

Diritto e mercato

Paolo Brambilla

Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Valentina Cagnin

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Riccardo Fornasari

Dottorando di ricerca in Diritto privato nell'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, Italia

Laura Miccoli

Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

Abstract The purpose of this contribution is to examine the relationship between law and market from a cross-cutting legal perspective. The Authors, after summarising the evolution of this relationship over time, in particular, try to highlight how the logic of the market have determined a process of 'functionalization' of the law, according to which the law seems to comply with the way the market works and not vice-versa. In this process, the contribution of soft law, as well as new criteria and types of standardization play a key role, which, due to their greater flexibility, seem more suitable to meet the needs of the market, replacing traditional regulatory tools of hard law.

Keywords Market. Functionalization of law. Soft law. Nudge.

Sommario I. L'inquadramento del mercato da parte del diritto: l'adattamento dell'attività normativa e giurisdizionale al rinnovamento della concezione concorrenziale del mercato. – II. L'effetto della mondializzazione del mercato sul diritto: le evoluzioni indotte dall'integrazione dei sistemi giuridici alla logica concorrenziale.



Open access

© 2018 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Brambilla, Paolo et al. (2018). "Diritto e mercato". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 85-106.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2018/01/006

Introduzione

Il rapporto tra diritto e mercato è dinamico e sempre in evoluzione: esso è determinato dalla concezione economica politica e sociale, oltre a quella concernente il soggetto ed il suo ruolo nella società mercantile. Di conseguenza, il rapporto tra diritto e mercato cambia nel tempo e nello spazio.

Le trasformazioni della società contemporanea e, quindi, del diritto sono state determinate dalla globalizzazione e dalla transnazionalizzazione delle attività economiche. Questo processo e la concezione che l'ha sostenuto hanno comportato l'emergere di una «nuova ragione del mondo»¹, oggi divenuta egemonica. Nel prisma di tale concezione, tutti gli aspetti della società devono essere valutati secondo una logica imprenditoriale, che implica il mettere in concorrenza come tecnica di governo del reale.

Da un lato, tali processi hanno comportato la necessità di un rinnovamento della teoria economica concernente la struttura dei mercati e della regolamentazione necessaria affinché l'ordine concorrenziale possa funzionare correttamente. Tale nuovo approccio, che segna una rottura nella logica regolatoria, a livello continentale si riflette inizialmente nella normativa europea e, in seguito, è penetrata nei sistemi nazionali. Tale nuova concezione dell'ordine concorrenziale implica altresì una trasformazione del sistema delle fonti del diritto e del rapporto fra diritto privato e diritto pubblico². Dall'altro lato, la primazia dei valori mercantili e la liberalizzazione degli scambi economici comporta una penetrazione della logica mercantile della valorizzazione del capitale in settori fino ad oggi regolati secondo valori differenti e, a volte, in conflitto con quello dell'estrazione di profitto. Inoltre, essa implica anche che i sistemi giuridici siano valutati secondo l'attrattiva economica che essi presentano. Il diritto stesso è reificato³ e valutato come merce: il diritto diventa l'oggetto della logica concorrenziale. Tale fenomeno comporta non soltanto che i sistemi giuridici siano messi in concorrenza tra loro, ma anche l'emergere di nuove forme e criteri di normatività.

* Benché la stesura del presente contributo sia frutto di un lavoro comune degli Autori, possono essere attribuiti, nello specifico, a Riccardo Fornasari il paragrafo I (A), a Laura Miccoli il paragrafo I (B), a Valentina Cagnin il paragrafo II (B) e a Paolo Brambilla il paragrafo II (B) e il paragrafo III.

1 L'espressione è di DARDOT, LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010.

2 ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 515 ss.; SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 101 ss.

3 Sul concetto v. LUKÁCS, *Histoire et conscience de classe*, 1922, versione elettronica 2003, p. 90 ss.

I **L'inquadramento del mercato da parte del diritto: l'adattamento dell'attività normativa e giurisdizionale al rinnovamento della concezione concorrenziale del mercato**

A. **Il rinnovamento della concezione dell'ordine concorrenziale del mercato**

In questo processo di trasformazione dell'economia e della società, l'evoluzione della regolamentazione dell'Unione Europea, che ha profondamente influenzato i sistemi giuridici nazionali, cambiandone la struttura e destrutturandone l'ordine sistematico, ha giocato e continua a giocare un ruolo fondamentale. Tali trasformazioni segnano la fine di un approccio filosofico ed altresì metodologico al diritto, sostituendovi un'altra concezione. Si argomenterà che questa nuova concezione del mercato comporta un mutamento della funzione della regolamentazione del diritto privato e pubblico e delle nozioni che ne sono alla base.

Il *code Napoléon*, fondandosi sulla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (DDHC) del 1789, consacra il ruolo dell'individuo nell'ordine giuridico⁴. Le influenze filosofiche che hanno contribuito a fondare tale nozione sono numerose, ed in questa sede non se ne possono menzionare che i tratti fondamentali. Le basi teoriche sulle quali tale concezione si fonda sono il giusnaturalismo⁵, secondo cui l'individuo è titolare di diritti naturali inalienabili e precedenti l'ordine giuridico⁶, ed il razionalismo⁷. Queste correnti filosofiche hanno influenzato la concezione universale dell'individuo proprie della filosofia dei *Lumières*; inoltre, unite alle preoccupazioni derivanti dalla morale del cristianesimo⁸ e del giansenismo⁹, esse hanno costituito i fondamenti teorici del pensiero di Domat e Pothier, ossia dei due giuristi che han-

⁴ TERRÉ, FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*⁸, Paris, 2012, p. 10 ss.; PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe*, Cambridge University Press, 2017, p. 474 s.

⁵ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, 2012, éd. Originale del 1625, circa il diritto naturale ed il ruolo della ragione v. *Prolégomènes*, par. XI ss., par. XI et XXI; sul contratto l. I, ch. XII, p. 332 ss. Circa le origini delle teorie del diritto naturale e le loro differenze v. ISRAËL, GRYN, *Généalogie du droit moderne*, Paris, 2006.

⁶ WALINE, *L'individualisme et le droit*², Paris, 1949, pp. 104-105.

⁷ DESCARTES, *Discours de la methode*, Paris, 2000.

⁸ TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*¹¹, Paris, 2013, p. 39; GAZZANIGA, *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime*, in *Droits*, 12, 1990, p. 37 ss.; ARNAULD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 199 ss.; WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 43 s.

⁹ ATIAS, *Philosophie du droit*³, Paris, 2012, p. 97.

no, come noto, ispirato il *Code civil*¹⁰. Inoltre, la filosofia kantiana causa una rottura nel pensiero occidentale, ribaltando il rapporto tra il soggetto e l'oggetto e ponendo l'individuo al centro del sistema della conoscenza; inoltre la teoria di Kant del diritto natura postula un soggetto concepito come libero e razionale¹¹.

Sulla base di queste influenze, la concezione dell'individuo espressa dalla *DDHC* e dal *code Napoléon*, tramite la quale si volevano rendere effettive le conquiste della Rivoluzione francese¹², postula un soggetto concepito in maniera astratta ed universalista¹³. L'obiettivo è eliminare le divisioni di ceto che caratterizzavano la società feudale e proporre un modello universale di uomo: occorre quindi che il diritto faccia astrazione delle situazioni particolari e concrete che caratterizzano la vita sociale¹⁴ al fine di realizzare i principi di uguaglianza formale e di libertà, attribuite individualmente ad ogni persona¹⁵.

Questa concezione astratta del soggetto come essere razionale, legata alla concezione economica liberale, è adottata anche dalla dottrina tedesca¹⁶. Lo stesso può dirsi del codice civile italiano del 1865

10 HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 2012; PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe*, Cambridge, 2017, p. 473; FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*³, Torino, 2014; WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 376 ss.; GRZEGORCZYK, *Le sujet de droit: trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit*, Paris, 1989, p. 13 ss. Per una critica delle influenze del liberalismo, che avrebbero influenzato più gli interpreti che i redattori del *code civil* v. BÜRGE, *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in *RTD civ.*, 2000, p. 1 ss.; MARTIN, *Nature humaine*³, Poitiers, 2015.

11 KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Roma-Bari, 2005; BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*³, Paris, 1978, p. 143 ss.

12 HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*, cit.; PADOA-SCHIOPPA, *loc. ult. cit.* Sui differenti periodi della Rivoluzione francese e le ideologie che li hanno connotati v. FORREST, *The French Revolution*, Oxford, 1995.

13 SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris, 2005, p. 46 ss. e p. 53; GALGANO, *Diritto privato*¹⁷, Padova, 2017, p. 42 ss.; RADÉ, *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète?*, in *Mélanges Hauser*, Paris, 2012, p. 590 ss.; CANALE, *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, in *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, a cura di Canale, Grossi, Hofmann, Pataro et al., Dordrecht: Springer, 2009, p. 141 ss.

14 PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, 1970, p. 103 ss.

15 PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., a p. 448 afferma che: «The text begins with the declaration that 'all men are born and remain free and equal in rights' (Art. 1): the theory of natural law declaring the original freedom of man and the illicit nature of discrimination based on social status was in this way formally translated into a legal formula». Cfr. anche FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*³, Torino, 2014; WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 376 ss.; GRZEGORCZYK, *Le sujet de droit: trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit* 1989, p. 13 ss.; LARRIBAU-TERNEYRE, *Les résultats: une nouvelle conception du contrat?*, in *Quel renouveau pour le droit des contrats?*, a cura di Larribau-Terneyre e Pellé, Pau, 2016, p. 32.

16 PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., p. 556; GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 42 ss. e p. 238 ss.; NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e*

e di quello del 1942, soprattutto in relazione alle sue applicazioni successive alla fine della Seconda guerra mondiale, nonostante le peculiarità del regime politico che lo ha promulgato¹⁷.

Questa teoria concepisce un soggetto astratto dal contesto concreto nel quale lo stesso si trova, uguale a tutti gli altri: è il trionfo dell'uguaglianza formale. Tali concezioni giuridiche erano fondate sul contesto economico dell'epoca: al momento della redazione del *code civil*, le attività produttive ed il commercio erano prevalentemente artigianali e a carattere familiare; di conseguenza, le relazioni contrattuali erano personalizzate.

Inoltre, tale visione è strettamente dipendente dalle teorie degli economisti e dei filosofi liberali classici ed alla loro concezione del mercato. La libertà concepita come diritto fondamentale dell'individuo e come fondamento dell'azione del soggetto è ancorata alle concezioni economiche del *laissez faire*, *laissez passer*¹⁸. Schematicamente, solamente gli individui, lasciati liberi di agire sul mercato e di determinarsi nelle proprie scelte secondo un calcolo egoista, possono far evolvere il benessere della società nel suo insieme¹⁹. La circolazione della ricchezza avrebbe quindi come effetto di permettere la migliore allocazione possibile delle risorse.

Una delle premesse di tali teorie è una concezione che potrebbe definirsi «naturalista»²⁰ del mercato, concepito come ordine spontaneo preesistente alla legge e che, se lasciato libero di funzionare, permetterebbe la formazione del prezzo corretto, ossia del prezzo adeguato al valore del bene. Il meccanismo del prezzo «giusto», che si forma grazie alla concorrenza, permetterebbe un arricchimento reciproco dei

principi, in *Quaderni fiorentini*, 2014, n.1, p. (589) 591 s.; MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, in HELLERINGER, PURNHAGEN, *Towards a European Legal Culture*, a cura di BECK, HART, NOMOS, München-Oxford-Baden-Baden, 2014, p. (81) 95.

17 Circa il diritto privato ed il regime fascista cfr. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005; MONATERI, *Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values*, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di Siliquini-Cinelli, Hutchison, Cham, 2017, pp. 132-137.

18 GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 42 ss.; LARRIBAU-TERNEYRE, *Les résultats : une nouvelle conception du contrat?*, cit., pp. 31-32; PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, cit., p. 107; TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., pp. 32-33; LÉVY, CASTALDO, *Histoire du droit civil*², Paris, 2010, p. 826; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*², Milano, 2011, pp. 37-39.

19 SMITH, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7, Chicago, 1977, p. 83 ss. La libertà contrattuale è quindi un corollario di tale teoria economica: cfr. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 174. Per una critica della comprensione dominante del pensiero di A. Smith cfr. DOSTALER, *Les chemins sinueux de la pensée économique libérale*, in *L'Économie Politique*, 2009, 4, pp. 49-50.

20 FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Paris, 2004, p. 33 ss.; DARDOT, LAVAL, *La nouvelle raison*, p. 6 ss.

contraenti e, di conseguenza, della società in generale²¹. Lo Stato deve quindi lasciare gli individui liberi di contrattare ed intervenire solamente al fine di garantire l'esecuzione dei contratti.

Ne consegue che, seguendo rigidamente tale principio, nessun intervento esterno sul contratto, che non sia giustificato dalla necessità o di sanzionare un accordo che non è in realtà il prodotto del consenso, o di proteggere determinati interessi pubblici, dovrebbe essere consentito. Tale concezione è strettamente collegata a quella del mercato adottata dai liberali classici: i contratti sono il risultato della manifestazione della libertà umana in un contesto considerato come naturale. Gli interventi giustificati sono quindi solamente quelli necessari a garantire l'effettività del consenso o la protezione dell'ordine pubblico²².

In altri termini, in relazione allo scambio, non vi sono altri criteri che possano guidare l'interprete a parte quello della libera scelta sul mercato. Tale concezione che abbiamo analizzato è entrata in uno stato di crisi dovuto a plurimi fattori che ne hanno stravolto la struttura, anche da un punto di vista teorico e filosofico. In ragione dell'ampiezza, della profondità e della complessità di tali mutazioni, è opportuno limitarsi ad illustrare alcuni elementi che si ritiene abbiano giocato un ruolo determinante in questo processo.

Le rivoluzioni industriali, l'età della colonizzazione e lo sviluppo delle imprese multinazionali, insieme alle concentrazioni di capitali ed alla transnazionalizzazione dei mercati, hanno reso arcaico il modello di mercato e dell'ordine concorrenziale sul quale era basata la regolamentazione classica²³. Inoltre, i fondamenti filosofici di tale concezione sono stati ribaltati: la filosofia di Nietzsche segna un punto di svolta, mettendo in questione la concezione razionalista del soggetto così come sostenuta dalla filosofia occidentale. Da qui, si sviluppano in tutti i settori delle scienze delle correnti di pensiero che analizzano la crisi della razionalità, la frammentazione del soggetto e della sua coscienza. D'altro lato, il pensiero marxista ribalta la rappresentazione dei rapporti di produzione di mercato fornita dal liberalismo e svela il carattere artificiale dell'astrazione fondante della libertà dei soggetti²⁴.

21 FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, p. 55; v. SMITH, *The Wealth*, l. 4, ch. 2, p. 590 ss.

22 NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 24 ss.

23 DARDOT, LAVAL, *La nouvelle raison*, p.124 ss.; JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTD civ. 1937, p. 1 ss.; ARMAND-PRÉVOST, RICHARD, *Le contrat déstabilisé - De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, in JCP G 1979, I, doc. 2952, n° 10; ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2011, p. 438 ss.

24 MARX, *Le Capital*, l. I, ch. II, p. 112 ss.; ID., *La questione ebraica*, Roma, p. 28 ss.; PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, cit., p. 103 ss.; MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976, pp. 128-137.

In tale contesto, si sviluppa una corrente di pensiero liberale che si dà come obiettivo di rifondare il liberalismo, dopo le problematiche che si erano manifestati in maniera così violenta con il primo conflitto mondiale; la conferenza Walter Lipmann²⁵ è il primo atto della costituzione di un gruppo di intellettuali, specializzati in differenti campi del sapere, che perseguono tale progetto. La storia di tale gruppo, la successiva divisione fra i teorici tedeschi (coloro che diventeranno gli ordoliberali) e gli austro-americani (che daranno inizio al neoliberalismo) vanno ben oltre il tema del presente saggio. Ciò che occorre tuttavia mettere in evidenza è il ruolo determinante di questi pensatori nella costruzione dell'Unione Europea e la loro influenza sulla concezione del diritto che traspare dai Trattati, dai regolamenti, dalle direttive e dagli altri atti normativi dell'UE²⁶. Le differenze teoriche, in relazione al pensiero liberale classico sono molto numerose; tuttavia, se si volesse individuare alcuni elementi di rottura determinanti, sarebbero probabilmente la concezione dell'ordine concorrenziale del mercato²⁷ e la concezione della regolamentazione che ne deriva.

Gli ordoliberali non concepiscono l'ordine concorrenziale del mercato come un ordine naturale, ontologicamente dato e preesistente alla regolamentazione giuridica; al contrario, considerano che il mercato, e l'ordine concorrenziale che deve regnarvi, devono essere costruiti tramite interventi attivi da parte dei governanti²⁸. Se tale ordine non è ontologicamente dato, ne consegue che gli interventi dei governanti non devono essere considerati per forza come ingerenze illegittime, ma sono invece necessari al fine di sviluppare pienamente tale ordine e di correggere gli ostacoli che lo limitano. Il punto di partenza di tale concezione è, come nel liberalismo classico, che l'allocatione delle risorse realizzata tramite il mercato concorrenziale sia la migliore al fine di garantire il benessere generale: tuttavia, visto che questo sistema non è naturale, ma deve essere costruito e preservato, occorre fare in modo che, anche tramite interventi attivi, tali mec-

25 Conferenza che si è svolta a Parigi dal 26 al 30 agosto 1938. Gli atti della conferenza sono pubblicati in ROUGIER, *Le colloque Walter Lippmann*, Lormont, 2012, p. 405 ss.

26 GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *ERPL*, 16, 2008, p. 553 ss.; LIBERTINI, *A «Highly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Conc. merc.*, 2011, p. 491 ss.; GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New» Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 42, 1994, p. 25 ss.; DALE, EL-ENANY, *The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in *German Law Journal*, 14, 2013, p. 620 ss.

27 LIPPMANN, *La cité libre*, Paris, 1938; DARDOT, LAVAL, *La nouvelle raison*, cit., p. 225 ss.; PTAK, *Neoliberalism in Germany*, in *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought*, a cura di Mirowski e Plehwe, Cambridge, 2009, pp. 101-102.

28 RÖPKE, *Civitas humana*, Erlenbach-Zürich, 1944, p. 43 ss.; PTAK, *Neoliberalism in Germany*, cit. p. 105; DARDOT, LAVAL, *La nouvelle raison*, p. 205.

canismi possano funzionare correttamente e senza alcun ostacolo²⁹.

Gli sviluppi del pensiero ordoliberal, influenzati anche dall'*economic analysis of law* americana e in particolare dalla teoria delle *market failures*³⁰, portano a prendere in considerazione le asimmetrie informative o di potere contrattuale che possono ostacolare l'esplicitarsi della razionalità del soggetto e a fare sì che, a causa di tali distorsioni, il contratto concluso non sia efficiente: occorre pertanto intervenire al fine di correggere tali distorsioni.

Il diritto dei contratti ne è un esempio emblematico: visto che il contratto è lo strumento giuridico per mezzo del quale lo scambio e, quindi, l'allocazione delle risorse è realizzata, esso diviene l'oggetto degli interventi volti a fare sì che il dispositivo concorrenziale possa funzionare correttamente.

Il diritto privato acquisisce pertanto una doppia funzione: da un lato, deve costruire e proteggere un quadro nel quale i soggetti possono agire e manifestare la propria razionalità³¹. Dall'altro, serve a controllare il rispetto della logica concorrenziale da parte dei contratti e, quindi, a far sì che le condizioni nelle quali le persone si trovano ad agire siano ottimali o, qualora tale dispositivo non possa funzionare correttamente, a correggere *ex post* con delle operazioni di *market-mimicking*, gli accordi che non possono rispettare queste condizioni. I controlli, pertanto, non si limitano alle pratiche restrittive della concorrenza su un mercato specifico attraverso le norme antitrust, ma prendono altresì in considerazione i contratti individuali. Quella che è messa in opera è una *police* dei contratti che mira la microeconomia degli scambi, fondata sull'idea che ogni accordo che non rispetti la logica del dispositivo concorrenziale meriti di essere corretto.

Queste considerazioni si iscrivono nell'idea di una «società di diritto privato»³², che si fonda sul principio della concorrenza come principio costituzionale: le persone non si troverebbero direttamente confrontate allo Stato, ma sarebbero sottoposte ad un ordine giuridico che limiterebbe il potere dello Stato ed i possibili abusi di potere dei

29 FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto*, Contr. e impr., 2016, p. 865 ss.

30 Sulle nozioni fondamentali dell'analisi economica del diritto COOTER, ULEN, *Law and Economics*, Berkeley, 2016; KRONMAN, POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979.

31 BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)*, 17, 1966, p. 138; PIROVANO, *Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles*, in MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, 1998, p. 295 ss.

32 PIROVANO, *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne*, in CHARVIN, GUESMI, *L'Algérie en mutation*, Paris, 2001, p. 119 ss.; SIMONIN, *Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordoliberalisme et théorie contractualiste de l'Etat*, in COMMUN, *L'ordoliberalisme allemand*, Cergy-Pontoise, 2003, p. 70 ss.

privati, inquadrando le azioni dei vari attori, al fine di garantire il benessere della società.

Le implicazioni di questa nuova prospettiva e dei suoi effetti sui sistemi giuridici nazionali, anche circa le fonti del diritto e le interazioni tra il diritto pubblico e privato³³, sono innumerevoli. L'approccio alla regolamentazione cambia profondamente, perché non si fonda più su un approccio sistematico e formalistico, che traeva i propri fondamenti dalla dogmatica giuridica, ma su un approccio funzionale. Le norme sono adottate e strutturate secondo le loro funzioni in relazione all'obiettivo dichiarato, ossia la costruzione ed il miglioramento del mercato unico e della concorrenza.

Tale nuova prospettiva si riflette peraltro anche negli obiettivi perseguiti tramite riforme legislative, come è avvenuto nel caso della recente riforma del diritto francese dei contratti, delle obbligazioni e delle prove; secondo quanto è espressamente affermato nel *Rapport au Président de la République*, la riforma mira ad aumentare la competitività del diritto francese e, come rilevato da parte della dottrina, riflette una visione economicista del contratto³⁴.

Le problematiche giuridiche sono analizzate e le soluzioni apportate in tale quadro teorico: l'unità, che precedentemente derivava dalla costruzione di un sistema coerente, deve essere oramai trovata nell'obiettivo di tali norme³⁵.

B. La soft law e la funzionalizzazione del diritto

La funzionalizzazione del diritto in relazione al mercato, poc'anzi affrontata, sicuramente si esprime anche attraverso la scelta dello strumento normativo utilizzato.

In questa prospettiva, è possibile scorgere un dato unitario: l'emersione - nel sistema delle fonti - della categoria della c.d. *soft law o droit souple*.

La nuova dimensione della normatività³⁶ ha da tempo abbandonato i confini del diritto tradizionalmente inteso: *le droit est plus grand*

33 ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., p. 515 ss.; SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, cit., p. 101 ss.

34 ROUVIÈRE, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, in *Revue des contrats*, 2016, p. 600 ss.; FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1383 ss.

35 FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, cit.

36 Sulla possibilità di ritenere giuridiche norme non vincolanti, il rinvio obbligato è a KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970, p. 66 ss.; CORMICK, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, 1982, p. 232; RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, 1975; FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016.

que la règle de droit³⁷.

Tradizionalmente, la *soft law* è contrapposta alla c.d. *hard law*³⁸ ed è intuibile come, secondo la dottrina tradizionale³⁹, il *droit souple* svolge una funzione ancillare rispetto al diritto positivo.

Una tale concezione non riesce, tuttavia, ad essere esaustiva⁴⁰.

La fallacia della costruzione « *a contrario* », per opposizione alla *hard law*, della categoria del *droit souple* è agilmente dimostrabile.

È di palmare evidenza come non vi sia una biunivoca automaticità tra la *non vincolatività* e l'*assenza nel sistema di gerarchia delle fonti*: una parte del diritto formale è, infatti, ineffettivo [*rectius*, non vincolante⁴¹] e, viceversa, sovente la *soft law* trova ingresso nel sistema delle fonti, risultando vincolante in via di diritto⁴² (e non di mero fatto⁴³).

Invero, la vincolatività delle norme di *droit mou* è sempre più evidente negli odierni ordinamenti.

La rinnovata concezione caratterizzata da una normatività graduata risulta particolarmente evidente nel diritto della concorrenza.

37 CARBONNIER, *Droit et non-droit*, in *Flexible droit*¹⁰, LGDJ, 2001, p. 22.

38 Secondo il *Conseil d'État*, *Le droit souple*, Collana *Le rapports de le Conseil d'État*, *Rapport 2013*, disponibile all'indirizzo <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple> la *soft law* dovrebbe essere studiata in contrapposizione al diritto formale poiché, diversamente dal diritto formale, è flessibile (o non rigida) e non perché non vincolante.

Si aggiunga che, in alcune eventualità, anche le norme di diritto positivo adottano dei meccanismi atti a consentirne un'applicazione flessibile (si pensi, ad esempio, alle all'utilizzo del rinvio alle norme tecniche e ai provvedimenti amministrativi generali). Al contrario, contro l'ingresso della *soft law* nell'universo della giuridicità, WEIL, *Vers une normativité relative en droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 1982, 1, pp. 5-47.

39 Sono espressione della concezione classica del c.d. "diritto morbido": l'articolo 288 TFUE (raccomandazioni e opinioni); i c.d. "standard tecnici" sviluppati dagli Organismi europei di normalizzazione; il "metodo aperto di coordinamento" (OMC) ed, in genere, gli strumenti di interpretazione delle disposizioni di diritto rigido, in particolare utilizzati dalla Commissione nell'ambito delle sue competenze in materia di concorrenza. Una disamina della materia è riscontrabile in: FARINELLI, *La comunicazione sulla cooperazione tra Commissione e autorità garanti nell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza*, in *Il diritto dell'UE*, 1998, p. 131 ss.

40 Cfr. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979 (in particolare, il saggio *The Rule of Law and Its virtue*) individua quale tratto distintivo della legge la capacità di orientare i comportamenti.

41 Non vincolanti sono i c.d. *hortatory statutes*, si veda GERSEN, POSNER, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, in *Stanford Law Review*, 2008, n. 61, p. 573 e le c.d. *sunset rules* sulle quali, CAPPELETTI, *Ragionando (ancora) sull'inflazione legislativa: l'esperienza comparata delle sunset rules da strumento di qualità della regolazione a strumento per una legislazione flessibile*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo on line*, maggio 2016, disponibile all'indirizzo: shorturl.at/iloRZ.

42 Si rinvia a *Conseil d'État*, *Le droit souple*, cit., p. 68 ss.

43 Sulla forza normativa dei fatti, VERMEULE, *Many minds Arguments in Legal Theory*, in *The Journal of Legal Analysis*, 2009, 1(1), pp. 1-45.

1. L'esempio più caratteristico di questa strumentalizzazione della legge flessibile è rappresentato dalle Comunicazioni, dal Libro verde e dal Libro bianco della Commissione in materia di servizi di interesse generale⁴⁴. Tali testi forniscono, infatti, definizioni che non esistono in nessun testo di diritto positivo, utilizzando un approccio esegetico che, in realtà, esorbita la mera funzione di interpretazione. Nella particolare ipotesi dei servizi di interesse generale, la Commissione giunge sino a determinare il contenuto degli standard qualitativi da rispettare nell'erogazione dei servizi agli utenti, caratteristiche ordinariamente da definirsi tramite il c.d. *droit dur*.
2. Un secondo esempio è rappresentato dalle linee guida *non vincolanti* emesse dall'Autorità anticorruzione italiana (ANAC)⁴⁵, che presentano, in realtà, una forma indiretta di vincolatività. Esse infatti impongono alla Pubblica Amministrazione, destinataria di tali previsioni, un obbligo particolarmente intenso di motivazione al fine di distaccarsi da quanto ivi previsto.

Del resto, in virtù della autorevolezza della fonte interpretativa, le suddette linee guida – se seguite pedissequamente – pongono l'interprete al riparo dal giudizio negativo della Corte dei Conti rispetto alla condotta tenuta (seppur erronea). Ben si comprende come risulti, dunque, maggiormente conveniente un'adesione *quasi* acritica alle stesse da parte del dipendente pubblico.

Si aggiunga che la vincolatività sin d'ora descritta risulta multi-direzionale.

In alcuni casi, infatti, *le droit souple* vincola il soggetto che lo emana⁴⁶, ponendo degli auto-vincoli.

⁴⁴ Si fa riferimento, in particolare, al Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003 e al Libro bianco sui servizi di interesse generale del 2004; o ancora, ad esempio, alla Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale Testo rilevante ai fini del SEE in OJ C 8, 11 gennaio 2012, pp. 4-14 ovvero al Documento di lavoro dei servizi della Commissione (Bruxelles, 29 aprile 2013 SWD(2013) 53 final/2) intitolato "*Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*".

⁴⁵ CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenzione e potere sanzionatorio dell'Anac*, in *Urb. e app.*, 2018, n. 1, p. 5.

⁴⁶ Recentemente (CGUE, decisione 19 luglio 2016, C- 526/14 Kotnik e A., punti 39-45) la Corte di giustizia ha ritenuto un atto di soft law vincolante per la Commissione e non per gli Stati.

3. In merito, risulta evidente il riferimento alle previsioni sociali contenute negli accordi commerciali internazionali di nuova generazione, ispirati dal principio dello sviluppo sostenibile⁴⁷.

A tal proposito, i suddetti obiettivi raramente sono giuridicamente vincolanti: il loro raggiungimento è, in vero, demandato alle politiche, ai piani e programmi di sviluppo sostenibile volontariamente posti in essere da parte dei paesi firmatari di tali accordi.

Tuttavia, dobbiamo necessariamente riconoscere come, nonostante la natura di tali accordi sia principalmente economica, le previsioni sociali poc'anzi richiamate siano, anche se nella dimensione della mera esternalità negativa, comunque in grado di orientare i comportamenti degli Stati firmatari.

A questo punto della trattazione è necessario soffermarsi, seppur brevemente, sui vantaggi e sulle criticità derivanti dell'utilizzo della soft law nel campo del diritto della concorrenza, al fine di comprendere se effettivamente sia giustificato il ricorso sempre più frequente a tale strumento.

Nello specifico, i benefici sono da ricondursi:

- a. In primo luogo, alla rapida rispondenza della soft law ai processi di integrazione europea, in contrapposizione alla staticità delle fonti di hard law nazionali;
- b. In secondo luogo, alla flessibilità ed adattabilità alle esigenze del mercato, grazie al processo di formazione di tale strumento, particolarmente celere.

D'altra parte, le criticità riscontrabili sono connesse indefettibilmente ai punti di forza poc'anzi ricordati. In via schematica, ricordiamo:

- a. La possibile incompatibilità con il principio di legalità (incoerenza con le fonti *di* produzione) e l'affievolimento della certezza del diritto,
- b. la mancanza di legittimazione democratica (inadeguatezza delle tradizionali fonti *sulla* produzione) in favore dell'idea del mercato quale "luogo" principale dell'emergere dell'interesse generale dell'Unione.

Il rapport del Conseil d'État, citato in precedenza in nota 39, ritiene necessario a tal proposito svolgere un triplice giudizio (di utilità, di legittimità e di effettività) affinché si possa ritenere appartenente al-

⁴⁷ Il riferimento è ai Trattati internazionali CETA (UE-Canada), EPA (Ue-Giappone) e al naufragato accordo TTIP (Ue-USA).

la “*normatività giuridica*” la soft law.

L'atipicità delle fonti del diritto della concorrenza, del resto, si accompagna con quella propria dei soggetti di tale scenario, in primo luogo le Autorità Amministrative Indipendenti, come si dirà anche più avanti, e con le peculiarità proprie della relativa revisione giurisdizionale⁴⁸.

II L'effetto della mondializzazione del mercato sul diritto: le evoluzioni indotte dall'integrazione dei sistemi giuridici alla logica concorrenziale

La mondializzazione dei mercati ha posto in concorrenza i diversi sistemi giuridici. Tale concorrenza ha comportato da un lato un generale livellamento verso il basso dei sistemi giuridici (A), dall'altro, una rimessa in causa degli stessi criteri di normatività e delle categorie giuridiche (B).

A. Il livellamento verso il basso dei sistemi giuridici

i. Il mercato finanziario

La mondializzazione ed i recenti progressi tecnologici dell'industria 4.0 hanno permesso agli operatori ed agli investitori di agire sull'insieme dei mercati nazionali, prescindendo dal confine territoriale nazionale.

La messa in concorrenza dei mercati ha reso la norma, di per sé, oggetto di concorrenza. Se gli operatori sono liberi di agire su tutti i mercati nazionali, le regole applicabili a tali mercati devono attrarre gli investitori. La mondializzazione dei mercati ha dunque richiesto una sempre maggiore attrattività delle norme che regolano tali mercati.

Il bisogno di attrattività, effetto diretto della mondializzazione, riguarda un vasto insieme di domini, nei quali i soggetti dispongono di una certa libertà di operare una scelta tra i differenti sistemi legislativi, esercitando un inedito “law shopping”.

Ciò assume un rilievo particolare in materia finanziaria, ove questo imperativo di attrattività è nettamente più contrassegnato e determinante rispetto agli altri rami del diritto: in tale ambito, la messa in

⁴⁸ Si veda al riguardo, in particolare, https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/160693/nsiga_4468036.pdf/409771b4-8552-e3f8-df9a-fe2a7b9e-4f1e. FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità indipendenti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 4, p. 559.

concorrenza dei mercati finanziari e dei sistemi giuridici che li regolamentano così come delle regole che li reggono, è aumentata dall'immaterialità dei mercati e dei servizi. La libertà degli operatori di compiere delle transazioni sull'insieme dei mercati finanziari nazionali, unita all'immaterialità e al carattere localizzabile di questa attività e dunque della regolamentazione applicabile, raddoppiano la necessità di rendere le regole di diritto attraenti per gli operatori: «quando l'attività è ragionevolmente localizzabile, il suo carattere immateriale sottomette gli Stati ad una pressione regolamentare per conservare la competitività del mercato nazionale⁴⁹».

Le regole di diritto sono messe al servizio della concorrenza: «nello stesso tempo in cui una regolamentazione dei mercati finanziari diventa illusoria, esistono dei meccanismi di concorrenza che realizzano tra i differenti luoghi finanziari. La finanza mondializzata trascina una messa in concorrenza dei mercati e di conseguenza la messa in concorrenza delle regole di diritto e degli Stati che li adottano. È allora il diritto in sé che diventa lo "strumento concorrenziale maggiore"⁵⁰.

Da questa situazione concorrenziale, è possibile osservare, in alcuni casi, una certa convergenza dei sistemi giuridici nazionali, tramite l'intervento di differenti attori pubblici produttori di norme. L'elaborazione delle regole da parte di questi soggetti permette proprio una migliore convergenza delle regolamentazioni poiché non richiede i termini imposti dalle procedure legislative e permette un adattamento immediato delle regole finanziarie: «questa agilità permette loro di raggiungere un'armonizzazione delle loro regolamentazioni private di un modo più veloce»⁵¹.

Ora, è certo che queste regole di diritto non convergono senza che si osservi un equilibrio nel loro progressivo avvicinamento: non si tratta di una fusione dei differenti sistemi giuridici, né di una riproposizione del modello dominante; quanto piuttosto di una convergenza. In Francia per esempio, in materia finanziaria, si è realizzata una trasposizione del sistema giuridico finanziario anglosassone: la maggior parte degli strumenti finanziari disciplinati dal diritto francese è un'importazione degli strumenti osservati sulla piazza finanziaria anglosassone.

Oltre ai titoli ed ai contratti finanziari, si importano anche i meccanismi e tecniche attraverso le quali le obbligazioni nate da questi strumenti vengono eseguite tra le parti, come la tecnica del *close-out netting*⁵².

49 «Lorsque l'activité est raisonnablement localisable, son caractère immatériel soumet les États à une pression réglementaire afin de conserver la compétitivité du marché national». Cfr. FRISON-ROCHE, *Le modèle de marché*, in *Archives de Philosophie du droit*, tome 40, 1995, p. 286, §18 ss.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 PERRONE, *Gli accordi di close-out netting*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, p. 50 ss.

ii. Il mercato del lavoro

La mondializzazione ha avuto delle notevoli ripercussioni non solo sul mercato finanziario, ma anche sul mercato del lavoro (così come sul lavoro e sui lavoratori).

Le imprese, apolide e mobili sullo scacchiere globale⁵³ scelgono l'ordine giuridico più favorevole alle proprie strategie economiche ed aziendali e, di conseguenza, i sistemi di tutela evoluti (e per questo più costosi per l'imprenditore) dei paesi industrializzati entrano in crisi perché incapaci di sostenere la pressione concorrenziale degli ordinamenti meno garantisti. Si innesta dunque un pericoloso vortice che dà vita ai pericolosi fenomeni di "dumping normativo", nella definizione di politiche "al ribasso" per attrarre investimenti stranieri, secondo l'imperativo sopraccitato dell'attrattività, e di "dumping sociale", che vede le imprese alla ricerca dei sistemi normativi che garantiscono un risparmio del costo del lavoro indipendentemente dalle conseguenze che questo provoca sui lavoratori⁵⁴.

Questa tipologia di *dumping* infatti genera sia degli effetti distortivi sulla concorrenza, sia una lesione dei diritti sociali fondamentali e potrebbe costituire a pieno titolo «un potente [e pericoloso, n.d.a.] vettore di ritorno alla concorrenza tra lavoratori»⁵⁵.

Un tentativo di ridurre gli effetti nefasti che un livellamento verso il basso degli standards sociali può comportare è tuttavia rinvenibile nell'ambito delle negoziazioni dei trattati internazionali per gli scambi commerciali.

Difatti, negli ultimi anni l'Unione Europea ha negoziato e sottoscritto molteplici accordi commerciali (multilaterali o bilaterali) detti "di nuova generazione". Tali accordi, seppur di natura originariamente strettamente economica/commerciale, hanno la particolarità di mirare non solo ad un abbassamento generale delle tariffe doganali (o ad una eliminazione delle stesse), ma anche ad una progressiva armonizzazione delle norme, al fine di limitare le cosiddette "barriere non tariffarie", ovvero tutte quelle difformità legislative, burocratiche ed amministrative, riscontrabili tra le parti contraenti, anche in tema di protezione dell'ambiente o della sicurezza sociale, che si traducono in un costo per le imprese⁵⁶.

⁵³ PERULLI, *Globalizzazione e Dumping sociale, quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, n. 1, p. 15.

⁵⁴ Così BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato, Le prospettive dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 19.

⁵⁵ RIGAU, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale. Essai sur un droit de la dignité de l'Homme du travail (re)mis en cause*, Bruxelles, 2009.

⁵⁶ CAGNIN, *New Generations Treaties and the Attempts for a Renewal of the ISDS in Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, a cura di Perulli e Treu, Alphen aan den Rijn, 2018, pp. 155-168.

È il caso dei recenti accordi che sono stati conclusi dall'Europa col Canada (CETA - Accordo Economico e Commerciale Globale⁵⁷) e col Giappone (*Jefta, Japan-EU Free Trade Agreement*).

Entrambi gli accordi contengono infatti delle significative misure di salvaguardia dei propri sistemi lavoristici nazionali.

Riconoscendo che la crescita economica, lo sviluppo sociale e la protezione dell'ambiente naturale sono interdipendenti, e con lo scopo di fare fronte a tutte le preoccupazioni legate alla protezione dell'ambiente naturale o della salute, o ancora dei diritti sociali, questi due accordi hanno previsto delle garanzie regolamentari nel capitolo sullo sviluppo sostenibile⁵⁸, manifestando le propensioni dei valori commerciali ad influire su altri domini (come il diritto alla salute, il diritto dell'ambiente e i diritti sociali).

È nel capitolo dedicato al "Commercio e sviluppo sostenibile" del CETA che si trovano infatti le previsioni in tema di diritto del lavoro (Commercio e Lavoro) e in tema ambientale (Commercio e Ambiente): le parti si impegnano a far sì che la crescita economica sostenga i propri obiettivi sociali ed ambientali.

È in questo senso (Capitolo 23 del CETA: Commercio e lavoro), che l'art. 23.3 prevede per esempio, il diritto a regolamentare i livelli di protezione di ciascun paese (UE e Canada) in materia di lavoro. Le parti, a questo proposito, hanno il diritto «di stabilire i propri livelli di protezione del lavoro e di adattare o di modificare perciò la sua legislazione e le sue politiche» e devono sforzarsi allo stesso tempo «di migliorare continuamente la legislazione e le relative politiche di modo da assicurare dei livelli elevati di protezione del lavoro». Da qui, l'interdizione di stimolare il commercio o l'investimento per indebolire o ridurre i livelli di protezione prevista dal loro diritto e le loro norme in materia di lavoro.

Tali previsioni, vincolanti per le parti, impediscono un livellamento verso il basso dei livelli delle regolazioni: le parti (UE-Canada e UE - Giappone) convengono a garantire che la crescita economica sostenga i loro obiettivi sociali ed ambientali e, soprattutto, nessuna delle due parti può ignorare o ridurre gli *standards* sociali al fine di aumentare l'attrattività del sistema giuridico e stimolare quindi il commercio e gli investimenti.

⁵⁷ FAIOLI, *Atlantic Transitions for Law and Labor: CETA First and TTIP Second?*, in *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, cit., p. 71.

⁵⁸ Conviene sottolineare, a questo proposito, che il concetto dello sviluppo sostenibile, basato sui suoi tre pilastri (ambientale, economico e sociale) è un principio che trova una sempre più crescente riconoscenza e legittimazione a livello internazionale grazie anche all'azione delle Nazioni Unite e all'agenda 2030, con i 17 obiettivi di sviluppo sostenibile, legati all'eradicazione della povertà e delle disuguaglianze, alla degradazione dell'ambiente naturale, alla prosperità, alla pace ed alla giustizia che dovrebbe essere raggiunta da qui al 2030.

Un'ulteriore conseguenza della mondializzazione del mercato riguarda la messa in discussione dei criteri di normatività.

B. La messa in discussione dei criteri di normazione

I criteri di normazione devono ritenersi ad oggi soggetti ad un profondo ripensamento, a fronte dell'emersione, negli ultimi anni, di alcuni strumenti che offrono una soluzione alternativa alle tradizionali categorie di *hard law* e *soft law*.

Tra questi, il primo è rappresentato dai c.d. *nudge*, elaborati grazie soprattutto a due studiosi americani Richard Thaler, un economista, e Cass Sunstein, un giurista.

Secondo tali Autori si può definire *nudge*, «ogni aspetto nell'architettura delle scelte che altera il comportamento delle persone in modo prevedibile senza proibire la scelta di altre opzioni e senza cambiare in maniera significativa i loro incentivi economici. Per contare come un mero pungolo, l'intervento dovrebbe essere facile e poco costoso da evitare. I pungoli non sono ordini. Mettere frutta al livello degli occhi conta come un nudge. Proibire il cibo spazzatura no»⁵⁹.

Più specificatamente il fine dei *nudge* consiste nel definire una «architettura delle scelte» per aiutare gli individui ad adottare le soluzioni migliori lasciando loro la libertà di scelta. Vastissimo è dunque il campo di applicazione di tale strumento.

Si tratta, in questi termini, di una "architettura" che potrebbe essere elaborata direttamente dallo Stato medesimo o comunque dalle Amministrazioni pubbliche centrali e locali al fine di regolare in modo migliore il mercato senza utilizzare necessariamente i tradizionali strumenti messi a disposizione dal diritto.

L'approccio che sta alla base dello strumento in esame è, inoltre, talmente semplice sul piano astratto, che alcuni autori hanno recentemente ritenuto riconducibili a tale strumento anche altri atti di incerta collocazione giuridica⁶⁰. In questa prospettiva, come sopra accennato, il concetto di *nudge* introduce un sistema che, in generale, potrebbe essere considerato come un mezzo alternativo rispetto sia

⁵⁹ THALER, SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009, e SUNSTEIN, *Effetto nudge*, Milano, 2015 (già THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008). Ancora, sul tema, si veda SUNSTEIN, *Semplice: L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2014.

⁶⁰ In questi termini, si veda, a titolo esemplificativo, VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2017, n. 2, la quale evidenzia come le linee guida non vincolanti adottate dall'ANAC potrebbero essere ricondotte proprio ai *nudge*, in considerazione della loro natura giuridica e della volontà dell'Autorità medesima che è sottesa alla loro adozione.

alle norme vincolanti che a quelle prive di efficacia vincolante diretta. Certamente, l'applicazione di questa specifica categoria al problema della regolazione del mercato non è affatto agevole: è in effetti necessario verificare nello specifico con quali modalità ed in quale misura mettere in pratica la nozione di *nudge*.

Il ricorso a questo strumento mette altresì in evidenza un problema di ordine più generale. I *nudge* sono espressione di una forma generalizzata di "paternalismo" (o "paternalismo libertario", come sostenuto dagli stessi Autori che hanno introdotto tale strumento): è pertanto necessario comprendere, nel contempo, in quale modo un tale mezzo possa conciliarsi con una concezione liberale del mercato.

Al di là dei *nudge*, sono rinvenibili altri strumenti che pur non avendo di per sé alcuna valenza giuridica, hanno acquisito ormai rilevanza sempre maggiore a livello internazionale.

Tra questi possono essere, innanzitutto, citati i rapporti "*Doing Business*" - il primo dei quali è stato elaborato nel 2003 - che vengono pubblicati dalla Banca Mondiale, analizzando 190 Paesi classificati in base alla «facilità di fare impresa».

I suddetti rapporti rappresentano uno strumento che, pur non avendo alcun effetto diretto, possono avere nondimeno rilevanti conseguenze giuridiche indirette, orientando in modo determinante le decisioni delle istituzioni pubbliche in ordine alla specifica tipologia di strumento giuridico da adottare. I rapporti in questione, in particolare, valutano l'attrattività economica dei sistemi giuridici ed influenzano i progetti di riforme, incidendo di conseguenza sul diritto positivo: la rilevanza di tali rapporti è stata, ad esempio, particolarmente sentita in Francia in occasione del movimento di riforma del *Code civil*, il quale è sfociato dapprima nella elaborazione dottrinale di un "*avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*" (c.d. "*avant-projet Catala*"), in seguito, nel successivo progetto di riforma ("*projet Terré*") e, da ultimo, nel disegno di legge ministeriale dal titolo «*Projet de réforme du droit de contrats*»⁶¹.

Sempre nella prospettiva che è stata qui adottata appaiono di particolare interesse, poi, le modalità di regolazione poste in essere dalle c.d. Autorità indipendenti.

Come noto, tali soggetti, che s'ispirano, perlomeno in prima battuta, al modello anglosassone delle *Authorities* o *Independent Regulatory Agencies*, sono stati introdotti a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso anche in Italia, ove la dottrina nazionale ha peraltro avuto ben modo da tempo di evidenziarne le criticità⁶².

⁶¹ Sul punto si veda, in particolare, AMODIO, *Au nom de la loi*, Torino, 2012, p. 85 ss.

⁶² Tra i molti Autori che se ne sono occupati, ci si limita ad rinviare a MERUSI, *Democrazia ed Autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 27; CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, nonché *Manuale di diritto ammi-*

Si tratta di enti pubblici, che pur tra loro disomogenei, sono tutte contraddistinti, da un lato, da un elevato tasso di tecnicità e professionalità, dall'altro lato da un sensibile grado di indipendenza dal potere esecutivo: in tale quadro, è stato evidenziato come le Autorità Indipendenti «assommano poteri di regolazione, poteri amministrativi esercitati in applicazione ai casi singoli delle regole da esse stesse poste e poteri di risoluzione in via stragiudiziale di controversie soprattutto tra imprese regolate e consumatori»⁶³.

Nel porre in essere i poteri ad essi attribuiti, le diverse Autorità Indipendenti, che sono state nel tempo costituite, sono legittimate ad adottare veri e propri regolamenti, atti e provvedimenti amministrativi, i quali incidono direttamente sugli operatori di quel settore del mercato che le Autorità stesse sono chiamate a regolamentare e a vigilare: in questo senso, tali soggetti danno luogo ad una vera e propria produzione normativa vincolante che si colloca a fianco della normativa generale, o addirittura la sostituisce, ponendo notevoli problemi circa la legittimazione di tali Autorità a regolamentare intere materie, compito che spetterebbe solo allo Stato, alle Regioni o ad altri Enti territoriali a seconda delle rispettive competenze.

Trattandosi, peraltro, di atti riconducibili alla categoria dei “provvedimenti amministrativi” la contestazione dei provvedimenti assunti dalle Autorità Indipendenti segue il tradizionale regime previsto per l'impugnazione degli atti aventi tale natura.

Va però evidenziato che le Autorità Indipendenti adottano nel contempo «atti» che sfuggono alla tradizionale classificazione del diritto amministrativo, la quale resta tuttora ancorata alla distinzione tra atto endoprocedimentale, di per sé non idoneo a produrre effetti immediati, e provvedimento amministrativo, l'unico atto produttivo di effetti e di conseguenza suscettibile di impugnazione avanti ai giudici amministrativi: si pensi alle comunicazioni o alle raccomandazioni che vengono formulate dalle Autorità in relazione a questioni specifiche, nonché a problematiche comuni a più operatori nel settore di competenza dell'Autorità stessa.

Tali atti “ulteriori”, benché privi di efficacia giuridica, sono comunque volti ad influenzare in maniera significativa il comportamento di tali delle persone alle quali si indirizzano, sicché rispetto ad essi si pone comunque un problema di tutela generale per coloro i quali possono restarvi incisi: quest'ultima è la questione che è stata posta recentemente al *Conseil d'État* francese in una serie di giudizi⁶⁴.

nistrativo, Bologna, 2013, p. 337 ss. e D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 90 ss.

⁶³ Così, CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 342.

⁶⁴ Si vedano sul punto anche le considerazioni svolte da BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, pp. 49-50 ss.

In particolare: un primo caso afferiva ad un comunicato dell'Autorità dei Mercati Finanziari (AMF) - che metteva in guardia gli investitori circa la bontà di alcuni fondi immobiliari - al quale era seguita la caduta delle contrattazioni in borsa con il conseguente ricorso della società al fine di ottenerne l'annullamento, nonché il risarcimento del danno⁶⁵.

Un secondo, che è stato deciso dal *Conseil d'État* lo stesso giorno del precedente caso, riguardava il ricorso proposto dalla società *Numericable* contro una lettera del Presidente dell'Autorità della Concorrenza con cui si dichiaravano venuti meno taluni obblighi imposti a società operanti nel settore audiovisivo (in sede di autorizzazione di una operazione di concentrazione) e alla quale era dunque seguita l'astensione da operazioni negoziali poste in essere in esecuzione di tali obblighi, con il conseguente danno ad alcuni operatori economici⁶⁶.

Un ultimo caso era, infine, relativo ad un provvedimento adottato dall'Autorità per l'Energia (la *Commission de Régulation de l'Énergie*), contenente una precisazione sulle condizioni di legittimità di un contratto tra fornitori di energia e gestori della rete, con specifico riferimento alla remunerazione dei costi di gestione dei clienti finali, avente effetto escludente sugli operatori non rientranti nelle soglie che erano state precisate dall'Autorità di cui trattasi a mezzo dell'atto impugnato⁶⁷.

Nei primi due giudizi richiamati, il *Conseil d'État* francese ha affermato, in particolare, che «les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent; que, dans ce dernier cas, il ap-

⁶⁵ Decisione del 21 marzo 2016, Società Fairvesta Int. N. 368082, 368083, 368084, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-airvesta-International-GMBH-et-autres>.

⁶⁶ Decisione del 21 marzo 2016, Société Numericable N. 390023, disponibile all'indirizzo <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-NC-Numericable>.

⁶⁷ Decisione 13 luglio 2016, GDF Suez. in N. 388150, disponibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000032892417>.

partient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre 1er du livre IX du code de justice administrative».

Nel terzo giudizio, il *Conseil d'État*, nel richiamare le considerazioni svolte nei precedenti giudizi, ha invece svolto ulteriori riflessioni in merito alla determinazione del termine entro il quale è possibile impugnare gli atti in questione, dal momento che questi non sono oggetto di apposita pubblicazione né comunicazione nei confronti degli interessati, ma sono semplicemente inseriti nei siti delle Autorità.

Tutte le decisioni adottate dal *Conseil d'État* francese nei giudizi richiamati evidenziano come sia possibile sindacare anche atti che di per sé non avrebbero alcuna efficacia giuridica, sulla base del fatto che anch'essi incidono, seppure indirettamente, sulla posizione giuridica degli operatori interessati. In questa prospettiva viene così attribuito un valore giuridico e dunque una intrinseca capacità di produrre diritto ad atti che in realtà sarebbero privi di una forma giuridica in tal senso.

Considerazioni conclusive

La ricerca che è stata svolta nei settori del diritto sopra esaminati induce a constatare che nessuno di essi appare in alcun modo risparmiato dalla logica del mercato.

È, infatti, possibile rilevare una forte influenza, sempre più rilevante, della logica economica sulle politiche dei diritti nazionali, sulle decisioni dei giudici, nonché sugli strumenti tradizionali del diritto. In tale direzione è ormai dirompente il livello di "funzionalizzazione" raggiunto dal diritto, se si considera che si può ormai constatare come spesso non siano i rapporti economici a doversi conformare alle regole, bensì queste ultime, addirittura, a doversi "reinventare" al fine di potersi adeguare alle esigenze che i mercati pongono.

È però scontato che lasciare ai mercati il potere di decidere le regole può esporre inevitabilmente coloro che dalle regole sono direttamente o indirettamente interessati al rischio di livellare verso il basso le rispettive garanzie sociali, le quali possono essere viste come un limite allo sviluppo dei mercati medesimi: tale rischio è, oltretutto, difficilmente gestibile se si pensa che i mercati, in conseguenza della loro progressiva internazionalizzazione, hanno sempre più una dimensione temporale e spaziale di difficile perimetrazione.

Questo obbliga tutti ad una apertura mentale alle scienze economiche.

Tale apertura può essere intesa in due modi.

In primo luogo come una necessaria conoscenza delle dinamiche

economiche “tradizionali”, anche al fine di poter comprendere se una regola astrattamente ipotizzata abbia una qualche concreta rilevanza o debba essere riadattata alla realtà. Questo approccio è stato già in gran parte fatto proprio dai giuristi e, come visto, si ritrova, seppure in un impianto sistematico concettuale ben più complesso ed articolato, nella scuola di pensiero che prende il nome di “analisi economica del diritto”.

Vi è però un ulteriore approccio che le considerazioni sopra svolte sollecitano.

L'apertura del diritto all'economia può altresì significare la necessità di un maggiore recepimento delle regole proprie dei diversi settori che compongono la disciplina economica: si pensi, ad esempio, alle regole che sono state elaborate dalla c.d. “economia comportamentale”. L'interrogativo che si deve porre il giurista è, in tal quadro, con quali forme sia possibile recepire tali regole, dal momento che queste ultime difficilmente possono trovare forma compiute nelle espressioni tradizionali del diritto.

Ecco che allora che la *soft law*, che rappresenta l'espressione del diritto più malleabile, si articola in modo più ricco, mentre sorgono, contestualmente, nuovi criteri di normazione.

Tali nuove espressioni del diritto, peraltro, sono già state testate dalle Corti, le quali, come nei casi sopra richiamati che hanno visto protagonista il *Conseil d'État* francese, hanno dimostrato particolare sensibilità nel recepirle semplicemente adeguando il diritto vigente.

Forse, dunque, la sfida maggiore che attende i giuristi sul piano concettuale consiste nel cercare di dare una visione unitaria a questi fenomeni dando loro una coerenza che ancora appare da plasmare.