile dal combinato degli artt. 4, n.3 TUE e 101 TFUE e sostanzialmente dall’art. 3, n. 3 TUE. V. appresso) che, ancora una volta soprattutto negli anni '90, la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia ha scrutinato i “diritti esclusivi” previsti dalle legislazioni nazionali contribuendo poi, almeno in alcuni settori, al processo di liberalizzazione dei mercati a livello europeo. V. nt. 56.

Si delinea così la prospettiva del ridimensionamento del settore pubblico che trova nella soppressione del ministero delle PPSS, seguito al successo del referendum abrogativo del 1993, il punto di non ritorno. Con la liquidazione dell'IRI, "spento in sordina" nell'indifferenza dei più dopo una quasi settantennale attività, si conclude così un'esperienza legislativa che affonda le proprie radici nel periodo tra le due guerre mondiali e che ha avuto, nel bene e nel male, un ruolo centrale nella ricostruzione postbellica.

Indubbiamente il diritto comunitario ha avuto storicamente, almeno con riferimento all'esperienza italiana, un ruolo decisivo sull'avvio delle dismissioni generalizzate. Ma questo solo in relazione alla peculiare situazione finanziaria delle nostre imprese pubbliche che rendeva inevitabile l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato.

In linea di principio, infatti, le dismissioni di imprese pubbliche in quanto tali costituiscono *un'operazione neutra* in quanto rientrante tra le opzioni implicite nell'art. 220 tr. CE.

Quello che rileva per il diritto comunitario, come sottolineato più volte dalla Commissione e dalla stessa Corte di Giustizia⁵⁷, sono le modalità delle procedure di dismissioni. Sotto il profilo della disciplina degli aiuti esse devono evitare il rischio di condizioni privilegiate di acquisto per operatori nazionali⁵⁸. D'altra parte, sotto il profilo della libera circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento, se da un lato devono essere garantite pari opportunità ai potenziali investitori europei anche attraverso una informazione adeguata, da altro lato gli Stati devono astenersi da ogni tipo di "misure" che possano ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato: a parte l'introduzione di discipline configurabili come *poison pills*, scontato è il riferimento all'ormai estenuante contenzioso sulle *golden shares*⁵⁹, tecnica utilizzata in gran parte delle normative nazionali

(57) Sugli aiuti concessi in occasione di operazioni di privatizzazioni v. la XXIII Relazione sulla politica di concorrenza, punti 401 e 402 nonché Corte di giustizia, 14 settembre 1994, causa C-278/92, *Spagna contro Commissione*.

(58) Il che è garantito, secondo la Commissione, "quando un'impresa viene venduta in borsa o costituisce l'oggetto di una offerta pubblica incondizionata d'acquisto in base a procedure non discriminatorie e trasparenti". La cessione di un'impresa pubblica in base ad altre procedure o in determinate circostanze, può invece comportare elementi di aiuto. Cfr. la Comunicazione della Commissione (93/C. 253/04) in merito alla legge portoghese n 11/90 del 5 aprile 1990.

(59) Sull'ormai cospicua e consolidata giurisprudenza della Corte, contraria a misure che comunque scoraggiano l'esercizio delle libertà economiche fondamentali v. da ultimo la sentenza del 11 novembre 2010 (C- 543 /08). Con riferimento all'esperienza italiana ed in particolare ai poteri speciali previsti dalla l. n. 474 del 1994 v.

sulle privatizzazioni e diretta sostanzialmente alla conservazione di una qualche forma di controllo, non necessariamente collegato alla partecipazione sociale, nelle società privatizzate di particolare rilevanza nazionale.

Con – spero affettuosa – ironia i colleghi ed amici giuscommercialisti osservavano che, con l'avvento delle privatizzazioni, ero stata privata dell'oggetto delle mia pluriennale ricerca. Sembrava, la mia, la sorte di un esperto di diritto corporativo all'indomani dell'abrogazione della legge sul Valore giuridico della Carta del Lavoro. Pensando al prospettato drastico ridimensionamento del numero e del ruolo delle imprese pubbliche sul mercato, mi tornava alla mente la nota battuta di Clemenceau sulla sorte dell'Austria con lo smembramento dell'impero asburgico: *l'Autriche c'est ce qui reste*.

Ammetto di provare un certo sconcerto quando mi rendo conto che i giovani ignorano il significato e l'importanza del settore pubblico nell'economia postbellica; sconcerto non certo legato ad un fenomeno di "fidelizzazione" dello studioso rispetto ai temi oggetto della propria ricerca. Piuttosto mi impressiona la facilità con la quale nella società italiana (e non parlo degli studenti) si "rimuovono" esperienze che pure appartengono alla storia recente. Il che rischia di impedire una valutazione critica e consapevole della realtà e delle prospettive attuali.

Tornando all'affettuosa solidarietà dei colleghi di fronte al repentino "dissolvimento" dell'oggetto principale delle miei studi, devo anzi sottolineare che le privatizzazione degli anni '90, tenuto conto delle particolari circostanze che ne hanno imposto l'avvio, rappresentano la conferma, come sa chi abbia avuto l'opportunità di approfondire la mia posizione in materia, di quanto da tempo cercavo di dimostrare: la difficile tenuta del quadro economico-giuridico in materia di interventi pubblici nell'economia di fronte all'ordinamento comunitario.

In realtà quello che "restava" dell'impresa pubblica e comunque dei problemi collegati agli interventi statali nell'economia a tutela di interessi generali non era certo che trascurabile.

Corte di giustizia 23 maggio 2000 (C-58/99). Il contenzioso, oltre a provocare numerosi interventi del legislatore domestico tendenti ad adeguare la normativa domestica agli orientamenti della Corte, ha finito per incidere significativamente sullo statuto speciale codicistico delle società di interesse pubblico, portando prima (2007) alla lapidaria abrogazione dell'art. 2450 c.c. e successivamente (2008) alla nuova formulazione dell'art. 2449 c.c. la cui non agevole decifrazione ha offerto lo spunto di una cospicua mole di contributi dottrinari.

Le privatizzazioni sostanziali, anche là dove effettivamente portate a compimento, potevano ridimensionare il settore pubblico ma non potevano certamente eliminare i problemi che giustificavano in alcuni settori o in alcune situazioni la presenza dei pubblici poteri sul mercato. Si può anzi dire che le imprese pubbliche e soprattutto le imprese incaricate della gestione di interesse economico generale considerate nel testo dell'originario art. 90⁶⁰ avrebbero costituito nel tempo il banco di prova di quel difficile equilibrio tra tutela di un mercato concorrenziale e tutela di interessi meta-economici presenti nel Trattato CE; interessi già adombrati nel testo originario del 1957 e gradatamente affermatasi nel tempo nella prospettiva, illusoria o meno che sia, di una piena integrazione politica⁶¹.

La liberalizzazione di attività tradizionalmente gestite in Europa dai monopoli nazionali porrà in primo piano il tormentato problema della compensazione dei c.d. oneri impropri delle imprese cui è affidato il compito di garantire il servizio universale, problema che troverà poi la sua definitiva soluzione solo nel 2005 con un pacchetto di interventi della Commissione che recepisce le linee direttrici delineatesi nel tempo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶².

D'altra parte, là dove le caratteristiche del mercato considerato non consentano la coesistenza di più imprese in concorrenza tra di

(60) Per le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, oltre al par. 2 dell'originario art. 90 del Trattato CEE che prevedeva la possibilità di deroghe alla normativa di diritto comune in funzione dell'adempimento della missione affidata, si ricorda l'introduzione, con il Trattato di Amsterdam dell'art. 7 d (divenuto successivamente art. 16 e attualmente art. 14 del TFUE) Sulle omologhe disposizioni della normativa antitrust italiana v. in particolare l'art. 8 della l. 287 del 1990.

(61) V. appresso.

(62) Il riferimento è soprattutto al caso Altmark (Causa C-280/00 del 24 luglio 2003). Con le liberalizzazioni l'oggetto della normativa "trasparenza" si estende dalle imprese pubbliche alle imprese (pubbliche o private) che gestiscono servizi di interesse economico generale e che comunque fruiscono di agevolazioni in relazione agli obblighi di servizio pubblico assunti: questo al fine di evitare il dirottamento di risorse pubbliche verso mercati distinti in cui tali imprese operano in regime di libera concorrenza. Il problema non è solo quello di giustificare alla stregua del criterio investitore privato in economia di mercato gli aiuti alle imprese pubbliche ma quello di individuare procedure e parametri diretti a garantire la quantificazione degli oneri di servizio pubblico. Di qui l'obbligo di contabilità separata. Si ricorda che l'art. 8-bis della l. 287 del 1990 (introdotto nel 2001) per le imprese di cui al par. 2 dell'art. 8 (in realtà per le sole imprese che fruiscono di diritti esclusivi, secondo l'interpretazione dell'AGCM) prevede addirittura l'obbligo di separazione societaria.

loro, si impone comunque la necessità di garantire la concorrenza “per il mercato” attraverso l'utilizzo di procedure concorsuali per l'individuazione dei soggetti legittimate all'esercizio delle attività “riservate”. È questo il problema che ha tormentato la ormai lunga vicenda legislativa dei servizi pubblici locali ⁶³.

5. La crisi globale, legata alla finanziarizzazione esasperata dell'economia mondiale, rischia di costituire un'utile giustificazione per riconsiderare ed eventualmente ridimensionare il modello di sviluppo alla base dei trattati ⁶⁴. Se in un primo momento, forse per eccesso di “zelo antieuropeista”, si è parlato di “sospensione” o addirittura di fine del primato del diritto comunitario, certamente non era agevole prevedere l'impatto della crisi sull'applicazione e sulla stessa conformazione di un assetto normativo nella quale la concorrenza assume un ruolo centrale.

A prescindere da una *policy* più flessibile delle Autorità *antitrust* nei confronti di “cartelli di crisi” o di fenomeni concentrativi ⁶⁵, il rimedio di più prevedibile ed immediata utilizzazione a diretta disposizione degli Stati membri per consentire alle proprie imprese di uscire

(63) V. da ultimo il d.p.r. n. 168 del 2010 contenente il regolamento sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 23 bis della l. n. 133 del 2008 prevede il parere consultivo non vincolante della AGCM in merito alla ricorrenza delle condizioni che giustificano l'affidamento con modalità diverse dalla gara dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

(64) Se il problema sembra aggravato dall'allargamento dell'Unione a Stati con diverso *background* socio-economico e culturale, la fedeltà all'economia di mercato, propugnata in astratto, è stata spesso, anche in passato, più o meno subdolamente aggirata dagli stessi Stati fondatori.

(65) Con riferimento a questi ultimi si dovrebbero poter superare le rigide condizioni di applicabilità alle quali la Commissione ancora, il ricorso alla teoria della *failing firm defence*, V. Commissione europea, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali* (C-31/5 2004, punti 89 ss.). Con riferimento specifico alla normativa *antitrust* italiana non si può dimenticare che, almeno per quanto concerne le concentrazioni che non assumono dimensione comunitaria, l'art. 25 della l. n. 287/90 prevede che “per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea” l'AGCM possa eccezionalmente autorizzare, sulla base di criteri fissati in linea generale e preventiva dal Governo, operazione di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 6, “sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni della concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti”. In occasione della crisi dell'Alitalia (“endemica e non certamente legata alla congiuntura internazionale) si è peraltro preferito ricorrere ancora una volta ad una “legge-provvedimento”. Sottoposta al giudizio di costituzionalità per violazione del combinato degli artt. 3 e 41 cost., la legge è riuscita a superare il vaglio della Consulta. V. la sentenza 270/2010.

dalla crisi non poteva non essere quello degli aiuti statali: questo sia attraverso il ricorso a sovvenzioni e agevolazioni finanziarie di varia natura, sia tramite l'assunzione di partecipazioni in società *anche* se in contrasto con il principio dell'*investitore in economia di mercato*.

Con particolare riferimento all'esperienza italiana, evidente era ed è il "rischio" di un massivo recupero dello strumento impresa pubblica per il superamento *in modo abusivo* di problemi emergenziali. Il che – non appartenendo alla categoria di quanti dimenticano le esperienze recenti, o relativamente recenti – sarei portata a valutare con una certa preoccupazione tenuto conto della endemica tendenza alla confusione tra interesse generale e interessi politici (nell'accezione di interessi partitico/clientelari) che caratterizza la nostra cultura sociale.

Per quanto consta "ufficialmente", la preoccupazione sembra sia stata eccessiva.

In realtà negli ultimi due anni le istituzioni comunitarie, ed in particolare la Commissione, hanno cercato di coordinare gli interventi dei singoli Stati e di evitare tentazioni centrifughe utilizzando e valorizzando tutte le opportunità offerte dalla relativa "flessibilità" della disciplina europea della concorrenza.

Malgrado la sua centralità, il "valore concorrenza", strumentale o meno all'obiettivo primario della realizzazione di un mercato interno⁶⁶, non costituisce nell'ordinamento comunitario un valore assoluto ma un valore da contemperare con i valori equiordinati o sovraordinati la cui progressiva emersione è riconducibile anche all'allargamento nel tempo delle politiche ed azioni comunitarie.

Nel Trattato di Lisbona, pur essendo confermato il riferimento "ad un'economia aperta ed in libera concorrenza"⁶⁷, si enuncia programmaticamente tra gli obiettivi dell'Unione l'impegno per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su "una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su *un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale"⁶⁸.

(66) V. ora l'art.113 del TUEF e il Protocollo n. 27 sul Mercato interno e la concorrenza.

(67) V l'attuale art. 119 del TUEF.

(68) Così il par. 3 dell'art. 3 del trattato UE nel testo consolidato dopo il Trattato di Lisbona che fa altresì riferimento al miglioramento della qualità dell'ambiente e alla promozione del progresso scientifico e tecnologico.

D'altra parte, al di là della effettiva portata innovativa dell'attuale riferimento alla "economia sociale di mercato"⁶⁹, anche nel quadro normativo che ha preceduto il Trattato di Lisbona, valutare gli obiettivi perseguiti nell'ordinamento comunitario in una prospettiva strettamente "mercantile" risulta abbastanza riduttivo, se non del tutto improprio: le esigenze del mercato sono state nel tempo sempre più temperate con il perseguimento di interessi generali anche di carattere meta-economico. A non voler valorizzare l'enunciato programmatico contenuto già nel Preambolo del Trattato di Roma, basti pensare all'evoluzione della definizione degli scopi ultimi della Comunità nelle stesure successive del testo dell'art. 2⁷⁰ dell'originario Trattato CEE⁷¹ e al progressivo allargamento delle azioni comunitarie di cui all'art. 3 con il "corredo normativo" che tale allargamento ha comportato. Il che spiega la flessibilità della disciplina della concorrenza o quanto meno la possibilità di una sua "ragionevole" applicazione.

La stessa disciplina dell'art. 101 TUEF, nella quale le eccezioni – ora legali – al divieto di intese tengono conto soprattutto, in una logica di "costi-benefici" degli effetti globali della condotta⁷², conferma la possibilità di una sia pur prudente "applicazione emergenziale" del diritto della concorrenza. Tanto più se si considera la "constatazione di inapplicabilità" decisa d'ufficio per ragioni di interesse pubblico comunitario ex art. 10 del Reg.CE/ 1 /2003⁷³.

(69) Da tempo peraltro si era riconosciuta una posizione equiordinata alla politica sociale e alla politica di concorrenza. Come si legge nella sentenza *Albany* del 21 settembre 1999 (C-67/96), "ai sensi dell'art. 3, lett. g) e i), del Tr. CE [art. 3, n. 1, lett. g) e j) nella numerazione dopo Amsterdam], l'azione della Comunità comporta non solo un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno ma anche una politica nel settore sociale". L'art. 2 del Trattato CE, sottolinea la Corte, stabilisce infatti che la Comunità "ha il compito di promuovere, in particolare, uno sviluppo armonioso ed equilibrato (...) delle attività economiche", nonché "un elevato livello di occupazione e di protezione sociale".

(70) L'art. 2 del tr.Ce è oggi confluito nell'art. 3 del TUE.

(71) Significativa è la sostituzione, nella denominazione e nell'articolato del Trattato, dell'espressione «Comunità economica europea» con quella di «Comunità europea», con l'eliminazione, quindi, delle suggestioni legate all'aggettivazione originaria.

(72) Come del resto avviene nel diritto interno per le esenzioni – questa volta non legali – previste all'art. 4 della l. 287/90.

(73) V. il *considerando* 14: "Può inoltre essere utile, in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico comunitario, che la Commissione adotti decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nella Comunità, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti

Particolarmente significativa resta, in questa prospettiva, proprio la disciplina degli aiuti di Stato.

Utilizzando ancora una volta una tecnica legislativa che richiama “il congiunto binario di enunciati normativi in antitesi”⁷⁴, il combinato del par. 1 e del par. 3 dell’originario art. 92 Tr. CEE ha consentito un’interpretazione e un’applicazione della disciplina degli aiuti idonea a tener conto dell’interesse generale ad uno sviluppo armonioso, coeso ed ispirato anche a alla tutela di valori meta-economici dell’Unione⁷⁵. Questo malgrado gli interventi finanziari degli Stati membri a favore delle imprese nazionali, quando non conformi al criterio dell’*investitore in economia di mercato*, costituiscano la “condotta” meno coerente con l’obiettivo di garantire pari opportunità competitive in un mercato unico “aperto ed in libera concorrenza”.

È naturale quindi che, in occasione della congiuntura che ha colpito l’economia mondiale, le istituzioni europee abbiano cercato di sfruttare i margini di “flessibilità” del diritto comunitario della concorrenza pur introducendo rigorosi limiti alle politiche di salvataggio degli Stati.

Fin dal 2008 la Commissione ha chiaramente manifestato l’esigenza di distinguere tra imprese già in difficoltà prima del manifestarsi della crisi internazionale e imprese originariamente sane le cui difficoltà sono invece riconducibili a “fattori esogeni”. Per la prima categoria di imprese la Commissione si è limitata, come si è accennato, a prorogare gli *Orientamenti* del 2004⁷⁶ considerati in grado di garantire “una solida base” per il controllo di una tipologia di interventi da sempre considerata come degna di “particolare attenzione”⁷⁷. Per quanto riguarda invece le misure di sostegno accordate alle banche e alle imprese non finanziarie in relazione agli specifici problemi creati dall’attuale congiuntura, la Commissione è intervenuta ripetutamente con

(74) È questa, come noto, l’espressione è utilizzata da M.S. Giannini con riferimento agli enunciati della Costituzione italiana in materia di Rapporti economici ed in particolare al combinato degli artt. 41 e 43.

(75) Preme sottolineare in particolare l’introduzione, con il Trattato di Maastricht, della possibilità di esenzione degli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio tra gli aiuti “che possono essere considerati compatibili col mercato comune”.

(76) V. nota 48.

(77) Comunicazione della Commissione relativa alla proroga degli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* (2009/C 156/02) che sottolinea la necessità “di garantire continuità e certezza del diritto” nel trattamento degli aiuti di Stato a favore di tali imprese.

diverse Comunicazioni ⁷⁸, valutando gli interventi di sostegno degli Stati membri a favore delle imprese nazionali alla stregua dell'art. 107, par. 3, lett. b) del TUEF che, come noto, prevede "il grave turbamento di uno Stato membro" come una delle condizioni per l'ammissibilità di aiuti statali ⁷⁹.

In realtà per "l'applicazione emergenziale" della disciplina degli aiuti si viene già progressivamente delineando un "piano di rientro" ⁸⁰.

Quanta "clemenza" si nasconda dietro alla sterminata mole di esenzioni riconosciute alle misure a favore delle istituzioni finanziarie e delle imprese degli Stati membri in genere è difficile conoscere.

Il quadro normativo peraltro sembrerebbe uscito *formalmente* illeso dalla crisi. Il paventato *abuso dello strumento-impresa pubblica* non sembra quindi giustificabile: anche nell'attuale congiuntura gli obiettivi di politica economica e sociale degli Stati, quando perseguiti attraverso imprese operanti sul mercato, devono comunque rendersi compatibili con gli indirizzi recenti delle istituzioni europee in materia di aiuti, fermo restando, come punto di riferimento, il principio dell'*investitore in economia di mercato*.

6. Esclusa in linea di principio, almeno alla stregua della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la legittimità della conservazione da parte degli Stati di un "ruolo di garanzia" nella gestione dei "campioni nazionali" attraverso *poison pill*, *golden share*, poteri speciali di

(78) V. la Comunicazione della Commissione – *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica* (2009/C 16/01). Anche per le istituzioni finanziarie la Commissione sottolinea la necessità di assoggettare ad un trattamento diverso le imprese prive di liquidità, ma fondamentalmente sane i cui problemi sono sostanzialmente esogeni dalle imprese finanziarie affette da problemi endogeni

La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie caratterizzate da una "vulnerabilità sistemica" è stata riconosciuta come uno dei mezzi per tutelare gli interessi dei clienti e la stabilità del sistema. V. la Comunicazione della Commissione – *L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale* (2008/C 270/02). Nel quadro di tali orientamenti si colloca l'intervento del legislatore italiano con la l. n. 2 del 2009.

(79) Gli orientamenti sul salvataggio delle imprese in difficoltà, ponevano invece a fondamento delle esenzioni dalla disciplina degli aiuti la lett c) del par. 3 dell'art. 87 Tr. CE.

(80) V. la Comunicazione della Commissione *Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria* (2011/C 6/05).

varia natura all'interno delle imprese privatizzate, resta da considerare quale possa essere attualmente il ruolo dell'impresa pubblica operante nel rispetto dei principi di un'economia di mercato.

Sotto questo profilo non sembrano superate le considerazioni di quanti, in anni lontani, ravvisavano comunque un interesse pubblico alla *presenza* di imprese in pubblico comando come elemento di paragone, come ostacolo alla formazione di monopoli, in sintesi come *riverva di imprenditorialità* in un determinato settore produttivo da utilizzare come correttivo delle carenze del mercato o quando comunque si prospetti l'esigenza di promuovere attività produttive "meritevoli" sia nel quadro di specifici obiettivi di politica economica nazionale, sia nel quadro di obiettivi "suggeriti" a livello comunitario ⁸¹.

Ragionando in un'ottica di maggiore attualità, gli interventi recenti della Commissione in materia potrebbero evocare un nuovo compito per le imprese pubbliche in un mercato concorrenziale: quello di laboratorio di sperimentazione per la promozione della c.d. *Responsabilità sociale delle imprese* intesa come "integrazione *volontaria* (corsi-vo mio) delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate" ⁸². Accogliendo quella che, allo stato, sembra una mera "ipotesi di lavoro" se non un'utopia, si delinea l'allargamento degli interessi meritevoli di attenzione nella gestione delle imprese pur escludendosene la "funzionalizzazione". Se una politica aziendale ispirata a tali obiettivi va valutata in termini di *investimento, almeno nel medio lungo periodo*, le imprese pubbliche, pur perseguendo come tutte le imprese quanto meno l'obiettivo minimale della autonoma sopravvivenza sul mercato, potrebbero essere considerate la sede più opportuna per verificare i limiti della teoria della RSI.

Il problema è che, paradossalmente, ancor più che per le imprese private ⁸³, l'avallo "sociale" ad una politica aziendale ispirata ai princi-

(81) Si pensi ai settori che fruiscono di un trattamento privilegiato nell'applicazione della disciplina degli aiuti come le imprese che operano nel settore "della cultura o della conservazione del patrimonio" a norma dell' art. 107 TUEF, attraverso le quali lo Stato "dovrebbe poter garantire", nel rispetto dei vincoli europei, interessi vitali della comunità.

(82) V., oltre al libro Verde del 2001, la Comunicazione della Commissione (COM/2006/136 def.)

(83) Con riferimento alle imprese in genere è questo uno dei tanti motivi che giustifica la perplessità con la quale molti colleghi giuscommercialisti affrontano il problema della RSI.

pi della RSI per imprese che comunque *devono* perseguire un lucro o quantomeno l'autosufficienza, potrebbe costituire un alibi per gli amministratori per giustificare condotte non riconducibili ad una sana e corretta gestione.

M.T. CIRENEI