

Primo tema congressuale

IL DIRITTO DELLE IMPRESE NEI MERCATI INTERNAZIONALI: LIMITI E NECESSITÀ

Nel mercato globale, il difficile rapporto tra regole e profitto trova la sua sintesi in un sistema di valori, dei quali nessuno ha il monopolio. Ne discende la perdita di monoliticità del diritto e il pluralismo degli attori del mercato

di Stefano Marchese

Questo è il titolo assegnato al primo dei due temi congressuali, il quale sarà sviluppato, come di consueto, nel volume pregressuale che la Commissione scientifica sta predisponendo, e verrà dibattuto nella splendida cornice di Taormina.

Il titolo consta di un binomio: il diritto delle imprese, da un lato, e i mercati internazionali, dall'altro. I due termini del binomio sono analizzati nei loro reciproci e molteplici rapporti, ossia in che modo essi interagiscono, quale influenza l'uno esercita sull'altro. Questa analisi, essenzialmente di tipo funzionale, porta a due conclusioni che il titolo stesso suggerisce: i limiti del diritto o del mercato, nel loro operare simbiotico; e le necessità dell'uno e dell'altro, da individuarsi in modo diacronico nel *continuum* delle loro poliedriche interrelazioni.

Il tema è certamente complesso, ma allo stesso tempo esso consente una gamma pressoché infinita di "svolgimenti": si sarebbe potuto compiere un'analisi "tradizionale" di matrice prettamente giuridica, oppure una disamina, anch'essa di tipo tradizionale, basata su una prospettiva economica. Il diritto e il mercato agli occhi del giurista; oppure il diritto e il mercato agli occhi dell'economista. Tuttavia, seguendo l'una o l'altra soluzione, che innegabilmente offrono il vantaggio di percorrere, in relativa tranquillità, sentieri ben segnati e già a lungo battuti, il risultato sarebbe stato quantomeno inappagante. Si sarebbe potuto argomentare che la nostra professione non è una professione "solo" giuridica, o "solo" economica, ma giuridico-economico-contabile (qualcuno, talora, omette l'espressione "contabile", quasi che

fosse dispregiativo o riduttivo, ma tra meno di due anni, con l'evoluzione in corso della tecnica e del diritto dell'informativa finanziaria, chi saprà padroneggiare le complesse regole e i sottili distinguo degli *International Financial Reporting Standard* nell'ambito dei bilanci consolidati sarà certamente tenuto in gran conto come professionista di alto valore). La conclusione, dunque, avrebbe potuto essere per un'analisi per metà giuridica e per metà economica, ovvero, se si preferisce, per un terzo l'una, per un altro terzo l'altra, dedicando la restante parte al profilo "contabile" del mercato. Anche questa impostazione, tuttavia, appariva insoddisfacente.

Si è percorsa quindi un'altra via, certamente più originale, e culturalmente forse più idonea a cogliere, seppur con tutti i limiti del caso, il complesso rapporto posto dal binomio del diritto e del mercato. Si tratta della via dell'analisi economica del diritto, della comparazione giuridica, del muoversi lungo le molteplici dinamiche del mercato mettendo in discussione gli assiomi dogmatici appresi nelle impostazioni giuridiche tradizionali.

Qualche Lettore, a questo punto, potrebbe pensare che questo mio modo di esprimermi sia un po' vago. Avrebbe ragione. E per di più gli segnalerei che questa vaghezza è voluta. Lungi da me offrire in questo articolo di presentazione del tema la sintesi del volume: giammai. Questo vuole e deve essere un assaggio, un antipasto, che invogli alla lettura del libro e non che ne condensi in poche pagine il contenuto. Questo vuol essere un'ouverture, non una recensione.

E da questa prospettiva, dunque, possiamo procedere, passo per passo, nell'analisi di ciò che si presenterà a Taormina.

Il diritto delle imprese

Il primo termine del binomio è il "diritto delle imprese". Di che cosa si tratta? Non esiste oggi una branca del diritto che abbia una tale denominazione e precisi confini, secondo i consueti canoni dell'autonomia didattica e scientifica.

Il diritto delle imprese, infatti, non si coglie sul piano oggettivo delle discipline, ma sul piano soggettivo dei protagonisti coinvolti: le imprese. Si tratta dunque del diritto che "interessa" alle imprese. In una prima, così lata accezione, il diritto delle imprese potrebbe comprendere l'intero diritto: anche rami del diritto che, di primo acchito, non hanno nulla a che vedere con le imprese - come ad esempio il diritto di famiglia - a ben guardare hanno comunque interesse per le imprese: si

diritto contabile, che sta sempre più acquisendo una sua dignità autonoma come diritto dell'informativa finanziaria; quella parte del diritto tributario nota come "fiscalità d'impresa".

Quali sono le fonti del diritto delle imprese? Sui manuali abbiamo appreso che le fonti del diritto sono, oltre alla costituzione, le leggi e i regolamenti. Abbiamo poi il diritto comunitario, il cui ruolo per le attività economiche è in continuo aumento: dal trattato istitutivo alle direttive, ai regolamenti, alle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee. E qui, attingendo dai manuali, avremmo finito la nostra elencazione. Ma così certamente non è.

Vi è un diritto la cui fonte di produzione è costituita da autorità nazionali autonome (la Consob, la Borsa italiana, la Banca d'Italia, l'Isvap); vi sono regole (e quindi diritto), che promanano da organismi internazionali o sovranazionali (come l'ONU e le relative agenzie, l'Organizzazione mondiale del commercio, l'OCSE, il Fondo Monetario e la Banca Mondiale).

Vi è ancora un diritto di fonte associativa, domestica e internazionale: si tratta di regole che promanano dall'IFAC (si pensi ai principi internazionali di revisione), dalla FEE, dai Consigli Nazionali della nostra professione (si pensi ai principi contabili, ai principi di revisione, alle norme di comportamento, al codice deontologico), dallo IASB (i principi contabili internazionali), dall'EFRAG, dall'EMAS, dal FASB, dal IBS, dall'OIC, dallo IOSCO¹. Si tratta in questi casi di ordinamenti giuridici autonomi, transnazionali, non statali, il cui potere normativo deriva all'interno dall'adesione al vincolo associativo, e all'esterno dal riconoscimento, su base domestica e internazionale,

della competenza e autorevolezza ad emanare norme. In qualche modo, si tratta di una sorta di "riconoscimento" simile a quello proprio dei soggetti del diritto internazionale pubblico. Viene meno, qui, un'altro dei capisaldi della nostra formazione tradizionale, quello della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, o meglio tra profilo pubblicistico e profilo privatistico delle fonti



Un'immagine del Duomo di Taormina

pensi ai regimi patrimoniali dei coniugi che interessano un'impresa o alla successione dell'impresa. Si è dunque fatta una scelta, e si è limitato il campo d'indagine a quei rami del diritto che, maggiormente, interessano le imprese: il diritto commerciale, nei suoi sottoinsiemi del diritto societario e del diritto dei contratti d'impresa; il diritto delle istituzioni e dei mercati finanziari; il

NOTE

¹ Qualcuno potrebbe chiedersi a cosa corrispondano queste sigle, a quali tipi di organismi si faccia riferimento. La risposta è nel volume, nella cui ap-

pendice sono poste apposite "schede" per conoscere le finalità e l'organizzazione di ciascuno di questi enti.

materiali di produzione del diritto. Con particolare riguardo agli ordini professionali, esse sono istituzioni antichissime, originariamente sullo stesso piano delle gilde o corporazioni mercantili e, come queste, dotate di poteri normativi e di giurisdizione sui propri membri. Sono infine da citare le fonti di autoregolamentazione, ossia le regole che le imprese si danno da sé medesime, come i codici etici e i codici di comportamento, ovvero nei loro reciproci rapporti, sintetizzabili nel concetto, portato su base planetaria e globalizzata, dell'autonomia contrattuale.

Il diritto delle imprese nel mercato internazionale

Fin qui abbiamo osservato il diritto delle imprese preso a sé stante. E' ora necessario toglierlo da quella campana di vetro dove troppo spesso giace e collocarlo nel suo ambiente naturale, il mercato.

Il mercato è solo un "mercato internazionale": occorre prendere coscienza che il mercato nazionale non esiste più. Questo perché anche l'impresa che opera in ambito puramente domestico è esposta alla concorrenza internazionale; perché l'impresa domestica, per stare sul mercato, non si può più accontentare del mercato nazionale, quantomeno in termini di orizzonti strategici.

Per altro verso sono venute meno le barriere all'entrata nel mercato domestico, non vi sono più confini al mercato nazionale; quantomeno, in Europa, si deve parlare di mercato comunitario, ma in molti settori, soprattutto dei servizi e della tecnologia, del commercio della conoscenza, il mercato è ormai globalizzato, visto che - salvo pochi regimi politici chiusi al loro interno - il mercato delle idee è ormai planetario.

La fine del mercato nazionale fa sì che le regole meramente nazionali non siano più "valide"; vigono invece quelle del mercato internazionale.

Possiamo dunque dire che il diritto delle imprese è costituito dalle regole che riguardano le imprese, l'operare delle imprese. E poiché le imprese operano sul mercato, nel mercato, all'interno del mercato, le regole delle imprese e le regole del mercato devono necessariamente coincidere. Ove così non fosse, le imprese sarebbero, per definizione, "fuori mercato".

Ponendo l'equivalenza in altri termini, potremmo dire che il diritto delle imprese, oggi, corrisponde, o dovrebbe corrispondere, alle regole ("sane") del mercato (internazionale).

Abbiamo detto "dovrebbe corrispondere". Difatti, ab-

bandonando una visione sincronica del rapporto, e ponendosi invece in una dimensione diacronica ed evolutiva, possiamo constatare che si tratta di un inseguimento continuo: il diritto rincorre il mercato; il diritto nazionale rincorre il miglior diritto straniero, in un sistema continuo di "flussi giuridici".

Emerge qui il dato comparatistico²: la legislazione si giova della comparazione nel senso che lo studio del diritto altrui è funzionale a migliorare il proprio. Il diritto altrui è anche il miglior diritto di molti paesi, distillato e ricondotto a comune denominatore: si pensi ai principi in materia contrattuale dell'Unidroit.

La lingua del diritto, almeno da quarant'anni a questa parte, è divenuta l'inglese, sino a vedere contratti redatti in questo idioma tra parti entrambe italiane. I comparatisti europei guardano con enorme interesse a ciò che accade oltremarica e oltreoceano, nel regno del *common law*, mentre da quel lato del mondo l'interesse per il *civil law* è una scoperta tutto sommato recente e limitata.

Lo stesso sistema giuridico comunitario assume caratteristiche miste, ora di *civil law*, ora di *common law* (si pensi alle sentenze della Corte di giustizia, che sono fonti di diritto). Lo stesso diritto musulmano sta smettendo di essere oggetto di mera curiosità per divenire oggetto di studio comparatistico per le esigenze delle imprese (si pensi alle banche italiane che si stanno organizzando per accogliere investimenti remunerati in coerenza con le regole islamiche che bandiscono il concetto di interesse).

I flussi giuridici si intensificano: l'osservazione dei dibattiti avvenuti all'estero sulla *corporate governance* ha portato molte idee nel nostro paese. Il flusso muove dalla curiosità per ciò che avviene oltre confine; ove se ne colga la rilevanza e vi sia un bisogno nell'ordinamento dell'osservatore, si genera un flusso: l'istituto giuridico estero viene importato e metabolizzato o respinto. Tra i molti metabolizzati, si pensi al leasing (seppure con tutte le difficoltà "digestive" della nostra giurisprudenza), si pensi al trust, si pensi al concetto di "closing".

L'importazione tramite flussi ha ad oggetto non solo istituti di diritto straniero, ma anche clausole contrattuali, che ormai si trovano con grande frequenza nei contratti italiani. Talvolta sono del tutto inutili: i contratti del mondo anglosassone, per esigenze proprie del *common law*, assomigliano per dimensioni sempre più spesso a romanzi. Da noi, invece spesso sono sufficienti poche pagine, perché vige la regola dell'integrazione normativa (se non scrivo, si applica la legge); tuttavia, se

non si scrive a sufficienza pare che il contratto non abbia la dignità di essere chiamato tale (non meno di dieci pagine, raccomandava uno), e così si ricopiano articoli del codice civile, o si usano espressioni proprie di altri ordinamenti, che spesso generano solo confusione.

I limiti e le necessità

Dopo un "assaggio" dei rapporti tra diritto e mercato, è d'uopo approfondire quali sono i limiti e le necessità di questo binomio. La risposta può essere concentrata in una espressione: i "valori del mercato", ossia quelle regole di fondo che stanno alla base del suo funzionamento.

Il mercato, come è noto, è l'incontro tra la domanda e l'offerta, è il premio dell'efficienza e del profitto. Una visione, tuttavia, a breve termine dell'obiettivo del profitto porta alla jungla, al mercato selvaggio.

Una visione, invece, di più lungo periodo del mercato, pur non rinnegando i concetti di efficienza e di profitto, pone tuttavia l'accento sulla loro "sostenibilità" nel futuro. Pone cioè le condizioni per introdurre nell'algoritmo del mercato valori culturali che assicurino non la produzione di ricchezza oggi, a scapito di quella di domani, ma che consentano una produzione di ricchezza con continuità nel lungo periodo, senza commettere "furti" delle generazioni presenti a danno di quelle future.

Valori culturali, dunque, entrano nella formula del mercato. Valori che, ben lungi dall'essere avulsi dalla logica economica ed essere il prodotto di discipline lontane da questa (come la religione, l'umanesimo, la filosofia), si pongono in questa visione di lungo periodo in rapporto non antitetico con le esigenze economiche.

Da un lato i valori giustificano l'attività economica (si pensi al valore del lavoro, del risparmio, della solidarietà, che presuppone a sua volta la produzione di ricchezza), dall'altro l'attività economica del mercato trova nei valori la propria dimensione, i suoi limiti, ossia il principio che il mercato non deve essere in contrasto con i valori dell'umanità.

Non bisogna soffermarsi, tuttavia, solo sul momento della produzione e dell'accumulazione della ricchezza,

ma anche su quello della sua equa distribuzione la quale, oltre a rispondere ai canoni etici, certamente favorisce il concetto di mercato ampliando il potere d'acquisto e quindi le dimensioni della domanda, ponendo cioè le basi per un maggiore sviluppo.

Il mercato si nutre di fiducia in senso stretto: ci si attende che gli altri rispettino gli impegni presi e le regole condivise. Il mercato si nutre di etica degli affari, mediante la codificazione di valori generalmente condivisi, espressione della cultura, che si assume che i soggetti economici perseguano. Il mercato si nutre di trasparenza, che in ultima analisi manifesta con obiettività i primi due.

Storicamente, qualsiasi società o organizzazione "ordinata" è caratterizzata da un insieme di regole. Ciò che conta non è tanto il potere di obbligare coattivamente all'osservanza delle regole, quanto la capacità di espellere chi non le osserva. Questa è anche la sanzione del mercato globale e del diritto globale: chi bara al gioco, non gioca più.

In questa prospettiva - e finalmente possiamo adesso dire al paziente Lettore di che cosa parlerà il libro - si è scelto di approfondire, nei quattro capitoli centrali di cui è composto il volume, le tematiche che sono apparse di particolare significatività: il mercato mondiale; il diritto delle imprese, e segnatamente quello societario, in una visione che travalichi l'analisi giuridica per cogliere i rapporti tra economia e mercato; il diritto dell'informativa finanziaria, fatta non soltanto di numeri di *performance*, ma di misurazione quantitativa e qualitativa di valori, di comportamenti e di responsabilità; la fiscalità d'impresa, colta nelle sue macrotendenze europee e nazionali alla luce della riforma fiscale in atto nel nostro paese.

In tutti questi temi l'accento non è posto soltanto sull'analisi dell'esistente, ma sui molteplici rapporti tra il diritto e il miglior funzionamento del mercato, in termini di efficienza, di competitività e di rispetto dei valori sopra indicati.

Ma di più non dico. Se con questi brevi accenni sono riuscito ad innescare quella curiosità intellettuale che è alla base della cultura, non mi resta che augurarvi: "Buona lettura!".

NOTE

² Su questo tema interessanti idee sono in Lupoi M., *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2002, passim.