

MATERIALI PER UNA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA

FONDATI DA GIOVANNI TARELLO

ANNO XXXVI, N.2, DICEMBRE 2006

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Bologna.
In caso di mancato recapito inviare al CMP di Bologna per la restituzione al mittente previo pagamento dei costi.

il Mulino

LE STORIE PARALLELE DELLA MAGGIORANZA
IN POLITICA E NELL'ECONOMIA

di Francesco Galgano

1. *L'aritmetica del maggior numero e quella del maggior capitale*

Il potere è legittimo solo se sorretto del consenso della maggioranza. Questa è la risposta moderna ad una domanda antica, ed è una risposta che vale sia per il potere politico sia per il potere economico. La lotta per la conquista della maggioranza è lotta per l'investitura della legittimità; la posta è il titolo che abilita al governo degli Stati o al governo delle imprese; e il rovesciamento della maggioranza è, nelle assemblee politiche come nelle assemblee delle società, un evento che segna il passaggio di mano della legittimazione al comando.

Maggioranza è però una parola polivalente, dai mutevoli significati. In sé la maggioranza altro non è se non la risultante di un calcolo aritmetico: la metà più uno dei voti fa sì che la volontà, o l'opinione, di una parte prevalga sulla volontà, o sull'opinione, di un'altra parte. E questa sua aritmeticità può anche essere assunta come valore assoluto: non è questo o quel partito che decide, esclamarono Honoré Gabriel de Mirabeau all'assemblea costituente sorta dalla Rivoluzione francese, ma «la comparazione della somma di coloro che dicono sì con la somma di coloro che dicono no»¹. Non tutti però la pensavano a questo modo, a cominciare da Jean-Antoine de Condorcet, che proprio alla vigilia della Rivoluzione, cui pure partecipò attivamente, ebbe a scrivere un saggio, apparso nel 1785, su *L'applicazione dell'analisi alla probabilità della decisione a maggioranza di voti*². Lo scopo che Condorcet si era proposto consisteva nel verificare, con metodo matematico, se e in qual misura una decisione presa a maggioranza si approssimi alla verità o alla giustizia. Con il che, a parte il metodo³, egli anticipava un interrogativo che avrebbe diviso la

¹ L'episodio è riferito da E. Ruffini, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976², p. 89.

² Rievoca il personaggio e i suoi celebri paradossi P. Favre, *La decisione a maggioranza*, trad. it., Milano, 1988, pp. 73 ss.

³ Tuttavia ripreso nel Novecento dal matematico ed economista Kenneth Arrow, *Scelte sociali e valori individuali*, trad. it., Milano, 1977.

cultura dei secoli successivi: se, come nell'Ottocento pensava Jeremy Bentham, sul cui pensiero torneremo più oltre, è la maggiore felicità del maggior numero «la misura di ciò che è buono e di ciò che è cattivo» o se, come nel Novecento nega Friedrich A. Hayek, premio Nobel per l'economia nel 1974, «il solo fatto che la maggioranza voglia qualcosa basta per considerare buono ciò che essa vuole»⁴.

I fattori del calcolo della maggioranza mutano da contesto a contesto: in politica la maggioranza è maggioranza di numero, secondo la regola «una testa un voto», ed il principio della maggioranza fa sì che i più prevalgano sui meno. In economia, per contro, la maggioranza è maggioranza di capitale, e il calcolo aritmetico può allora condurre a risultati opposti. Nelle società per azioni e di capitali in genere, dove vige il principio della maggioranza di capitale, può accadere che un solo socio, detentore del 51,01 per cento del capitale, imponga la propria volontà sulla stragrande maggioranza dei soci, che complessivamente ne detengano il 49,09 per cento. Se si considera che la ricchezza è nel nostro tempo detenuta, in massima parte, da società di capitali, ci si può rendere conto della profonda antitesi che oppone il governo della politica, retto dal principio del maggior numero, e il governo dell'economia, dominato dall'opposto principio della maggiore ricchezza.

Tuttavia la contrapposizione, storicamente almeno, non è così netta. Il requisito del censo, che per secoli, e fino a lambire il Novecento, ha caratterizzato i sistemi elettorali, ha fatto della stessa ricchezza un fattore di potere politico, e ancora nell'Ottocento vigevano sistemi elettorali – così, in Francia, per la legge elettorale del 1820 – che non solo limitavano il voto ai possidenti, ma altresì attribuivano un voto doppio agli elettori più abbienti. All'opposto, le assemblee delle più antiche società per azioni, quelle delle Compagnie coloniali del Seicento a del Settecento, deliberavano a maggioranza di numero, e la transizione verso la maggioranza di capitale si è molto lentamente attuata nel corso dell'Ottocento, fino a generalizzarsi solo nel Novecento.

Fra le due aritmetiche – quella che calcola la maggioranza in politica e quella che la calcola in economia – c'è una storica interdipendenza, la cui ricostruzione è lo scopo delle presenti storie parallele. Per più di un aspetto, è stata la seconda a svolgere un ruolo propulsivo sugli sviluppi della prima, ed in progresso di tempo le due storie si sono costantemente intrecciate fra loro, prospettando sui rispettivi scenari analoghi problemi e suggerendo corrispondenti soluzioni.

⁴ F.A. Hayek, *La società libera*, trad. it., Firenze, 1969, pp. 127 s.

2. La democrazia politica e la democrazia economica

Governo della maggioranza è, per antonomasia, governo democratico. Il nesso fra democrazia e maggioranza è fatto risalire, nella tradizione storiografica, al sistema politico della Atene del quinto secolo avanti Cristo e, in particolare, alle parole che Tucidide attribuisce a Pericle, che così suonano: «il nostro sistema politico è detto democrazia perché il governo non è nelle mani dei pochi, ma dei molti»⁵.

Bisogna però avvertire che nell'Atene del quinto secolo i «molti» di cui parla Pericle erano una ristretta minoranza della popolazione, giacché alle assemblee di governo poteva partecipare solo chi godeva della «cittadinanza», riservata ai maschi liberi in età militare, i quali fossero, dovendo armarsi da sé, dotati di adeguati mezzi finanziari⁶. L'antitesi fra governo dei pochi e governo dei molti ricompare, un secolo dopo, nella classificazione aristotelica delle tre classiche forme di governo della Grecia arcaica. Il governo dei pochi è «aristocrazia» se esercitato nell'interesse di tutti, è «oligarchia» se i pochi governano solo nel proprio interesse. E il governo degli *aristoi*, dei migliori (ossia dei sapienti, degli esperti), si ripresenterà, nel lessico medioevale, come governo della *sanior pars* (così per i canonisti) o della *valentior pars* (così nel pensiero politico di Marsilio da Padova). Ma il concetto di democrazia era, in Aristotele, un concetto solo descrittivo, indicava la preponderanza numerica del *demos*, in quanto tale investito di poteri sovrani⁷. E il governo della moltitudine, in quanto tale, ossia la «democrazia» in sé e per sé, era per Aristotele

⁵ Tucidide, *Storie*, II, 37-41; e sulla base di questa testimonianza si è formato, fra i moderni, il giudizio elogiativo della democrazia di Atene, dove «una plebe investita di funzioni di governo realizzò uno dei migliori sistemi politici che il mondo abbia mai conosciuto» (così E.A. Freeman, citato da C.H. McIlwain, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo medioevo*, trad. it., Firenze, 1959, p. 127). Altra esaltazione della democrazia, di alcuni decenni anteriore, si ritrova in Erodoto, *Storie*, III, 80-83, in parallelo con le contrapposte esaltazioni della monarchia e della oligarchia. Erodoto racconta di tre personaggi che discutono o per scegliere il nuovo assetto politico della Persia, esaltando ciascuno una delle tre forme di governo. In particolare, Otane così magnifica la democrazia: «il popolo, invece, quando governa, in primo luogo ha il nome di tutti più bello, l'uguaglianza davanti alla legge, in secondo luogo non compie nessuno dei soprusi di cui è autore un monarca: esercita la magistratura con il meccanismo del sorteggio, il potere lo tiene soggetto a controllo e tutte le decisioni le sottopone all'assemblea. Avanzo dunque la proposta di ripudiare la monarchia e di favorire lo sviluppo del governo popolare: nella massa infatti sono le radici di tutti i poteri» (in argomento, con nuova traduzione dei testi, S. Fusai, *Il processo omerico. Dall'istor omerico all'istorie erodotea*, Padova, 2006, pp. 226 ss.).

⁶ Notizie e valutazioni al riguardo in L. Canfora, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2006, pp. 33 ss.

⁷ Aristotele, *Politica*, VI, 2, 6. Ed «egli si limitava a tradurre in termini astratti l'esperienza comune del suo tempo» (C.H. McIlwain, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo medioevo*, cit., p. 107).

le una «perversione»: diventava *politeia*, quale forma virtuosa di governo, solo se la moltitudine governa nell'interesse di tutti: e, poiché la sola virtù attingibile dalle masse è la virtù militare, è *politeia* solo «la supremazia della classe militare, nella quale il privilegio politico è goduto da tutti coloro che portano armi»⁸.

Il concetto moderno di maggioranza esprime, per contro, un giudizio solo quantitativo: i più prevalgono solo perché tali, a prescindere da ogni loro requisito soggettivo. Il principio di maggioranza presuppone una condizione di naturale uguaglianza degli uomini, i quali sono valutati tutti come altrettanto virtuosi o altrettanto *sani* e altrettanto *valentes*⁹ o, ciò che è lo stesso, sono presi in considerazione a prescindere dalla loro virtù o *sanitas* o *valentia*, sicché solo il calcolo aritmetico della metà più uno può giustificare la prevalenza di alcuni su altri. Si accredita, perciò, come figlio del secentesco giusnaturalismo di Pufendorf e di Locke o della illuministica *égalité*¹⁰.

Il diverso principio della maggioranza per quote di capitale, che nel tempo presente domina la scena dell'economia, può sembrare un principio non già democratico ma, tutto all'opposto, plutocratico e, perciò, negatore dell'uguaglianza¹¹. Si deve, tuttavia, considerare che dal giusnaturalismo e dalla Rivoluzione francese non è nata solo la rivendicazione dell'uguaglianza, ma è nata anche la proclamazione della sacertà e dell'inviolabilità della proprietà. Nella società per azioni i due valori sono fra loro coordinati; la connotazione di democraticità reclama qui una specificazione: si deve parlare di

democrazia economica o di «democrazia capitalistica», in confronto con la democrazia politica, e la democraticità equivale qui a proporzionalità, sta nel fare esattamente corrispondere il peso che la volontà di ciascuno esercita sulla decisione collettiva alla entità della sua quota di proprietà, escludendo la legittimità di individuali posizioni di maggior potere, come nel caso di un voto plurimo, attributivo a determinati soci un peso decisionale superiore a quello ad essi spettante in ragione della loro quota di partecipazione, che con linguaggio attinto dalla concettualità politica fu nell'Ottocento giudicato espressione di «decadenza della democrazia capitalistica»¹².

Nella recente riforma del diritto societario italiano, che pure ha riconosciuto agli statuti la massima libertà nella creazione delle più diverse categorie di azioni, è rimasto quale limite invalicabile il divieto di azioni a voto plurimo¹³. È, invece, legittima e, anzi, apprezzata la clausola inversa, quella che dà luogo ad azioni a voto scalare: il peso della volontà del singolo decresce a misura che aumenta l'entità della sua quota di partecipazione (si hanno cinquanta voti sulle prime cinquanta azioni, venticinque sulle ulteriori cinquanta azioni, e così via). La regola plutocratica è così mitigata alla stregua del principio di uguaglianza (non parliamo qui della cosiddetta *golden share*, ossia del potere di veto a volte attribuito per legge all'azionista pubblico, che è frutto di una autoritaria interferenza del potere politico nelle cose economiche).

Ancora il principio di uguaglianza, quale principio della parità di trattamento fra grandi e piccoli azionisti, è poi alla base di quella moderna regola del mercato azionario, introdotta nelle legislazioni recenti e della quale si dirà diffusamente più oltre, che è l'offerta pubblica di acquisto obbligatoria: del premio di maggioranza, che è il maggior valore che le azioni acquistano quando si negozia un pacchetto di maggioranza, o suscettibile di diventare maggioranza, debbono poter sfruttare anche i piccoli azionisti, in una sorta di redistribuzione proporzionale dell'incremento della ricchezza azionaria.

Talora la società per azioni ha evocato la democrazia, con la specificazione di democrazia economica o di democrazia capitalistica;

⁸ Questa è di Aristotele l'interpretazione data da Mellwain, cit. alla nota prec., p. 110. In ultima analisi, commenta Canfora, *La democrazia*, cit., p. 45, sulla base dei passi che in *Politica*, III, 8, e IV, 6, 4, danno rilievo discriminante al fatto che la cittadinanza spetti ai possidenti o ai nullatenenti, «fra principio di maggioranza e democrazia non vi è alcun rapporto sostanziale».

⁹ E la *maior pars* si presumeva, fino a prova contraria, *sanior pars* nel più antico diritto canonico; ma la presunzione diventò assoluta, senza possibilità di prova contraria, a partire dal Concilio di Trento, per effetto della introduzione dello scrutinio segreto (cfr. E. Ruffini, *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano*, Torino, 1927, p. 35; Mellwain, *Il pensiero politico occidentale dei Greci al tardo medioevo*, cit., pp. 371 ss.). Quanto alla *valentior pars* di Marsilio da Padova, è rimasto aperto il problema interpretativo del *Defensor pacis* se essa non equivallesse a *maior pars* (cfr. ancora Mellwain, *Il pensiero politico occidentale*, cit., pp. 364 ss., che propende per la lettura aristocratica).

¹⁰ E sull'uguaglianza come presupposto del moderno principio maggioritario c'è concordanza di vedute nella moderna filosofia politica da Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952, p. 292, a Hayek, *La società libera*, cit., p. 127; a N. Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in N. Bobbio, C. Offe, S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, 1981, pp. 38 ss.

¹¹ E non è mancato, infatti, chi ha recisamente contestato, riguardo al principio di maggioranza nelle società commerciali, che «una tale democrazia sia autentica»: così P. Favre, *La decisione a maggioranza*, cit., pp. 261 s., e la letteratura francese ivi citata.

¹² Cfr. P. Ungari, *I precedenti storici del vigente diritto delle società per azioni*, in *Ricerca sulle società commerciali, linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, a cura del Servizio studi legislativi e inchieste parlamentari, Roma, 1968, pp. 36, 49, 56. E nelle parole di Matteo Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Roma-Torino-Firenze, 1879, II, p. 43, la società anonima appariva «una specie di Stato economico-finanziario, il governo del quale deve essere ordinato con le forme degli Stati liberi e rappresentativi».

¹³ Mi riferisco all'attuale art. 2351, comma 4, del codice civile, quale risulta dalla riforma del 2003. In Francia è scomparso il doppio voto che l'art. 175 della legge 24 luglio 1966 riconosceva ai portatori di azioni nominative da almeno due anni.

talaltra ha fatto parlare di aristocrazia. Si era interrogato, di fronte all'impetuosa emersione delle *corporations* nell'America dell'Ottocento, sulle conseguenze che avrebbero provocato «la forza e la durata di queste società particolari in mezzo alla debolezza ed alla instabilità generale», Alexis De Tocqueville. La sua risposta era stata rassicurante: «credo fermamente che non si possa fondare di nuovo nel mondo un'aristocrazia». Egli pensava che ne sarebbero derivate, piuttosto, delle «entità molto ricche, influenti e forti», procurando «alcuni dei più grandi vantaggi dell'aristocrazia, senza i pericoli e le ingiustizie di questa». Vi scorgeva un aspetto del più complessivo pluralismo sociale, grazie al quale il singolo, «difendendo i suoi diritti particolari contro le pretese del potere, salva le libertà comuni»¹⁴.

3. Il parlamento inglese e l'assemblea della compagnia delle Indie

Si suole attribuire a John Locke il merito d'avere, per primo nella storia del pensiero politico, costruito un modello ideale di Stato come società fra uguali, governata dalla volontà della maggioranza¹⁵. Ma il suo *Secondo trattato sul governo*, apparso nel 1690¹⁶, nel quale aveva delineato questa costruzione, non era la rappresentazione concettuale del sogno di un filosofo. Il suo genetico pragmatismo glielo avrebbe impedito; egli costruiva sulla base della sperimentata esperienza del suo secolo, la quale non poteva essere, se non in minima parte, il sistema politico inglese a lui contemporaneo.

Per quanto gli inglesi amino considerare il proprio paese come la terra natale del moderno sistema parlamentare, facendone risalire l'origine addirittura al Medioevo¹⁷; il parlamentarismo inglese del Seicento era ancora espressione delle istituzioni feudali, che fin dalle origini avevano conosciuto il *ius consilii*, ossia il diritto dei vassalli, e a partire dal Duecento, anche dei borghesi, di essere consultati dal sovrano. Il *ius consilii* si era evoluto, in Inghilterra come del resto altrove, fino ad assumere la forma di organizzazioni collettive (le assemblee di «stati» o le *cortes* o le «diète») per la rivendicazione di privilegi che signori feudali e borghesi facevano valere verso il re, reclamando il loro preventivo consenso all'adozione di gravi decisio-

ni sovrane, come per levar guerra (ciò che implicava la mobilitazione armata degli abitanti dei feudi e delle città) o per imporre nuove tasse, secondo l'emblematico *no taxation without representation*. Il che valeva per la Camera dei *Lords*, di nomina regia, come per la Camera dei *Commoners*, sudditi di condizione sociale inferiore a barone, che su base elettiva rappresentava gli esponenti della borghesia commerciale e delle professioni liberali.

Le categorie ordinanti l'organizzazione dei regni era ancora quella del diritto privato. Gli *act* o i *bill* che le Camere strappavano al sovrano erano altrettanti patti, che trovano corrispettivo nel sostegno finanziario o militare che i sudditi gli promettevano. E i rappresentanti che sedevano nella Camera elettiva erano concepiti come mandatarî dei loro elettori, vincolati da un mandato imperativo.

L'esperienza che aveva alimentato nel filosofo di Oxford l'ideale di un'assemblea di uguali, quale unico consesso rappresentativo della comunità nazionale, deliberante a maggioranza e detentrica del primato sull'esecutivo, risiedeva forse nel successo della Rivoluzione borghese del 1688, quando re Guglielmo e la regina Maria dovettero promettere di governare «secondo le leggi convenute in Parlamento»¹⁸. Ma la Camera dei Comuni era ancora un'assemblea ristretta, eletta da un corpo elettorale che, per l'imposizione del selettivo criterio di un elevato censo, arrivava appena ad un sesto della popolazione maschile complessiva. Era forse l'annuncio della fine dell'assolutismo monarchico, ma ad esso era subentrata la duplice e antagonista oligarchia degli aristocratici e dei borghesi. Più probabile è che l'ispirazione gli provenisse da altrove.

Quando Locke scriveva il suo *Secondo trattato*, da quasi un secolo si affollavano a Londra le assemblee della *East India Company*, ed in quelle assemblee accadeva ciò che nelle assemblee politiche del tempo sarebbe apparso inconcepibile: *lords* e *commoners* vi si trovavano gli uni accanto agli altri, ed insieme discutevano e votavano; avevano pari titolo per essere eletti nel consiglio di amministrazione, dove insieme sedevano, e votavano a maggioranza di numero¹⁹.

¹⁸ Ciò che aveva incautamente fatto scrivere, nel primo Settecento, al nostro Scipioni Maffei, di ritorno da un soggiorno a Londra, che l'Inghilterra «si governa a repubblica», e che «mentre il re non fa parte nell'elezione delle Camere, le Camere, all'incontro, quando il caso viene, eleggono il re, e determinano se debba, per avventura, rimuoversi e quale linea debba escludersi per la successione e quale ammettersi». La citazione è in A. Marongiu, *Parlamento (storia)*, cit., p. 745.

¹⁹ Scrive il grande storico inglese G.M. Trevelyan, *Storia della società inglese*, trad. it. di V. Morra, Torino, 1949, p. 493, che la Compagnia delle Indie era «istituto mirabilmente adatto alla struttura sociale di quel secolo aristocratico, ma pronto alle iniziative commerciali, perché per essa il magnate agrario, pur non assumendo la figura allora aborrita di «commerciante»,

¹⁴ A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, trad. it., 1953, pp. 346 e 358.

¹⁵ E v. W. Kendall, *John Locke and the doctrine of Majority-rule*, Urbana, 1965.

¹⁶ J. Locke, *Due trattati sul governo*, II, trad. it., Torino, 1948.

¹⁷ «Si crede facilmente quello che si desidera» commenta A. Marongiu, autore dei noti studi sulla storia dei parlamenti, dei quali qui ricordo *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne*, Milano, 1979; e la ricca voce *Parlamento (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1981, p. 724.

Le flotte armate dalla Compagnia delle Indie aprivano all'Inghilterra, a partire dal 1592 e per tutto il corso del Seicento e del Settecento, le vie per la conquista del mondo, facevano di essa un grande impero. La *East India Company*, fondata per privilegio concesso dalla regina Elisabetta, fu fra le prime grandi imprese dell'era moderna, l'archetipo di quella che diverrà, con le codificazioni dell'Ottocento, l'impresa in forma di società per azioni, caratterizzata da capitale diviso in azioni trasferibili, in mano di soci che godono del beneficio della responsabilità limitata²⁰.

Prima di allora, e ancora fino a tutto il Settecento in Italia, la collaborazione economica fra mercanti ed aristocratici non era andata oltre le forme, discrete, della società in accomandita. Il nobile vi assumeva la veste di socio accomandante: affidava danaro al mercante che lo faceva fruttare nei suoi commerci, assumendone quale socio accomandatario l'illimitato rischio; il rischio dell'accomandante era, per contro, limitato al capitale conferito, ed egli restava del tutto escluso dalla gestione, né il suo nome, essendogli vietata la mercatura, poteva figurare nella ragione sociale²¹.

Con la Compagnia delle Indie nasce, grazie all'incentivo della *incorporation*, implicante l'estensione a tutti i soci del privilegio della responsabilità limitata, la prima forma di impresa a capitale diffuso, che si alimenta con l'appello al risparmio di massa. In essa affluiva, contribuendo alla sua potenza, l'apporto di capitale di rischio di tutte le classi detentrici di ricchezza, dell'aristocrazia e del clero come della borghesia; a ciascuna di esse reclamava, in ragione del suo apporto, la partecipazione al governo della compagnia. Se è vero che l'ideale di una società fra uguali nacque nell'Inghilterra, e con essa prende vita l'idea di un governo della maggioranza, essa si tradusse in realtà in quello «Stato nello Stato» che era, secondo una diffusa sua qualificazione, la *East India Company*, per poi di-

ventare, secondo l'intuizione di Locke, regola di governo dello Stato in quanto tale²².

Il principio di maggioranza è enunciato nella *charter* della *incorporation*, concessa al sovrano, che permette «to make reasonable laws by the greatest part of a general assembly». Si trattava, certo, di una singolare democrazia: si avvicinava, per certi aspetti, alla moderna democrazia politica e si era ancora lontani dalla moderna democrazia economica, perché si votava per teste e non per quote di capitale, ed ogni azionista disponeva di un voto, quale che fosse il numero delle sue azioni²³. Il principio della maggioranza di numero era a tal punto sentito che, per evitare l'accaparramento di più voti da parte di singoli con l'espedito di prestanomi, si faceva giurare ai partecipanti alle assemblee di essere effettivi proprietari delle azioni. Vi si allontanava, per altri aspetti, e tanto dalla moderna democrazia politica quanto dalla moderna democrazia economica: per entrare a fare parte della società occorreva pagare un'altra tassa di iscrizione, ciò che ne precludeva l'accesso alla nobiltà decaduta e alla piccola e media borghesia; ed il trasferimento delle azioni era sottoposto a vincoli diretti ad impedire l'ingresso in società di *outsiders*; sicché all'antica difesa degli interessi di casta, tradizionale della nobiltà, si aggiungeva la nuova altrettanto strenua difesa degli interessi dell'alta borghesia, così riproducendo alcuni tratti di quella che sarebbe rimasta, anche nelle fasi successive della democrazia politica, la limitazione del suffragio elettorale secondo il criterio del censo. Nell'assemblea aristocratici e borghesi dividevano i poteri sovrani: il consiglio di amministrazione, una volta eletto, non era libero di esercitare a propria discrezione le proprie attribuzioni: i suoi componenti, al pari degli eletti nella Camera di Comuni, erano sottoposti al vincolo

poteva incontrarsi al consiglio di amministrazione con l'uomo della *city* e agire di conserva con lui, così che l'influenza dell'uno si congiungeva all'ingegno affaristico dell'altro.

²⁰ Sulle Compagnie coloniali come «stadio preliminare della moderna società per azioni» richiama l'attenzione Max Weber, *Storia economica*, trad. it., Roma, rist. 1997, pp. 199 s.: «sono sempre state queste grandi società, ricche di proventi, ad avere reso per prime universalmente nota e popolare la forma della società per azioni. Di qui essa è stata fatta propria da tutti gli Stati del continente europeo».

²¹ E alla metà dell'Ottocento Troplong, *Du contrat de société*, Bruxelles, 1843, p. 176, confronta la società per azioni all'accomandita scrivendo che «la société anonyme est une véritable république élective», mentre «la commandite est plutôt une monarchie tempérée». L'identificazione degli accomandanti nei «nobili» e nei «costituiti in cariche», e dell'accomandatario nell'«onorato mercante privo di beni di fortuna» è ancora in G. Fierli, *Della società chiamata accomandita*, Firenze, 1803, pp. 2 s. (ristampa a cura di G. Grippo, Bologna, 1991).

²² E le due entità, la Compagnia e lo Stato, restano tra loro separate: la prima – testimonia A. Mignoli, *Idee e problemi nell'evoluzione della Compagnia inglese*, in «Rivista delle società», 1960, p. 645, dove i riferimenti – «è gelosa della sua autonomia nei confronti del potere statale»; e, quando i re, prima Giacomo I nel 1624, poi Carlo I nel 1638, esprimono il desiderio di diventare azionisti, gli amministratori della compagnia oppongono il parere del loro consulente legale, che una società fra il re e i suoi sudditi si sarebbe fatalmente statizzata.

²³ I riferimenti storiografici sono in Mignoli, cit. alla nota prec., p. 638: dalla letteratura in argomento si desume anche che gli azionisti, «ogni anno, per alzata di mano, eleggessero gli amministratori, ai quali veniva concessa una gratificazione solo quando gli affari andavano bene e con il consenso dei soci. Al ritorno dalle navi, gli azionisti si riunivano e in pubblico si dava lettura delle lettere dalla Indie: le merci erano vendute all'asta, e ogni partecipante poteva consultare in ogni momento i libri della compagnia». Per Mignoli, *Idee e problemi*, cit., pp. 647 ss., l'organizzazione della *East India Company* prendeva ispirazione dalla democrazia politica inglese e si modellava in conformità dell'organizzazione dello Stato. La verità è che la prima aveva anticipato, e largamente anticipato, la seconda: neppure dopo la rivoluzione del 1688 l'uguaglianza fra i cittadini inglesi aveva assunto forme paragonabili a quelle degli azionisti della compagnia delle Indie.

di mandato; al momento dell'elezione erano tenuti a giurare di «seguire fedelmente le istruzioni e le decisioni dell'assemblea»²⁴; e sotto questo aspetto la democrazia economica che si realizzava nella Compagnia coloniale corrispondeva alla nascente democrazia politica.

La Compagnia delle Indie non era solo un affare economico; era anche un affare di Stato: con essa aristocratici e borghesi, deliberanti assieme, muovevano navi da guerra ed eserciti sotto il vessillo britannico, conquistavano nuove terre nel nome di sua Maestà. Aveva fondato città, come Calcutta e Bombay; esigeva tributi nel Bengala, aveva esteso la sua influenza in tutta l'India, nel Nepal e nella Birmania. Al principio dell'Ottocento teneva sotto il suo controllo 162 milioni di asiatici per quattro milioni di chilometri quadrati; aveva 15 mila unità di personale civile, dei quali 3 mila europei; era difesa da 160 mila soldati e 25 mila marinai. Nel 1834 trasmise tutti i suoi possedimenti alla Corona, e la sua sterminata ricchezza privata si tradusse in dominio regio.

C'è in ciò l'anticipazione della moderna impresa transnazionale, per la prevalenza delle proprietà all'estero e della forza lavoro estera; ma c'è anche l'anticipazione dei tratti caratterizzanti lo Stato moderno. Solo più tardi la borghesia formerà, con i propri rappresentanti nella Camera dei Comuni, il governo di Sua Maestà; solo allora prenderà vita il lento e contrastato processo di trasformazione dell'Inghilterra da Stato aristocratico a Stato borghese, nel quale la Camera dei Lords viene progressivamente esautorata a vantaggio della Camera dei Comuni. Non sarà la prima volta che la borghesia inglese accede al governo della cosa pubblica. Fra l'assemblea della *East India Company* deliberante a maggioranza e l'assemblea parlamentare del Regno Unito, che forma a maggioranza la politica nazionale, ed esprime il governo di Sua Maestà, c'è un evidente nesso di continuità. La prima aveva preparato la seconda; ne aveva posto le premesse.

4. Autocrazia e internazionalizzazione del capitale nella Compagnia olandese

Fra le compagnie coloniali la primogenitura spetta alla olandese *Oost Indische Compagnie*, almeno fra quelle che hanno lasciato traccia nella storia (e taccio perciò delle Compagnie portoghesi e spagnole).

²⁴ Sul punto si era soffermato R. Vighi, *Notizie storiche sugli amministratori ed i sindaci delle società per azioni anteriori al codice di commercio francese*, Camerino, 1898, pp. 34 ss.

Ma in Olanda non si dettero, né potevano darsi, le condizioni che in Inghilterra e, come poi si dirà, in Francia avevano aperto alla borghesia le porte di accesso al potere politico-economico insito nelle compagnie coloniali. Il carattere proprio della Compagnia olandese è la internazionalizzazione del capitale azionario. Le dimensioni del paese, ed il numero dei suoi abitanti, sono troppo esigui al confronto con le ambizioni delle sua borghesia mercantile. I *bewindhebbers*, ossia gli amministratori della compagnia, ne offrono a chiunque le azioni, senza porre né limiti minimi all'entità dell'apporto né, come in Inghilterra, requisiti di carattere personale; riscuotono successo presso le classi abbienti olandesi, aristocratiche o borghesi che fossero; raccolgono ingenti risorse all'estero, soprattutto in Inghilterra e in Francia, dando così vita – questa è la singolarità della *Oost Indische Compagnie* – alla prima grande impresa transnazionale dell'era moderna²⁵. Ciò fa comprendere come, per tutto il corso della sua storia, la compagnia coloniale olandese sia rimasta caratterizzata – quasi fosse una sorta di accomandita su larga scala – da una forte concentrazione del potere in poche mani, tutte olandesi, mentre la grande e cosmopolita massa degli azionisti era tenuta lontana dalle leve del comando²⁶; come spiega le penetranti e ripetute ingerenze

²⁵ Nel 1610 Tomaso Contarini, ambasciatore veneto ad Amsterdam, così descrisse in una sua relazione la composizione sociale del capitale della «Oost Indische Compagnie»: «di sei milioni et seicento milli fiorini di Fiandra, che sono soldi cinquanta per uno, è il capitale di questa compagnia dell'Indie, nella quale sono interessate persone di ogni qualità, havendone parte mercanti et del paese et stranieri, et oltre molti cavalieri Inglesi et Francesi, dicevasi anco l'istesso Re di Francia; essendo ella già stata formata libera, con facoltà a chi si voglia nel termine di sei mesi di entrarvi per la summa, che più gli piacesse. Onde fra i servitori et le serventi delle case in quelle parti molti vi sono, che hanno voluto havervi portione, qual di trenta, qual di cinquanta fiorini più et meno, secondo la misura et le forze della loro povera fortuna». Cfr. *Le Compagnie olandesi del secolo XVII nelle Relazioni degli ambasciatori veneti*, in «Rivista delle società», 1960, p. 584. E cfr. a p. 587 la relazione del 1626 di Alvise Contarini: «in questa Compagnia pochissimi sono ne Paesi Bassi, i quali havendo qualche contante indisposto, non lo impieghino; anzi il Principe d'Oranges medesimo et molti altri, così principi, come particolari d'Alemagna, di Francia et d'altre parti ancora vi tengono interesse». Sul «gioco delle azioni» in Olanda nel Settecento cfr. ancora nella «Rivista delle società», 1960, pp. 388 ss., la testimonianza di I. de Pinto, *Traité des fonds de commerce ou jeu d'actions*.

²⁶ La Compagnia è «dominata dall'arrogante sicurezza del ricco mercante» (E. Heckscher, *Mercantilism*, I, London, 1935, p. 361). La sua organizzazione interna la differenzia nettamente da quella inglese: «potere assoluto degli amministratori, nessuna possibilità di far sentire la loro influenza da parte degli azionisti, divisi – ancorché *l'octroi* originario non facesse distinzioni tra loro – in “partecipanti principali” e in “sotto-partecipanti”, questi ultimi spesso considerati come una specie di creditori. La posizione giuridica dei “partecipanti principali” fu legalmente riconosciuta, con il rinnovo dell'*octroi* nel 1622, conferendo loro il diritto di nominare i *bewindhebbers* [gli amministratori] e un limitato controllo sulla gestione: ancorché la situazione rimanesse di fatto immutata, per la solidarietà di questi verso gli amministratori, di cui erano gli eguali sul piano economico e sociale, e di cui speravano di poter occupare un giorno il posto: ma i “sotto-partecipanti”, da cui deriverà l'azionista moderno, restano sistematicamente esclusi da ogni forma di controllo, il loro nome neppure potendo figurare nei

sulla sua gestione da parte degli Stati generali, le assemblee feudali d'Olanda, ora vietando che agli azionisti venissero fornite informazioni sulla gestione della società, in nome del segreto di Stato, ora vietando addirittura il pagamento dei dividendi e lo stesso rimborso del capitale²⁷.

Il modello olandese di società per azioni conserverà tratti fortemente autoritari anche nel Novecento: la riforma del 1971 priverà l'assemblea del potere di nominare gli amministratori, cui è dato di autocooptarsi periodicamente, su semplice proposta dell'assemblea.

5. Il trionfo della borghesia nelle compagnie delle Indie di Luigi XIV

Il modello inglese di compagnia coloniale, e non quello olandese, si riproduce in Francia nella seconda metà del Seicento, ma con una significativa variante. Intanto c'è da dire che già dal medioevo, dai tempi di Filippo il Bello, la borghesia aveva assunto, quale «terzo stato», un proprio ruolo nella organizzazione politica della monarchia francese; ed i rappresentanti della borghesia, quando il re con-

libri della società e l'acquisto delle azioni da parte loro dovendo essere effettuato attraverso i *bewindhebbers*, su cui poggiava in definitiva tutto il sistema» (Mignoli, *Idee e problemi*, cit., p. 639).

²⁷ Attesta ancora Mignoli, *Idee e problemi*, cit., p. 641: «nessuno di questi diritti fu però in pratica rispettato dagli amministratori: i dividendi furono pagati, quando e come faceva comodo ai *bewindhebbers*, i quali arrivarono in un'occasione perfino a minacciare apertamente di sospendere del tutto il pagamento, se gli azionisti avessero continuato a mostrarsi indocili nei confronti dei loro «signori e padroni» (E. Heckscher, *Mercantilism*, cit., p. 366); il diritto al rimborso del capitale fu sospeso dagli Stati Generali nel 1611 e rinviato al ventunesimo anno su domanda degli amministratori, motivata col duplice argomento dell'interesse della società e della possibilità per i soci di vendere le azioni; l'esercizio del diritto di controllo sulla gestione della compagnia fu impedito con tutti i mezzi. Alle pressanti richieste di rendiconto, avanzate nel 1621 dagli azionisti, gli amministratori, coscienti della loro potenza e dell'appoggio degli Stati Generali, risposero che gran parte dei registri si trovava nelle Indie e che la guerra con la Spagna non permetteva la divulgazione al pubblico di notizie concernenti la situazione di stabilimenti lontani. Malgrado il nuovo *octroi* del dicembre del 1622, che obbligava, come si è detto, gli amministratori a rendere i conti ai «principali partecipanti» nei sei mesi successivi alla scadenza del privilegio, «secondo lo stile e la forma correnti tra commercianti, porte e finestre aperte» (art. 1), e i tentativi fatti nell'estate del 1623 di controllare i vecchi registri, gli amministratori continuarono nella loro politica: nascosero i registri delle Indie, affermarono che altri erano andati distrutti, e si limitarono a consegnare qualche libro, in cui era assolutamente impossibile controllare l'esattezza delle cifre. Dopo lunga lotta gli azionisti dovettero alla fine capitolare e, quando nel 1647 fu per la seconda volta rinnovato il privilegio, non si parlò più di «rendiconto, porte e finestre aperte». L'ambasciatore veneto Alvise Contarini così riferisce nel 1626: «ogni tanti anni si fa il bilancio, compartendo agli interessati la porzione dell'usufrutto, che risponde a 8-10 più o meno in ragione dell'anno et se alcuno tiene bisogno di valersi del capitale, non mancano di quelli, che comprano il credito ne libri della Compagnia, esborsando altrettanto contante, ben spesso con vantaggio notabile dei venditori» (*Le Compagnie olandesi del secolo XVII nelle Relazioni degli ambasciatori veneti*, cit.).

vocava gli «stati generali», si riunivano in assemblea comune con i rappresentanti del primo e del secondo «stato», dell'aristocrazia e del clero. Ma in questo antecedente storico dei moderni parlamenti (nei Paesi Bassi il parlamento ha tuttora conservato l'antica denominazione di «stati generali»), i rappresentanti dei tre «stati» non votavano per teste, bensì per ordini, e prevalevano agli occhi del sovrano quelli dei tre stati che si fossero trovati in maggioranza. Né erano liberi di votare a proprio piacimento, essendo invece vincolati, come accadeva nella Camera dei Comuni inglese, dall'imperativo mandato ricevuto. La riunione in unica assemblea, o in assemblee che si svolgevano contemporaneamente, ma in sedi separate, non dava luogo ad unitarie deliberazioni a maggioranza, impensabili in epoche nelle quali classi e le caste dominanti non avrebbero mai accettato – e, di fatto, mai accettarono, neppure nell'estrema occasione degli stati generali convocati da Luigi XVI nel fatidico 1789 – di rinunciare ai propri privilegi e di mescolare i propri voti con quelli degli aborriti borghesi.

Gli stati generali avevano avuto, nella storia di Francia, alterne fortune, in dipendenza della minore o maggiore forza dell'assolutismo monarchico. Durante i regni di Luigi XIV e di Luigi XV, proprio dell'epoca dei grandi successi delle compagnie coloniali, non erano mai stati convocati. Gli ultimi stati generali si erano tenuti nel 1715.

La volontà di grandezza di Luigi XIV, unita all'impellente bisogno di risanare le finanze del regno, inducono il monarca ad emanare editti che spalancano senza limiti l'accesso all'azionariato delle Compagnie delle Indie. Non c'è, a differenza di quanto accadeva in Inghilterra, alcuna tassa di ammissione, né ci sono preclusioni relative alla condizione sociale o alla nazionalità degli azionisti, cui si chiede solo un conferimento in società non inferiore a mille libbre. Nella *Déclaration du roi* del 1664, che autorizza la costituzione della Compagnia delle Indie Orientali, si legge all'art. 1 che essa «sarà formata da tutti i nostri sudditi di qualsiasi nazionalità e condizione essi siano, i quali vogliono entrarvi, per quelle somme che essi stimeranno opportune»; ed altrettanto si legge all'art. 2 della coeva *Déclaration* che autorizza la costituzione della Compagnia delle Indie Occidentali. La monarchia fa di tutto per incentivare l'afflusso di capitali: dispongono l'art. 3 dell'*octroi* della Compagnia delle Indie Orientali e l'art. 5 di quello della Compagnia delle Indie Occidentali che «tutti gli stranieri e sudditi di qualunque Principe o Stato potranno entrare nella suddetta Compagnia»; e per gli stranieri, perché conferiscano somme maggiori, si prefigura un incentivo ulteriore: «quelli che avranno conferito ventimila libbre saranno reputati regni-

coli senza che occorranza lettere di nazionalizzazione, ai quali effetti i loro parenti anche se stranieri succederanno loro in tutti i beni che essi abbiano in questo regno»²⁸.

E veniamo alla posizione che Luigi XIV assume di fronte alle contrapposte classi, o stati, dell'aristocrazia e della borghesia. Alla prima lancia, con gli articoli appena citati, un messaggio rassicurante: i nobili potranno entrare a far parte della Compagnia «senza che per ciò stesso essi deroghino alla loro nobiltà e ai loro privilegi». La loro condizione è, a questo modo, differenziata: in quanto soci, essi partecipino alle assemblee della Compagnia, venendosi così a trovare su un piede di parità con i borghesi, ed il loro voto vale, nelle deliberazioni a maggioranza dell'assemblea, tanto quanto il voto dei soci borghesi; fuori della Compagnia, ciò nondimeno, essi conservano la condizione di appartenenti ad una classe privilegiata, e continuano a fruire nel regno dei diritti che ineriscono al loro stato, e dei quali i borghesi non sono ammessi a fruire.

Le francesi compagnie delle Indie, a differenza della compagnia inglese, praticano la separazione dei poteri fra assemblea e organo amministrativo: la prima nomina gli amministratori e approva il bilancio da essi presentato; i secondi dirigono l'impresa. È il modello dal quale attingeranno, a partire dal codice di commercio del 1807, le moderne legislazioni sulla società per azioni. «Il codice di commercio non ha inventato niente», commenterà Troplong²⁹; «esso ha copiato, né poteva fare di meglio», sicché «nella disciplina del codice di commercio, improntata a quella delle antiche compagnie, la qualità di socio si distacca interamente dalla qualità di amministratore, benché le due qualità possano riunirsi in testa alla medesima persona».

Neppure le Compagnie francesi, come quelle inglesi, conoscono la regola plutocratica delle deliberazioni a maggioranza di capitale, quale si affermerà solo a partire dalle codificazioni dell'Ottocento: si vota qui a maggioranza di numero, come nell'assemblea della compagnia inglese. La plutocrazia si manifesta sotto altro aspetto, negando il diritto di voto ai piccoli azionisti, cui è concesso solo, in proporzione alla quantità di azioni possedute, il diritto agli utili. Per la Compagnia delle Indie Orientali l'art. 13 dell'editto di Lui-

gi XIV stabilisce: «non potrà nessuno degli interessati alla Compagnia avere voto deliberativo per l'elezione dei direttori se non avrà almeno 6.000 libbre; né eletto per essere direttore generale se non ha almeno 20.000 libbre e direttore per le province 10.000 libbre di interesse nella detta Compagnia». E l'art. 4 dell'editto relativo alla Compagnia delle Indie occidentali: «coloro che conferiranno nella Compagnia da 10 a 20.000 libbre, sia francesi sia stranieri, potranno assistere alle assemblee generali ed avere voto deliberativo. E quelli che vi conferiranno 20.000 libbre e oltre potranno essere eletti direttori generali».

Ma la più significativa variante, rispetto al modello inglese, sta nella composizione dell'organo esecutivo. Nei consigli di amministrazione della Compagnia inglesi potevano, a pari titolo, sedere nobili e borghesi, purché eletti dall'assemblea, e nella collaborazione fra i primi, che vi apportavano la propria influenza sulla Corona, ed i secondi, che facevano valere la loro destrezza negli affari, risiedeva l'essenza dell'esperimento inglese, come Trevelyan ha fatto notare con il giudizio sopra riportato. In Francia, per contro, non chiunque poteva essere eletto amministratore delle Compagnie. I due editti dispongono al riguardo che «i direttori saranno scelti nel numero dei mercanti e negozianti, almeno per i tre quarti e per l'altro quarto di mercanti ritirati dal commercio, di nostri segretari, di Casa e di Corona, che siano stati nel commercio e di due borghesi quantunque non abbiano fatto alcun commercio, e senza che il numero di due possa aumentare, né che alcuna altra persona di qualunque stato, qualità e condizione possa essere eletto direttore»³⁰.

L'aristocrazia francese, questo è noto, non godeva della stima di Luigi XIV; già nel governo del regno il sovrano l'aveva drasticamente esautorata, e dalla gestione delle grandi imprese coloniali l'aveva del tutto esclusa, riponendo nella classe mercantile tutta la sua fiducia. Ne aveva sì sollecitato l'apporto di ricchezza, e talvolta gliela aveva addirittura imposto, come nel caso di azionisti di «nomina regia»; ma non l'aveva voluta, neppure come partecipante, al comando delle imprese d'oltre mare. Alle compagnie coloniali erano concessi dal sovrano veri e propri *jura regalia*: esse comandavano, sotto la bandiera di Francia, flotte ed eserciti; ma erano borghesi, non già aristocratici, quelli che ne assumevano le supreme decisioni.

²⁸ Troplong riferisce la notizia, che trae dal *Siècle de Louis XIV* di Voltaire, che alla Compagnia delle Indie orientali «il re e Colbert erano associati [...]. Il re versò sei milioni; la regina, i principi, la corte fornirono due milioni; i tribunali superiori mille e duecento libbre; i banchieri due milioni; il corpo dei mercanti seicentocinquanta mila libbre» (*Du contrat de société*, cit., pp. 26 s.).

²⁹ Troplong, *Du contrat de société*, cit., pp. 175 s.

³⁰ Cfr. *Conférences des Ordonnances de Louis XIV*, II, Paris, 1719, pp. 483 ss. In argomento cfr. Lévy-Bruhl, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1938, p. 193; H. Weber, *La compagnie française des Indes (1664-1876)*, Paris, 1904.

Le compagnie delle Indie saranno sciolte, siccome basate su un privilegio sovrano, con legge del 26-29 germinio dell'anno secondo della Rivoluzione francese. Ma il modello secondo il quale si erano conformate sarà presto rilanciato dalla codificazione napoleonica, siccome «mezzo efficace per favorire la formazione delle grandi imprese, per attirare in Francia capitali stranieri, per associare le mediocri ricchezze e quasi la povertà ai vantaggi delle grandi speculazioni, da aggiungere al credito pubblico e alla massa circolante nel commercio»³¹. Nella loro più che secolare esperienza le compagnie coloniali francesi avevano, al pari di quella inglese, anticipato la struttura dello Stato democratico: per la presenza di un'assemblea a larga base sociale che delibera a maggioranza di numero; ma anche, quelle francesi, per la separazione fra il potere deliberativo e il potere esecutivo, attribuito ad un organo distinto dell'assemblea, che ripete da questa la propria nomina e che a questa rende conto della propria gestione.

6. Dalla democrazia economica alla democrazia politica

Si è sopra ricordato che né Luigi XIV, né Luigi XV convocarono mai gli stati generali; li fece convocare, su pressione della nobiltà e del clero, nel tentativo estremo di salvare l'*ancien régime*, Luigi XVI, incaricandone il ministro delle finanze Jacques Necker, tanto abile banchiere quanto pessimo politico; e in quella occasione, era il 10 giugno 1789, il terzo stato si oppone, per bocca di Emmanuel-Joseph Sieyès, all'antica gerarchia, riproposta da Necker, che lo relegava all'ultimo posto della gerarchia sociale, e pretese che l'assemblea votasse non per ordini, ma per capi. Non era una novità assoluta: era quel principio della maggioranza di numero che per oltre un secolo era stato sperimentato, computando assieme voti borghesi e voti aristocratici, nelle assemblee delle Compagnie delle Indie. Aristocrazia e clero invocarono ancora il privilegio della votazione per ordini, che permetteva loro di conservare il predominio: non si resero conto che, se avessero votato per teste, avrebbero salvato la testa.

Il 17 giugno i rappresentanti del terzo stato, sotto la guida di Sieyès, si costituirono in assemblea nazionale, ed alla seduta parteciparono anche rappresentanti degli altri due stati. A maggioranza di numero l'assemblea nazionale proclama il principio, poi recepito nel-

la Costituzione del 1791 e nelle successive costituzioni repubblicane, che la sovranità appartiene alla Nazione e che gli eletti la rappresentano, senza alcun vincolo di mandato rispetto agli elettori³². La democrazia economica sperimentata dalle Compagnie coloniali si era tradotta in democrazia politica.

Sieyès, un ecclesiastico eletto da terzo stato, aveva pubblicato, pochi mesi prima, nel gennaio del medesimo 1789, un saggio dal titolo *Qu'est-ce que le tiers état?*; nel quinto capitolo aveva proclamato che il principio di maggioranza è «*maxime incontestable*»³³. Passerà alla storia del pensiero politico come l'inventore della costituzione francese³⁴; avrebbe poi rischiato la testa: la Restaurazione del 1815 lo condannerà all'esilio come regicida.

Se non, come pure è probabile, nel *Secondo trattato sul governo* di Locke, la cui opera è nota agli Enciclopedisti³⁵, la fonte cui Sieyès si era ispirato risiedeva nel *Contratto sociale* che Jean Jacques Rousseau aveva pubblicato a Ginevra nel 1762, il solo fra i grandi dell'Illuminismo francese che avesse mostrato di aspirare, sfidando il ferreo dispotismo della monarchia di Francia, ad una repubblica fondata sulla volontà della maggioranza, semplice o qualificata a seconda della gravità delle decisioni³⁶. Per contro, Voltaire aveva dichiarato, con tutta franchezza, di preferire «la tirannia di uno solo a quella di molti»³⁷, e Montesquieu aveva offerto il suo contributo alla causa della libertà, più che con la teoria della volontà della maggioranza, con quella della divisione fra i poteri, legislativo, esecutivo, giudiziario, senza la quale «ogni libertà è perduta»³⁸. Ma della volontà della

³² La vicenda si trova documentata in P. Violante, *Lo spazio della rappresentanza*, I, Francia 1788-1789, Palermo, 1981.

³³ Con il che, commenta E. Ruffini, *Il principio maggioritario*, cit., p. 87, quel principio assume «il carattere assoluto e sacro di un dogma».

³⁴ Cfr. P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, 1998.

³⁵ Nella voce «*Démocratie*», affidata a de Jaucourt, l'*Encyclopédie* di Diderot e D'Alambert segnala al lettore l'opera di Locke, ma non ne riassume il contenuto; si limita a riassumere le classificazioni delle forme di governo esposte da Montesquieu in *L'esprit des lois* ed a dare della democrazia l'immagine riduttiva di un sistema «ammirevole in via di principio», ma destinato, «quasi infallibilmente», a degenerare «nella più grande schiavitù». Il prestigio di Locke presso gli Enciclopedisti è però attestato dall'anonimo *Eloge de M. le Président de Montesquieu*, esteso nel quinto volume dell'*Encyclopédie*, nel quale si ricorda che Montesquieu aveva soggiornato per due anni in Inghilterra, ma non aveva avuto la fortuna di incontrare Locke, che era già morto.

³⁶ E questa era l'anticipazione dell'idea francese di costituzione, basata sul predominio dell'assemblea legislativa, in antitesi al costituzionalismo inglese, che si sarebbe sviluppato nel segno della limitazione e del bilanciamento di poteri (coglie ora questi elementi di differenziazione G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005, pp. 6 ss.).

³⁷ Voltaire, *Dizionario filosofico*, trad. it., Milano, 1996, voce «*Tirannide*», p. 302.

³⁸ Così Montesquieu, *De l'esprit des lois* (pubblicato anonimo a Ginevra nel 1748), II, ed. Paris, 1971, pp. 7 ss., sulla scorta di quella che definiva «la costituzione dell'Inghilterra»; ma

³¹ Così Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, citato da Troplong, *Du contrat de société*, cit., p. 176.

maggioranza Rousseau aveva nutrito una visione idillica: era la *volonté générale*, che presumeva conforme alla *volonté de tous*, in antitesi con la realistica, e storicamente sperimentata, visione di Locke, basata sulla dialettica maggioranza-opposizione.

È però un fatto che tanto Locke quanto Rousseau pongano alla base della umana convivenza, come lo stesso Hobbes, una categoria del diritto privato, ossia il contratto, che definiscono sociale, e all'interno del quale inseriscono una ulteriore categoria privatistica, quale il *pactum*, che definiscono *subjectionis*, in forza del quale i singoli si assoggettano ad una superiore autorità, che per Locke e per Rousseau è la volontà della maggioranza. Poteva trattarsi, fin qui, della forza d'inerzia delle idee: alla sovranità del monarca assoluto, che era definita con categoria civilistica come *dominium*, essi sostituiscono una sovranità fondata su altre categorie civilistiche. Ma nel *Secondo trattato sul governo* c'è di più: Locke parla, più specificamente, di *pactum societatis*; e ne descrive l'effetto qualificandolo come una *incorporation*³⁹, facendo così uso di un termine che nel lessico giuridico inglese designa l'erezione della *company* o della *non profit society* a persona giuridica (e che in America farà della società per azioni una *corporation*); e utilizza una ulteriore categoria privatistica quando introduce, nel rapporto fra i governati e i governanti, la figura del *trust*, quale essenza del *pactum subjectionis*, sicché la maggioranza, al pari di ogni *trustee*, deve agire per il vantaggio della intera collettività, che è il suo *beneficiary*; e l'abuso della maggioranza è *breach of trust*, che giustifica la resistenza della minoranza⁴⁰. Questo è, nel pensiero di Locke, l'auspicio di un diritto costituzionale da instaurare; ma è, nel suo tempo, il diritto societario vigente nella *East India Company*, che nasce da una *incorporation* e la cui *charter*, come si è sopra segnalato, pone un limite ai poteri della maggioranza, i delibe-

a renderlo sensibile al tema aveva contribuito anche la sua personale esperienza. Egli era nato come Charles de Secondat, ma nel 1716 aveva ereditato da uno zio il titolo di barone di Montesquieu e, insieme, la carica di presidente di sezione nel tribunale di Bordeaux, che venderà nel 1725, ricavandone una cospicua somma, idonea a permettergli di dedicare agli studi il resto della sua vita. La proprietà delle cariche pubbliche, e di quella di giudice in particolare, non sorprenda: era il residuo storico della feudale concezione patrimoniale dello Stato, che attribuiva al sovrano il *dominium eminens*, ed all'aristocrazia il *dominium directum* (essendo la proprietà dei borghesi, limitata ai beni materiali, solo *dominium utile*). Ma aveva una valenza positiva: poteva essere riguardata a quel tempo, in Francia come altrove, come garanzia di inamovibilità, e quindi di indipendenza, del potere giudiziario dal potere esecutivo, una sorta di via patrimoniale alla divisione dei poteri.

³⁹ Locke, *Due trattati sul governo*, cit., II, pp. 364 s; e v. sul punto Kendall, *John Locke and the doctrine of Majority-rule*, cit., pp. 99 ss.

⁴⁰ Locke, *Due trattati sul governo*, cit., II, pp. 414 ss.; ed il concetto qui utilizzato da Locke era stato introdotto dal celebre *case* del 1633, *Townley v. Sherbon* (J. Bridge, 35).

rati della quale sono legittimi solo se sono «*reasonable laws*», rispettosi di un limite, quello della ragionevolezza, che anche nel diritto societario oggi vigente in Gran Bretagna circoscrive le prerogative della maggioranza⁴¹.

Quella spinta incontenibile verso la democrazia che, fra il Seicento e il Settecento, aveva animato l'Inghilterra prima e la Francia poi, trovò dunque realizzazione nelle istituzioni economiche prima ancora che in quelle politiche. Furono le prime ad offrire alle seconde i modelli di attuazione e, come il *Secondo trattato sul governo* di Locke rende evidente, le categorie della elaborazione teorica. L'uguaglianza, quale valore fondante della democrazia, era ancora lontana dall'essere una piena uguaglianza, essendo circoscritta ai ceti abbienti; e tuttavia questa pur limitata uguaglianza, prima di instaurarsi fra i cittadini, era stata sperimentata fra gli azionisti delle grandi compagnie coloniali inglesi e francesi. Nel governo di queste prime grandi imprese dell'era moderna, paragonate ad altrettanti Stati nello Stato, la borghesia aveva trovato, ancor prima che nel governo della cosa pubblica, la propria legittimazione quale nuova classe dirigente. Resta un luogo comune, contraddetto dalla realtà storica, quello secondo il quale la società per azioni altro non avrebbe fatto se non «copiare la forma dello Stato democratico»⁴².

7. La lunga marcia verso il suffragio universale

Nel corso dell'Ottocento si svolgono due parallele vicende: da un lato, la lenta e contrastata evoluzione che conduce, in politica, al progressivo allargamento del suffragio elettorale; dall'altro, lo sviluppo, in economia, della forma giuridica della società per azioni, che da eccezionale concessione sovrana si trasforma in ordinario tipo di società, la cui praticabilità è rimessa alla libera scelta dei privati ed il cui ordinamento si fonda sulla sovranità dell'assemblea.

La storia che qui ricostruisco è, come si conviene ad una storiografia giuridica, una storia per principi, non per eventi (né, tanto meno, per battaglie e condottieri); annovera, perciò, il progressivo abbattimento, nei sistemi elettorali, del criterio del censo, che

⁴¹ E sulla massima della attuale giurisprudenza inglese secondo la quale è annullabile la deliberazione assembleare «che nessuna persona ragionevole potrebbe considerare vantaggiosa per la società» cfr. P. Xuereb, *Limiti bona fide ai poteri della maggioranza nella company inglese*, in «Contratto e impresa», 1986, p. 190.

⁴² Così G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946, condiviso da Favre, *La decisione a maggioranza*, cit., p. 261.

estende il voto a strati sempre più estesi della borghesia. Ma è una evoluzione che si completerà solo nel Novecento, con il definitivo superamento del censo e l'affermazione del suffragio universale, che estende l'elettorato attivo a tutti i cittadini maschi prima e, da ultimo, alle donne.

Nella costituzione francese del 1830 il censo era stato abbassato da trecento a duecento franchi di contribuzione, con lo sconto del 50 per cento ai membri dell'*Institut de France* ed agli ufficiali di terra e di mare⁴³; ed un più rilevante abbattimento si era avuto, in Inghilterra, con il *Reform Bill* del 1832. Ma in Francia si era smarrito il senso della *égalité* proclamata nell'89 quando la legge elettorale del 1820 aveva attribuito due voti, anziché uno, ai maggiori possidenti; e nei Paesi Bassi la legge fondamentale del 1815, pur ripetendo che gli stati generali «rappresentavano la nazione», come aveva proclamato la costituzione francese del 1791, aveva riservato al re la scelta dei deputati fra le persone «più distinte per i servizi resi allo Stato, o per nascita o per fortuna economica». Il suffragio universale suscitava apprensione anche negli spiriti illuminati, come John Stuart Mill, che nelle *Considerazioni sul governo rappresentativo* del 1861 paventava la minaccia, insita nella «forza del numero», di una «legislazione di classe», e proponeva un voto addizionale per gli strati colti dell'elettorato, per la *culture*. In Italia lo Statuto albertino del 1848 aveva ripetuto il criterio del censo, federe all'antico nesso fra *representation* e *taxation* (non può votare chi non paga tasse); ma la legge del 1859 aveva innovato, aprendo l'elettorato attivo, oltre gli abbienti, anche ai nullatenenti con titolo di studio, reputati «possedere la capacità necessaria all'esercizio dei diritti politici».

Il suffragio universale è, al principio del Novecento, anche al centro del dibattito culturale, come emerge dal libro che Thomas Mann scrive durante la prima guerra mondiale⁴⁴. Egli prende atto della opportunistica scelta di Bismarck, che «con tutta la sua avversione al liberalismo, ha considerato la democrazia un elemento accessorio del suo Stato nazionale, almeno fino al punto di compensare il servizio militare obbligatorio con il suffragio universale»⁴⁵. Pensa, come Mill aveva pensato per l'Inghilterra, che «in un popolo differenziato per strati di popolazione fortemente distanziati sul piano spirituale, come è il popolo tedesco, un suffragio saggiamente articolato – che

tenga conto del merito, dell'età, del grado di istruzione, del livello spirituale [...] – possa essere relativamente più equo di quello indiscriminato»; ma conclude, realisticamente, che «dove è impossibile dare a ciascuno il suo, non resta altro che dare a tutti lo stesso»⁴⁶. E l'idea del suffragio universale come sfida è ancora presente quando, solo dopo la seconda guerra mondiale, l'elettorato attivo è in Italia esteso alle donne: il primo presidente costituzionale della Repubblica italiana, il liberale Luigi Einaudi, il 12 maggio 1948, nel messaggio alle Camere riunite per il suo giuramento, sentiva il bisogno di ricordare che «tra le due date», del 1848 e del 1948, «è nato un problema nuovissimo, che nel secolo scorso grandi pensatori politici avevano dichiarato insolubile: quello di far durare sistemi democratici quando a votare ed a deliberare sono chiamate non più ristrette minoranze di privilegiati ma decine di milioni di cittadini tutti uguali dinnanzi alla legge. Il suffragio universale parve ed ancor pare a molti incompatibile con la libertà e con la democrazia. La Costituzione che l'Italia si è ora data è una sfida a questa visione pessimistica dell'avvenire»⁴⁷. Il suffragio universale appariva un salto nel buio, ormai non più evitabile, e tuttavia denso di incognite.

8. La democrazia azionaria: dalla maggioranza di numero alla maggioranza di capitale

Le Compagnie delle Indie avevano assecondato gli specifici obiettivi di conquista coloniale delle grandi monarchie assolute. La società per azioni che, a partire dal *code de commerce* napoleonico del 1807, ne generalizza il modello è, invece, l'espressione della filosofia economica della nuova classe dirigente, che ha conquistato la libertà del commercio e dell'industria, e che ha bisogno di strumenti giuridici adeguati ai mutamenti nel frattempo intervenuti nella realtà economica. La grande impresa non è più un fenomeno eccezionale, legato e specifiche contingenze politiche; è diventata, grazie agli sviluppi della tecnica e all'introduzione della macchina nel processo produttivo, un ordinario fenomeno dell'economia, che può generalizzarsi, ossia riprodursi in una molteplice serie di applicazioni, allo stesso modo con cui si generalizza la nuova tecnica di produzione industriale su larga scala. Nel *code de commerce* il beneficio della responsabilità limitata da tutti i soci e la divisione del capitale sociale

⁴³ Ciò nondimeno, commenta Canfora, *La democrazia*, cit., p. 100, «i professori di una facoltà letteraria di provincia, in ragione appunto del loro censo, restavano fuori del corpo elettorale».

⁴⁴ Thomas Mann, *Considerazioni di un impolitico*, trad. it., Milano, 1997, pp. 262 ss.

⁴⁵ Ivi, p. 283.

⁴⁶ Ivi, pp. 278 s.

⁴⁷ Einaudi, *Lo scrittoio del presidente*, Torino, 1956, p. 4.

in azioni cessano di essere eccezionali privilegi di volta in volta concessi dall'autorità e diventano diritto comune, regolante l'ordinario svolgimento dell'attività imprenditoriale: «un mezzo efficace per favorire le grandi imprese» – aveva detto Regnaud de Saint-Jean d'Angély, relatore al progetto del *code*⁴⁸ – «per chiamare in Francia i capitali stranieri, per associare la stessa mediocrità, e quasi la povertà, ai vantaggi delle grandi speculazioni».

Una corrispondente vicenda si attua in Inghilterra più tardi, solo alla metà del secolo, con il *Limited Liability Act* del 1855. Fino a quel momento il Parlamento (e poi il *Board of Trade*), cui era passata la competenza al riguardo, era stato molto cauto nel concedere l'*incorporation*, la quale comportava, con il beneficio della responsabilità limitata, la deroga ad un principio che la tradizione inglese considerava di diritto naturale. Operava, anche, nell'ambiente culturale inglese, un certo disvalore verso le società per azioni, cui lo stesso Adam Smith guardava con sfavore, convinto che esse «sono raramente, se mai lo sono, dirette con tanta cura, economia e abilità quanto le imprese private»⁴⁹. Più rapida fu l'evoluzione in materia degli Stati Uniti: il principio della *general incorporation*, ossia della libertà di costituzione di società per azioni, è introdotto nello Stato di New York fin dal 1811.

La società per azioni è dotata, almeno sulla carta, di una assemblea sovrana: i soci assommano in sé tutti i poteri di governo della società; gli amministratori altro non sono, per il *code de commerce*, che «mandatari temporanei, revocabili, soci o non soci, salariati o gratuiti», cui l'assemblea può impartire ogni sorta di direttive o di ordini⁵⁰.

L'unità del disegno strategico, in politica come in economia, risulta evidente. Il processo di democratizzazione della società per azioni corre, nel corso dell'Ottocento, parallelo all'allargamento del suffragio elettorale, che determina l'avvento delle classi medie sulla scena politica (e fra la riforma elettorale del 1882 e la riforma del codice di commercio c'è, nel nostro paese, una singolare coincidenza di data). Sono queste, ad un tempo, le classi che la riforma eletto-

rale chiamava a concorrere nel governo dello Stato e che il codice di commercio invitava a partecipare alla direzione dell'economia (anche se poi sono classi che si riveleranno, in larga misura, «apatiche» in sede elettorale e «assenteiste» nella società per azioni). La filosofia politica, che predicava una classe politica sottoposta al giudizio dell'elettorato, si coniugava con una filosofia economica che esigeva una classe imprenditoriale sottomessa al giudizio delle assemblee degli azionisti e, più in generale, al «giudizio di mercato», espresso da una moltitudine di grandi e piccoli risparmiatori nelle quotidiane contrattazioni della borsa, sede di un «controllo sociale» sulla conduzione delle imprese.

Ma a chi ubbidiscono, nella società per azioni, i loro «amministratori temporanei»? Come, entro l'assemblea sovrana, si formano le deliberazioni sociali? Il *code de commerce* dispone che l'assemblea delibera a maggioranza di voti, ma rimette alla libertà statutaria la scelta del criterio di calcolo della maggioranza. Gli statuti sono liberi di attribuire un voto ad ogni socio, come nelle antiche Compagnie delle Indie, quale che sia il numero delle azioni possedute, oppure possono attribuire ad ogni azione un voto, facendo così prevalere chi detiene la maggior quota di capitale. Sul punto prende posizione, per primo, l'*Handelsgesetzbuch* tedesco del 1861, scegliendo quale principio di legge quella della attribuzione di un voto ad ogni azione, pur lasciando agli statuti la facoltà di limitare il numero di voti spettante ad ogni socio. Prevale, a partire dal *Company Act* inglese del 1862, poi seguito dalla legge belga del 1873 e del codice di commercio italiano del 1882, un principio intermedio fra i due estremi: ogni azionista ha comunque almeno un voto; inoltre l'azionista ha un voto ogni cinque azioni, ma per quelle che possiede oltre il numero di cento ha un voto ogni venticinque azioni, salva la facoltà per gli statuti di ridurre, ma non di accrescere, il potere decisionale di ciascun socio, e di ridurlo fino ad introdurre – precisano gli interpreti – il criterio della pura e semplice maggioranza di numero⁵¹. Il concetto è, come lo esprime in Italia, nei lavori preparatori del codice di commercio del 1882, Pasquale Stanislao Mancini⁵², di «evitare che le società commerciali costituiscano altrettante oligarchie, e si tramuti in un privilegio di pochi il diritto più naturale e legittimo di tutti coloro che conferiscono le cose proprie a scopo comune».

⁴⁸ Cfr. *Code de commerce précédé des rapports faits au Corps législatif par les orateurs du Conseil d'Etat*, Gênes, 1907, p. IX.

⁴⁹ A. Smith, *Ricchezza delle nazioni*, trad. it., Torino, 1975, pp. 420 ss.

⁵⁰ Poteva rilevare M. Delangle, *Société commerciales*, in Troplong, *Contrat de société*, cit., p. 549: «le assemblee generali hanno il diritto di imporre all'esercizio sociale le condizioni che giudicano convenienti, possono a loro piacimento prendere tutte le misure che si rapportano all'esecuzione del contratto. Se gli amministratori altro non sono che mandatari revocabili, è del tutto evidente che i soci regolano a loro piacimento l'esercizio di un mandato che è loro opera».

⁵¹ Così C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1935, rist. 5° ed., p. 223.

⁵² Cfr. in S. Castagnola, *Nuovo codice di commercio italiano, fonti e motivi*, I, Torino, 1884, p. 504.

Con questo sistema, detto del voto scalare, la democrazia economica precorre i tempi della democrazia politica, anticipa il sistema proporzionalistico. Nessun socio, neppure se detiene da solo la maggioranza del capitale, può conseguire la maggioranza dei voti in assemblea; non può nominare e revocare, a sua discrezione, gli amministratori della società, ma deve concordare con le minoranze la loro nomina e la loro revoca o accogliere entro l'organo amministrativo amministratori da esse designati; non può determinare, a suo piacimento, gli indirizzi della gestione sociale, ma deve ricercare il consenso delle minoranze. Si delinea un modello di impresa capitalistica che inserisce le minoranze azionarie nella guida della società, e punta su una larga condivisione della politica aziendale. A bene vedere, a tanto non arriverà mai, in democrazia politica, il sistema proporzionalistico, che resterà sempre basato sull'antitesi maggioranza-opposizione e non ammetterà mai la partecipazione al governo delle minoranze parlamentari.

Il modello legale inglese finirà però con il degenerare, in tutti i paesi che lo hanno seguito, in un modello reale di società per azioni corrispondente al modello legale tedesco, complici «i sindacati di azioni, che in realtà annullano la funzione delle assemblee», nonché le procure in bianco al voto e i riporti delle azioni, che «pongono gli azionisti in balia degli amministratori» e ne fanno «i padroni assoluti delle assemblee»⁵³. Il modello tedesco della maggioranza di capitale diventerà, nel nuovo secolo, l'universale modello legale; e l'ulteriore sviluppo sarà l'abbandono della sovranità dell'assemblea, attuato in Germania già con la legge azionaria del 1937⁵⁴, la competenza della quale, da illimitata che era, diventerà una competenza speciale, circoscritta a specifici oggetti, dai quali esula la gestione dell'impresa sociale, che diventerà responsabilità «esclusiva» degli amministratori, secondo l'espressione usata dall'art. 2380 *bis*, comma 1, del codice

⁵³ Così C. Vivante, *La riforma della legislazione commerciale*, in «Monitore dei tribunali», 1923, pp. 161 s.

⁵⁴ In questa legge si è voluto vedere un influsso del regime politico dell'epoca, ossia del *Führerprinzip*. Nella cultura giuridica tedesca, in verità, già alla fine dell'Ottocento, e ad opera del massimo teorico delle persone giuridiche, era viva l'idea della necessaria presenza, in ogni persona giuridica, sia essa privata, come la società per azioni, oppure pubblica, come lo Stato, di una pluralità di organi, ciascuno dei quali sovrano nei limiti della propria competenza. Otto von Gierke insegnava che l'assemblea è sì «organo sovrano», ma che la sua sovranità «si manifesta solo in quelle decisioni ultime che siano ad essa riservate, mentre altri organi autonomi estrinsecano in modo immediato, nell'ambito della loro competenza, la personalità della persona giuridica», ed è questa la posizione degli amministratori, i quali «non sono affatto portatori di deleghe della collettività, ma sono organi immediati di volontà della persona giuridica», titolari di «una competenza originaria ed indisponibile da parte della collettività» (*Über die Geschichte des Majoritätsprinzips*, in *Essays in legal history*, London-Edimburg-Glasgow, 1913, p. 333; già in *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1887, p. 690).

civile italiano, riformato nel 2003. Ma già prima di questa riforma, e sulla base della originaria disciplina della società per azioni, risalente al 1942, gli interpreti avevano potuto constatare «la strutturale autonomia dell'esecutivo rispetto all'assemblea dei soci»⁵⁵, una vera e propria divisione dei poteri fra l'uno e l'altro organo, ciascuno dei quali investito di una propria competenza, esclusa ogni subordinazione del primo al secondo⁵⁶. Una rilevazione compiuta alla metà del Novecento mostra come ovunque questo fosse già senso comune⁵⁷.

Il che ha comportato conseguenze diverse al di qua e al di là dell'Atlantico. Negli Stati Uniti, dove dominano le grandi società ad azionariato interamente polverizzato, il superamento della sovranità assembleare è equivalsa ad una presa d'atto del già avvenuto declino della funzione dirigente della proprietà. In Europa, all'opposto,

⁵⁵ Cass., 21 maggio 1988, n. 3544, in «Giurisprudenza commerciale», 1989, II, p. 203.

⁵⁶ Cass., 17 ottobre 1988, n. 5636, in «Foro italiano», 1988, I, c. 3256: «superate le dottrine formatesi nel vigore del codice di commercio abrogato in tema di "sovranità" dell'assemblea della società per azioni, è comunemente recepito ora l'orientamento secondo cui l'assemblea e gli amministratori sono organi con competenze proprie e che, mentre l'assemblea ha una competenza "speciale" in base a norme di legge e di statuto, gli amministratori hanno una competenza generale e sono organi necessari, che non possono delegare permanentemente ad altri tutte le proprie attribuzioni, così come l'assemblea non potrebbe nominare propri mandatarî, per scavalcare gli amministratori».

⁵⁷ Un panorama generale è in *La società per azioni alla metà del secolo XX* (Studi in memoria di A. Sraffa), Padova, 1962; più in particolare, per diritto svizzero, Secretan, *L'assemblée générale, «pouvoir suprême» de la société anonyme* (698 CO.), in *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 1959, pp. 153 ss.; per il diritto dei Paesi Bassi, Mees, *Le pouvoir respectif de l'administration et de l'assemblée générale dans la société par actions en droit néerlandais*, in *La società per azioni alla metà del secolo XX*, I, cit., p. 241; per diritto inglese, Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1957², p. 130; Wedderburn, *The powers of the members in General Meeting and of the Board of Directors in English Company law*, in *La società per azioni alla metà del secolo XX*, cit., II, pp. 765 ss.; per il diritto americano, Sereni, *La società per azioni negli Stati Uniti*, Milano, 1951, specie alla p. 71. Così in Francia, pur in difetto di norme corrispondenti a quelle vigenti in Germania ed in Italia, Veaux, *La responsabilité personnelle des dirigeants dans les sociétés commerciales*, Paris, 1947, pp. 418 s., che ciò induceva dalla norma che, all'art. 4, l. 16 novembre 1940, riconosceva al tribunale, in caso di fallimento o di liquidazione giudiziaria della società, la facoltà di condannare il presidente del consiglio d'amministrazione (al quale viene attribuita anche la qualifica di commerciante) ed eventualmente gli altri amministratori a sopportare personalmente, in tutto o in parte, i debiti sociali, ove essi non provino che il dissesto della società non è imputabile a loro colpa. «Si trop longtemps, la responsabilité a été dissociée du pouvoir» – argomentava anche Noirel, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Paris, 1958, p. 256, con riguardo al presidente del consiglio d'amministrazione – «il ne faudrait pas qu'à l'inverse, la responsabilité existe sans pouvoir». Quest'ultimo autore documenta pure la tendenza della giurisprudenza francese a riconoscere la presenza, nella società anonima, d'«une véritable séparation des pouvoirs», la quale implica, in particolare, che «il n'appartient pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration» (*op. cit.*, pp. 263, ss., dove le citazioni). Approvava, questa tendenza anche il Berr, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Paris, 1961, pp. 159 ss., per il quale «il faut soutenir fermement que les associés n'ont aucune qualité à prendre part à la gestion», né possono «contraindre leurs mandataires à effectuer certains actes que ceux-ci n'estiment pas opportuns» (p. 190).

esso ha inciso su un sistema economico ancora dominato dalla concentrazione in poche mani del grande capitale industriale. Non ha sottratto gli amministratori alle direttive del capitale di comando, al quale debbono la propria elezione e dal quale potrebbero essere non confermati alla scadenza della carica. Ha prodotto questa differenza rispetto al passato: agli amministratori il capitale di comando dà ordini al di fuori dell'assemblea e, quindi, al di fuori di ogni possibile dibattito con le minoranze; in una parola, li dà loro confidenzialmente. Pur tuttavia, una tendenziale indipendenza gli amministratori finiscono, anche in Europa, con il conseguirla. Se ricevono ordini dal capitale di comando, ricevono però mille altre sollecitazioni dalle opposte parti sociali e, più in generale, dall'insieme della società; e il loro compito – il compito cui essi sono organicamente preposti – non consiste nel respingere le seconde per eseguire i primi, ma nel mediare fra i primi e i secondi, nel continuo ricercare i necessari equilibri tra gli opposti interessi in conflitto. È vero che è il capitale che li nomina e li può in ogni tempo revocare; ma è vero pure che la stabilità della loro carica deriva non dallo scrupolo con il quale eseguono gli ordini ricevuti (cui sarebbe vano appellarsi nel caso di insuccesso dell'impresa), ma dalla loro capacità di realizzare – resistendo, se necessario, alle sollecitazioni del capitale – il successo dell'impresa loro affidata; dipende, in ultima analisi, dalla loro capacità di mediare – ché il successo dell'impresa è, sempre più marcatamente, conseguenza di questa mediazione – fra gli interessi dei proprietari e quelli delle altre parti sociali⁵⁸.

⁵⁸ Questa funzione mediatrice è resa esplicita nel diritto inglese: il *Companies Act* del 1980 stabilisce, all'art. 46, che «nell'adempimento delle loro funzioni gli amministratori devono prendere in considerazione così gli interessi dei dipendenti della società come quelli dei soci» (in argomento Xuereb, *Interesse della società, interesse degli azionisti e dei dipendenti nella Company law*, in «Contratto e impresa», 1988, p. 937). Al tradizionale rapporto bilaterale fra azionisti e amministratori, o in termini sociologici fra proprietari e *managers*, si è così sovrapposto un rapporto trilaterale: fra azionisti, amministratori e dipendenti della società. La più compiuta realizzazione è quella attuata, con sistematica progressione, in Germania. Dapprima le leggi 21 maggio 1951 e 7 agosto 1956 hanno incluso rappresentanze paritarie dei lavoratori e degli azionisti (più un «undicesimo uomo» gradito da entrambe le parti) nei consigli di sorveglianza delle società minerarie e carbo-siderurgiche; l'ultima realizzazione è la legge federale 4 maggio 1976 che ferme restando le precedenti disposizioni del 1951 e del 1956, riconosce un generale diritto di codeterminazione dei lavoratori nelle imprese esercitate in forma società per azioni, accomandita per azioni, a responsabilità limitata, consorzio minerario, cooperative di produzione e di consumo, le quali abbiano più di duemila dipendenti. Nei consigli di sorveglianza, composti da dodici, sedici o venti membri a seconda delle dimensioni dell'impresa, seggono rispettivamente sei o otto o dieci rappresentanti dei lavoratori. Di questi quattro o sei o sette debbono appartenere all'impresa; due o tre sono di designazione sindacale. Fra gli «interni» debbono figurare almeno un operaio, un impiegato e un dirigente; ciò che, peraltro, rafforza la posizione dei «colletti bianchi» rispetto a quella degli operai (su questa esperienza v. J. Bonell, *Democrazia industriale e diritto societario nella legislazione comunitaria*, in «Giuri-

9. Governo della maggioranza e governo minoritario

Le storie parallele si intensificano nel corso del Novecento, e va ora considerato il ruolo che svolge, sul duplice versante della politica e dell'economia, la base del calcolo della maggioranza, ossia il *quorum* deliberativo. Altro è che il *quorum* debba corrispondere alla totalità degli aventi diritto al voto, e che debba formarsi la cosiddetta maggioranza assoluta; altro è che la maggioranza possa formarsi sulla base dei votanti, essendo allora sufficiente una maggioranza solo relativa. In questo secondo caso, per l'inerzia degli assenti, il principio della maggioranza rischia di convertirsi nel suo opposto, giacché una minoranza attiva è legittimata a decidere, prevalendo su una maggioranza inerte.

Può essere introdotto un correttivo, ossia il *quorum* costitutivo: si può deliberare validamente solo se al voto partecipa una data percentuale di aventi diritto. Questo correttivo opera nelle assemblee parlamentari, che possono validamente votare, a maggioranza dei presenti, solo in presenza della maggioranza dei componenti l'assemblea; ma è impensabile per le competizioni elettorali (pensabile solo per i *referendum* abrogativi), dove la sua introduzione metterebbe in

sprudenza commerciale», 1982, I, p. 369). Ne derivano una ulteriore limitazione delle prerogative proprietarie ed un indiretto rafforzamento della posizione degli amministratori, chiamati a svolgere un ruolo di coordinamento e di mediazione fra gli interessi dei portatori di capitale e quelli dei portatori della forza lavoro. Sulla legittimità della codeterminazione dei lavoratori si era pronunciata, con una motivazione che faceva leva sulla «funzione sociale» della proprietà e che riassumeva tutto il filone di pensiero iniziato con la Repubblica di Weimar, la Corte costituzionale, la quale ha ammesso che la presenza dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza delle grandi imprese, con il potere di concorrere nella nomina degli amministratori, tocca il diritto di proprietà degli azionisti e, in particolare, la «loro funzione di guida del capitale». Tuttavia, questo «vincolo sociale» è compatibile con la protezione costituzionale del diritto di proprietà, giacché «è evidente la rilevante funzione sociale della proprietà della quota». Il suo rilievo sociale – argomentava fra l'altro la Corte – sta nel fatto che «l'utilizzazione della proprietà della quota richiede sempre la cooperazione dei lavoratori», e «l'uso del potere del proprietario [...] incide con ciò sulla sfera dei diritti fondamentali di costoro» (la sentenza 1 marzo 1979 si legge in «Giurisprudenza commerciale», 1979, II, p. 945, con commento di Angelici; e in «Foro italiano», 1981, IV, c. 72, con nota di Pedrazzoli). Rispetto alle antiche formule della «dissociazione fra proprietà e controllo della ricchezza» c'è questo elemento di novità: il controllo della ricchezza, nella misura in cui si separa dalla proprietà, non mette capo – secondo le tendenze del managerialismo tecnocratico – ad una tecnostuttura autocooptantesi e arbitra, a proprio discrezione, delle sorti dell'impresa, ma apre la strada ad una funzione manageriale di mediazione e di coordinamento fra le opposte sollecitazioni del capitale, del lavoro, degli utenti e così via. Una proposta comunitaria (la proposta di Quinta direttiva), delineava sulla traccia dell'esperienza tedesca (e facendo propria anche la formula dell'art. 46 del *Companies Act* inglese) un modello di partecipazione dei lavoratori da generalizzare entro la Comunità. Questa generalizzazione ha incontrato però forti resistenze; l'opzione prevalente è, soprattutto in Italia, per un sistema contrattuale di relazioni industriali, basato sulla esterna negoziazione tra sindacato e società.

discussione la stessa sopravvivenza della democrazia politica; come è impensabile nelle società per azioni, dove, per soddisfare l'esigenza che comunque una deliberazione sia presa, ossia per evitare che la società si scioglia per impossibilità di funzionamento, vige per l'assemblea ordinaria la regola che, in seconda convocazione, l'assemblea delibera quale che sia la quota di capitale presente.

Alla assenza di *quorum* costitutivi si ricollegano, in politica come nell'economia, ben noti scenari. Alla domanda antica, cui si è prima fatto riferimento, a chi spetta il potere legittimo, la risposta moderna era stata, a partire dalle costituzioni della fine del Settecento: non più al principe, bensì alla nazione, deliberante a maggioranza. Ma si era fatta una ingenua quanto meccanica trasposizione del concetto di sovranità, quando si era supposto di poter investire la seconda delle medesime prerogative del primo, come avevano supposto Locke e Rousseau, che avevano visto nella società nata dal contratto sociale, l'uno, *one body politic*, e, l'altro, *un seul corps*, avente *une seule volonté*⁵⁹.

Il più arduo problema che i fondatori della democrazia politica hanno dovuto affrontare è stato di ricondurre ad unità di governo la moltitudine varia e proteiforme dei nuovi detentori della sovranità. L'esperienza storica avrebbe poi rivelato quale più complessa entità sia la nazione, o il popolo sovrano, secondo l'espressione preferita dalle costituzioni moderne. La stessa razionalità del principio di maggioranza è stata messa in discussione, dal momento che esso, lungi dall'esprimere la *volonté générale* supposta da Rousseau, combina o aggrega motivazioni al voto del tutto eterogenee⁶⁰; e la odierna filosofia della politica ha avuto modo di variamente classificare la «cultura del corpo elettorale» (e più oltre avremo occasione di farne cenno), ma ha identificato prima d'ogni altro il fenomeno della «apatia politica», che «nelle democrazie consolidate involge circa la metà degli aventi diritto al voto»⁶¹; sicché i destini delle nazioni possono essere decisi, come accade negli Stati Uniti, dal voto di un quarto dei detentori della sovranità.

Simili proporzioni il fenomeno ha assunto sul versante della democrazia economica. La odierna grande impresa a larga base azionaria ha sollevato l'analogo problema, mai del tutto risolto, della

migliore *corporate governance*. La grande impresa non poteva essere la riproduzione in scala maggiore del soggetto economico che Adam Smith aveva costruito sul modello dell'ottocentesco imprenditore individuale, proprietario solitario dei beni aziendali, monarca assoluto entro l'impresa. L'assemblea della società per azioni, per quanto proclamata organo sovrano della società, non l'ha riprodotto, né poteva riprodurlo. Alla apatia del corpo elettorale ha qui fatto riscontro, ed in proporzioni ancora maggiori, l'assenteismo della grande massa dei piccoli azionisti⁶²; e gli sviluppi della società per azioni a capitale diffuso hanno messo capo al fenomeno che la sociologia americana del Novecento avrebbe descritto come la «dissociazione fra proprietà e controllo della ricchezza»⁶³.

La fase estrema di questa dissociazione, raggiunta solo dalle *corporations* americane, è quella che mette capo al *managing control*, espressione della conclamata Rivoluzione manageriale⁶⁴: la proprietà del capitale, frazionato in una moltitudine di piccoli azionisti, o detenuta da investitori istituzionali (fondi comuni, fondi pensione ecc.), interessati solo alla remunerazione dell'investimento azionario, è del tutto assenteista; il controllo è interamente nelle mani dei *managers*, in grado ormai di autocooptarsi. Nella sua fase intermedia, la sola raggiunta del capitalismo europeo, la dissociazione si manifesta nelle forme del controllo minoritario, detenuto da una frazione del capitale sociale inferiore alla metà. Si distingue così fra maggioranza di diritto, che è la maggioranza del capitale, e maggioranza di fatto, che è quella che assicura ad uno o più soci, benché privi della maggioranza del capitale, ciò che le leggi emanate in Europa in esecuzione delle direttive comunitarie definiscono come la «influenza dominante nell'assemblea ordinaria». Nelle società di grandi dimensioni, con elevato numero di azionisti, in gran parte assenteisti, perché interessati solo alla redditività del loro investimento azionario, la maggioranza di fatto è, statisticamente, la regola. Basta il possesso di una frazione di capitale notevolmente inferiore alla metà per conquistare o per mantenere il comando della società. Le grandi famiglie, nelle cui mani si concentra in Europa il dominio di alcune delle più grandi imprese, sono in grado di perpetuarlo di generazione in generazione detenendo quote di capitale che non raggiungono il trenta per

⁵⁹ Accosta le due posizioni di Locke e di Rousseau W. Kendall, *John Locke and the doctrine of majority-rule*, cit., pp. 105 s.

⁶⁰ E cfr., sulla scorta dei noti paradossi matematici di Condorcet, la letteratura economica francese citata da Favre, *La decisione di maggioranza*, cit., pp. 65 ss.

⁶¹ Le parole riportate fra virgolette sono di N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, p. 20.

⁶² Che è fenomeno di sempre: lo si constatava già nelle antiche Compagnie delle Indie (notizie in Mignoli, *Idee e problemi nell'evoluzione della company inglese*, cit., p. 672).

⁶³ È la nota formula di A.A. Berle e G.C. Means, *The modern Corporation and Private Property*, New York, 1932.

⁶⁴ Descritta negli anni quaranta da J. Burnham, *La rivoluzione manageriale dell'economia americana*, trad. it., Milano, 1992.

cento; ma può accadere, in società a larga polverizzazione della base azionaria, che il capitale di comando si assesti su percentuali di gran lunga inferiori. Il che non è, giuridicamente almeno, una anomalia: è la corretta applicazione del principio della maggioranza, intesa come maggioranza del capitale presente in assemblea, che la legge reputa sufficiente per la validità delle deliberazioni assembleari.

La maggioranza che si forma nelle competizioni elettorali è, nei periodici rinnovi delle assemblee rappresentative, figlia delle mutevoli propensioni del corpo elettorale, registrazione di ciò che, fra una consultazione e l'altra, è maturato nella «piazza del mercato delle idee»⁶⁵; e l'alternanza dei partiti, o delle loro coalizioni, al governo nazionale o delle unità politiche minori, è prova di vitalità delle moderne democrazie. Nelle società, per contro, la maggioranza è figlia della proprietà del capitale azionario, o di quella sua frazione che è sufficiente per dominare l'assemblea ordinaria. È una maggioranza precostituita: ha la medesima stabilità che è propria del diritto di proprietà; si protrae nel tempo, di assemblea in assemblea, finché perdura il diritto dominicale sul pacchetto azionario di comando. Il che non significa però che le maggioranze azionarie siano perpetue o che mutino solo con il passaggio di mano della proprietà dei pacchetti azionari di comando. Il valore del pacchetto azionario è una variabile dipendente dal giudizio che il mercato dà dell'impresa che esso comanda; e può decrescere, se il mercato dà dell'impresa un giudizio negativo, fino al punto di nullificarsi, rendendo vana la formale perpetuità del diritto di proprietà. In economia come in politica ciò che attribuisce il potere è, in definitiva, il consenso: il consenso dell'elettorato in politica, il consenso del mercato in economia.

10. Il controllo azionario e le manovre sul capitale flottante

Alla competizione che, in occasione dei periodici rinnovi delle assemblee legislative, si instaura fra i partiti per la conquista, o per la conservazione, della maggioranza fa riscontro, nel mercato finanziario, la perenne competizione per la conquista, o per la conservazione, di ciò che, nel lessico legislativo come nel linguaggio degli affari, assume il nome di controllo. Si distingue fra controllo diretto oppure indiretto, ossia attuato per il tramite di un'altra società; e si distingue fra controllo di diritto e controllo di fatto, a seconda che

sia attribuito da una maggioranza di diritto o da una maggioranza di fatto, e in questo secondo caso il lessico giuridico utilizza il concetto di controllo minoritario. Controllo equivale a comando: chi detiene il controllo della società ha il comando dell'impresa sociale; dispone, oltre che della ricchezza propria, investita nell'impresa sociale, anche della ricchezza altrui, investita dalla minoranza; e la disposizione della ricchezza altrui può assumere considerevoli dimensioni quando si sia in presenza di un controllo minoritario.

Maggioranza e minoranza azionaria corrispondono a funzioni economiche differenti: sono, la prima, il capitale dirigente e, la seconda, il capitale monetario⁶⁶ o, secondo un'altra più diffusa terminologia, il capitale di comando e il capitale di risparmio. Il primo è saldamente nelle mani degli azionisti di maggioranza; l'altro è capitale flottante, spesso disseminato fra una moltitudine di piccoli azionisti, destinato a passare frequentemente di mano, in concomitanza con le oscillazioni del valore di mercato delle azioni e le conseguenti propensioni degli investitori a realizzarne il controvalore. Ma l'una o l'altra non sono entità irreversibili. Il capitale monetario, o di risparmio, quando il capitale di comando è solo maggioranza di fatto, detentrica di un controllo minoritario, costituisce la riserva dalla quale altri aspiranti al comando possano attingere per rovesciare la maggioranza attuale.

Gli strumenti sono vari: uno di essi è l'incetta delle deleghe al voto, che gli azionisti di risparmio, interessati solo alla redditività del loro investimento, non trovano remora a rilasciare. Singolare al riguardo è la vicenda americana: fino a tutto l'Ottocento il diritto di voto in assemblea non poteva essere altrimenti esercitato se non dal socio personalmente; ma già negli anni trenta del nuovo secolo si poteva constatare che «il diritto di voto si è trasformato nel diritto di delegare il voto ad altri»⁶⁷. Anche in Europa la sollecitazione al rilascio delle deleghe si è tradotta, nella seconda metà del secolo, in una operazione che la legge ha finito con il giudicare meritevole di riconoscimento, per il benefico effetto che il ricambio nel comando delle società procura al sistema economico, fino al punto di ammettere la pubblica sollecitazione alle deleghe di voto, rivolta alla generalità degli azionisti, che la legge italiana regola con gli artt. 136 ss. del Testo unico dell'intermediazione finanziaria del 1998.

Altro strumento, destinato ad agire, questa volta, sulla stessa proprietà delle azioni, sono le *tender offers*, le offerte pubbliche di

⁶⁵ «The market place of ideas», è la bella immagine di Alexander M. Bickel, *The morality of Consent*, New Haven-London, 1975.

⁶⁶ Secondo la terminologia di Karl Marx, *Il capitale*, III, 2, trad. it., Roma, 1973, pp. 121 ss.

⁶⁷ Così Berle e Means, *The modern Corporation*, cit., p. 139.

acquisto, che costituiscono il mezzo mediante il quale si attuano le cosiddette «scalate» al capitale di comando: si offre un dato prezzo, superiore al prezzo di mercato e talvolta notevolmente superiore, a tutti coloro che detengono azioni di una data società (cosiddetta società *target*), con l'obiettivo di procurarsene tante quante occorrono per prevalere sull'attuale capitale di comando e per sostituirsi ad esso. Sicché si è potuto scrivere, con un'immagine degna di essere riportata, che «le maggioranze non si fanno in assemblea, si acquistano in borsa»⁶⁸. La materia è regolata in modo da garantire la parità di trattamento degli azionisti: in America, la Rule 14 d – 10, emanata dalla Sec nel 1986, dispone che una *tender offer* deve essere rivolta a tutti i possessori dei titoli che ne formano oggetto; la Rule 10 b – 13 aggiunge che l'offerente deve corrispondere agli aderenti il prezzo più elevato da costoro pagato nel periodo dell'offerta. Analoghi principi sono stati introdotti in Europa: per l'Italia, in particolare, valgono le corrispondenti norme introdotte dal Testo unico della intermediazione finanziaria del 1998 (artt. 102 ss.). Altrove, come in Gran Bretagna, in Germania, in Olanda, la disciplina della materia è affidata ai codici di autodisciplina.

Vengono messe in campo, per raggiungere l'obiettivo, le tecniche più spericolate; e la tecnica più avventurosa, che la legge italiana sottopone a rigorose prescrizioni (art. 2501 *bis* del codice civile, introdotto con la riforma del 2003), è quella che va sotto il nome di *leveraged buy out*: una società si fa prestare il danaro occorrente per lanciare l'offerta e poi, una volta che l'operazione ha avuto successo, e si è conseguito il controllo della società *target*, oggetto della scalata, si fondono le due società, e così il debito della società che ha promosso la scalata diventa debito della società oggetto della scalata, e si può prelevare dalle casse di questa il danaro occorrente per rimborsare il finanziatore.

Alla società *target* e, naturalmente, concesso di contrastare le scalate ostili, mettendo in atto appropriate contromisure, che vanno dalla comunicazione al mercato di propri appezzamenti sulla natura dell'offerta, idonei a dissuadere gli azionisti dal cedere le proprie azioni, alla contrapposizione di offerte amichevoli, provenienti dallo stesso capitale di comando o da suoi alleati, più vantaggiose per gli azionisti; ciò che può provocare un rilancio da parte degli offerenti, e così aprire una vera e propria gara, senza limiti per il numero dei rilanci. Nella vasta esperienza americana in materia sono state elaborate tec-

niche di prevenzione o di contrasto delle scalate ostili quanto mai varie, e a quelle più astute si è dato il nome di «pillole avvelenate»⁶⁹.

11. I sindacati di voto e le coalizioni fra partiti

La maggioranza può essere la risultante di patti fra soci, nessuno dei quali detenga da solo una quota di capitale maggioritaria. Questi patti sono i sindacati di voto: i soci che vi partecipano si impegnano a concordare il voto in assemblea e, nei casi limite, si impegnano a votare in assemblea secondo quanto si è al loro interno preliminarmente deliberato a maggioranza; oppure si impegnano a conferire procura al voto ad uno di essi, con il vincolo di votare secondo quanto preliminarmente deciso a maggioranza. A questo modo chi ha conseguito la maggioranza all'interno del sindacato potrà imporre la propria volontà in assemblea, pur non disponendo della maggioranza del capitale. Questi patti sono stati, nell'Europa continentale, per lungo tempo considerati invalidi, perché lesivi del principio di maggioranza, fonti di maggioranze solo fittizie⁷⁰. Negli Stati Uniti, per contro, la dissociazione fra proprietà e controllo della ricchezza si era spinta a tal punto che le deliberazioni dell'assemblea potevano essere decise non da soci uniti in sindacato, ma da *pool* di portatori di *proxies*, ossia di deleghe al voto rilasciate dai soci a gruppi di sostegno degli amministratori, estranei alla base azionaria, oppure rilasciate a *voting trustee*, intestatari fiduciari delle azioni. E ciò fa comprendere come Galbraith possa avere scritto che le assemblee sono diventate, in America, «una cerimonia la cui banalità è principalmente alternata alla irrilevanza»⁷¹.

Ora i sindacati di voto fra soci sono, anche nell'Europa continentale, legislativamente considerati validi, siccome diretti a «stabilizzare il governo della società», secondo l'espressione usata dall'art. 2341 *bis* del codice civile italiano, introdotto con la riforma del 2003. Il senso comune reclamava che un valore profondamente sentito, quale

⁶⁹ E v. un'ampia rassegna in S.M. Grassani, *Poison pill: le scalate ostili negli USA*, in «Contratto e impresa», 1993, p. 770.

⁷⁰ In Francia una legge, il d.l. 31 agosto 1937, era giunta, con l'art. 10, a dichiarare «nulli e di nessun effetto, nelle loro disposizioni principali ed accessorie, le clausole aventi per oggetto di attentare al libero esercizio del diritto di voto nelle assemblee generali delle società commerciali». In Italia la giurisprudenza si era espressa per l'invalidità dei sindacati di voto fino alla metà degli anni novanta, adducendo che essi creavano in assemblea maggioranze fittizie in violazione di un «principio primario», quale il principio di maggioranza.

⁷¹ G.F. Galbraith, *Il nuovo Stato industriale*, trad. it., Torino, 1968, p. 45.

⁶⁸ V. Sauveur, *La loi de la majorité dans la société anonyme*, Paris, 1967, p. 228; come P. Favre, *La decisione di maggioranza*, cit., pp. 263 ss.

la governabilità, venisse soddisfatto nelle assemblee societarie come era soddisfatto nei parlamenti⁷². Sono l'equivalente di quella coalizione fra partiti, nessuno dei quali disponga in parlamento della maggioranza, che nei paesi dell'Europa continentale, irriducibili al bipartitismo, vengono formate per assicurare la governabilità del paese. Di fatto, non poche società, con capitale frazionato in consistenti, ma non maggioritari, pacchetti azionari, sarebbero ingovernabili se i detentori di più frazioni di capitale non si coalizzassero fra loro, impegnandosi a concordare, in ogni assemblea, le strategie di gestione dell'impresa sociale. Il patto fra i partiti, che dà luogo alla coalizione, assume contenuti corrispondenti al sindacato di voto; ma con questa particolarità: il partito che ha la maggioranza relativa entro la coalizione finisce con l'esercitare la *leadership* su di essa, così di fatto trasformando una maggioranza relativa in maggioranza assoluta.

L'analogia con le coalizioni di governo si stabilisce anche per ciò che attiene alla efficacia del sindacato di voto: il socio che lo viola, votando in assemblea a suo piacimento, esprime un voto valido, salva la interna responsabilità per danni che assume nei confronti degli altri aderenti al patto, allo stesso modo con cui è valido il voto espresso in parlamento dei «franchi tiratori», che trasgrediscono alle direttive di partito, salva la responsabilità politica verso il loro partito. Ma l'analogia viene meno, e l'interno patto trionfa nelle assemblee societarie, quando si utilizza la tecnica del *voting trust*, che investe il *trustee* (ciò che è ora possibile anche in *civil law*, nei paesi che abbiano aderito alla Convenzione dell'Aja sul *trust* interno) del *legal title*, della formale titolarità delle azioni; sicché resta preclusa ai soci la possibilità di essere presenti in assemblea, nonché la tentazione di votare difformemente da quanto deciso all'interno del patto di sindacato e comunicato come istruzione per il voto al *trustee*. Al tempo stesso i soci conservano nelle proprie mani un apposito titolo che consente loro di esercitare nei confronti della società i diritti patrimoniali e che li abilita, alla scadenza del *voting trust*, ad ottenere dal *trustee* la restituzione dei titoli azionari.

⁷² E Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in «Giurisprudenza commerciale», 1997, II, p. 50, aveva mutato orientamento, facendosi interprete dell'«interesse alla stabilità della gestione e alla governabilità dell'impresa sociale», prima che la legge intervenisse a riconoscerne la validità, con la riforma societaria del 2003.

12. Metodo maggioritario e metodo proporzionale

La classe politica ricerca, in ogni paese, il giusto punto di equilibrio fra due opposte esigenze: quella, da un lato, della governabilità delle istituzioni e quella, d'altro lato, della rappresentanza in esse delle varie componenti della collettività nazionale. Prima dell'avvento delle moderne democrazie le due esigenze venivano separatamente soddisfatte. Alla governabilità della nazione provvedeva, d'autorità, il monarca; alla rappresentanza, di fronte a questo, delle componenti sociali forti, l'aristocrazia, il clero, l'alta borghesia, provvedevano quelle istanze, anticipatrici dei moderni parlamenti, che erano le inglesi camere dei Lords e dei Comuni, gli stati generali francesi e dei paesi bassi, le diete dei paesi dell'Europa centrale e così via. I moderni parlamenti si sono trovati, all'opposto, a dover soddisfare, al proprio interno, entrambe le esigenze, della governabilità e della rappresentanza. Al riguardo gli artefici della Rivoluzione francese avevano già pronta una formula: «la rappresentanza a tutti, la decisione alla maggioranza»⁷³.

Se Locke era stato, nel pensiero politico moderno, il padre del principio di maggioranza, sarà John Stuart Mill, con le sue *Considerations on Representative Government* del 1861, il massimo assertore del sistema proporzionale, quale espressione compiuta della democrazia, che immette nell'assemblea elettiva, in proporzione aritmetica, la pluralità delle correnti di opinione e dei centri di interesse che caratterizzano la società civile. Il principio di maggioranza avrebbe garantito la governabilità; il sistema proporzionale avrebbe fatto delle decisioni della maggioranza la risultante del costante confronto di questa con le componenti minoritarie della società. Nell'esperienza storica delle democrazie moderne i sistemi elettorali si sono mostrati diversamente orientati, alcuni tesi a privilegiare la governabilità, altri la rappresentatività, e tuttora si fronteggiano antitetici metodi, maggioritario e proporzionale, di formazione delle assemblee elettive. Il primo, se adottato nella sua estrema configurazione, escluderebbe del tutto la rappresentatività, giacché al partito che ha conseguito la maggioranza dei consensi elettorali spetterebbe la totalità dei componenti l'assemblea. A questo estremo i sistemi elettorali maggioritari non arrivano mai⁷⁴, come non arrivano mai quelli proporzionali

⁷³ La rievoca, citando Sieyès, Condorcet e Mirabeau, Ruffini, *Il principio maggioritario*, cit., pp. 90 s.

⁷⁴ Il sistema elettorale inglese del collegio uninominale è sistema maggioritario per eccellenza: è eletto il candidato che, entro il collegio, ha conseguito la maggioranza anche relativa dei voti, e restano esclusi da ogni conteggio i voti conseguiti dagli altri candidati. La rappresenta-

all'opposto estremo di dividere i componenti l'assemblea in numero esattamente proporzionale ai voti ottenuti da ciascun partito⁷⁵. I primi si fanno carico della rappresentatività come i secondi si preoccupano della governabilità. La democrazia politica esige la presenza in parlamento di una maggioranza e di una opposizione, perché le deliberazioni siano assunte nell'aperto confronto fra una e l'altra e perché l'opposizione possa svolgere in esso il controllo sull'operato esecutivo, che, in omaggio alle esigenze della governabilità del paese, è ovunque emanazione esclusiva della maggioranza. Vale la considerazione che ogni sistema politico democratico, prima di esser un sistema democratico, deve essere un sistema di governo⁷⁶.

Bisogna dire che la democrazia assembleare ha fatto la propria comparsa nelle società per azioni prima che nei parlamenti. Si è sopra ricordato che nell'Ottocento inglese, quando ancora, per il persistente requisito del censo, la Camera dei Comuni era eletta a suffragio ristretto, vigeva per la *company* la regola, poi accolta in altri paesi e rimasta vigente in Italia fino all'entrata in vigore del codice civile del 1942, la quale attribuiva il voto in assemblea con il metodo scalare, che accresceva il peso decisionale dei piccoli azionisti a svantaggio dei grandi azionisti: un voto ogni azione; ma un voto ogni cinque azioni fino a cento azioni; un voto ogni venticinque azioni oltre cento azioni.

Oggi questa regola è superata, salvo che lo statuto non la adotti; ma è tuttora largamente praticato, per le elezioni assembleari di amministratori (e sindaci), il voto di lista, che consente ciò che alle prassi costituzionali è sconosciuto, ossia la partecipazione della minoranza nell'organo esecutivo. La clausola, resa legittima dall'art. 2368, comma 1, del codice civile, che per la nomina alle cariche sociali ammette norme particolari, risulta così formulata nella prassi statutaria: «la nomina dei componenti del consiglio avverrà sulla base di liste presentate dai soci, nelle quali i candidati dovranno essere elencati mediante un numero progressivo. I voti ottenuti da cia-

tività qui si realizza in ragione della varietà territoriale, collegio per collegio, delle propensioni politiche dell'elettorato. Più moderato sistema maggioritario è quello basato sul doppio turno elettorale, con successivo ballottaggio fra i candidati che al primo turno abbiano conseguito il maggior numero di voti.

⁷⁵ È il caso dei sistemi elettorali a collegio plurinomiale con voto di lista e con utilizzazione dei resti in sede di collegio unico nazionale. In questi sistemi le esigenze di governabilità sono assicurate o con l'attribuzione di un premio di maggioranza alla lista o alla coalizione che ha conseguito il maggior numero di voti o con lo sbarramento elettorale, che priva di rappresentanza in parlamento le liste che in ambito nazionale non abbiano raggiunto una data percentuale minima di voti.

⁷⁶ Lo sottolinea G. Sartori, *La democrazia: cosa è*, Milano, 2006; *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1990.

scuna lista saranno divisi successivamente per uno, due, tre, quattro, cinque, secondo il numero dei consiglieri da eleggere. I quozienti ottenuti saranno assegnati progressivamente ai candidati di ciascuna lista, nell'ordine dalla stessa previsto e verranno disposti in una unica graduatoria decrescente. Risulteranno eletti coloro che avranno ottenuto i quozienti più elevati».

Il che, per le società quotate in borsa, è stato addirittura reso obbligatorio: il Testo unico dell'intermediazione finanziaria, come modificato dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, sulla tutela del risparmio e la disciplina del mercato finanziario, impone all'art. 147 *ter* che lo statuto preveda che «i membri del consiglio di amministrazione siano eletti sulla base di liste di candidati e determina la quota minima di partecipazione richiesta per la presentazione di esse, in misura non superiore a un quarantesimo del capitale sociale». E così, mentre non ha precedenti la partecipazione delle minoranze parlamentari nel consiglio dei ministri, è legislativamente sancita la partecipazione delle minoranze assembleari nei consigli di amministrazione delle società a larga base azionaria. Sotto questo aspetto, la democrazia del capitale dà punti alla democrazia politica.

13. Il prezzo della maggioranza

La maggioranza non è solo un principio alla stregua del quale assumere decisioni. Si è reificata: è anche, nella società civile come nella società politica, un bene negoziabile, una merce di scambio.

Il mercato dei titoli azionari conosce figure come il cosiddetto «premio di maggioranza», che è il prezzo di una entità ulteriore rispetto alle azioni che compongono il pacchetto di maggioranza. È il prezzo del controllo, che si aggiunge al prezzo di mercato delle singole azioni. L'azionista di maggioranza, che ponga in vendita il proprio pacchetto azionario, vende le azioni e, inoltre, il controllo: consegue, per le prime, il prezzo risultante dal patrimonio netto della società; consegue, per il secondo, un ulteriore prezzo, talvolta molto consistente, che è il corrispettivo di quella ulteriore utilità, che è il raggiungimento della maggioranza dei voti, sia essa la maggioranza di diritto oppure, quale maggioranza di fatto, l'influenza dominante nell'assemblea ordinaria.

Il mercato del controllo ha assunto gigantesche dimensioni nella odierna economia della finanza. Un tempo il grande capitale era monosettoriale: si dedicava ad un determinato settore dell'industria o del commercio o dei servizi; era capitale industriale, o commerciale, o bancario, e così via. L'avvento, nel XIX secolo, della società per

azioni e, con essa, della possibilità di dividere il capitale in azioni, quali titoli trasferibili come cose mobili, aveva aperto la strada alla circolazione del capitale industriale. Le imprese industriali si rendevano, al tempo stesso, soggetti del mercato della produzione e oggetto del mercato finanziario. Nel XX secolo, le imprese industriali hanno assunto un nuovo assetto organizzativo: sono diventate imprese di gruppo, e la funzione di direzione strategica, facente capo alla *holding*, si è separata dalle funzioni operative, demandate alle controllate. Il che ha potentemente accresciuto la mobilità del capitale industriale la sua idoneità a rendersi oggetto del mercato finanziario: anche i singoli elementi dell'impresa possono circolare, gli uni separatamente dagli altri, con il trasferimento delle azioni ad essi relative. Emerge così la figura della *holding* solo finanziaria, la quale non presta interesse ai settori produttivi o distributivi nei quali operano le sue controllate, che concepisce quale semplice merce di scambio, da acquisire in vista di una proficua rivendita. Si delinea il conclamato fenomeno del mercato del controllo⁷⁷, che si manifesta nelle più diverse modalità, dalle scalate ostili alle offerte pubbliche di acquisto o di vendita, e che nelle *holding* finanziarie ha i principali protagonisti, le cui partecipazioni passano per ragioni di pura convenienza finanziaria da un settore all'altro, da un genere merceologico all'altro, e che assume talvolta la veste del *capital venture*, che rivende le società acquistate dopo averle ristrutturare.

All'idea della *holding* quale possibile soggetto imprenditoriale, operante entro il solo mercato finanziario, e non anche sui mercati industriali nei quali agiscono le società da essa controllate, si riportano quelle attente analisi⁷⁸ che distinguono fra la *holding* industriale, che organizza e dirige la produzione cui le controllate attendono, e la *holding* solo finanziaria (*trust* di investimento), che si limita a gestire e ad incrementare le risorse finanziarie investite in partecipazioni azionarie. La prima mira ad espandere la produzione, la seconda ad accrescere la concentrazione.

A questo modo la *holding* si è rivelata una figura suscettibile di assumere una duplice e ben differenziata collocazione: a volte si presenta come un soggetto dell'economia industriale, e anzi ne è la

principale protagonista; altre volte si presta ad essere collocata in tutt'altro ambito, quale soggetto dell'economia finanziaria, del terziario avanzato. Di questa sua bifronte natura c'è l'eco nella legislazione. La direttiva comunitaria sui bilanci delle società di capitali ha distinto fra partecipazioni di controllo che sono immobilizzazioni e, in particolare immobilizzazioni finanziarie, essendo preordinate alla gestione delle società controllate (e questa funzione del controllo si presume fino a prova contraria), e partecipazioni che, sebbene di controllo, sono da collocare entro l'attivo circolante, essendo state assunte come meri valori di scambio. L'eco si ripete nella recente riforma societaria: il controllo societario si presume preordinato all'esercizio di una «attività di direzione e coordinamento di società»; ma è presunzione relativa, che ammette la prova contraria, ossia la prova che la società controllante sia una *holding* solo finanziaria⁷⁹.

Sul mercato del controllo azionario hanno però agito, a tutela del risparmio, istanze di democrazia economica. È maturato – ma, questa volta, solo in Europa – il convincimento che il principio dell'uguale diritto di tutti gli azionisti si imponga anche in sede di negoziazione dei titoli azionari e comporti questa regola: il maggior prezzo che è disposto a sborsare chi intende acquistare un pacchetto di controllo o un pacchetto di riferimento di una società non può andare a vantaggio solo di chi detenga quel pacchetto azionario, ma deve andare a vantaggio di tutti gli azionisti, inclusi i piccoli azionisti. Il mezzo mediante il quale questa regola si attua è l'offerta pubblica di acquisto obbligatoria, regolata per le azioni quotate in borsa con norme di legge in Francia, Belgio, Spagna, Portogallo, Italia e con i codici di autodisciplina in Gran Bretagna e in Germania. Sono previste dal citato Testo unico italiano dell'intermediazione finanziaria due ipotesi:

1. Opa totalitaria: chi abbia conseguito, a seguito di acquisti a titolo oneroso, una partecipazione superiore alla soglia del trenta per cento (trentatré per cento in Francia) deve, entro trenta giorni, promuovere una offerta pubblica di acquisto sulla totalità delle azioni con diritto di voto nelle deliberazioni assembleari riguardanti nomina o revoca o responsabilità degli amministratori o del consiglio di sorveglianza, per un prezzo non inferiore alla media aritmetica fra il prezzo medio ponderato di mercato degli ultimi dodici mesi e quello più elevato pattuito nello stesso periodo dall'offerente per azionisti di azioni della medesima categoria. Il che è un incentivo per l'Opa preventiva: chi voglia acquistare una partecipazione rilevante in una

⁷⁷ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, pp. 47 ss., dove ampi riferimenti, ne traccia un'efficace rappresentazione. E sui «benefici privati del controllo», diversi dalla gestione delle controllate e dalla partecipazione agli utili da queste prodotti, si sofferma L. Enriques, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori*, Bologna, 2002, pp. 15 ss.

⁷⁸ Mi riferisco a E. Penrose, *La teoria dell'espansione dell'impresa*, trad. it., Milano, 1973, pp. 242 ss.

⁷⁹ Il riferimento è ai §§ 17 e 18 dell'*Aktiengesetz* tedesco e all'art. 2497 *sexies* del codice civile italiano.

società quotata effettuerà una offerta pubblica di acquisto, e la effettuerà per la totalità delle azioni ordinarie. Altrimenti potrà trovarsi costretto, ad acquisto effettuato, ad effettuare ulteriori acquisti in sede di Opa obbligatoria;

2. Opa residuale: chi abbia acquistato il controllo di una società con azioni quotate in uno dei modi previsti nell'ipotesi precedente, provocando l'effetto di ridurre il flottante della società ad una misura inferiore al dieci per cento, deve promuovere una Opa sulla totalità dei titoli al prezzo fissato dalla autorità di mercato, se non ripristina entro quattro mesi un flottante sufficiente ad assicurare il regolare andamento delle negoziazioni. Il medesimo obbligo sussiste anche per chi venga a detenere una partecipazione superiore al novanta per cento in una categoria di azioni che attribuiscono diritti di voto nelle deliberazioni assembleari riguardanti nomina o revoca o responsabilità degli amministratori o del consiglio di sorveglianza; e l'offerta è, in tal caso, rivolta solo ai possessori di azioni della medesima categoria. Qui l'offerta pubblica giustificata dalla considerazione che l'acquisto di un controllo esteso oltre il novanta per cento delle azioni ordinarie riduce considerevolmente gli spazi di negoziazione del titolo; perciò, ai piccoli azionisti è riconosciuto il diritto di realizzare il controvalore in danaro della loro, difficilmente negoziabile, partecipazione.

Naturalmente, vengono messi in campo i più diversi espedienti per sottrarsi all'Opa obbligatoria, ed uno di questi è il frazionamento della partecipazione nella società *target*. In un clamoroso scandalo finanziario italiano, che riguardava la scalata ad una importante banca, lo scalatore, che era anch'esso una banca, aveva acquistato al proprio nome il trenta per cento della banca *target*, ed aveva intestato la propria ulteriore partecipazione, fino al cinquantuno per cento, a compiacenti prestanomi. Il che risultò provato per il fatto che questi ulteriori acquisti erano stati finanziati dalla banca scalatrice e che gli acquirenti dell'ulteriore ventuno per cento delle azioni, nella successiva assemblea della società *target*, avevano votato compatti allo stesso modo della banca loro finanziatrice⁸⁰.

14. *Il mercato politico e la società neo-contrattualista*

Le storie parallele trovano, nel Novecento, un singolare punto di incontro quando il pensiero economico si spinge fino ad identificare

⁸⁰ Sulla tecnica elusiva del frazionamento della partecipazione v. Azzaro, *Frazionamento dell'acquisto diretto e Opa obbligatoria*, in «Contratto e impresa», 2006.

fra loro la *leadership* politica e l'imprenditorialità. L'identificazione procede su due fronti: da un lato si asserisce, come asseriscono Berle e Means, che l'impulso che muove l'imprenditore moderno alla conquista dei mercati non è più l'aspirazione al profitto dell'imprenditore descritto da Adam Smith, ma è lo stesso impulso che spingeva Alessandro Magno alla conquista delle Asie; dall'altro si assimila il moderno *leader* politico, come lo assimila Schumpeter, ad un imprenditore, il cui profitto è il potere, il cui potere si misura a voti, i cui voti dipendono dalla sua capacità di soddisfare le richieste degli elettori⁸¹.

La concezione dominicale e mercantile del potere ha però una priorità storica. Il potere dei monarchi assoluti implicava la proprietà (*dominium eminens*) di tutte le cose esistenti nel regno; ed era arte di governo la contrattazione che essi instauravano con i sudditi, organizzati in «camere» o «stati» o «diete», con i quali scambiavano la concessione di privilegi contro apporti di danaro o altre prestazioni. Le cariche pubbliche erano oggetto di proprietà: le si comperava e le si vendeva; le si riceveva in eredità e le si trasmetteva per successione ereditaria. Basti rievocare, come emblematico, il caso di Charles de Secondat, che insieme al titolo di barone di Montesquieu ereditò la carica di presidente nel tribunale di Bordeaux, e che a sua volta vendette per un vantaggioso prezzo. Senza quell'eredità la storia del pensiero politico non avrebbe avuto Montesquieu, né avrebbe forse avuto la riflessione, sul potere che controlla il potere, che l'esperienza nata da quella carica ereditaria probabilmente gli suggerì.

L'avvento della democrazia politica non ha eliminato il mercato del potere; semplicemente, ne ha modificato l'oggetto e le modalità della negoziazione. Anzitutto lo ha esteso alla sua stessa investitura, che dipende dalla conquista del consenso della maggioranza, conquista che è essa stessa mercato, giacché «l'abilità del politico consiste, esattamente come nel mercato, nel comprendere i gusti del pubblico e magari nell'orientali»⁸². L'oggetto del mercato politico è il voto,

⁸¹ Le due assimilazioni si sono fuse, singolarmente, in una sola nel personaggio che ha dominato la scena politica italiana fra gli anni novanta e il principio degli anni duemila. Resta il problema, affidato agli storici del futuro, di quale delle due sia stata, nel personaggio, la vocazione prevalente: se quella dell'imprenditore che per sviluppare, o per salvare, il proprio impero economico si fa *leader* politico o quella dell'uomo politico che, appresa da imprenditore la tecnica del *marketing*, ne intuisce le grandi potenzialità per la propria affermazione sulla scena della politica. La prima interpretazione riconduce alla figura del capitalista-eroe, descritta da Max Weber e da Werner Sombart e rappresentata da Thomas Mann, che nelle *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 160 s., coglie i nessi fra la riflessione dei due pensatori tedeschi ed il personaggio fantastico di Thomas Buddenbrook «sintesi dell'eroe, del mercante e del borghese».

⁸² Così, e sia pure suggerendo «massima cautela», formula l'accostamento Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 119: «all'interesse del cittadino elettore di ottenere favori dallo Stato

e non alludo, ovviamente, alla pura e semplice compravendita del voto, che pure è pratica antica, a giudicare dal fatto che essa era punita, in Francia, già dall'art. 32 della Costituzione del 1795 (in Italia la punisce ora il d.p.r. n. 361 del 1957). Alludo, piuttosto, al voto di scambio, ossia allo scambio del sostegno elettorale contro la concessione di benefici. Il voto di scambio segna il passaggio da una concezione della democrazia politica come rappresentanza delle opinioni, o degli ideali, ad una sua concezione come rappresentanza degli interessi, sostenuti dai gruppi di pressione, fino alla degenerazione estrema del voto clientelare⁸³.

La filosofia della politica si esprime in termini di neo-contrattualismo: all'antico contratto sociale di Locke, Hobbes e Rousseau, concluso una volta per tutte per garantire una definitiva civile convivenza, si sostituiscono perenni «procedure contrattuali» fra i gruppi sociali e lo Stato, volte a «garantire una sempre provvisoria e problematica pace sociale»⁸⁴. Il contratto sociale viene, di volta in volta, rinegoziato, con l'obiettivo nobile di costruire una società al fine giusta⁸⁵. Alla prova dei fatti la «procedure contrattuali» trovano riscontri nella cosiddetta concertazione della politica economica dei governi con le «parti sociali», quali le rappresentanze sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro; ma a volte mostrano un volto meno nobile. E l'esperienza rivela che talvolta le leggi, prima d'essere votate dal parlamento, sono contrattate, talvolta parola per parola, con i gruppi sociali ad esse interessati, oppure sono accantonate, e neppure sottoposte al voto del parlamento, per la pressione esercitata dai gruppi sociali ad esse ostili.

Una variante del neo-contrattualismo è ciò che la filosofia politica teorizza come neo-corporativismo, avendo la maggioranza politica, a somiglianza dell'antico principe, assunto la funzione di mediare il conflitto fra le contrapposte corporazioni e così rinnovando la propria legittimazione al potere in ragione della dimostrata capacità di assolvere ad una tale funzione. Come le monarchie assolute avevano bisogno, per sopravvivere, del sostegno dei «corpi intermedi»⁸⁶, così

corrisponde l'interesse del politico eletto o eligendo di concederli. Fra l'uno e l'altro si stabilisce un perfetto rapporto di *dos ut des*: l'uno attraverso il consenso conferisce potere, l'altro attraverso il potere ricevuto distribuisce vantaggi o elimina svantaggi».

⁸³ È l'analisi di Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., pp. 136 ss.

⁸⁴ Sono parole di N. Matteucci, *Lo Stato moderno*, Bologna, 1997, p. 249, a conclusione di un esauriente capitolo sul neo-contrattualismo, dove diffusi riferimenti bibliografici.

⁸⁵ Così S. Veca, *La società giusta*, Milano, 1982.

⁸⁶ È la nota teoria settecentesca di Montesquieu, cui fa riscontro, nell'Ottocento, l'emersione del bonapartismo del primo e del secondo Impero, quale mediazione autoritaria fra le classi sociali in conflitto, analizzata da F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà e dello*

alle moderne democrazie non basta, per garantire la governabilità, solo la rappresentanza politica degli interessi. Esse debbono riconoscere anche la «rappresentanza corporativa», cioè la legittimazione delle «corporazioni» a contrattare con lo Stato, che governa l'insieme della società – così la politologia americana degli anni ottanta⁸⁷ – attraverso la «intermediazione degli interessi»; e la resa del modello neo-corporativo di Stato è garantita dal fatto che la legittimazione a contrattare è riconosciuta ad organizzazioni d'interessi a forte coesione interna, in grado di far rispettare gli accordi raggiunti sia dai propri componenti sia dalla controparte, mentre il tradizionale modello della democrazia rappresentativa, mettendo capo ad una somma di interessi eterogenei, non garantisce da sola le «lealtà» dei rappresentati e, dunque, la governabilità.

15. I limiti del principio di maggioranza

È questo il momento di menzionare un'altra, da tempo segnalata, regressione della democrazia politica, che nella odierna società, dominati da processi di crescente globalizzazione, resta chiusa entro i confini dei singoli Stati nazionali, e finisce per essere – come ebbe a scrivere Norberto Bobbio – una «democrazia dimidiata», perché le grandi decisioni spesso non sono prese da autorità nazionali, bensì da autorità di altri Stati; ed il principio di maggioranza mostra i suoi limiti, dal momento che la maggioranza non si forma con il concorso di tutti coloro che subiscono gli effetti di ciò che essa ha deciso: «per quale ragione mai» – egli si domandava all'inizio degli anni ottanta – «il collegio chiamato a decidere non dovrebbe essere costituito anche dai cittadini dell'altro Stato?»⁸⁸. È disattesa l'antica regola *quad omnes tangit*, che è il fondamento storico del principio di maggioranza, ripeteva Claus Offe⁸⁹. Ci sono, è vero, molteplici

Stato, trad. it., Roma, 1963, p. 172; e v., in sede storiografica, C. Vivanti, *Gli stati europei nella crisi generale*, in *La formazione dello Stato moderno*, a cura di A. Caracciolo, Bologna, 1970, p. 87.

⁸⁷ E il riferimento è soprattutto a P. Schmitter, *Trends toward corporatist intermediation*, Beverly Hills, 1979; nonché in *Le società complesse*, a cura di G. Pasquino, Bologna, 1983.

⁸⁸ Parole di Bobbio, che si leggono in *La regola della maggioranza: limiti e aporie*, in *Democrazia, maggioranza e minoranze*, cit., p. 63; e già in *Il marxismo e lo Stato*, Roma, 1976, pp. 10 ss.

⁸⁹ C. Offe, *Legittimazione politica mediante decisione a maggioranza?*, in *Democrazia, maggioranza e minoranza*, cit., pp. 90 s.: «a livello sovranazionale, nel caso che una decisione tocchi un numero di persone superiore o diverso da quello dei cittadini di uno Stato nazionale, mancano tuttavia i presupposti per l'applicazione del principio di maggioranza». L'evocata regola «quod omnes tangit ab omnibus comprobari debet», che nel Digesto si trovava formula-

istituzioni internazionali, create per convenzioni fra gli Stati; ma è altrettanto vero che esse operano come strumenti di concertazione delle politiche dei governi nazionali, non come entità rappresentative della società globale⁹⁰. Nella società globale, priva di un altrettanto globale governo democratico, possiamo solo confidare sul fatto che lo sviluppo della democrazia interna ai singoli Stati permetta, nei rapporti fra Stati, «un migliore controllo democratico su coloro ai quali si delega il potere di decisione a livello transnazionale, per impedire che la delega diventi alienazione»⁹¹.

Ma la democrazia politica è «dimidiata», aggiungeva Bobbio, anche sotto altro aspetto, perché le grandi decisioni sono prese non più dal potere pubblico, bensì da poteri privati, i quali sono il più delle volte poteri transnazionali. Sotto questo aspetto, i limiti del principio di maggioranza sono il riflesso della globalizzazione dei mercati, che va trasformando il Pianeta in un mondo dominato non più dagli Stati, ma dalle grandi imprese transnazionali. Gli Stati non governano che un frammento del mercato globale, mentre le imprese transnazionali sono in grado di controllarlo nella sua totalità⁹².

La concezione classica dello Stato rifletteva uno stadio originario dell'economia, nel quale le dimensioni del mercato coincidevano con quelle dello Stato: era, se di questa coincidenza territoriale si ricerca un riscontro nella storia del pensiero moderno, lo «Stato commerciale chiuso», che Johann Fichte teorizzava al principio del diciannovesimo secolo. Per l'idealismo post-hegeliano di Fichte le dimensioni dell'uno e dell'altro dovevano necessariamente coincidere, se non si

ta per la privatistica co-tutela, era stata ripresa nel 1295 da Edoardo I d'Inghilterra nei suoi decreti per il parlamento; ma ad essa si era ispirato, per il governo delle comunità politiche, anche Marsilio da Padova, *Defensor pacis*, I, XII, 7.

⁹⁰ Lo rileva S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, trad. it., Bologna, 1996, p. 247.

⁹¹ Così R. Dahl, *La democrazia e i suoi critici*, trad. it., Roma, 1997, pp. 437 ss. Già in epoca anteriore alla globalizzazione la cultura europea coltivava il «sogno» o l'«illusione» – così la qualificava Thomas Mann, *Considerazioni di un impolitico*, cit., pp. 58 ss. – che «le democrazie nazionali possano un giorno riunirsi a costituire una democrazia europea o mondiale spiritualmente unitaria», una «società dell'umanità». Ma egli parlava di unità «spirituale», e precisava che la parola democrazia «solo superficialmente ha a che fare con il diritto di voto». Questa democrazia mondiale che prescinde dal diritto di voto può essere la diffusione mondiale delle democrazie nazionali, ossia la questione sul tappeto nel nostro tempo, quale prospetta S. Cassese, *Oltre lo Stato, verso una costituzione globale?* (lezione raccolta nei quaderni dell'Università Suor Orsola Benincasa, 2006), quando si domanda se «può la globalizzazione favorire la diffusione della democrazia, facilitando il trapianto o lo sviluppo di istituzioni democratiche in ordinamenti nazionali dove tali istituzioni sono inesistenti o deboli».

⁹² In senso analogo cfr. anche F. D'Amoia, *Mercato mondiale e democrazia interna*, in *I limiti della democrazia*, a cura di A. Baldassarre, Roma-Bari, 1985, p. 209.

voleva attentare a quel valore sommo che era, per il filosofo tedesco, la sovranità dello Stato⁹³.

Gli scenari mutano con lo sviluppo del commercio internazionale. Le varie funzioni dell'impresa appaiono territorialmente dissociate: alcune si svolgono entro il mercato nazionale, altre si espandono oltre i confini nazionali. La forza lavoro, i capitali, l'organizzazione produttiva restano nazionali; ma le materie prime provengono anche da altri mercati, e anche ad altri mercati sono destinati i prodotti. È la globalizzazione del commercio, che nella storia delle idee si trova descritta, alla metà del diciannovesimo secolo, da un altro esponente della filosofia post-hegeliana. È, per Karl Marx, «l'instaurazione di un mercato mondiale», con scambi estesi «per tutto il globo terrestre», con un «traffico universale», implicante «una universale dipendenza delle nazioni l'una dall'altra»⁹⁴; ciò che decreta la crisi dello Stato commerciale chiuso di Fichte, ma annuncia anche quella più profonda crisi della sovranità statale che si manifesterà un secolo dopo, nella seconda metà del ventesimo secolo, con l'avvento dell'impresa operante sul mercato globale. Qui tutte le classiche funzioni dell'impresa si internazionalizzano, perdono una connotazione nazionale. Non sono solo le merci a circolare oltre i confini nazionali; la stessa organizzazione produttiva e distributiva si disloca e si ramifica in ambiti internazionali. Rilevazioni statistiche hanno messo in evidenza che nove fra le quindici maggiori imprese del nostro tempo hanno più del 50 per cento del loro patrimonio all'estero e cinque più del 70 per cento; sette hanno all'estero più del 50 per cento e tre più del 70 per cento dell'occupazione⁹⁵.

Queste rilevazioni contraddicono, o quanto meno rendono non più attuale, l'arcaica filosofia dell'imperialismo, che attribuiva alle Grandi Potenze la funzione di spianare alle imprese nazionali la strada per la conquista dei mercati mondiali⁹⁶. Gli odierni protagonisti

⁹³ Su *Lo Stato secondo ragione o lo Stato commerciale chiuso* di Fichte, per il quale era «di ragione» solo lo Stato che attua una simile coincidenza fra sfera della politica e spazi dell'economia, si è di recente soffermato Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, pp. 12 ss.

⁹⁴ Sono parole che si leggono nel primo capitolo del *Manifesto*, ma che non fanno di Marx ed Engels altrettanti antesignani della odierna globalizzazione, come opina S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, p. 5. Essi avevano presente l'internazionalizzazione del commercio, e non potevano avere presente, al loro tempo, altro se non l'approvvigionamento all'estero delle materie prime e la vendita all'estero dei prodotti finiti, ferma restando la produzione solo nazionale.

⁹⁵ Traggo questi dati dalla ricerca Cnr di Quadrio Curzio su *Globalizzazione: profili economici* (una sintesi della quale si legge in «il Mulino», 1999, p. 41).

⁹⁶ Così, al principio del Novecento, R. Hilferding, *Il capitale finanziario*, trad. it., Milano, 1961, pp. 442 ss.; come poi, alla metà del secolo, P.M. Sweezy, *Il presente come storia*, trad. it., Torino, 1962, p. 68.

della globalizzazione sono, piuttosto che gli Stati, le imprese transnazionali. Esse hanno in sé, e non ripetono dallo stato dal quale muovono, la forza che le spinge alla conquista dei mercati mondiali.

Il depotenziamento degli Stati è fenomeno ormai conclamato⁹⁷: le condizioni e gli spazi entro i quali si svolge la competizione economica non sono più, nell'odierna economia transnazionale, le condizioni di una competizione suscettibile di decisivi correttivi politici, né sono più gli spazi di una competizione a carattere prevalentemente nazionale⁹⁸. Il rapporto fra Stato e mercato si è invertito: è il mercato la fonte che giudica i titoli del debito pubblico emessi dagli Stati e condiziona la politica finanziaria di questi ultimi⁹⁹. In un mondo abitato sempre meno dalla politica e sempre più dall'economia¹⁰⁰, il depotenziamento degli Stati porta con sé, fatalmente, al declino della democrazia politica. Il principio di maggioranza tende a perdere la funzione, che Locke e Rousseau gli avevano assegnato, di fare sì che i governati potessero coincidere con i governanti; può, più limitatamente, conservarla come regola interna alle province della società globale.

Può dirsi che la globalizzazione dei mercati abbia «dimidiato» anche la democrazia economica? La risposta non tarda a rivelarsi affermativa se si considerano le modalità secondo le quali le imprese transnazionali si dispongono sui mercati mondiali. Esse si frazionano in una pluralità di società, dislocata nei vari continenti, tutte operanti sotto il controllo, diretto o indiretto, di una *holding*.

⁹⁷ Di fronte alle imprese transnazionali, scrive L. Raiser, *Gli attuali confini del diritto internazionale dell'economia*, in *Il compito del diritto privato*, trad. it., Milano, 1990, p. 264, «il singolo Stato è, da solo, disarmato». Un'esemplificazione di questo «arretramento della sovranità» nei vari settori di tradizionale intervento dello Stato è in S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, pp. 45 ss. Gli sforzi degli Stati diretti a regolare l'economia agiscono su «un livello nazionale permeato e trasformato da quello internazionale» (P. Hirst e F.G. Thompson, *La globalizzazione dell'economia*, trad. it., Roma, 1997, pp. 12 ss.; come J. Habermas, *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it., Milano, 1999, pp. 41 ss.); e Z. Bauman *Dentro la globalizzazione*, trad. it. Roma-Bari, 2001, p. 75, si esprime in termini di «impotenza economica dello Stato».

⁹⁸ U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione*, trad. it., Roma, 1999, pp. 22 ss., può scrivere che «il compito centrale della politica, fissare le condizioni-quadro giuridiche, sociali ed ecologiche, imprescindibili a partire dalle quali l'azione economica in generale diviene socialmente possibile e legittima, è perduto di vista o è perduto»; Wade, *La globalizzazione*, cit., pp. 75 ss., si sofferma sulla vanità dei «tentativi governativi di modellare l'evoluzione delle economie nazionali», impediti dalla «mobilità di finanze, capitali fisici e persino lavoro in tutte le parti del mondo».

⁹⁹ L'osservazione è di Cassese, *La crisi dello Stato*, cit., p. 37. E v. in Bauman, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 75, il giudizio che «nessuno Stato può resistere per più di pochi giorni alle pressioni speculative dei mercati»; come in Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, cit., pp. 21 ss., l'analogo giudizio che «oggi su molti problemi cruciali sono i mercati a dominare i governi».

¹⁰⁰ Secondo l'espressione di M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 167.

La catena del controllo indiretto, di società controllata in società controllata, non incontra limitazioni di sorta, potendo estendersi all'infinito, alternando società con controllo di diritto a società con controllo solo di fatto. Si realizza il cosiddetto «effetto telescopio»: se la società A ha il 51 per cento del capitale della società B, che a sua volta ha il 51 per cento della società C, che a sua volta ha il 51 per cento della società D, accadrà che la società A dominerà, attraverso B e C, l'assemblea della società D, anche se in termini di *equity* la sua partecipazione in D è solo del 26,01 per cento. Essa non riscuoterà che il 26,01 per cento degli utili, essendo il resto destinato agli azionisti esterni di D e di C; ma nominerà gli amministratori di B e di C e, per loro tramite, disporrà della maggioranza dei voti nell'assemblea di D.

Si può anche supporre che la *holding* interponga fra sé e l'ultima società da controllare un numero maggiore di intermedie società, ciascuna delle quali controlli l'altra con il 51 per cento del capitale, fino al punto di possedere nell'ultima controllata una partecipazione in *equity* pari solo all'1 per cento, ed eventualmente con percentuali inferiori se, per la dispersione del capitale delle controllate, se ne rende possibile il controllo di fatto. Tuttavia, in virtù del principio di maggioranza, che regge le deliberazioni delle società di capitali, e quindi di tutte le controllate intermedie, la *holding* avrà pur sempre il controllo di quest'ultima società. Essa controlla da lontano, ma l'«effetto telescopio» le permette di controllare così come controllerebbe da vicino.

In tutte queste società la maggioranza, di diritto o di fatto che sia, è sempre la medesima maggioranza, grazie al sopra descritto effetto telescopio, la quale raccoglie, lungo la catena del controllo, l'apporto di capitali di rischio dei paesi in cui sono dislocate le controllate. Non c'è una sola minoranza, bensì tante minoranze quante sono le società controllate. Il che comporta che solo nella assemblea delle *holding* minoranze e maggioranze si fronteggiano fra loro; in tutte le controllate la maggioranza è lontana, tanto più lontana quanto più indiretto è il controllo, e le minoranze si imbattono in una maggioranza priva di proprio potere decisionale, mera esecutrice di direttive impartite dalla *holding*, rispetto alla quale sarà vano il tentativo di instaurare un rapporto dialettico o di far valere i rimedi che ai soci spettano per la *mala gestio* degli organi sociali.

In linea di principio, i soci di minoranza delle controllate (come anche i loro creditori) hanno azione nei confronti delle controllanti, fino alla società che si colloca al vertice del gruppo, per il risarcimento del danno a loro derivato dalle pregiudizievoli direttive impartite dalle controllanti. Ma le cose si complicano quando, fra con-

trollanti e controllate, si interpongono confini nazionali, con conseguenti discontinuità normative e giurisdizionali. È possibile argomentare, sulla base dei principi di diritto internazionale privato, che le minoranze delle controllate possono legittimamente invocare, contro le controllanti estere, il proprio diritto nazionale, se ad esse più favorevole, giacché queste ultime realizzano, sia pure indirettamente, il proprio oggetto sociale nel loro paese, soggiacendo al relativo diritto. Ma esse dovranno rivolgere la propria azione al giudice nazionale della controllante, e non è difficile immaginare quanto sia scoraggiante, per soggetti economicamente deboli, il dovere intraprendere iniziative giudiziarie all'estero; non meno scoraggiante ove invochino il diritto nazionale della controllante, quale diritto del paese in cui è stato posto in essere il fatto che ha cagionato il danno.

16. Oltre il principio di maggioranza

La maggioranza non è onnipotente, come pretendeva l'antico detto inglese, secondo il quale «il parlamento può fare tutto, tranne che trasformare l'uomo in donna». Quel detto valeva a contestare la sopravvivenza, nell'Inghilterra del XVIII secolo, di ogni concorrente potere regio; non vale nelle moderne democrazie, salvo che la maggioranza non abbia a degenerare in quella che Alexis de Tocqueville denunciò, con riferimento alla democrazia americana dell'Ottocento, come «tirannia della maggioranza»¹⁰¹; e la stessa cultura politica inglese è oggi salda nell'affermazione che il potere della maggioranza non è illimitato¹⁰². Neppure ha retto l'utilitarismo di Jeremy Bentham, che nella «maggiore felicità del maggior numero» aveva visto «la misura di ciò che è buono e di ciò che è cattivo»¹⁰³. La replica è che «il solo fatto che la maggioranza voglia qualcosa non basta per considerare buono ciò che essa vuole»¹⁰⁴.

C'è un limite che è intrinseco allo stesso principio di maggioranza, ne circoscrive l'ambito di applicazione *ratione materiae*: riguarda la sua idoneità a legittimare decisioni vincolanti per la minoranza; ed è un limite che esso incontra tanto in politica quanto nell'economia, nel governo degli Stati come nel governo delle società per azioni.

Il principio di maggioranza vale per le decisioni reversibili, ossia per quelle decisioni che una futura maggioranza può rovesciare. Anzitutto non può essere utilizzato dalla maggioranza per modificare le regole fondamentali della convivenza politica, le cosiddette regole del gioco, in modo da perpetuare la propria posizione di forza e da precludere alla minoranza attuale la possibilità di diventare essa stessa maggioranza¹⁰⁵. In secondo luogo viene in considerazione ciò che l'antica filosofia politica non poteva neppure immaginare e che costituisce il portato degli sviluppi della tecnica, rivelatasi idonea ad incidere in modo irreversibile sull'ambiente naturale, sui destini delle future generazioni. È legittimo argomentare che «non si può affatto derivare da maggioranze, pur grandi che siano, il diritto di creare dei fatti irreversibili per un tempo imprevedibile, che limitano per loro natura la libertà di decisione di future maggioranze con preferenze diverse»¹⁰⁶. Il tema investe quella che è stata definita come l'«inerzia delle decisioni», ossia le scelte che toccano la definizione stessa del nostro futuro, come quelle relative alle fonti di energia o all'ambiente: scelte che «appaiono difficilmente reversibili, accentuando così uno dei caratteri degli attuali sistemi di governo, quello della crescita del peso inerziale delle decisioni prese (e quindi la difficoltà di mutare quelle fatte da governi precedenti)»¹⁰⁷.

Decisioni di tal natura, per quanto nessuna norma costituzionale lo prescriva, non possono essere adottate se non sulla base della più ampia condivisione, nell'accordo fra la maggioranza e l'opposizione, quale potenziale maggioranza futura. Sono decisioni che toccano lo «statuto» della società politica, o che toccano i destini della comunità nazionale. È la «natura delle cose», un tempo elevata a fonte di diritto, a prescriverlo, pena la delegittimazione della stessa democrazia politica. Dal *Secondo trattato sul governo* di Locke agli autori contemporanei ora citati si ripete che il dovere di obbedire alla maggioranza viene meno quando la maggioranza abusa del proprio potere.

¹⁰⁵ È la tesi di fondo di Hayek, *La società libera*, cit., pp. 127 ss.: «il potere della maggioranza è limitato da quei principi comunemente accolti, oltre i quali non esiste potere legittimo»; e, «in ultima analisi, il potere della maggioranza deriva, ed è limitato, dai principi accettati anche dalle minoranze»; né «è ovvio che questa stessa maggioranza debba avere il diritto di determinare la propria stessa competenza. La mancanza di un sufficiente accordo sulla necessità di taluni usi di poteri coercitivi, dovrebbe significare che nessuno può esercitarli».

¹⁰⁶ Così Offe, *Legittimazione politica secondo decisioni a maggioranza?*, cit., p. 86.

¹⁰⁷ Rodotà, *Il tema: principio maggioritario e «nuovi interessi»*, in «Politica del diritto», 1981, pp. 5 ss.

¹⁰¹ A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, trad. it., II, Bologna, 1932, p. 127.

¹⁰² È il punto fermo del pensiero di Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it., Milano, 2000, pp. 371 ss.

¹⁰³ J. Bentham, *Essay on political tactics*, I, in *Works*, Edinburgh, 1843, II, p. 306.

¹⁰⁴ Hayek, *La società libera*, cit., pp. 127 s.

Il rilancio dell'idea di contratto nella società per azioni è un ulteriore punto di intreccio delle due storie parallele. Nella prima metà del Novecento nulla sembrava più lontano dalla società per azioni dell'idea che essa sia un contratto fra gli azionisti. In Germania la si concepiva come un organismo produttivo, portatore di un interesse trascendente quello dei soci e identificabile nell'interesse dell'«impresa in sé», nell'interesse cioè alla efficienza produttiva dell'impresa sociale, di fronte al quale l'interesse dei soci al profitto deve cedere, essendo in gioco un interesse proprio dell'intera collettività nazionale o, addirittura, della stessa umanità, giacché la prosperità collettiva, e lo stesso progresso economico dell'umanità, veniva fatta dipendere dall'efficienza produttiva delle imprese¹⁰⁸. Sul terreno, in particolare, dell'interna organizzazione della società ne derivava questo corollario: l'esercizio dell'impresa sociale deve essere, quanto più è possibile, sottratto ai soci, perché i soci sono per naturale disposizione, dominati da intenti egoistici di guadagno¹⁰⁹ e questi intenti egoistici possono compromettere l'efficienza dell'impresa, pregiudicare la realizzazione della sua «funzione sociale»¹¹⁰.

In Inghilterra la si accosta all'impresa pubblica, si parla di «autosocializzazione dell'impresa privata», gli azionisti della quale «devono contentarsi di dividendi convenzionalmente adeguati»¹¹¹; negli Stati Uniti la grande *corporation* svolge «un servizio sociale», è un

¹⁰⁸ Il padre riconosciuto della teoria dell'«impresa in sé», il Rathenau (del quale v. in traduzione italiana *La realtà delle società per azioni*, in «Rivista delle società», 1960, p. 918 ss.), al tempo stesso industriale, sociologo, uomo politico, scriveva già nel 1911 che la grande impresa è «saldo pilastro della conservazione e della difesa dello Stato». Al Rathenau viene solitamente attribuita una frase, divenuta poi emblematica: quella secondo la quale «scopo della società [di una società di navigazione fluviale] non è di ripartire utili fra gli azionisti, ma è di far navigare i battelli sul Reno» (frase che pare sia di un amministratore della *Norddeutsche Lloyd*: cfr. Migolini, *L'interesse sociale*, in «Rivista delle società», 1958, p. 731, nota 22).

¹⁰⁹ V. ancora Rathenau, cit. alla nota prec., che esprime anche un giudizio morale sugli azionisti di minoranza, definiti come detentori di «possessi azionari puramente speculativi, e quindi senz'altro riprovevoli» (p. 932), mentre la grande impresa, «pur nel vecchio involucro dell'affare commerciale privato, ha oltrepassato da tempo i limiti della pura economia utilitaristica e ha dovuto accollarsi compiti di natura economico-sociale, statale e politica» (p. 936).

¹¹⁰ Rathenau, cit. alla penultima nota, p. 946. proponeva che la società per azioni venisse modellata secondo la struttura costituzionale dello Stato: «per quanto decisamente si possa essere favorevoli all'ordinamento democratico nello Stato e nella vita economica, non si potrà eliminare il principio del trasferimento dei poteri. Perfino una rappresentanza popolare strettamente parlamentare, chiamata ad una costante collaborazione negli affari di governo, trasferirà la vera direzione politica ad un gabinetto scelto nel proprio seno. Essa non sottoporrà la ripartizione del denaro pubblico al voto popolare; farà esaminare da commissioni le misure per la difesa del paese, ma non le farà discutere pubblicamente».

¹¹¹ J.M. Keynes, *The end of Laissez faire*, in *Essays in Persuasion*, New York, 1932, p. 312.

«corpo politico e sociale», avente la missione di realizzare «gli ideali fondamentali della società americana»¹¹². In Italia si concede, tutt'al più, che l'atto costitutivo della società per azioni sia un contratto; ma, una volta iscritta nel registro delle imprese e conseguita la personalità giuridica, la società per azioni si entifica¹¹³, diventa una istituzione, portatrice di un interesse trascendente quello dei soci¹¹⁴.

Come reprimere gli abusi perpetrati dalla maggioranza ai danni della minoranza? La soluzione venne ritrovata all'interno della teoria delle persone giuridiche: fu evocata l'analogia con gli enti pubblici, fu suggerita l'applicazione analogica della figura dell'eccesso di potere, quale vizio dell'atto amministrativo, che in materia societaria diventava l'eccesso di potere della persona giuridica quale vizio della deliberazione assembleare¹¹⁵; ed il suggerimento sarebbe stato per molti anni accolto dalla giurisprudenza, che in termini di eccesso di potere avrebbe più volte motivato l'annullamento delle deliberazioni di aumento di capitale miranti al solo scopo di estromettere dalla società minoranze ostili.

Alla fine del Novecento è, all'opposto, senso comune – e, dunque, giurisprudenza della Cassazione – non solo che la società per azioni nasce da un contratto, ma che i soci restano fra loro vincolati dal contratto da essi concluso per tutto il corso della vita della società. Illuminante è una sentenza del 1995: vi si legge che i soci, nell'esercitare il voto in assemblea, danno esecuzione al contratto di società; che il voto deve, di conseguenza, essere esercitato nel rispetto del dovere di buona fede di cui all'art. 1375 del codice civile, e, perciò, la deliberazione assembleare adottata con il voto determinante di soci mossi da un interesse extrasociale è annullabile, perché assunta in violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto¹¹⁶.

Qui la spinta verso il contrattualismo viene da profonde sollecitazioni, che si rendono manifeste anche nella odierna filosofia politica, appunto neo-contrattualistica, che ancora una volta ricerca nell'idea

¹¹² P.F. Druckers, *Il potere dei dirigenti*, trad. it., Milano, 1958, p. 34.

¹¹³ Il contratto «functus est munere suo», scrivono A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 86; e G. Frè, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1956, p. 9.

¹¹⁴ E parla della società per azioni come della «personificazione di un interesse superiore, distinto da quello dei singoli soci, oggetto come tale di una autonoma tutela giuridica», ancora Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in «Giurisprudenza italiana», 1959, I, 1, c. 204.

¹¹⁵ Fu il suggerimento di F. Carnelutti, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee della anonima*, in «Rivista di diritto commerciale», 1926, I, p. 176.

¹¹⁶ Mi riferisco a Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in «Giurisprudenza commerciale», 1996, II, p. 329, che affronta il tema, in sé non nuovo, dell'abuso del voto da parte della maggio-

di contratto le ragioni della umana convivenza e la legittimazione del potere. L'opzione contrattualistica della giurisprudenza sulle società di capitali trova spiegazione nella accresciuta sensibilità del nostro tempo per le esigenze di protezione dei singoli di fronte alle collettività organizzate. L'idea di contratto, basata sul consenso e non sull'autorità, sulla parità di posizione delle parti e non sulla loro collocazione gerarchica, deve la propria odierna fortuna alla capacità, di cui questa idea è dotata, di valorizzare i singoli entro le collettività organizzate e di offrire strumenti idonei alla loro difesa contro il prepotere dei gruppi dominanti.

La clausola generale della buona fede contrattuale ha, nelle società per azioni, valenze superiori a quelle implicite nell'antica figura dell'eccesso di potere, nato per operare all'interno di un rapporto autoritativo, fra ente pubblico portatore di interessi superiori e cittadino portatore di interessi particolari. Proprio la fattispecie esaminata dalla Cassazione, nella quale non si discute di lesione dell'interesse della società da parte della maggioranza, ma di lesione dell'interesse della minoranza, impregiudicato l'interesse sociale, mostra come la buona fede contrattuale abbia campo di applicazione più vasto dell'eccesso di potere, difficilmente prospettabile nell'ipotesi di mero conflitto di interessi fra soci.

Il neo-contrattualismo si ritrova anche nelle tendenze della legislazione, e non solo per la protezione, sempre più largamente apprestata, alle minoranze azionarie, nelle già ricordate forme della parità di trattamento fra maggioranza e minoranza imposta in Europa con l'Opa obbligatoria, o della rappresentanza delle minoranze azionarie nei consigli di amministrazione; forme di protezione alle quali si aggiungono quelle tese ad evitare che le imprese, dislocando all'estero, per il tramite di società controllate, le proprie attività di produzione e di scambio, le sottraggano al controllo delle minoranze azionarie. Si è cominciato con l'imporre alla *holding* nazionale di elencare, in allegato al bilancio annuale da sottoporre all'approvazione dell'as-

ranza, che nella specie aveva deliberato lo scioglimento anticipato della società al solo scopo di liberarsi di un socio sgradito, per poi proseguire la medesima attività sociale per il tramite di un'altra società. La Cassazione si rende conto che, in una simile fattispecie, non soccorrono le norme dettate in materia di società di capitali; e che l'abuso non può essere sventato, come lo si può sventare in altre fattispecie, con l'applicazione della norma dell'art. 2373, relativa al voto espresso dal socio in conflitto di interessi con la società: «detta disposizione, infatti, riguarda il caso in cui il socio ha, per conto proprio o di terzi, "un interesse in conflitto con quello della società"; nell'ipotesi considerata, invece, il conflitto si manifesta esclusivamente tra i soci, senza pregiudicare la società». Una norma idonea allo scopo è, invece, reperita nel quarto libro del codice civile e, in particolare, nell'art. 1375, per il quale «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

semblea, le società da essa controllate, direttamente o indirettamente, ovunque costituite, e di riferire, nella relazione degli amministratori al bilancio, sull'andamento della gestione dell'impresa, anche attraverso le controllate. Da ultimo, per quando la *holding* nazionale è quotata in borsa, si è imposto di redigere i bilanci delle controllate estere secondo i principi del diritto nazionale della *holding*, e si sono resi gli amministratori di questa civilmente e personalmente responsabili della falsità dei bilanci delle società estere¹¹⁷.

Il neo-contrattualismo emerge, soprattutto, dai limiti che vengono legislativamente posti ai poteri della maggioranza, analoghi ai limiti che nel precedente paragrafo sono stati descritti riguardo alla maggioranza politica. Anche in materia di società per azioni si predica che le deliberazioni sociali debbono realizzarsi, per essere conformi all'interesse sociale, non solo l'interesse degli azionisti attuali, ma anche quello degli «azionisti futuri»¹¹⁸, ossia salvaguardare l'efficienza produttiva dell'impresa anche nella sua proiezione futura, in vista del soddisfacimento di coloro che in futuro accederanno al mercato azionario. Ma alludo, in particolar modo, alla prospettazione di decisioni all'unanimità, che in passato erano formalmente previste e che ora si ripropongono, per i casi in cui la maggioranza intenda apportare rilevanti modificazioni allo statuto della società, come decisioni virtualmente unanimi.

Nella società per azioni della prima metà dell'Ottocento il principio di maggioranza cedeva il posto al principio d'unanimità quando si trattava di modificare lo statuto della società¹¹⁹. Si distingueva fra esecuzione del contratto di società, cui i soci provvedono con deliberazioni a maggioranza, e modificazione del contratto di società, che richiede il loro unanime consenso. Il concetto era che la volontà del singolo non può essere coartata: non gli si può imporre di ritrovarsi socio di una società diversa da quella da lui voluta con la sottoscrizione dell'originario statuto. Aveva cominciato la legge francese del 23-29 maggio 1863, poi seguita dalle altre legislazioni, ad ammettere la modificabilità a maggioranza, purché si trattasse di una maggioranza qualificata; ma anche là dove, come in Francia, il legislatore era stato sollecito nel consentire, con norme esplicite, la modificabi-

¹¹⁷ Così negli Stati Uniti il Serbanes-Oxley Act de 2002; così in Italia la legge 28 dicembre 2005, n. 262, sulla tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, art. 6, che ha introdotto gli artt. 165 *ter*, *quater*, *quinquies*, *sexies* e *septies* nel Testo unico dell'intermediazione finanziaria.

¹¹⁸ L'espressione è di A. Asquini, *I battelli del Reno*, in «Rivista delle società», 1959, pp. 618 s.

¹¹⁹ Lo ricorda T. Ascarelli, *Studi in tema di società*, Milano, 1952, p. 7.

lità a maggioranza degli statuti, la giurisprudenza era rimasta a lungo ferma ad una interpretazione restrittiva di quelle norme, che giudicava applicabili solo in presenza di una clausola statutaria permissiva di modificazioni dello statuto, così riportando la deliberazione della maggioranza al preventivo consenso di tutti i soci¹²⁰.

Il punto di equilibrio fra le opposte esigenze fu ritrovato nel riconoscimento di un diritto di recesso ai soci dissenzienti, con la liquidazione della loro quota di partecipazione alla società. Ma il rimedio, se per un verso favoriva la maggioranza, per altro verso pregiudicava la società. Assecondava la maggioranza nei mutamenti della propria strategia imprenditoriale, che poteva portarla ad aumentare il capitale, a modificare l'oggetto sociale, a trasformare il tipo di società, a fondere la propria con altra società; ma depauperava la società, dalle cui casse dovevano uscire somme corrispondenti al valore della quota dei soci recedenti. La bilancia fu fatta pendere, in una prima fase, dalla parte della maggioranza: il diritto di recesso dei dissenzienti fu limitato ai casi più gravi, come la modificazione dell'oggetto sociale, il cambiamento del tipo di società, il trasferimento della sede sociale all'estero. Nell'ultima fase, segnata in Italia dalla riforma del 2003, la politica legislativa è mutata: i casi di recesso dei dissenzienti alle modificazioni statutarie sono stati moltiplicati (artt. 2437 e 2497 *quater*): per quanto si tratti di una elencazione tassativa, essa comprende tutte le ipotesi in cui la modificazione statutaria della società, o dell'ente o della società che su di essa eserciti al direzione e il coordinamento, incida sulle condizioni di rischio valutate dai soci al momento della loro adesione alla società o sul loro diritto di voto e, in genere, di partecipazione, tanto di partecipazione patrimoniale (diritto agli utili, diritto di opzione ecc.), quanto di partecipazione al governo della società (come il *quorum* necessario per la convocazione dell'assemblee su richiesta della minoranza o per l'azione di responsabilità contro gli amministratori da parte di essa), o sui vincoli alla circolazione delle azioni (introduzione o rimozione delle clausole di gradimento o di prelazione). E si è accettata l'eventualità, espressamente prefigurata (art. 2437 *quater*, comma 6°), che a seguito di un recesso in massa dei dissenzienti la società sia costretta allo scioglimento.

Il che non denota, a ben guardare, una esasperata protezione del diritto patrimoniale del socio dissenziente alla liquidazione della propria quota; comporta, piuttosto, un virtuale ritorno all'antica rego-

la dell'unanimità quando le modificazioni dello statuto sociale, o le vicende relative alla collocazione della società entro un più ampio gruppo, incidano profondamente sui legittimi interessi del singolo socio. Nessuna maggioranza assume l'iniziativa di una modificazione statutaria implicante il diritto di recesso dei dissenzienti senza prima avere valutato se ed in quale misura quella iniziativa incontri il dissenso delle minoranze, e se il costo che questo dissenso comporta, in termini di liquidazione della quota dei dissenzienti o in termini di acquisto delle loro azioni, sia tollerabile da parte della società o da parte dei soci di maggioranza. Un sensibile mutamento è così introdotto nei rapporti fra maggioranza e minoranza azionaria: la prima, quando sono in gioco trasformazioni profonde dell'assetto societario, deve ricercare, intorno alle proprie strategie di trasformazione, la più estesa condivisione possibile delle minoranze, oppure rinunciare a quelle strategie. Neo-contrattualismo solo virtuale, certo; e pur tuttavia neo-contrattualismo, fondazione di un modello di governo basato sulla ricerca di un accordo fra maggioranza e minoranze intorno alle scelte fondamentali della società per azioni.

Oltre il principio di maggioranza per le grandi scelte, dunque: qui come per la società politica; ma qui – secondo una costante delle storie parallele – il superamento del principio di maggioranza è già realizzato, mentre per la società politica è ancora, in larga misura, un superamento solo auspicato, in attesa di realizzazione.

¹²⁰ I riferimenti sono in A. Marghieri, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Commentario al codice di commercio*, a cura di Bolaffio, III, Torino, 1929⁵, p. 307.