

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

GENNAIO/MARZO

2020

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

«Impresa, mercati e tutela civile»: note introduttive

SOMMARIO: 1. Diritto dell'economia e direzione di governo. – 2. Grammatica di una riflessione di base. – 3. Il paradigma dei settori regolati. – 4. Note conclusive.

1. *Diritto dell'economia e direzione di governo*

Il diritto privato dell'economia è segnato da una tensione immanente tra categorie ordinanti consolidate nelle codificazioni civilistiche e dinamiche strutturali della produzione e circolazione dei beni e servizi propri dell'economia di mercato. Nondimeno, la concettualizzazione dei rapporti tra privati operata dalla scienza giuridica ha dimostrato, nella storia recente, una certa resilienza così da supportare l'affermazione dei diversi sistemi economici in tutte le fasi di "capitalismo permanente": (i) dall'economia di mercato tipica del primo capitalismo; (ii) all'economia pianificata o dirigista, a fronte dell'evoluzione in senso pubblicistico e autoritario degli assetti politico istituzionali e dei relativi fondamenti ideologici, propria della storia dell'Europa continentale nella prima metà del XX secolo; (iii) sino all'economia mista come programmata nella nostra Carta Costituzionale.

Negli ultimi anni siamo testimoni di un fenomeno nuovo. Si è cioè assistito all'evoluzione del modello di intervento pubblico nei sistemi economici e alla trasformazione del ruolo dello Stato in uno scenario caratterizzato da marcati processi di globalizzazione.

Le politiche normative di impianto comunitario hanno ridefinito la regolazione dell'economia. L'arretramento dell'Autorità statale e l'abbandono di misure pubbliche invasive vengono compensati dall'impiego di tecniche nuove che si sviluppano nel territorio del diritto privato.

In questo scenario, la disciplina privatistica dei rapporti economici assume un ruolo vieppiù rilevante, di sintesi e di garanzia di interessi direttamente inerenti – non già soltanto ad assetti afferenti il rapporto tra parti private, ma – la funzionalità generale di modelli di mercato.

La "provincia" dei presidi pubblici, che caratterizza la conformazione del nostro diritto civile, viene ad assumere dimensioni

imponenti. Con una sorta di rivoluzione copernicana, l'eccezione diviene regola ed istituti tipicamente privatistici non si limitano a veicolare preferenze individuali, ma a favorire la realizzazione di valori di sistema.

La prospettiva, indubbiamente affascinante, ci conduce alle nuove frontiere della "regolazione" del sistema economico, quella che è stata definita come il «nuovo governo dell'economia», la «neoregolazione (...)», spesso affidata ad Istituzioni amministrative.

Le fonti di cognizione assumono forme diverse e presentano molto spesso un contenuto altamente tecnico per effetto di un fenomeno di trasposizione di regole tecnico-finanziarie in regole giuridiche. L'analisi costi-benefici diviene criterio preferenziale di selezione della normativa. La dimensione eteronoma si sviluppa su un architrave profondamente diverso rispetto a quello ingessante del sistema previgente, che si manifestava con la presenza diretta del(l'ente) pubblico nel mercato.

La direzione di governo dell'economia viene allora perseguita da un nuovo «diritto privato regolatorio», che si edifica intorno ai declamati valori della concorrenza, dell'efficienza, della stabilità del mercato, nonché della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati.

2. Grammatica di una riflessione di base

Le teorie istituzionalistiche dello sviluppo economico ci insegnano che sono proprio le regole di diritto privato che determinano l'efficienza dell'intero sistema economico. D'altronde la definizione dell'organizzazione sociale dipende, per una parte molto rilevante, dalle relazioni di base. Che il loro disegno è determinante per il funzionamento dello stesso mercato.

Seguendo questa prospettiva, diventa una necessità aprire una riflessione di base sulla "riconcettualizzazione" o "rimodulazione" delle categorie ordinanti. Più correttamente, si pone un problema di costruzione di concetti giuridici nuovi in una dimensione di accertato declino della stessa distinzione tra diritto pubblico e privato. Distinzione segnata da una trasformazione che attiene alla natura dei soggetti attivi sulla scena e delle situazioni giuridiche sostanziali, agli obiettivi e alle finalità perseguite, alla giustiziabilità delle pretese.

Esercizio quello richiamato di per sé complesso che assume però profili di maggior complessificazione alla luce delle problematiche strutturali connotanti la c.d. «quarta rivoluzione industriale», dove i processi produttivi e distributivi sono riorganizzati lungo i binari della digitalizzazione avanzata (per il tramite delle cc.dd. tecnologie abilitanti, a partire da infrastrutture informatiche, intelligenza artificiale ed elaborazione massiva dei dati personali) e della c.d. disintermediazione o, per meglio dire, delle nuove forme di intermediazione impiegabili con l'ausilio della tecnologia.

Nel contesto, l'esigenza di rinnovamento delle modalità di comprensione giuridica dei rapporti d'impresa e la conseguente costruzione dei relativi assetti di tutela, si snodano su due assi che finiscono per convergere. Da un lato, quello indirizzato alla ridefinizione sostanziale degli assetti, in punto di identificazione dei centri di imputazione e dei presupposti di titolarità delle tutele. Nuovi assetti e nuove soggettività che scardinano il pilastro stesso (: diritto soggettivo) intorno al quale è stato edificato il codice civile vigente; Dall'altro lato, quello, collocato sul piano rimediario, orientato alla ridefinizione degli strumenti di attuazione coattiva delle posizioni giuridicamente protette. È noto che l'idea stessa di rimedio è intimamente connessa alla situazione giuridica che intende tutelare. Nella diversità metodologica dei diversi ordinamenti, un diritto esiste in quanto c'è un rimedio e solo se c'è un rimedio il diritto esiste: *ubi ius ibi remedium, ubi remedium ibi ius*. Del resto, i rimedi non sono formule declamatorie ma vere e proprie "istituzioni sociali" che dotano di forza gli interessi soggettivi rendendoli situazioni giuridiche. Rispondono cioè alla concreta esigenza di tutelare coloro che hanno subito o temono di subire un'ingiustizia e, per l'effetto, si identificano con l'essenza stessa del diritto. Risulta insomma intuitivo che la rivisitazione delle categorie giuridiche sostanziali non può prescindere da un ripensamento più generale degli strumenti rimediari, che devono, per l'appunto, tenere in considerazione: le nuove soggettività giuridiche, ovvero i soggetti legittimati ad agire, portatori dell'interesse esposto alla minaccia dell'illecito; i nuovi interessi che giustificano l'esperimento dell'azione e, soprattutto, le conseguenze (catastrofiche) dell'illecito.

3. *Il paradigma dei settori regolati*

Nel quadro tracciato, assumono rilievo prioritario e per molti versi dimostrativo i settori cc.dd. regolati, tra i quali in particolare il comparto delle attività finanziarie, poiché più degli altri testimoniano questo cambio di paradigma concettuale.

L'arretramento dell'Autorità Statale dal giuoco economico e la contestuale affermazione del modello dello Stato regolatore, la cui cifra si coglie nel diritto privato regolatorio, sono qui di percezione immediata.

Le teorie generali diventano regole operazionali. I negozi del mercato possono essere perfezionati esclusivamente da un imprenditore qualificato la cui organizzazione sia fondata su una struttura che garantisca la solvibilità dell'impresa. L'impresa dona l'anima al contratto e ne determina la disciplina. Il contratto insomma non è più un ordinamento autonomo, un affare privato alla luce delle conseguenze di sistema (le «esternalità») che è idoneo a produrre. La predisposizione di clausole contrattuali eteronome dal valore precettivo diventa una raffinata tecnica normativa che caratterizza l'intervento autoritativo nel mercato. Il concetto di autonomia privata intesa sia come libertà di concludere il contratto sia di determinarne il contenuto deve essere revisionato. È interessante notare, da questo angolo visuale, che la politica di intervento non opera, almeno non esclusivamente sul piano dell'*enforcement*, incidendo direttamente sul diritto sostanziale, cioè sulle norme di regolazione dei soggetti, delle condotte, degli atti.

La riserva di attività, le limitazioni dell'oggetto sociale, il sistema delle autorizzazioni e dei controlli *ex post*, la *disclosure* al mercato, la speciale organizzazione e i requisiti patrimoniali sono la cifra della *governance* delle imprese bancarie, finanziarie e assicurative. Lo statuto contrattuale riflette questa dimensione e assurge a sintesi della convergenza tra interessi generali e individuali. La regolazione del contratto diviene strumento di regolazione del mercato e viene affidata ai guardiani del nuovo ordine chiamati a tutelare gli interessi della collettività. Autorità dotate di un potere di regolamentazione pervasivo che si estende a tutti gli aspetti dell'organizzazione e dell'attività del mercato.

4. *Note conclusive*

In questo contesto di cambiamento strutturale, la Direzione della *Rivista di Diritto Bancario* ha organizzato il Convegno di Studi per favorire una riflessione di base sugli istituti fondamentali del diritto dell'economia. I risultati scientifici di questo incontro appaiono meritevoli di segnalazione. Da essi emerge infatti una rinnovata attenzione critica ai rapporti tra diritto ed economia. Nello spirito che anima i contributi qui pubblicati, esito di due giornate di lavoro trentine, l'esigenza di un ripensamento delle categorie fondative non muove nella prospettiva di adeguamento del diritto alle forze economiche, ma in quella inversa.

La rinnovata attenzione critica dimostra che i tempi sono maturi per nuove proposte di politica del diritto che tengano conto delle grandi trasformazioni in atto.

