

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), THOMAS ULEN (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CAGLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO),
MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA)

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, 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 ABBAIA 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

**Imprese e mercati tra autonomia privata e regolazioni pubbliche.
Appunti per una lezione inaugurale.***

È molto utile che nell'inaugurazione congiunta dei corsi di diritto commerciale e diritto bancario vengano posti al centro temi e concetti generali – impresa, mercato, autonomia, regolazione – e le loro connessioni e reciproci condizionamenti.

Per entrare in argomento è indispensabile una sommaria messa a fuoco dei diversi temi, partendo dal primo, l'impresa, definibile come una struttura organizzativa (di capitali, risorse umane – il lavoro – saperi, strutture materiali) costituita in funzione dello svolgimento di un'attività economica; parliamo, dunque, di un'organizzazione funzionale all'attività economica.

Oggi viene naturale concentrare l'attenzione sull'impresa come *oggetto centrale* dei rami del diritto che si occupano delle attività economiche, ma per moltissimi anni non è stato così: al centro dell'attenzione sono state, sulla scorta dell'art. 2082 del codice civile la figura umana dell'imprenditore e le varie *forme giuridiche* – dalla ditta individuale sino alla società per azioni quotata in borsa – che l'imprenditore sceglie come centro di imputazione, cioè di riferimento, dei rapporti giuridici che riguardano l'impresa, il suo funzionamento e la sua attività esterna.

Dobbiamo ad alcuni maestri del diritto commerciale, tra cui Giorgio Oppo (“*Principi*”, in AA.VV. *Trattato di diritto commerciale*, Torino 2002), Vincenzo Buonocore (voce *Impresa* in *Enciclopedia del Diritto, Annali I*, Milano 2007), e Paolo Ferro-Luzzi (*Lezioni di diritto bancario*, vol. I, Torino 2004), aver rimesso al centro della scena l'impresa come entità giuridica *autonoma e fondamentale*, che, nelle varie situazioni – di trasformazione o di crisi – deve essere – ove possibile – salvaguardata come *valore in sé*, a prescindere dalla sorte della società che le gestisce.

* Testo della lezione inaugurale congiunta dei corsi di diritto commerciale e di diritto bancario, tenuta il 14 marzo 2019 nella Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Salerno, con il patrocinio dell'ADDE – Associazione dei Docenti di Diritto dell'Economia. Il testo, che ha ovviamente taglio e finalità *didattiche*, è dedicato – sperando sia loro utile – alle studentesse ed agli studenti salernitani come augurio per il loro futuro.

La libertà di iniziativa economica – garantita dall’art. 41 della Costituzione – si concretizza, quindi, nella libertà di dare corpo ad una determinata struttura di impresa e di svolgere con essa una certa attività, il che vuol dire accedere ad uno specifico mercato ed operare in esso, scambiando merci o servizi, in concorrenza “alla pari” con altri operatori, scegliendo liberamente le strategie commerciali e di sviluppo.

Tutti questi aspetti si compendiano nell’*autonomia imprenditoriale*.

Il nocciolo dell’*autonomia* – come concetto generale, sia pubblica che privata – è, semplificando al massimo, il potere di dirigersi da sé [come ancora insegnano Salvatore Pugliatti, voce *Autonomia privata* e Massimo Severo Giannini, voce *Autonomia (teoria generale e diritto pubblico)*, entrambe in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Milano 1959].

L’*autonomia imprenditoriale* consiste quindi nel potere di autoorganizzarsi, di individuare le strategie per affermare la presenza attiva dell’impresa nel mercato, di dare esecuzione a queste strategie, sia sul versante interno (del prodotto che si vuole mettere sul mercato) sia su quello esterno, della promozione e vendita.

Sul *piano sostanziale* l’*autonomia imprenditoriale*, essendo volta allo svolgimento dell’attività economica, deve concretizzarsi in scelte idonee a far entrare ed a far rimanere i “*prodotti*” (beni o servizi) dell’impresa “sul mercato”; essa è perciò condizionata innanzitutto dalla situazione, attuale e prevedibile, dello specifico mercato relativo ad un determinato prodotto. Ad esempio quarant’anni fa – alla fine degli anni ‘70 – era fiorente il “mercato” della redazione dei programmi di sviluppo regionali perché le Regioni, avendo ricevuto nel 1977, dallo Stato, molte funzioni in campo economico, dovevano farsi le loro programmazioni; analogamente – per fare un altro esempio – era fiorente il mercato dei fax.

Attualmente l’evoluzione tecnologica ha reso obsoleti i fax e l’evoluzione (o involuzione) della realtà politico-istituzionale e finanziaria delle Regioni ha fatto venir meno la domanda di servizi (consulenze) per la redazione di programmi economici generali.

2. Accanto a questo *condizionamento sostanziale*, relativo alla situazione ed alle tendenze dello specifico ambito di mercato in cui si vuole operare, vi è poi un secondo, decisivo *condizionamento formale*, costituito dalla *regolazione giuridica* delle imprese e dei mercati stessi.

Nel mondo contemporaneo la massima parte delle attività umane è soggetta non solo a *regolamentazioni pubbliche* dei più vari livelli (si va dai trattati internazionali, ad esempio in materia di commercio, ai regolamenti comunali, ad esempio di disciplina della circolazione), ma anche a *vari tipi di controlli* da parte di pubblici poteri (ad esempio: il volo con gli aerei ultraleggeri è soggetto ad autorizzazione). Il *controllo* è definibile, anche qui in estrema sintesi, come l'attività di verifica – da parte di un organismo amministrativo – della regolarità dello svolgimento di una funzione pubblica o della correttezza dei comportamenti dei soggetti che operano in un certo settore.

Le attività economiche sono al centro del mondo contemporaneo e sono quindi soggette a molteplici tipi di regolamentazioni e di controlli pubblici, i quali si giustificano con la necessità di tutelare gli interessi generali connessi alle attività stesse (ad esempio: la tutela della salute o dell'ambiente). Il diritto d'impresa è *bilanciato* – sempre nell'art. 41 della Costituzione – dalla necessità di tutelare interessi generali della collettività ed i diritti delle persone e a questo scopo è soggetto a regolamentazioni e controlli da parte di pubblici poteri.

L'*insieme* costituito dalla somma delle regolamentazioni e dei controlli pubblici costituisce la *regulation*, che per comodità si può qui tradurre con *regolazione*.

Di particolare rilievo per le attività economiche sono – oltre alle regole legislative, sempre più dell'Unione Europea – le strutture organizzative pubbliche (nazionali ed europee) preposte sia alla regolamentazione secondaria, di tipo tecnico – relativa al “come si deve operare” – sia al controllo degli operatori e del funzionamento dei mercati.

Si dice perciò che le nostre sono *economie sociali di mercato*, nelle quali le decisioni pubbliche svolgono il compito essenziale di *correggere* i malfunzionamenti (c.d. fallimenti) dei mercati e delle imprese, allorché ledono gli interessi collettivi ed i diritti fondamentali della persona.

Se i controlli sono continuativi sull'intera l'attività d'impresa si ha la *vigilanza*, la quale può essere attribuita ad una sola struttura pubblica o essere multilivelli (sulle banche, ad esempio, è in collaborazione tra BCE e Banca d'Italia); può essere affidata ad autorità indipendenti (ad esempio: per le banche e per moltissimi servizi pubblici) o ad amministrazioni “ordinarie” (Ministeri, Regioni, Comuni), ma anche ad

enti o consorzi privati qualificati (ad esempio: per la tutela dei prodotti “made in Italy” dalle contraffazioni) ed infine, all’autocontrollo delle associazioni di produttori (ad esempio: in campo alimentare).

La regolazione delle attività economiche (più precisamente: di quelle che hanno rilevanza economica di mercato), intesa in senso ampio comprende – oltre alle regolamentazioni (di varia natura e livello) ed alle funzioni di controllo – altri tipi di atti e di procedimenti: gli atti di indirizzo politico e le programmazioni e pianificazioni.

Ad esempio un atto di indirizzo politico è stato la lettera con cui il Presidente del Consiglio ha indicato alla società mista italo-francese che sovrintende ai lavori della TAV (la ferrovia ad AV per la tratta Lione-Torino), le condizioni per pubblicare gli avvisi per raccogliere le manifestazioni d’interesse delle imprese che vogliono ottenere gli appalti dei lavori.

Le programmazioni e pianificazioni sono anch’esse atti di indirizzo che prefigurano l’assetto futuro, ritenuto ottimale in un certo momento storico, di settori economici o ambiti territoriali ed indicano le misure (giuridiche, finanziarie ed organizzative) per realizzarli.

3. Qualche studioso “più tradizionale” del diritto pubblico o amministrativo potrebbe obiettare che la nozione di *regolazione* – intesa in modo così “allargato” – finisce per avere poco significato giuridico perché “abbraccia” funzioni pubbliche (e le relative procedure) estremamente *eterogenee*: si va da decisioni politiche, alla produzione di atti legislativi o di regolamenti, ai precetti che costituiscono la componente giuridica delle programmazioni, sino ai provvedimenti amministrativi adottati, nei singoli casi, nell’esercizio delle funzioni di controllo (ad esempio: l’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria; oppure l’abilitazione all’esercizio di una professione, che nel diritto europeo è considerato attività d’impresa, soggetta alle regole di tutela della concorrenza).

La risposta può essere che in tutti questi casi – nonostante la loro varietà di natura e di forma giuridica – vi è un *minimo comun denominatore*: siamo in presenza di decisioni pubbliche, assunte con le dovute procedure, che hanno *contenuto precettivo* per i destinatari.

Sono, dunque, decisioni che modificano autoritativamente le situazioni giuridiche dei destinatari e possono consistere, a seconda dei casi, in: attribuzioni di poteri a soggetti pubblici; regole di

comportamento per le imprese e per la *governance* delle società quotate; regole di organizzazione e funzionamento di vari tipi di mercati (bancari, finanziari ed assicurativi, ma anche dei pubblici servizi, etc.); discipline amministrative della produzione e della circolazione di merci (ad esempio: i farmaci o i cosmetici), ma anche di prodotti immateriali (gli strumenti finanziari); programmi pubblici che limitano il diritto d'impresa (ad esempio: in materia di *cave*) o di proprietà (ad esempio: i piani urbanistici) o, invece, prevedono investimenti in opere pubbliche o la concessione di sovvenzioni pubbliche; provvedimenti autoritativi, adottati nell'esercizio della funzione di controllo del rispetto ed l'attuazione delle regole (ad esempio: sanzioni in caso di violazioni).

Riassumendo, con un'immagine si può dire che l'impresa – privata o pubblica che sia – è soggetta ad una rete, a più strati, di decisioni pubbliche precettive che ne condizionano l'organizzazione e l'attività.

In passato, in teoria, lo Stato si limitava, essenzialmente con il codice civile, a disciplinare i rapporti civili: dai soggetti, ai diritti soggettivi, alle obbligazioni, ai contratti, al lavoro, all'impresa ed alle sue forme organizzative, in particolare le società.

Il pubblico potere, dopo aver dettato le regole generali, doveva rimanere fuori dai rapporti civili; una volta definito e *livellato il campo da gioco* la partita veniva giocata da soggetti formalmente uguali.

Questo modello astratto di autolimitazione del potere pubblico anche in passato è stato ampiamente *contraddetto*, nella realtà, per tre fondamentali motivi.

La prima: nei contratti le parti erano formalmente uguali, ma in molti casi uno dei contraenti era più debole o meno informato, per cui lo stesso codice civile del 1942 prevedeva qualche forma di riequilibrio.

Soltanto molti decenni dopo, nel contesto della Comunità europea, la politica di tutela dei consumatori – strumentale alla realizzazione di un mercato unico europeo aperto e concorrenziale – ha prodotto regolamentazioni sistematiche, e “a valle”, in Italia, il Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005).

Il secondo è il fenomeno della c.d. *decodificazione*, vale a dire il fatto che molte materie, in origine disciplinate soltanto nel codice civile – ad esempio, i contratti bancari ed assicurativi – si sono venute evolvendo e complicando – per le trasformazioni dei mercati ed il sopravvenire di regolamentazioni europee – e hanno via via formato oggetto di leggi “speciali”. Questa legislazione c.d. speciale europea e nazionale, spesso

raccolta nel nostro Paese in Testi Unici o in Codici, ha un contenuto misto ed integrato nel senso che – dovendo trattare l'intera materia – disciplina *sia* i poteri pubblici di regolamentazione e di vigilanza degli operatori (nell'esempio fatto: le imprese bancarie, finanziarie o assicurative); *sia* la struttura formale – di s.p.a. o cooperative per azioni – di queste imprese finanziarie ed il loro corretto funzionamento; *sia* i rapporti contrattuali tra di esse ed i risparmiatori o gli investitori o gli assicurati; *sia*, infine, le regole di organizzazione e di funzionamento dei rispettivi mercati nei quali beni o servizi vengono scambiati.

È da notare che “*L'organizzazione giuridica del mercato*” (titolo di un fondamentale libro di Natalino Irti, Roma-Bari 1998) in passato si limitava a dettare le regole di comportamento degli attori economici, ma non si spingeva a conformare (cioè a strutturare) l'ambito nei quali essi competono, che è il mercato.

Il risultato è che – per rimanere agli esempi fatti – il T.U. bancario, il T.U. dell'intermediazione finanziaria ed il Codice delle Assicurazioni contengono una regolamentazione *integrata* degli aspetti pubblicistici – le Autorità di vigilanza, i poteri precettivi di regolazione e controllo e l'organizzazione dei mercati – e di quelli privatistici (contrattualistici e societari).

Queste vicende hanno fatto parlare qualche studioso “tradizionale” del diritto commerciale di commistione o di “inquinamento” pubblicistico dei rapporti civilistici.

Sta di fatto che questa integrazione di istituti del diritto pubblico ed amministrativo e di quelli civilistici e del diritto commerciale è *obbligata* perché “figlia dei tempi”, cioè dell'evoluzione dei mercati e della regolamentazione europea, la quale non si preoccupa minimamente di queste distinzioni.

La realtà è che esiste ormai un *diritto dell'economia* composito nel quale i vari istituti e poteri – pubblicistici e privatistici – si intrecciano e danno vita a nuovi meccanismi; sarà pure un diritto meticcio, come dice qualcuno, ma (come constatiamo con i cagnolini una volta sprezzantemente chiamati bastardi), i meticci sono più adattabili ed intelligenti.

Il *terzo* motivo è di tipo storico: il modello dello Stato arbitro, dall'esterno, dei rapporti economici tra privati non ha mai corrisposto alla realtà, la quale – negli Stati contemporanei – ha mostrato sempre

un certo *dirigismo* (più o meno forte) dei pubblici poteri nel campo delle attività economiche.

La legislazione amministrativa, fin dall'inizio del secolo scorso, ha fortemente condizionato in molti modi le imprese private:

- innanzitutto con una vasta e diffusa presenza di imprese pubbliche, cioè controllate in vario modo da pubblici poteri, che occupavano ed occupano porzioni di mercato (si parlava perciò di economia mista);

- in secondo luogo creando dei mercati gestiti da pubblici poteri (le Borse titoli) o mercati amministrati da decisioni pubbliche (dalla regolamentazione autoritativa dei prezzi, una volta della benzina, ancora oggi dei medicinali) o limitando il numero degli operatori ammessi al mercato (una volta le banche, ma anche le edicole e i parrucchieri, ancora oggi le farmacie) o subordinando le attività ad autorizzazioni o concessioni (ad esempio: per gli impianti industriali e per le infrastrutture).

Dagli anni '90 del secolo scorso molte attività sono state liberalizzate e molti settori di attività, prima riservati ad enti o società a controllo pubblico, sono stati aperti ai privati; molte società (ad esempio: Telecom e Autostrade) sono state privatizzate.

Nonostante questo vi sono ancora migliaia di società in pubblico comando, soprattutto regionali e locali, le quali sono soggette ad una disciplina speciale (d.lgs. n. 175/2016), atipica rispetto a quella del codice civile, perché le assoggetta a vincoli pubblicistici ispirati all'ossessione della trasparenza.

Per usare una formula molto diffusa lo Stato è divenuto meno imprenditore e pianificatore e più regolatore.

4. La crisi economica iniziata nel 2008 ha inciso sul rapporto tra autonomia d'impresa e regolazioni pubbliche.

Semplificando al massimo si può dire che vi è stata una ripresa dell'interventismo degli Stati, mentre l'UE non è riuscita a dare una risposta né adeguata né unitaria; al contrario è stata costretta ad "allentare le briglie" della *politica della concorrenza*, specialmente riguardo al divieto degli aiuti di Stato.

Una politica – peraltro – che la Commissione ha sempre attuato in maniera selettiva, a seconda della forza politica ed istituzionale dei paesi membri: in modo molto morbido nei confronti dei Paesi più forti (Francia, Germania e Gran Bretagna, la quale – peraltro – aveva

ottenuto, in vari campi, molte clausole di esonero) ed in modo spesso puntiglioso nei confronti di altri Paesi.

Nelle scelte della Commissione vi è una forte componente di discrezionalità politica, la quale in alcuni casi, dopo estenuanti negoziati, dà via libera ad operazioni di intervento o di salvataggio da parte degli Stati (ad esempio: all'acquisizione da parte dello Stato di una partecipazione di controllo nel Monte dei Paschi di Siena, che era sulla soglia dell'insolvenza).

Oltre alla ripresa dell'interventismo degli Stati (S. Cassese, *Territorio e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati*, Bologna 2016) la crisi economica ha determinato, specie sul versante europeo, una revisione e rafforzamento della regolazione, soprattutto europea, relativa a molti campi di attività; in primo luogo ai mercati finanziari ma anche al mercato delle infrastrutture.