

LE CLAUSOLE GENERALI NEL DIRITTO DELL'ECONOMIA

di *Filippo Sartori, Maddalena Rabitti*

La strategia del ricorso ai c.d. “*concetti normativi valutativi*” assume nel contesto del diritto dell’economia tratti del tutto peculiari. Un primo elemento di rilievo attiene all’evoluzione del modello regolativo dei mercati finanziari che, nell’esigenza di razionalizzazione dei dati esistenti, si è venuto a sviluppare lungo due traiettorie di opposto vettore: verso cioè una maggiore specificità normativa e verso un ricorso largheggiante a clausole generali.

Da una parte si ricorre a una legislazione regolamentare (analitica) senza molti precedenti nel contesto di istituzioni diverse da quella del mercato finanziario. Nel corso degli anni si sono registrate una pioggia di provvedimenti, molti dei quali in recepimento della normativa europea, che hanno dettato regole assai analitiche e puntute. L’esigenza di armonizzazione massima ha prodotto una ragnatela di provvedimenti di dettaglio creati, fra l’altro, dai nuovi centri di produzione di norme giuridiche. Da qui il ricorso spasmodico a *technical standars, guidelines, best practices*, protocolli, comunicazioni, ecc. che hanno accentuato l’onere complessivo della regolamentazione, sotto il profilo dei costi e delle possibili incoerenze sistematiche.

Dall’altra parte, viene però da tempo fatto ampio ricorso alle clausole generali caratterizzate da formule lessicali indeterminate e aperte. Del resto, la rigidità del metodo regolamentare, quale effetto della trasposizione di regole tecnico-finanziarie in norme giuridiche, è ammorbidita dall’utilizzo di clausole generali che restituiscono un adeguato livello di flessibilità e discrezionalità tecnica. Se guardiamo a questa seconda dimensione, le clausole generali si presentano, nel contesto del diritto dell’economia, di due tipologie. Quelle *tributarie* di clausole ampiamente diffuse al di fuori del perimetro del diritto dell’economia, e per certi versi più familiari al giurista. Quelle, invece, che provengono dal diritto europeo e che impartiscono direttive per la ricerca della norma di decisione – o meglio di conformazione – che si misurano con altre aree delle scienze sociali, in particolare quelle economiche e delle scienze tecniche.

Per rimanere a livello di esemplificativo, appartiene al novero delle clausole del primo tipo quella di *trasparenza* che è proprio una clausola generale, una *clausola madre*, del diritto dell'economia. Nel suo proprio significato ha una dimensione relazionale e, allo stesso tempo, conformativa dell'attività d'impresa. Ma l'aspetto che va rimarcato è che essa non è una clausola generale – nella sua intima struttura – per così dire a sé stante o nuova. Esiste, infatti, un legame diretto di derivazione dalla clausola generale di buona fede di diritto privato e dai valori costituzionali che ne innervano la struttura. Il contenuto della solidarietà si espande senz'altro oltre l'atto per investire l'attività diventando siffatta clausola un parametro generale di valutazione dei comportamenti di mercato e nel mercato. Pur con le peculiarità richiamate, che sono senz'altro importanti, la clausola si traduce in una norma di direttiva che consegna all'interprete uno standard che racchiude valori coerenti con quelli che ispirano l'ordinamento nel suo complesso.

Meno familiare si presenta il fenomeno se guardiamo al secondo livello delle clausole tipo. Sempre a livello di esemplificativo, di particolare rilievo è quella della “*sound and prudent management*”. Se inizialmente la “sana e prudente gestione” era confinata nella dimensione organizzativa dell'impresa, ben presto è diventata clausola generale che pone regole di condotta e assurge a criterio di valutazione dell'atto e dell'attività dei soggetti vigilati, come del resto si ricava dalla lettura dell'art. 127 TUB. Su questo fronte però l'attività di tipizzazione delle condotte si muove su territori nuovi, nel senso che la discrezionalità produttiva o integrativa di norme declina verso standard e, quindi, valori che non sempre vengono percepiti come coerenti con la gerarchia assiologica cui l'ordinamento nel suo complesso si ispira. La sana e prudente gestione diventa fondamento di obblighi collaterali di carattere *tecnico-finanziario*, che incidono sul rapporto contratto-impresa e favoriscono un bilanciamento tra la finalità di protezione della clientela e degli interessi generali del sistema. Efficienza, competitività ma soprattutto stabilità del sistema finanziario evocano criteri che implicano accertamenti tecnici prevalentemente esogeni al sistema giuridico e coerenti con le finalità e gli obiettivi micro e macro prudenziali del sistema finanziario: una diversa scala assiologica cui l'ordine del mercato come istituzione si ispira. Il cantiere rimane aperto, e i modelli di condotta variano con l'evoluzione e i cambiamenti del mercato. La tipizzazione delle condotte avviene in conformità ai requisiti della conoscenza tecnico-finanziaria secondo i modelli della prassi.

Va peraltro notato che l'ampio richiamo a criteri extralegali di matrice finanziaria depotenzia l'utilizzo della “norma incompleta” in sede giudiziale: la formazione della norma di decisione vincolata a una direttiva attraverso il riferimento a uno standard tecnico non rientra nella sensibilità dell'autorità giudiziaria, nel suo modo di procedere. Il che non stupisce, poiché lo standard viene

in considerazione non in quanto tale, ma in quanto manifestazione dell'esperienza tecnico-finanziaria. Il problema, cioè, della “*fondabilità conoscitiva dei valori*” si infrange, nel contesto del diritto dell'economia, con i requisiti della conoscenza tecnica del sistema finanziario, della sua razionalità complessiva. La cultura giudiziaria rimane legata a schemi concettuali antichi. L'attività di integrazione e di controllo è affidata a modelli di condotta già collaudati dall'esperienza. La dimensione valoriale si orienta verso la *need of protection* della clientela, mentre la dimensione micro e macro prudenziale fatica ad assumere rilievo nell'attività di *ius dicere*. La soluzione al conflitto rimane confinata nella fattispecie, all'interno del rapporto obbligatorio, che non subisce il fascino e la “contaminazione” di quegli interessi superiori, pubblicistici, di “sistema”. Detto questo, è appena il caso di aggiungere che si avverte, nei tempi attuali, una tendenza di segno contrario. Di sicuro rilievo, in questa prospettiva, la decisione delle sezioni unite della Corte di Cassazione in tema di validità dei contratti di fideiussione (*omnibus*) a valle delle intese dichiarate nulle dalla Banca d'Italia. Nell'adozione della regola del caso di specie, il Collegio dopo aver messo in rilievo il valore della concorrenza nel mercato bancario – e così selezionato il rimedio demolitorio invece di quello risarcitorio –, ha pure dato cittadinanza tra gli strumenti dell'integrazione valutativa alla “sana e prudente gestione” dell'impresa e, più in generale, alla stabilità del sistema – e così optato per la nullità parziale.

Sullo sfondo di tale constatazione, rimane una breve notazione finale.

Un utilizzo consapevole delle formulazioni normative che contengono clausole generali consente, di volta in volta, di favorire un bilanciamento ottimale dei molteplici interessi in giuoco, anche lungo le tracce di un modello di sviluppo economico del mercato sostenibile che consideri e includa i fattori di carattere ambientale, sociale e le buone prassi di governance. Sul piano delle potenzialità applicative, poi, le clausole generali nel diritto dell'economia favoriscono un coordinamento sistematico a fronte di una pluralità di soluzioni normative applicabili, così come interpretazioni estensive di norme settoriali e letture orientate e di tipo forte secondo i vettori valoriali della disciplina.

Clausole generali, insomma, quale strumento di “ordine” del mercato alla luce del pluralismo di valori che ne innervano l'organizzazione, nonché tecnica valutativa che aspira ad assicurare la complessiva razionalità del sistema.

Il volume, che raccoglie gli atti del Convegno associativo annuale tenutosi nell'Università Cattolica di Milano nel dicembre 2022, non si occupa solo di clausole generali ma anche di principi, da un lato, distinguendo le une dagli altri sul piano concettuale, dall'altro lato individuandone i più significativi e testando la loro portata sul piano applicativo.

Al fianco delle clausole generali, infatti, il diritto dell'economia è segnato anche dall'affermarsi di principi vecchi e nuovi che guidano l'interprete nel-

l'affrontare le transizioni in atto, in particolare, quella digitale e quella ambientale che stanno trasformando il sistema economico e sociale verso obiettivi di sostenibilità e resilienza. La prevenzione dei rischi di impresa diviene principio non declamatorio, che si coglie in numerose regole operative che modificano la governance e la supervisione delle imprese finanziarie.

In un contesto di transizione come quello attuale il diritto dell'economia si trova a sperimentare, dunque, nuovi paradigmi e a ricercare nuove metodologie di analisi. Il principio di inclusione sociale, ad esempio, guida la lettura del rapporto tra competitività e stabilità finanziaria nel settore bancario o è declinato in termini di inclusione tecnologica o finanziaria; il principio di prevenzione dei rischi trova espressione nelle regole operative più recenti che impattano sulla governance e sulla supervisione delle imprese finanziarie; lo sviluppo sostenibile assume i tratti di un principio guida che trova fondamento in Costituzione.

Il volume di Adde si apre con il dialogo interdisciplinare, con saggi di giuristi di saperi diversi sulle clausole generali, si sviluppa con il confronto sul tema nella prospettiva specifica del diritto dell'economia e si chiude con il dialogo intergenerazionale sui nuovi principi, in cui i più giovani si confrontano con gli studiosi più esperti della materia. Dialoghi tutti necessari per il futuro della ricerca nel diritto dell'economia.