

# Tra *kosmos* e spoliticizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali

di Edmondo Mostacci

**Abstract:** *Between kosmos and depoliticisation. The law by private actors in commercial relations* – The article examines the role played by private actors in the production of legal norms that control the orderly development of economic relations. After a brief introduction, aimed at underlining the role played by law within a socio-economic context shaped by modernisation processes, the contribution dwells on some methodological issues of primary importance in order to circumscribe the object of the analysis. In this context, Searle's theses are used to find a clear ontological foundation for the research project, while Hayek's reflections are used to clarify the role that private subjects can play in regulating economic relations. Having thus clarified the theoretical framework of reference, the analysis focuses on three particularly promising areas of study: the supranational context characterised by the new *lex mercatoria*; the platforms that organise the provision of a particular service, with their impact on factor markets and industrial relations; the platforms that promote the meeting of supply and demand, thus shaping specific markets. The analysis of these three areas finally leads to some reflections on the processes of depoliticization that affect contemporary law.

**Keywords:** Depoliticization; Economic order; Globalization; Modernization; Soft law.

*L'eclissi del problema della modernità negli anni Settanta  
ha significato la distruzione di una forma vitale di spazio pubblico.*

*Ha accelerato la disintegrazione del nostro mondo  
in una pletera di gruppi privati dagli interessi materiali  
non meno che spirituali, che vivono in monadi prive di finestre,  
molto più isolate di quanto non occorre che siano.*

M. Berman, *L'esperienza della modernità*, Bologna, 1985

## 1. Introduzione: modernizzazione e ruolo del diritto

L'avvio di una riflessione sul sistema delle fonti negli ordinamenti post-westfaliani e, in particolare, sul ruolo ivi giocato dal diritto dei privati – da intendersi qui come le norme giuridiche prodotte da soggetti privati, sia in funzione di *self* o di *reflexive* regulation, sia a beneficio di terzi – deve prendere le mosse da una considerazione di contesto, la quale spiega – o, per lo meno, contribuisce a spiegare – il diverso ruolo svolto dal diritto all'interno delle società (occidentali) contemporanee, rispetto a quello ricoperto in periodi

precedenti. La crisi della legislazione, l'emergere dell'idea di regolazione e il suo successivo smarrimento sono fenomeni che trovano infatti la propria radice storica nel progressivo sviluppo di quei processi di modernizzazione che i Paesi industrializzati hanno conosciuto a partire dall'epoca della prima rivoluzione industriale<sup>1</sup> e che hanno plasmato, senza quasi soluzione di continuità, dapprima le società europee e successivamente anche quelle delle altre parti del pianeta, ridefinendone strutture e caratteri fondamentali.

Senza scendere nel merito di un tema complesso e variamente interpretato, in questa sede sia sufficiente un rapido riferimento alle note *pattern variables* elaborate da Talcott Parsons al fine di offrire una possibile matrice di lettura di quei processi di cambiamento delle società a cui generalmente si allude con il sostantivo modernizzazione. Si tratta in particolare di cinque dicotomie, costituite da due poli, il primo caratteristico della società tradizionale-pre industriale e il secondo invece di un modello sociale appunto "modernizzato"; vale a dire: *affectivity* vs. *affective neutrality*; *collectivity-orientation* vs. *self-orientation*; *particularism* vs. *universalism*; *ascription* vs. *achievement*; *diffusivity* vs. *specificity*<sup>2</sup>.

Queste dicotomie sottintendono due diversi modelli di interazione sociale: il primo, tendente alla staticità, si sviluppa all'interno di relazioni comprensive e non specializzate, spesso rinsaldate da legami familiari<sup>3</sup> o

---

<sup>1</sup> D'altra parte, il processo di industrializzazione e la collegata modernizzazione socio-economica avevano anche prodotto l'emergere di soggettività nuove, capaci di produrre norme giuridiche concorrenti con quelle dello Stato liberale, provocando quella che – secondo le lenti dell'epoca – doveva inquadarsi nei termini di crisi dello Stato moderno, come asserito nella sua nota prolusione del 1909, proprio all'università di Pisa, da Santi Romano (v. *Lo Stato moderno e la sua crisi, Pisa, 1909*). Quello che l'A. definisce sindacalismo integrale – e che allude al fiorire di associazioni in primo ma non esclusivo luogo a base professionale – testimonia l'inadeguatezza di quella costruzione istituzionale centralizzata emersa con la Rivoluzione francese, con la sua pretesa di conculcare il pluralismo organizzativo e sociale: «Intanto nella sua stessa affermazione, è implicito per necessità logica un presupposto: l'odierna organizzazione statale, pel fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove, complementari ad essa, se pure non contrarie, si dimostra per ciò stesso insufficiente. Infatti è constatazione oramai antica e del tutto ovvia, che l'ordinamento politico che seguì alla rivoluzione francese ... porti ancora con sé il suo peccato di origine: quello, cioè, di essere eccessivamente semplice» (ivi, p. 14-15). Più innanzi, egli nota ancora come: «Le associazioni professionali dovrebbero non già svolgersi accanto e assieme a quelle determinate dai vincoli del territorio, della nazionalità, in altri termini, a quelle politiche, nel senso stretto ed etimologico della parola, ma potrebbero, anzi dovrebbero fare a meno di esse, il cui valore non sarebbe che geografico» (p. 20-21), a dimostrazione di quanto il diritto dei privati e la progressiva erosione della sovranità (politica) ad opera delle esigenze dell'economico siano in realtà fenomeni tutt'altro che nuovi; al contrario, le ragioni dell'economico e del politico erano e sono destinate a fronteggiarsi e a competere per affermare logiche solo parzialmente conciliabili, generando quindi equilibri destinati a mutare – evidentemente non sempre a favore dello stesso contendente – nel corso del tempo.

<sup>2</sup> T. Parsons, *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*, Glencoe (IL), 1949.

<sup>3</sup> Di cui la cd. *face to face society* (v. P. Laslett, *The face to face society*, in Id. (ed.), *Philosophy*,

affettivi e dalla prevalenza dell'interesse di gruppo su quello individuale<sup>4</sup>, in quanto le possibilità di sviluppo del secondo (l'individuo) sono pre-determinate dalle fortune del primo (il gruppo, comunque denominato). Al contrario, le società modernizzate si caratterizzano per un (assai) più elevato livello di differenziazione strutturale<sup>5</sup>, al quale corrisponde necessariamente la moltiplicazione delle interazioni sociali. In un contesto siffatto, la grandissima parte di queste ultime non ha – né può avere – fondamento nella relazione personale, con la conseguenza di dover affidare a uno strumento esterno e non già alla stabilità diacronica del rapporto quella prevedibilità del comportamento che è necessaria al fine dell'instaurarsi di aspettative<sup>6</sup>, circa il comportamento reciproco, su cui appoggia poi il regolare funzionamento del meccanismo sociale.

In altri termini, riprendendo una nota metafora si può sostenere che la società tradizionale è composta da un sistema ordinato di relazioni *calde*<sup>7</sup>, in cui il soggetto è definito da una rete di appartenenze che ne guidano il comportamento e che lo obbligano a tenere alcuni comportamenti pre-costituiti, i quali rendono a loro volta possibile il dispiegarsi di proficue relazioni interindividuali. Al contrario, il sistema sociale modernizzato si compone di relazioni *fredde*, in cui ciascuno finisce per essere un tassello al contempo funzionale ed evanescente, in quanto legato al soddisfacimento di un bisogno determinato e tendenzialmente privo di una proiezione

---

*Politics and Society*, Oxford, 1956, 157 ss.) può considerarsi un fondamentale archetipo.

<sup>4</sup> D'altra parte, il rapporto tra l'industrializzazione e, più in generale, l'economia di mercato e l'inversione tra interesse di gruppo e interesse individuale – con il conseguente, ancorché relativo, declino del rilievo dei diritti politici, a beneficio delle libertà civili – è enfatizzato già agli albori del costituzionalismo liberale, come messo bene in luce dal noto *pamphlet* di Benjamin Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819, trad.it *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2005, sul quale v. G.F. Ferrari, *Antichi e Moderni*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 275 ss.

<sup>5</sup> N.J. Smelser, *Essays in sociological explanation*, Englewood Cliffs (NJ), 1968, 125 ss.

<sup>6</sup> Bisogna infatti sottolineare come l'interazione sociale possa concretizzarsi soltanto laddove sia possibile superare la cd. doppia contingenza (v. T. Parsons, E.A. Shils, *Toward a general Theory of Action*, New York (NY), 1951. Più di recente, v. N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, trad.it. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990, in part. 205 ss., e Id., *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a M., 1988, trad.it. *L'economia della società*, Milano, 1994, in part. 271 ss.). In tale contesto, le aspettative costituiscono la cornice entro la quale la comunicazione acquisisce senso e può quindi compiutamente svolgersi.

<sup>7</sup> La dicotomia caldo-freddo allude alla medesima contrapposizione utilizzata da M. McLuhan (*Understanding media. The extension of men*, New York (NY), 1964, 24 ss.) a proposito dei diversi media. Secondo l'Autore canadese, infatti, sono media caldi quelli che veicolano un messaggio completo e dettagliato, mentre sono freddi quelli che richiedono all'interprete di aggiungere qualcosa a completamento del significato veicolato. Ad esempio, una fotografia a colori è calda in quanto descrive tutti i dettagli – inclusi gli aspetti cromatici – degli oggetti ritratti. Al contrario la strip di un fumetto è fredda in quanto molti dettagli sono abbozzati o stilizzati. Nel contesto dell'ambito oggetto di studi si può considerare calda una relazione che si sviluppa in una pluralità di direzioni; fredda è invece quella relazione finalizzata allo svolgimento di un compito specifico e determinato.

diacronica. In quest'ambito, l'instaurarsi delle relazioni richiede l'ausilio di un sistema esterno di indirizzamento delle condotte individuali che, con il progressivo dispiegarsi del processo di modernizzazione, è costretto a diventare sempre più specifico, dettagliato e pervasivo.

La drammatica sete di regole – e in specie di regole giuridiche – tipica delle società modernizzate ha numerose conseguenze, in buona misura ultronee rispetto all'oggetto di questo scritto. Vale quindi la pena di evidenziare soltanto come la ricca e variegata produzione normativa a cui essa conduce alimenta un processo che porta le norme prodotte dagli ordinamenti giuridici contemporanei a risultare spesso insufficienti: regole minute subiscono un rapido processo di obsolescenza e, al contempo, hanno un'attitudine marcata a lasciare lacune che difficilmente possono essere colmate sulla base dell'analogia. Al contempo, i processi di modernizzazione – accelerati dallo sviluppo delle tecnologie informatiche<sup>8</sup> – si saldano alla mondializzazione delle relazioni a contenuto economico, la quale contribuisce in misura drammatica a mettere sotto pressione l'attività nomopoietica degli ordinamenti giuridici nazionali, sia per le esigenze di uniformazione giuridica che per la necessità – spesso non adeguatamente meditata – di favorire o, quanto meno, di non pregiudicare la competitività del sistema Paese.

In questo ambito più vasto si inserisce l'oggetto specifico delle presenti riflessioni, le quali sono volte ad indagare il ruolo autonomamente svolto dai privati nell'attività di produzione delle norme giuridiche che regolano lo sviluppo delle relazioni a contenuto economico.

A tal fine, l'analisi che si sviluppa nel corso delle pagine che seguono prende le mosse da alcune riflessioni di carattere metodologico, volte a chiarire cosa possa essere considerato "diritto dei privati": lungi dal risolvere la questione, la messa in discussione del dogma della statualità del diritto (par. 2) apre infatti nuovi interrogativi circa i criteri in base ai quali attrarre determinati fenomeni, volti a indirizzare le condotte umane, all'interno del fenomeno giuridico (par. 2.1). Risolta questa prima questione, si porranno le basi per meglio comprendere la funzione svolta dalle regole all'interno del sistema economico, al fine di definire i contorni di uno schema teorico all'interno del quale inquadrare criticamente il contributo dei soggetti privati all'opera di produzione delle norme giuridiche (par. 3 e 3.1).

Definito il quadro teorico se ne saggerà l'attitudine esplicativa attraverso tre distinti sondaggi in ambiti dove l'opera di produzione di norme giuridiche da parte di soggetti privati appare maggiormente meritevole di attenzione: l'ambiente sovranazionale, con gli usi del commercio spesso definiti nei termini di una "nuova lex mercatoria" (par. 4); le piattaforme informatiche che organizzano il lavoro umano al fine dell'erogazione di

---

<sup>8</sup> Sul tema si rinvia, in questo stesso numero speciale di questa *Rivista*, al contributo di G.M. Ruotolo, *Le fonti dell'ordinamento internazionale e la disciplina della Rete*.

determinati servizi (par. 4.1) e quelle che, proponendosi di facilitare l'incontro di domanda e offerta, organizzano specifici mercati (par. 4.2). Le risultanze dei tre sondaggi porteranno poi a sviluppare alcune considerazioni conclusive sul quadro teorico di base, sulla sua attitudine esplicativa e sui processi di depoliticizzazione che un certo inquadramento del fenomeno in esame tende a lasciare latenti.

## 2. Aspetti di metodo: la critica del positivismo statualista

Il primo punto da mettere in luce nel percorso di analisi che qui si propone può apparire, allo studioso di diritto comparato, quasi scontato: è infatti noto come l'oggetto di specifico interesse per il giuscomparatista non possa venire ridotto al solo diritto positivo<sup>9</sup> prodotto dagli ordinamenti giuridico-politici (gli Stati o, ad esempio, l'Unione europea) o sulla base di una delegazione da parte di questi medesimi soggetti. Decenni di riflessione metodologica non solo hanno messo da parte l'approccio statualista al diritto<sup>10</sup>, ma hanno altresì mostrato chiaramente – e con dovizia di particolari – le radici genealogiche di una posizione dommatica particolarmente diffusa all'interno degli studi giuridici a vocazione domestica<sup>11</sup>. Così, si è messo innanzitutto in luce come, almeno nel contesto europeo continentale, il dogma giuspositivista originariamente si leghi con il consolidamento della monarchia assoluta e con quel suo *coté* ideologico che riconduce il diritto alla volontà del sovrano<sup>12</sup>,

<sup>9</sup> V. sul tema la sintesi di A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, II edizione, Torino, 2019, 12 ss. e 21 ss.

<sup>10</sup> V. la sintesi in merito a tale evoluzione in J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford-Portland (OG), 2015, in part 9 ss. e 30 ss.

<sup>11</sup> Vale a dire un programma politico ed ideologico che, attraverso l'accentramento statalistico della produzione normativa, speculare e funzionale alla chiara separazione tra sfera del politico – rimessa al monarca – e sfera dell'economico, di pertinenza della società civile e quindi del ceto sociale dotato di più evidente dinamismo, ambisce a dare avvio ad un processo di razionalizzazione sociale – *rectius*: di modernizzazione – in grado di plasmare il sistema sociale secondo le esigenze dell'ordine economico contingente (v. sul tema P. Schiera, *Stato moderno*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, 2004, 957 ss., e R. Ruffilli, *Il processo di statalizzazione nell'Europa moderna*, in Id., *Istituzioni Società Stato*, Bologna, 1990, vol. II, *Nascita e crisi dello Stato moderno: ideologie e istituzioni*, 591ss.).

<sup>12</sup> Come analizzato da N. Bobbio (*Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, 172), la prima teorizzazione della concezione coercitiva del diritto risale alle opere dell'illuminista tedesco Thomasius, in particolare i *Fundamenta juris naturae et gentium*, pubblicata nel 1705, in quel periodo compreso tra la pace di Westfalia e la pace di Utrecht che segna appunto il consolidarsi nell'Europa continentale del modello dello Stato sovrano e giunge alla sua più matura elaborazione, nella sua formulazione classica, grazie all'opera di Jhering (v., in primis, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972). D'altra parte, nel corso del settecento diviene senso comune, nella generalità dei Paesi europei, l'idea che il diritto sia la filiazione – ad un tempo, naturale e legittima – del potere (v. ad esempio J. Austin, *Province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*, London, 1832, trad.it *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995, il quale sostiene che il diritto è costituito da quelle norme «stabilite da superiori politici ... cioè da persone che esercitano un potere

anche grazie a quella copertura sapienziale attuata grazie al recupero, del tutto fuori contesto, di quel frammento di Ulpiano secondo cui *quod principi placuit legis habet vigorem*.

Affermatosi nel contesto dell'assolutismo, il dogma giuspositivista gli è potuto agevolmente sopravvivere grazie alla sua evidente coerenza con quel processo di razionalizzazione del diritto, in polemica con il particolarismo dell'*ancien régime*, posto in essere dallo Stato liberale: nella misura in cui si nega ogni ruolo di intermediazione ai corpi detti appunto intermedi, secondo una visione ideologica che immagina il cittadino come individuo singolo, posto in relazione diretta ed esclusiva con lo Stato (e con il suo diritto)<sup>13</sup>, il disseccamento di ogni centro di produzione giuridico ad esso alternativo appare la naturale conseguenza delle premesse filosofico-politiche in base alle quali viene rifondato lo Stato, con le rivoluzioni liberali tra la fine del XVIII e i primi decenni del XIX secolo<sup>14</sup>.

Questo percorso che si è tentato di riassumere in poche battute precipita in una dogmatica che risulta largamente condivisa fino a tempi recenti e che vede nella legge parlamentare il modello di fonte del diritto per eccellenza<sup>15</sup>, speculare a una strutturazione degli ordinamenti giuridico-politici secondo modelli parzialmente differenziati, ma accomunati dal progressivo rilievo del suffragio, che tende a farsi universale, dalla centralità della sede parlamentare e dal ruolo *pivotal*e della legge, non solo fonte per eccellenza, ma anche – fino alla diffusione della rigidità costituzionale e all'ammissione teorica circa l'esistenza possibile di una *Higher law* – fonte delle fonti<sup>16</sup>, abilitata a porre norme di riconoscimento di altri atti produttivi di diritto e a coordinarli a beneficio di un sistema coerente e completo<sup>17</sup>.

Nel corso del *secolo breve*, la teorica che si è ricostruita per rapidi cenni è andata incontro a un duplice processo di ripensamento. Per un verso, l'avvento del costituzionalismo democratico svuota di senso le fondamenta di stampo autoritario che avevano caratterizzato il fenomeno giuridico, al

---

supremo o subordinato, in nazioni o società politiche indipendenti» - ivi, p. 82).

<sup>13</sup> V. in termini generali M. Fioravanti, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. 43, 1990, 708 ss.

<sup>14</sup> Sul tema v. le pagine di N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016.

<sup>15</sup> V. A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, in part. 3-8.

<sup>16</sup> Il punto è sottolineato, ad esempio, nel classico R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931.

<sup>17</sup> V. ancora S. Romano, che – di fronte a costituzioni flessibili – evidenziava: «Le costituzioni moderne hanno avuto bensì la pretesa di consacrare nel loro testo tutti i principii fondamentali del diritto pubblico, ma il più delle volte non hanno fatto che accennare istituti, che poi non hanno regolato, e scrivere le intestazioni di capitoli, che non sono nemmeno abbozzati. Esse per conseguenza presentano una serie di lacune molto maggiori di quanto generalmente non si creda ... in tal modo è possibile che la lotta che sembra dirigersi, nell'attuale momento, contro di esse, assuma diverso carattere, quando potrà constatare, di svolgersi in un campo in cui non ci sono trincee da abbattere, ma solo difese da innalzare» (*Lo Stato moderno*, cit., 24-25).

pari delle riflessioni svolte attorno ad esso, nel periodo precedente<sup>18</sup>. Infatti, la centralità della legge quale riflesso della centralità parlamentare nel triangolo del grande potere offriva al fenomeno giuridico un fondamento di carattere volontarista – la legge come frutto della *volontà generale*, secondo uno schema non dissimile a quello che, precedentemente, faceva aggio sulla volontà del sovrano – che mal si concilia con l'idea della limitazione sostantiva del potere<sup>19</sup>. In altri termini, questo era destinato a rimanere il fondamento del fenomeno giuridico. Viceversa, l'emergere del costituzionalismo novecentesco, con il pieno riconoscimento della Costituzione come *Higher law* in grado di imporsi alla volontà generale e quindi di imbrigliare sostantivamente il potere e di indirizzarlo verso la realizzazione dei valori attorno ai quali si costituisce la comunità politica<sup>20</sup>, nel sovvertire la relazione potere-diritto pone il fondamento giuridico – e non soltanto storico o storico-politico – dell'ordinamento in un momento precedente rispetto al diritto obiettivo, scolpito nei documenti redatti dalle assemblee rappresentative. Non si tratta, come di primo acchito potrebbe sembrare, di un cedimento a tentazioni giusnaturaliste, quanto piuttosto di

<sup>18</sup> Sulla dottrina giuspubblicistica tedesca – la cui parabola appare paradigmatica di quanto nel corpo del testo – e su quella italiana v. M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001.

<sup>19</sup> D'altra parte, è abbastanza semplice notare come l'ordinamento che maggiormente è stato influenzato dalla teorica rossouiana della volontà generale (espressa come è noto nel *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762) sia stato quello in cui con maggiore difficoltà si è affermata l'idea – e la pratica – della giustizia costituzionale, almeno nelle forme della *judicial review of legislation*. Sull'emersione prima, in via pretoria, del cd. *bloc de constitutionnalité* e, poi, sulla riforma del sistema di giustizia costituzionale francese che, nel 2008, ha avvicinato questo Paese all'esperienza degli altri paesi europeo occidentali v., nel dibattito in lingua italiana, G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, 213 s., e i contributi raccolti in M. Cavino, E. Grosso, A. Di Giovine (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010.

<sup>20</sup> Il punto merita di essere pur brevemente problematizzato. Infatti, quanto al corpo del testo non vuole aderire supinamente a una specifica teorica della costituzione – e cioè il costituzionalismo per valori (sul quale v. ad es. P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, e – nel dibattito italiano – A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639, e A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 2005, 451 ss.) – quanto segnalare un dato affatto diverso. Si allude per un verso alla necessità di elementi assiologici attorno ai quali si possa costituire la comunità politica capace di pratiche discorsive (v. J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992, trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013, in part. 322 ss. e 369 ss.) e per l'altro alla funzionalizzazione del potere rispetto alla realizzazione di obiettivi – e all'inveramento di principi – definiti dalla collettività per tramite del processo politico (sui quali, come è stato messo in luce, occorre pur sempre decidere – v. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.). La Costituzione può quindi essere aperta nei confronti della definizione e della realizzazione di contenuti assiologici nuovi, sulla base di un processo, la cui natura è intimamente politica e di cui le situazioni giuridiche soggettive sancite dal testo costituzionale sono il necessario cominciamento.

ripensare quell'identità tra diritto positivo e diritto statale che invece caratterizza il dogma giuspositivista<sup>21</sup> (o, se si preferisce, il giuspositivismo ideologico<sup>22</sup>) e ammettere che il primo possa scaturire anche da decisioni sociali assiologicamente connotate, le quali possono anche vincolare le stesse istituzioni statuali.

Il secondo movimento che porta alla crisi della centralità della legge e, quindi, del presupposto del dogma giuspositivista è invece costituito dal progressivo interrogarsi degli studiosi – a partire dai giuscomparatisti – attorno a quella che si è soliti definire *Law in action*, con gli studi relativi alle contraddizioni tra questa e la *law in the books*<sup>23</sup>, il riconoscimento dell'im-

---

<sup>21</sup> Insiste molto su questa distinzione Antonio Baldassarre, ad esempio laddove contraddice l'idea – peraltro piuttosto diffusa in una certa lettura del fondamento dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost. (v. ad es. S. Galeotti, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetti)*, Milano, 1950, 108 ss., e G. Balladore-Pallieri, *Diritto costituzionale*, IX ed., Milano, 1970, 152 s. Per una sintesi in merito a tale letteratura v. A. Barbera, Art. 2, in G. Branca, *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss. Infine, nella dottrina più di recente, v. D. Tega, *Articolo 2*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, vol. I, 27, secondo cui il lemma *riconosce* «costituisce certamente un rimando alle concezioni del giusnaturalismo») – secondo la quale il diritto pre-statale sia, per necessità logica, diritto naturale: «Ma questo argomento, anche se estremamente diffuso e presentato quasi come un principio autoevidente, si ritorce contro i suoi sostenitori, poiché dimostra a chiare lettere come il presunto rinvio al diritto naturale sia il frutto più di una particolare conformazione ideologica dell'interprete che di un dato obiettivo presente nel sistema giuridico da interpretare. Dire, infatti, che considerare alcuni diritti come pre-statali significa considerarli perciò stesso come "naturali" è affermazione che presuppone chiaramente il carattere necessariamente statualistico del diritto positivo, di tutto il diritto positivo. Ora, può darsi che i costituenti condividessero nella loro maggioranza a questo "pregiudizio ideologico". Può anche darsi che questo "pregiudizio" possa avere in generale un qualche fondamento obiettivo, anche se l'opposta teoria appare verosimilmente come ben più solida. Sta di fatto, comunque, che qualsiasi sistema democratico deve presupporre necessariamente il principio contrario: quello secondo cui l'origine prima del diritto deve risiedere, non già nello Stato (cioè in un'istituzione positiva preformata rispetto al diritto stesso), ma in una volontà popolare o in una decisione sociale aventi un valore assiologico superiore a quella dello Stato, tanto da rappresentare il luogo della sua costituzione originaria e la sua permanente fonte di legittimazione (principio della sovranità popolare)». A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, voce in *Enc. Giur.*, 1989, 11.

<sup>22</sup> Sulla distinzione tra giuspositivismo *teorico, ideologico e metodologico* v. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, 101-126. In generale, sul giuspositivismo v. U. ScarPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1997.

<sup>23</sup> Com'è noto, la distinzione è stata avanzata in primo luogo dal realismo giuridico americano, in particolare grazie alla penna di Roscoe Pound (*Law in Books and Law in Action*, in 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910)), ed è diventata poi comune all'interno della riflessione giuridica statunitense – specie in quel filone di pensiero che vede nella scienza giuridica quella branca del sapere che studia ciò che determina la decisione giudiziale al fine di renderla più prevedibile – per essere poi recuperata quale formula *passé-partout* in diversi ambiti. In questa sede, come spesso negli studi giuscomparativi, la si utilizza per riferirsi a quella doppia distanza che separa sia la decisione giudiziale dalle parole utilizzate dal legislatore, sia la realtà del diritto dalla descrizione che di esso sono in grado di darne gli studiosi che in un dato ordinamento se ne occupano (v. J-L. Halperin, *Law in Books and Law*



portanza del ruolo svolto dal giudice nella produzione del diritto, la scoperta del carattere non certo obiettivo e scontato dell'interpretazione giuridica<sup>24</sup>, la valorizzazione del contributo del formante dottrinale<sup>25</sup>, per finire – ma l'elenco è soltanto esemplificativo e potrebbe continuare ancora a lungo – con la scoperta di regole non formalizzate, il più delle volte tacite<sup>26</sup>, ma ciò nondimeno seguite con una costanza anche maggiore della generalità delle disposizioni di legge. Inoltre, l'approccio antidommativo degli studi giuscomparativi, unito alla preferenza per metodologie di analisi attente al dato fattuale e, spesso, per indagini di carattere operativo<sup>27</sup>, ha presto portato a situare il diritto all'interno dei molti meccanismi sociali di disciplinamento della condotta umana<sup>28</sup>; tale processo di superamento degli angusti limiti della tradizione statualista e di correlativo ampliamento degli orizzonti di ricerca ha avuto quale prevedibile e feconda conseguenza la scoperta del pluralismo giuridico, sia esterno che interno ai confini degli Stati-nazione<sup>29</sup>, la quale ha portato alla constatazione del ruolo giocato dagli ordinamenti non statuali nei processi di disciplinamento delle condotte<sup>30</sup> e alla capacità di questi di competere – quanto ad effettiva capacità di indirizzamento – con il classico diritto positivo.

## 2.1. ... e le sue conseguenze

Il superamento del dogma giuspositivista conduce al necessario ripensamento della nozione di norma giuridica quale *comando correato da sanzione*, la quale emerge tutt'ora da parte significativa della letteratura di

---

*in Action: The Problem of Legal Change*, in 64 *Me. L. Rev.* 45 (2011)).

<sup>24</sup> Dalla prospettiva degli studi comparatistici, v. ad esempio i contributi raccolti in J. Derrida, G. Vattimo, *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, e in particolare quelli di R. Sacco (*Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete*, p. 111), P.G. Monateri (*“Correct our Watches by the Public Clocks”. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, p. 189) e D. Kennedy (*Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, p. 229).

<sup>25</sup> Sul tema v. il classico R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *Am. J. Comp. L.* 1 e 343 (1991).

<sup>26</sup> V. R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

<sup>27</sup> V. in sintesi U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1997, in part. 46 ss.

<sup>28</sup> Ad es., v. U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in 45 *Am. J. Comp. L.* 5, 9 (1997).

<sup>29</sup> Sul tema, da ultimo, v. M. Graziadei, *Il diritto oltre lo Stato: le molteplici e rischiose vite di una formula seducente*, in V. Barsotti, M. Graziadei, *Il diritto oltre lo Stato*, Torino, 2021, 121 ss.

<sup>30</sup> Si pensi, ad esempio, a quello che è stato efficacemente definito nei termini di ordinamento intersindacale (v. G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, 1960, 93.), il quale svolge una funzione di primo rilievo nella disciplina dei rapporti di lavoro e che, in alcune esperienze straniere, non ha punti di contatto significativi con l'ordinamento giuridico statale (in primo luogo il Regno Unito, sul quale v. O. Kahn-Freund, *Legal Framework*, in A. Flanders, H. Clegg (Eds), *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Oxford, 1954, 7 ss.).

taglio domestico e che soprattutto costituisce ancora oggi il termine di riferimento immediato laddove un parlante faccia riferimento al diritto e alle sue regole<sup>31</sup>.

Al contrario, una visione pluralistica degli ordinamenti giuridici e del fenomeno giuridico<sup>32</sup> vede quest'ultimo come legato a doppio filo con la socialità<sup>33</sup> e, più nel dettaglio, con l'esistenza di un qualsivoglia tipo di *sistema sociale*, anche di carattere embrionale, per cui laddove questo vi sia sarà possibile individuare delle regole che ne permettono il regolare funzionamento e che ne sono pertanto costitutive<sup>34</sup>.

Infatti, come messo in luce dal pensiero sociologico e, in particolare, da quella sua branca nota come teoria dei sistemi, un qualunque sistema sociale è costituito da interazioni di carattere comunicativo, le quali assumono senso all'interno di una rete di aspettative reciproche e sono quindi comprensibili solo laddove siano opportunamente calate in questo loro contesto. In quest'ottica, il diritto può essere quindi riguardato come quel dispositivo che in primo luogo aiuta la formazione delle aspettative, permette quindi una proficua interazione interindividuale e soprattutto promuove la composizione, in un sistema minimamente funzionante, della miriade di interazioni intersoggettive che possono così diventare relazioni. Così, giusto per meglio comprendere, all'interno del sottosistema economico, le norme

---

<sup>31</sup> Come afferma Bobbio, infatti: «nell'Ottocento la dottrina della natura coercitiva del diritto diventa patrimonio comune del pensiero giuridico» (*Il positivismo*, cit., 171).

<sup>32</sup> Val la pena ricordare la riflessione di Santi Romano che contrappone il pluralismo giuridico non soltanto allo statualismo, ma a una lettura essenzialista del fenomeno giuridico, incentrata su quel legame peculiare e fondativo con la coazione. Scrive in proposito l'A.: «Questa teoria, mentre dunque storicamente si spiega come un inesatta valutazione e come un'esagerazione di un avvenimento che pure ha notevole rilievo, deve poi dottrinalmente riannodarsi alla concezione naturalistica del diritto, con la quale, a prima vista, si direbbe in completa antitesi, mentre ne è un residuo dei più cospicui. È infatti proprio di tale concezione naturalistica raffigurare il diritto come l'attuazione concreta, che dovrebbe essere unica e uniforme, di un principio trascendente ed assoluto, della giustizia astratta ed eterna, e, in conseguenza, di negare il carattere di diritto a tutti gli ordinamenti sociali che non si possono considerare almeno come tentativi, sia pure imperfetti, di tale attuazione, o che, peggio ancora, si affermano ribelli a quell'idea di giustizia. La dottrina che vede nello stato l'unico organo, come si suol dire, l'unico produttore del diritto, si fonda evidentemente su così fatte vedute completate con l'altra – più recente incerti i suoi sviluppi – che raffigura nello stato l'ente etico per eccellenza» (*L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, 1977, 109).

<sup>33</sup> V. già M. Hauriou, *La théorie de l'institution e de la fondation*, in AA.VV., *La cité moderne et les transformations du droit*, Parigi, 1925, 89-128, trad.it *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967.

<sup>34</sup> «L'istituzione invece è il diritto obiettivo, ed è diritto obiettivo perché è un ente, un corpo sociale, che ha, nel mondo giuridico, un'esistenza effettiva, concreta, obiettiva ... Da ciò il corollario, che non basta, perché sorga un'istituzione, l'esistenza di persone collegate fra loro da semplici rapporti, ma occorre che fra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico: è necessario che si formi una superstruttura sociale da cui, non solo i loro rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendono o siano dominati» (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 67).

sulla responsabilità aquiliana non solo garantiscono che chi cagiona ad altri un danno ingiusto è tenuto a risarcirlo, ma soprattutto ingenerano l'aspettativa nei consociati di una mia condotta prudente. Ancora più significativamente, l'evoluzione di *negligence*, quale titolo autonomo di risarcimento del danno, contestualmente allo sviluppo industriale del XIX secolo<sup>35</sup>, svolge un ruolo di grande momento nell'accompagnare l'evoluzione del sistema socioeconomico: per un verso, addossa al produttore un dovere di diligenza nei confronti della nascente *platea dei consumatori*; per l'altro, induce questi soggetti a non diffidare di una produzione standardizzata e spersonalizzata ben diversa da quella tipica del periodo precedente.

Le aspettative non solo svolgono un ruolo di primo piano nel superamento della doppia contingenza e quindi nel permettere l'interazione sociale – con tutto ciò che ne discende sulla stessa strutturazione del sistema sociale – ma rivestono una centralità del tutto peculiare nelle relazioni commerciali e, più in generale, nel corretto funzionamento del sistema economico.

Per avere contezza di questa centralità è sufficiente volgere anche solo brevemente lo sguardo all'evoluzione del pensiero economico ed osservare come il tema in esame svolga una funzione di grande momento nell'edificazione della teoria generale di Keynes<sup>36</sup> – con quella tripartizione

---

<sup>35</sup> V. ne la ricostruzione sintetica in K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1984, trad.it. *Introduzione al Diritto Comparato*, Milano, 1995, vol. II, 299 ss.

<sup>36</sup> Infatti, chi volesse accostarsi alla Teoria generale trarrebbe profitto dal previo studio di un'opera precedente dell'Economista di Cambridge – il *Treatise on probability* (London, 1921) –, in cui egli imbastisce le proprie riflessioni in merito alle più diffuse teorie della probabilità, ricavandone alcune considerazioni di vitale importanza sul tema dell'incertezza (le quali, come può intuirsi, verranno poi riprese per meglio comprendere il ruolo che l'incertezza svolge nelle scelte dei soggetti economici). Senza scendere nel merito di un tema vasto e affascinante, ma del tutto ultroneo rispetto agli scopi del presente contributo, basti rilevare come Keynes respinga i due approcci più seguiti non solo all'epoca ma anche in tempi più recenti: per un verso, l'approccio probabilistico classico appare troppo astratto e fondamentalmente incentrato su di una metodologia impossibile da applicare agli eventi del mondo reale (o, per meglio dire, applicabile in ambiti eccessivamente limitati, come il gioco d'azzardo, a cui i primi studi di probabilità sono infatti strettamente legati – cfr. V. P. Monari, *La probabilità, dai giochi alla scienza moderna*, in Id. (a cura di), *Giochi d'azzardo e probabilità*, Milano, 2012, 53-82, e F.N. David, *Games, Gods and Gambling: A History of Probability and Statistical Ideas*, Mineola (NY), Dover Publications, 1998); per altro verso, è del tutto inappagante, sul piano dell'affidabilità, l'orientamento frequentista – il quale parte dal calcolo delle serie storiche sulla base dell'assunto, talvolta plausibile ma del tutto indimostrabile, che le distribuzioni statistiche rimangano stabili nel tempo – non foss'altro per la banale considerazione, formulata dallo stesso JMK nel suo epistolario – che gli agenti economici non sono paragonabili alla mela di Newton: questa non sa di cadere, non può acquisire alcuna consapevolezza di quello che le accade e non ha quindi la capacità di modificare il proprio comportamento sulla base dell'esperienza passata o delle acquisizioni scientifiche che la riguardano. Secondo il *Treatise on probability*, tutte le vicende umane sono interpretabili anche sulla base dell'incertezza che le caratterizza, la quale è però soltanto relativa: ogni fatto futuro è caratterizzato da un proprio livello di incertezza, che è

in tre blocchi analitici omogenei delle relazioni a contenuto economico, a seconda del loro orizzonte temporale di riferimento, a cui consegue un diverso tipo di incertezza e un diverso modo di assumere decisioni in ciascun contesto da parte degli attori coinvolti – e nel suo (preteso) superamento anche grazie alla teorica delle aspettative razionali<sup>37</sup> e, soprattutto, al suo utilizzo da parte degli studiosi riconducibili alla Nuova Macroeconomia Classica<sup>38</sup>.

Per quanto centrale per comprendere il ruolo giocato dal diritto nel contesto del sistema economico, il tema delle aspettative non è però sufficiente a definire in modo minimamente compiuto che cosa siano le norme giuridiche e cosa le distingua dalla miriade di strumenti che gli esseri umani utilizzano per promuovere e consolidare le aspettative a beneficio della regolarità delle interazioni individuali e per guidare la condotta degli agenti al fine di conservare e consolidare un certo sistema sociale. Va da sé, ad esempio, che l'algoritmo sulla cui base funziona il motore di ricerca di Google crea aspettative, promuove l'interazione tra determinati individui, ma è difficilmente configurabile come norma giuridica. In altri termini, una definizione meramente funzionale del diritto non appare sufficiente a comprendere il fenomeno della giuridicità e finisce per restituire un'immagine del diritto che – proprio nell'ambito di analisi che si vuole affrontare – è troppo ambigua per costituire un solido ancoraggio metodologico al progetto di ricerca.

Appare quindi fruttuoso sottolineare innanzitutto come il tema delle aspettative ci abbia condotto lontano dal mondo dei fenomeni fisici bruti: il diritto può – anzi, ciò appare in buona misura necessario – trovare espressione e veicolazione grazie a fenomeni di tale fatta (i fogli e l'inchiostro con i quali è scritto il libro sul quale si può leggere la Costituzione o i segnali magnetici grazie ai quali un certo atto normativo, una determinata sentenza sono archiviati sul computer), ma non può confondersi con essi. Al contrario, il diritto è un fatto istituzionale la cui esistenza si giustifica soltanto in virtù

---

direttamente collegato alla limitatezza delle conoscenze umane. Tale livello di incertezza dipende quindi da fattori oggettivi e da fattori soggettivi, destinati i primi a mutare nel corso del tempo e i secondi anche sulla base delle conoscenze specificamente possedute dall'attore di cui ci si sta eventualmente occupando. In questo, la concezione Keynesiana della probabilità ricorda quella – inverosimile e ancora più radicale – sostenuta da un importantissimo matematico italiano del '900, Bruno De Finetti (v. *Fondamenti logici del ragionamento probabilistico*, in *Bollettino dell'Unione Matematica Italiana*, anno IX, dicembre, 1930, e soprattutto *Sul significato soggettivo della probabilità*, in *Fundamenta Mathematicae*, Warszawa, T. XVII, pp. 298–329), il quale finisce per ridurre la probabilità alla fiducia del soggetto circa la realizzazione di un certo accadimento futuro, la quale non ha né può avere solide basi scientifiche. A differenza di De Finetti, Keynes crede però che tale fiducia nella realizzazione di un evento futuro possa essere fondata su argomenti razionali e non già su considerazioni meramente soggettive e quindi prive di fondamento scientifico.

<sup>37</sup> V. J.F. Muth, *Rational Expectations and the Theory of Price Movements*, in 29 *Econometrica* 315 (1961), ora in AA.VV., *The new classical macroeconomics*, vol. I, Aldershot, 1992, 3 ss.

<sup>38</sup> V. ad es. R.E. Lucas, *Models of Business Cycles*, Oxford, 1987.

dell'*intenzionalità collettiva*<sup>39</sup>: la Costituzione italiana è la legge fondamentale della Repubblica in quanto vi è un accordo tra la generalità dei cittadini a considerarla tale. Nel momento in cui un'amnesia collettiva facesse dimenticare tale credenza, questo atto perderebbe non solo la sua fondamentale legittimazione, ma anche qualunque tipo di forza normativa. Parimenti, se domani eleggessimo una nuova Assemblea costituente per scrivere una nuova Costituzione, questa potrebbe realmente prendere il posto di quella attualmente in vigore non già per il rispetto di qualche requisito formale, ma in virtù dell'accordo collettivo nel considerare quest'assemblea come legittimata a scrivere il nuovo testo e, al contempo, il nuovo testo a prendere il posto del vecchio quale legge fondamentale della *Res Publica*.

Se tale fondamento dovesse apparire fragile – e quindi fatalmente inadatto a sorreggere quello che un tempo è stato addirittura chiamato Leviatano – basti pensare alla difficoltà del processo storico che ha portato un paese di diversi milioni di abitanti a considerare in via collettiva *legittime* le Istituzioni che lo governano e valide le norme che sovrintendono al regolare funzionamento di quelle stesse istituzioni. La necessità per il nostro vivere associato di avere delle istituzioni e, per il regolare funzionamento di queste, di avere delle norme giuridiche si salda quindi alla difficoltà di addivenire a un accordo collettivo in favore di norme e di istituzioni diverse per rendere sufficientemente salda l'*intenzionalità collettiva* e per fare sì che questa sia un fondamento sufficientemente saldo dell'ordinamento giuridico.

In altri termini, questa breve digressione vuole dimostrare che non è la forza a sorreggere l'ordinamento giuridico e a costituire in qualche misura il carattere differenziale della norma giuridica. Il monopolio della forza legittima aiuta di certo a stabilizzare le Istituzioni e a “fortificare”<sup>40</sup> l'intenzionalità collettiva grazie alla quale queste – insieme al diritto che ne permette il regolare funzionamento – possono esistere. Tuttavia, il fondamento essenziale dell'ordinamento giuridico è la credenza collettiva – e, nell'espressione utilizzata, l'aggettivo collettiva non allude ad una semplice somiglianza delle credenze individuali, ma a una consapevolezza che si raggiunge al termine di un processo necessariamente interpersonale<sup>41</sup> – che le istituzioni e le varie norme giuridiche siano tali. Pertanto, è da considerarsi diritto quell'insieme sufficientemente ordinato di regole che, nel complesso, i membri di una certa struttura sociale – o, se si preferisce, di una collettività

<sup>39</sup> La terminologia è presa a prestito da J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York (NY), 1997, trad.it *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, le cui tesi sono riprese in misura significativa nel proseguo del testo.

<sup>40</sup> Su questo ruolo della coercizione, v. F. Viola, *La teoria del diritto come pratica sociale e la coercizione*, in *Persona y derecho*, 2019, 31 ss.

<sup>41</sup> Lo stesso Searle (*The Construction of Social Reality*, cit., 47) insiste molto sull'irriducibilità dell'intenzionalità collettiva agli schemi propri dell'individualismo metodologico, comportando invece il loro necessario superamento.

– sono concordi nel considerare deontiche – e quindi normative – affinché sia preservato il regolare funzionamento dell’organizzazione sociale di cui fa parte. Che poi, a maggior garanzia di un adempimento effettivo e generalizzato di tali regole, vi siano anche meccanismi di carattere coercitivo, questo è un *plus* che nulla aggiunge e nulla toglie alla giuridicità delle regole di cui si parla.

Sgombrato il campo dalle fallacie *coazioniste*, e posto al centro del funzionamento del diritto – della sua validità e della sua efficacia – nulla più dell’intenzionalità collettiva, appare evidente come sia possibile procedere a considerare il diritto dei privati, nell’ambito delle relazioni commerciali, non come un’eccezione o il frutto di processi sregolati di decomposizione dello Stato nazionale<sup>42</sup>, ma come una fisiologica attività di produzione di norme giuridiche da parte di soggetti diversi rispetto allo Stato, ma non per questo privi di una legittimazione sostanziale – almeno di carattere sociale – ad agire tal senso<sup>43</sup>; al contempo, l’intenzionalità collettiva è anche la misura dell’opera di inclusione/esclusione, in base alla quale scegliere cosa è diritto prodotto dai privati e cosa, invece, è uno strumento di disciplinamento di condotte individuali diverso dalla produzione di norme giuridiche<sup>44</sup>.

### 3. Rapporti economici e ruolo delle regole, tra ordini *spontanei* ed *orientati*

Delineata, grazie all’intenzionalità collettiva, una nozione ontologica del diritto adeguata agli scopi della ricerca, si può tornare sul piano della funzione e comprendere il motivo per il quale un certo insieme di soggetti individua alcuni precetti e li eleva a regole di condotta che richiedono di essere seguiti a beneficio della funzionalità di uno specifico sistema, complessivamente inteso.

È noto, almeno a partire dai lavori del secondo Hayek, che un determinato insieme di rapporti, in primo luogo economici, che presenta delle

---

<sup>42</sup> La tendenza a vedere in ogni evoluzione-complicazione del sistema delle fonti un elemento di crisi – quando non di decadenza – pare sia connaturata alla cultura giuridica, il cui approccio dogmatico è naturalmente tendente alla conservazione. Si consideri il caso invero significativo della parabola del pensiero di Santi Romano. L’A., nella prolusione pisana del 1909, si cimenta con la letteratura che argomenta circa la crisi dello Stato – mantenendo per vero una posizione che di certo non può dirsi di supina adesione verso le tesi più ottocentesche – e a distanza di qualche anno dà alle stampe il suo testo più famoso che proprio prende le mosse e razionalizza, in una lettura di riconosciuti acume e profondità, quegli stessi fenomeni che nel 1909 apparivano, a gran parte della letteratura giuridica, di così difficile maneggiamento.

<sup>43</sup> V. V. Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 531 ss.

<sup>44</sup> Si pensi ad esempio all’impatto sulla condotta tenuta da un qualunque soggetto della banale configurazione di un sito internet o della procedura prevista per l’utilizzo di una specifica applicazione informatica. Su tali tematiche v. D.K. Mulligan, K.A. Bamberger, *Saving governance-by-design*, in 106 *California Law Review* 697, (2018).

regolarità tali che l'osservazione di alcuni di essi è tale da far intendere qualcosa di significativo anche sugli altri componenti del medesimo insieme è da considerarsi un ordine<sup>45</sup> – o, con linguaggio diverso ma egualmente utilizzabile, un sistema – e che un qualunque tipo di ordine sociale può concretamente esistere soltanto laddove vi siano le necessarie regole.

Più nel dettaglio, secondo lo studioso austriaco, le regole che danno vita ad un ordine debbono essere distinte in due diversi gruppi, il primo relativo alla istituzione di un «ordine costruito» e perciò *orientato* da uno scopo, determinato questo in via esogena da un soggetto definito; il secondo gruppo è invece costituito da quelle regole che sono in grado di dare vita ad un «ordine spontaneo», con ciò intendendosi non certo un sistema che nasce e si sviluppa indipendentemente dalla volontà umana, come un arbusto selvatico, ma più pianamente un ordine che non è il frutto di un progetto orientato a uno scopo<sup>46</sup>. In questo secondo tipo di ordine, di cui il mercato concorrenziale è l'essenziale termine di paragone, l'interazione tra soggetti liberi – ciascuno intento a perseguire i propri interessi individuali, utilizzando a tal fine le proprie conoscenze ed abilità – produce equilibri che lo stesso Hayek definisce catallattici e, soprattutto, raggiunge “obiettivi” che nessuno ha posto, ma che sono la risultante delle azioni individuali, innestate le une sulle altre secondo la logica propria dell'ordine medesimo.

Il peculiare concetto di spontaneità utilizzato da Hayek porta poi a comprendere come sia possibile conciliare la presenza di regole, frutto del lavoro di soggetti determinati, con il carattere genuinamente spontaneo dell'ordine. Infatti, l'obiezione che verrebbe facile porre è che se tali regole sono necessarie al fine della costituzione di un qualunque tipo di ordine e sono, allo stesso tempo, il frutto di un'intelligenza determinata, diventerebbe impossibile sostenere la natura spontanea dell'ordine, se con tale qualificazione si intendesse qualcosa di attinente alla naturalità o alla non-intenzionalità. Invece, posta la nozione di spontaneità che si è riferita sopra, diventa possibile immaginare un legislatore che volontariamente adotta norme che hanno le caratteristiche necessarie a favorire l'instaurazione di un ordine spontaneo – il quale è, quindi voluto – ma non impongono all'ordine stesso né specifiche finalità da raggiungere<sup>47</sup>, né regolarità di funzionamento

<sup>45</sup> Vale la pena di riportare le stesse parole del pensatore austriaco: «mediante il termine “ordine” noi descriveremo uno stato di cose in cui una molteplicità di elementi di vario genere sono in relazione tale, gli uni rispetto agli altri, che si può imparare, dalla conoscenza di qualche partizione spaziale o temporale dell'intero insieme, a formarsi aspettative corrette sulle altre parti di quell'insieme, o, almeno, aspettative che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette. È chiaro che in questo senso ogni società deve possedere un suo ordine, e che spesso tale ordine esisterà senza essere stato deliberatamente costruito». Cfr. F.A. von Hayek, *Rules and Order*, 1973, in *Law, Legislation and Liberty*, London-New York (NY), 1982 trad.it *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986, 49.

<sup>46</sup> V. *Rules and Order*, cit., 53 ss. e, in part., 61-68.

<sup>47</sup> Ancora utile il riferimento alle parole dell'Autore: «Le regole che governano un ordine spontaneo devono essere indipendenti da un qualche scopo, e devono essere le medesime,

in opposizione a quelle che un ordine spontaneo può avere (almeno secondo la visione sottesa al discorso dello studioso austriaco e che qui si è cercato di riassumere).

Quello che si è appena analizzato è in realtà un punto critico e controvertibile del discorso hayekiano: non a caso, l'Autore mostra una chiara preferenza per le regole della *judge-made law* anglosassone<sup>48</sup>, in cui è la logica di un sistema giuridico speculare al sistema economico a plasmare e a ricondurre ad unità le molteplici decisioni di un numero indeterminato (in prospettiva diacronica) di corti. È invece chiaro che il legislatore "onnipotente" della tradizione di *civil law* – per quanto il suo ruolo sia da considerarsi indefettibile<sup>49</sup> – è più difficilmente riconciliabile con un ordine spontaneo, in quanto saprà difficilmente resistere alla tentazione di dare vita a un ordine di carattere orientato: non è infatti un caso se le Costituzioni lunghe dell'Europa continentale appaiono distanti da quella neutralità rispetto ai fini, che invece dovrebbero avere le regole secondo l'approccio che qui si sta ricostruendo, ed appaiono come documenti evidentemente "orientati".

In ogni caso, senza voler aprire il discorso della maggior efficienza (dal punto di vista dell'economia di mercato) dello stato di giurisdizione<sup>50</sup>, il problema della compatibilità tra le regole frutto di una volontà storicamente determinata con l'istituzione e lo sviluppo di un ordine spontaneo è di immediata evidenza quando si vogliono indagare le regole poste da soggetti privati, in cui l'elemento volitivo appare ben più evidente e rilevante, rispetto al diritto di fonte statale, frutto di formanti diversi e distanti quanto alle volontà fattuali e concrete che ne guidano l'azione.

Le considerazioni che si sono svolte sino a questo punto mostrano quindi come un ordine spontaneo possa determinarsi non solo grazie a norme volontariamente adottate da un soggetto caratterizzato da una determinata volontà, ma anche che non vi sono ragioni per escludere da quest'ambito le regole costituite da un soggetto privato.

D'altra parte, la contrapposizione formulata da Hayek tra ordini orientati e ordini spontanei, almeno se intesa come *distinzione meramente*

---

se non per tutti almeno per intere classi di membri non individualmente designati per nome ... Esse devono essere applicate dagli individui alla luce delle loro rispettive conoscenze e finalità; e la loro applicazione *deve essere indipendente da ogni scopo comune*, che gli individui non hanno neanche bisogno di conoscere ... Questo significa che le regole generali di diritto, su cui si basa un ordine spontaneo, tendono ad un ordine astratto, il cui contenuto particolare o concreto non è conosciuto o previsto da alcuno, mentre tanto i comandi che le regole che governano un'organizzazione servono dei risultati particolari cui aspirano coloro che sono al suo comando» (*Rules and Order*, cit., p. 65 – corsivo aggiunto).

<sup>48</sup> Cfr. *Rules and Order*, cit., 120.

<sup>49</sup> *Ivi*, 154 ss.

<sup>50</sup> Sul tema v. anche le pagine ad esso dedicate in E. Mostacci, A. Somma, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016, 14-18.



*analitica*<sup>51</sup>, appare utile ai fini della presente indagine anche da un ulteriore punto di vista. Infatti, l'imposizione di specifiche finalità ad un certo ordine – *rectius*: ai partecipanti ad un determinato sistema – deve necessariamente appoggiarsi o sul consenso o sulla forza: due elementi di cui un soggetto privato normalmente non dispone (il consenso), né è autorizzato a disporre (la forza). Così, è molto più semplice, per un soggetto privato, che non ha la possibilità di esercitare legittimamente poteri di carattere coercitivo e che difficilmente è nella condizione di disporre del consenso dei “soggetti regolati”, produrre le norme necessarie al buon funzionamento di un ordine spontaneo. O, più realisticamente, norme che si legittimano grazie al buon funzionamento dell'ordine apparentemente spontaneo a cui tutti i destinatari partecipano e che soltanto in misura latente indirizzano la generalità dei partecipanti all'ordine verso finalità vantaggiose per il soggetto che le ha “emanate”.

In altri termini, il riconoscimento delle regole costitutive di un ordine quali norme giuridiche, quale elemento centrale di quella intenzionalità collettiva di cui si è detto al precedente paragrafo, avviene e si legittima in virtù del carattere proficuo dell'ordine che così viene generato; al contempo, l'autore delle regole legittima il suo ruolo nomopoietico – e i vantaggi latenti ma significativi che ne derivano – in quanto promotore o, in alcuni casi, creatore dell'ordine.

A sua volta, l'ordine ha la capacità di legittimare il ruolo nomopoietico del suo promotore grazie all'attitudine – che gli è costitutivamente caratteristica – di ridurre l'incertezza e di rendere realistico quell'insieme coordinato di aspettative che è necessario allo svolgimento delle relazioni a contenuto economico.

### 3.1. I mercati come ordinamenti giuridici

Le riflessioni che si sono svolte precedentemente si innestano con evidente naturalezza sul tema del mercato, inteso come luogo artificiale retto da regole<sup>52</sup> – e che non può né esistere né tantomeno funzionare in assenza di un quadro regolatorio minimo che renda prevedibili e cooperative le condotte degli attori coinvolti –, in cui i partecipanti pur perseguendo ognuno le proprie finalità sviluppano un ordine spontaneo nel senso sopra chiarito. D'altra parte, è evidente che sia proprio il mercato il termine di riferimento essenziale delle riflessioni di Hayek sugli ordini spontanei.

Conviene quindi analizzare un po' più da vicino le regole necessarie

---

<sup>51</sup> Intesa cioè come strumento di analisi, volto a sottolineare che i sistemi realmente esistenti rispondono in parte alle logiche degli ordini orientati e in parte a quelli degli ordini spontanei, senza però asserire che gli ordini esistenti nel mondo reale possano integralmente considerarsi appartenenti all'uno o all'altro tipo (cosa che d'altra parte Hayek non ha mai apertamente asserito e in più punti implicitamente contraddetto).

<sup>52</sup> V. G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 29 ss.

all'esistenza e al funzionamento di questo tipo di istituzione. Come accennato, queste debbono perseguire due distinte finalità: garantire la prevedibilità dei comportamenti e promuovere un livello minimo di collaborazione tra gli agenti che sul mercato si muovono. A tal fine, esse debbono non soltanto garantire una generale corrispondenza tra gli impegni assunti e le condotte effettivamente realizzate – soprattutto a garanzia della finalità indicata per seconda – ma anche individuare le reazioni ammissibili e doverose degli attori coinvolti di fronte al verificarsi di eventi imprevisi e tali da alterare l'equilibrio sinallagmatico degli accordi precedentemente raggiunti.

In altri termini, volendo rimanere per il momento fedeli all'idea del mercato come ordine spontaneo, le norme prodotte da soggetti privati e capaci di promuovere la definizione di un sistema consimile debbono avere quale prima caratteristica quella non già di limitare, quanto piuttosto di ampliare le facoltà dei diversi agenti a cui le norme di rivolgono. Si badi: ampliare non già le possibilità che concretamente si dischiudono in uno specifico momento ad un determinato attore, ma le capacità di cui egli, partecipando all'ordine ed accettandone le regole, gode in via generale. In altri termini, non si tratta della possibilità di non adempiere a un'obbligazione una volta che sia stata assunta; ma della capacità di entrare in relazioni commerciali potenzialmente vantaggiose, sottostando solo a quelle regole necessarie e sufficienti affinché quel genere di rapporti a contenuto economico possa dapprima nascere e poi efficacemente e prevedibilmente svolgersi.

È questa un'ipotesi di lavoro che regge alla prova dei fatti?

Ad un primo sguardo appare subito evidente che sia necessario operare una *summa divisio*. Da un lato vi sono le regole adottate – o, per meglio dire, affermatesi nella prassi – nell'ambito del commercio transnazionale. In questo campo, l'ipotesi appare realistica e necessita di correzioni tutto sommato marginali. Si tratta davvero di norme che si definiscono tra attori professionali – per quanto non per forza dello stesso peso economico e quindi non per forza in contesti caratterizzati da relazioni paritarie – interessati a intrecciare relazioni commerciali che altrimenti dovrebbero sottostare a schemi regolatori fondamentalmente inadatti o che, in talune circostanze, neppure potrebbero esistere. D'altra parte, la necessità del commercio di ridurre i costi direttamente e indirettamente legati al particolarismo giuridico si scontrerebbe altrimenti con il carattere nazionale – e quindi localistico, rispetto alla dimensione globale dei traffici – di grande parte delle norme giuridiche di derivazione statale.

Dall'altro lato, vi sono invece fenomeni di grande e crescente importanza di regole prodotte da privati che ben poco hanno a che fare con il commercio internazionale: si tratta soprattutto di singoli mercati, sempre più spesso articolati attorno ad una piattaforma informatica, che si pongono

in posizione alternativa rispetto a mercati concreti già esistenti e ben regolati – si intenda l'espressione non nel senso di un apprezzamento sulle singole norme ma sulla complessiva coerenza della regolazione – dal potere pubblico. Qui, il senso della regolazione non è soltanto di aprire gli orizzonti delle relazioni commerciali individuali, come nel caso del commercio internazionale, ma di promuovere un diverso assetto degli interessi che si incontrano e si scontrano sul mercato, rispetto a quello sotteso alla regolazione di marca pubblicistica, utilizzando a tal fine le possibilità dischiuse dallo sviluppo delle tecnologie informatiche.

In quest'ambito, lungi dal creare un ordine cieco alle preferenze dei singoli attori che vi partecipano, le norme di produzione privata mirano alla costituzione di un ordinamento evidentemente orientato, sfruttando le nuove posizioni di potere dischiuse dalla rete e da un accorto – anche se in determinati casi non meno che deprecabile – trattamento dei dati.

#### 4. Le regole del commercio transnazionale

Data per assodata la *summa divisio* di cui al paragrafo precedente, conviene procedere con due analisi in parallelo dei due contesti di cui si è fatta menzione.

Il primo di questi contesti è sicuramente costituito da una sfera strutturalmente alternativa alla statualità: un contesto privo di territorialità e alieno alla definizione di criteri di inclusione ed esclusione di natura politica<sup>53</sup>. Si allude a quell'ambito sovranazionale in cui le regole non sono dettate né dagli Stati – per il tramite dei possibili modi di produzione del diritto internazionale pattizio o consuetudinario – né da soggetti istituzionalizzati (istituzioni internazionali, standard setter bodies, etc<sup>54</sup>), ma prodotte autonomamente dagli attori economici che operano in questo spazio deterritorializzato<sup>55</sup>, anche grazie all'ausilio dei fornitori dei servizi legali.

---

<sup>53</sup> Sul legame tra politicità dell'organizzazione statale e capacità di definire i criteri di inclusione nella e di esclusione dalla comunità, v. G.F. Ferrari, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV convegno annuale dell'AIC*, Napoli, 2011, 460, e l'ampia letteratura – non soltanto giuridica – ivi citata.

<sup>54</sup> Sulle istituzioni della globalizzazione v. G.F. Ferrari, *Globalizzazione e internazionalizzazione dell'economia. Implicazioni istituzionali*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Scritti in onore di Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, 135 ss. V. pure i contributi raccolti in L.W. Pauly, W.D. Coleman (eds), *Global Order: Institutions and Autonomy in a Changing World*, Vancouver, 2008, e in S. Battini, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007, al pari delle osservazioni sviluppate da A. Buchanan, R.O. Keohane, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, in *Ethics and International Affairs*, 2006, 405 ss., e da S. Bernstein, B. Cashore, *Can Non-State Global Governance be Legitimate? An Analytical Framework*, in *Regulation & Governance*, 2007, 347 ss.

<sup>55</sup> Appare significativo notare come l'ambito di cui si discute sembra richiamare alcuni caratteri tipici della concezione classica del mare libero, la quale – a sua volta – era coesistente a uno specifico orientamento dell'ordine giuridico funzionale ad interessi storicamente e geograficamente situati; come messo in luce da Carl Schmitt, infatti, la

Un ambito ben rappresentato da quell'insieme di usi e pratiche del commercio internazionale che si è soliti chiamare *nuova lex mercatoria*.

Come è noto, l'espressione *lex mercatoria* ha origini dotte e rimanda<sup>56</sup> a un importante fenomeno giuridico che l'Europa aveva conosciuto prima dell'emergere e dell'affermarsi degli Stati nazionali. Lo *ius mercatorum* era quel *corpus* di norme che, a partire dalla metà dell'epoca medioevale – e per diversi secoli – regolava in modo uniforme l'attività di coloro che esercitavano il commercio – i *mercatores* –, era creato direttamente dalla stessa classe mercantile, ed era destinato ad imporsi anche ai soggetti diversi dai mercanti quando entravano in contatto con i *mercatores* per motivi attinenti al commercio<sup>57</sup>.

Particolarità di questo *corpus* normativo era quello di essere autonomamente posto da una categoria di cittadini in quanto tale, senza l'ausilio di istituzioni politiche, anche là dove e nel momento in cui queste avevano l'autorità e il potere di intervenire direttamente nell'opera di definizione delle regole; ciò, nonostante il fatto che in un numero considerevole di esse i mercanti erano anche nella condizione di influenzarne in modo decisivo l'azione e le scelte<sup>58</sup>. La ragione di questa separazione della regolamentazione del commercio dalla sfera di intervento delle società politiche medievali è da ricercare nell'inadeguatezza dimensionale di quest'ambito, rispetto all'oggetto della regolazione e alle sue più fondamentali esigenze: pur non avendo il carattere mondializzato proprio dell'economia a noi contemporanea, questo già rifuggiva alle limitazioni che derivavano dal contesto localistico proprio del regime feudale e del mondo comunale<sup>59</sup>.

---

libertà del mare – elemento centrale dello *Ius Publicum Europaeum* sette e ottocentesco – era il presupposto della libertà del commercio internazionale ottocentesco (cfr. *Land und Meer: Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Leipzig 1942, trad.it *Terra e mare*, Milano, 2002).

<sup>56</sup> Per riprendere le parole di F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, 238: «L'espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti medievali». D'altra parte, il riferimento non ha natura prettamente estetica poiché va riproducendosi, in chiave moderna, quel continuum tra diritto ed economia che era tipico dell'era preindustriale. Cfr. F. Galgano, *La globalizzazione allo specchio del diritto*, Bologna, 2005, 43 e 56.

<sup>57</sup> L'imporsi dello *ius mercatorum* nei confronti di altri soggetti, che dal punto di vista sostanziale è un semplice frutto dell'ascesa politica e sociale della classe mercantile, in prospettiva giuridico-formale richiede inizialmente una *factio iuris*: chi tratta con un mercante è ritenuto per questo fatto anch'egli un mercante; successivamente, questo fenomeno si trasforma per divenire un vero e proprio privilegio: il «privilegium mercaturae». V. F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 37.

<sup>58</sup> Cfr. sul p.to F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 9. In particolare, conclude l'A.: «Le regole del commercio vennero così sottratte alla “compromissoria” mediazione della società politica; esse poterono, al tempo stesso, varcare i confini comunali ed espandersi, come regole professionali della classe mercantile, fin dove si estendevano i mercati».

<sup>59</sup> Il carattere “internazionale” del commercio si afferma sin dalla comparsa dei mercanti. In origine il mercante è una sorta di “apolide” del periodo – nel senso che non è legato da rapporti di servaggio con alcun feudatario – che vive in zone, poste al confine tra contee e

In altri termini, il mondo del commercio rifuggiva il particolarismo giuridico proprio dell'Europa del basso medioevo, inteso come frammentazione cetuale e diversificazione territoriale della regolamentazione; tuttavia, nel porvi rimedio, dava nel contempo adito ad un incremento dello stesso particolarismo, in questo giustificandosi il differente trattamento giuridico sulla base dei caratteri dell'oggetto stesso del rapporto da disciplinare e, in particolare, dello status di uno dei soggetti coinvolti dalla relazione contrattuale. In questo, si manifesta una tendenza propria del diritto commerciale in genere: vale a dire la sua vocazione universalistica «in ambito metastatuale», che fa il pari con la sua specialità, «in ambito endostatuale, rispetto alla restante normazione nazionale»<sup>60</sup>.

L'emergere degli Stati nazionali di per sé non intacca il carattere speciale del diritto del commercio<sup>61</sup>; tuttavia ne limita progressivamente il carattere universale<sup>62</sup>, affermando – in chiara coerenza con lo sviluppo di cui si è dato conto in precedenza<sup>63</sup> – la completa soggezione della materia alla potestà di imperio del sovrano<sup>64</sup>, la quale soggezione risulta nei fatti confermata fino a tutta la prima parte del ventesimo secolo<sup>65</sup>. Al contrario, nel corso della seconda parte del Novecento, una pluralità di fattori – primo tra essi la crescita sotto certi profili impetuosa delle relazioni commerciali transnazionali – rendono la dimensione statuale della regolazione inadatta a svolgere le funzioni sue proprie, sino ad addivenire un ostacolo al processo di integrazione delle economie, tanto reali quanto, poi, finanziarie, del

---

marchesati o fuori dalle mura dei Comuni, chiamate “borghi” – da cui il termine “borgnese” – e svolge l'attività di reperire particolari prodotti per conto dei signori. Tuttavia, già a partire dal XI secolo, i traffici commerciali avevano assunto una dimensione che oggi definiremmo internazionale: «In tutto il mondo non vi fu centro economico di qualche interesse che i nostri mercanti non frequentassero ... dalla Scozia all'Egitto, dalla Penisola iberica alla Persia, alle isole di tutti i mari, al centro di tutti i continenti, fino alla Cina raggiunta da Marco Polo e dal Pegolotti»; A. Saporì, *Il mercante italiano nel medioevo*, Milano, 1981, 37. Per una ricostruzione dei traffici commerciali tardo medievali, con riferimento precipuo al ruolo dell'Italia, si rinvia a G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, vol. I, Milano, 1959.

<sup>60</sup> Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 19.

<sup>61</sup> Specialità che trova riscontro nell'esistenza – in diversi ordinamenti – di un codice commerciale, allato al codice civile.

<sup>62</sup> Infatti, la specialità ha carattere eminentemente nazionale; d'altra parte, essa ha carattere relativo se è vero che, anche là dove il commercio ha un codice dedicato, esso è soltanto una derivazione del generale ordinamento civile, alla luce delle cui norme esso deve essere interpretato. V. G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, vol. I, Paris, 2001, 2. V. pure F. Grua, *Le Code civil, code résiduel?*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2004, 256.

<sup>63</sup> V. *supra*, par. 2 e 2.1.

<sup>64</sup> V. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2003, 21; l' A. mette in rilievo «la riduzione del diritto commerciale al diritto civile e la soppressione della categoria legislativa commerciale in funzione di una sua sottomissione al diritto civile», per concludere che il declino della *lex mercatoria* incomincia «quando l'avvento dello Stato moderno provoc[ò] la statalizzazione e la centralizzazione del diritto commerciale».

<sup>65</sup> V. R. David, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 577.

pianeta. Fino alla metà del secolo scorso, infatti, l'esigenza di uniformare<sup>66</sup> le regole giuridiche delle transazioni economiche era tutto sommato limitata e le necessità di coordinamento tra le normative dei diversi Stati avevano carattere puntuale e potevano essere soddisfatte dall'attività di specifiche organizzazioni internazionali<sup>67</sup>. In questo contesto, le esigenze regolatorie del commercio transnazionale trovavano anche parziale soddisfazione nelle norme di diritto internazionale privato, alle quali era affidato il coordinamento minimo tra le previsioni dei differenti ordinamenti giuridici<sup>68</sup>.

In buona sostanza, la crescita dei traffici commerciali aventi carattere transnazionale non determina una risposta degli Stati nazionali, almeno sotto il profilo dell'uniformazione globale delle regole giuridiche che sovrintendono ad essi. Tale ultima circostanza almeno potenzialmente potrebbe determinare un serio ostacolo allo sviluppo dell'integrazione economica sovranazionale; se ciò non avviene è grazie al concorrere di due diversi fattori. In primo luogo, vi è da porre in luce il carattere anche esso transnazionale dei principali operatori economici, i quali hanno così la possibilità di stabilirsi in quella parte del globo in cui la regolamentazione sia loro favorevole<sup>69</sup>, mentre questo suo stesso carattere transnazionale mette detto tipo di commercio al riparo dalla previsione di obblighi da parte degli ordinamenti territoriali, in ordine alle finalità che esso deve perseguire

---

<sup>66</sup> Il concetto di uniformazione del diritto è diverso sia da quello di unificazione che da quello di armonizzazione. Infatti, il terzo di essi mira al conseguimento di obiettivi simili, per il tramite di regolazioni anche parzialmente difformi; il primo di essi, invece, si sostanzia nella previsione di disposizioni comuni, le quali sono suscettibili di interpretazioni differenziate a seconda dei contesti statuali di applicazione. L'unificazione, infine, si sostanzia nella previsione di regole comuni, interpretate ed applicate «da un'unica piramide di organi giurisdizionali». Cfr. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., 151.

<sup>67</sup> U. Daretta, *La crisi del monopolio statale della regolamentazione dei rapporti tra privati*, disponibile sul sito internet [wai.mi.camcom.it](http://wai.mi.camcom.it). D'altra parte, non tutti i tentativi di dare avvio ad un maggior coordinamento interstatale hanno dato i loro frutti. Si pensi, a mero titolo di esempio, alla convenzione, conclusa all'Aja nel 1955, sul diritto applicabile alla vendita internazionale di beni materiali mobili, alla quale hanno aderito soltanto nove stati.

<sup>68</sup> In realtà, è da precisare che in taluni, ancorché sporadici, casi, alcuni ordinamenti nel corso del Novecento hanno provato ad uniformare le rispettive regole giuridiche in materia civile. È il caso, ad esempio, del progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti italo-francese del 1927. Questo progetto, nato da una felice intuizione di Vittorio Scialoja, all'indomani della Grande guerra, mirava a unificare oltre settecento articoli dei rispettivi codici italiano e francese ed ebbe una certa quale influenza sulla redazione dell'attuale codice civile italiano. Tuttavia, a riprova dello scarso interesse per le politiche anche solo di armonizzazione, il progetto non venne mai posto all'ordine del giorno delle competenti sedi istituzionali e venne superato dalla Seconda guerra mondiale e dall'adozione del codice civile del 1942. Cfr. C. Witz, *La lingue gestation d'un code européen des contrats*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2003, 448.

<sup>69</sup> Più in generale, è possibile osservare che gli operatori economici «hanno potuto, per quanto attiene la disciplina delle controversie, eliminare la competenza delle giurisdizioni statuali ricorrendo a degli arbitri, che forse non sono allo stesso modo vincolati dalle regole dei diritti nazionali». V. R. David, *Il diritto del commercio internazionale*, cit., 582.

piuttosto che alla forma giuridica in cui esso deve concretarsi<sup>70</sup>. D'altra parte, gli operatori privati hanno altresì supplito alla carenza di omogeneità della regolazione approntando essi stessi – in modo il più delle volte spontaneo – gli strumenti giuridici opportuni al fine di dare alla propria attività le norme giuridiche necessarie al suo svolgimento.

Vi è di più. Il processo di mondializzazione dei commerci<sup>71</sup> non può essere disgiunto da altro e collegato fenomeno; vale a dire in continuo e precipitevole sviluppo dei prodotti<sup>72</sup>, delle necessità relazionali degli operatori e – in conseguenza di tutto ciò – della domanda di regolazione<sup>73</sup>. In questo panorama da *sorti magnifiche e progressive* dell'umanità<sup>74</sup>, anche il diritto perde il suo carattere di tendenziale stabilità ed è condannato ad una rapida obsolescenza. I fattori che si sono appena elencati rendono i tempi necessari a definire o modificare la norma giuridica, secondo i consueti canali della produzione normativa statale e, a maggior ragione, dell'armonizzazione per il tramite dei normali strumenti del diritto internazionale, inadatti a

---

<sup>70</sup> Cfr. R. David, *Il diritto del commercio internazionale*, cit., 582: «Il limite della competenza territoriale degli Stati esclude che questi possano imporre direttamente obblighi a persone o enti che non sono soggetti al loro potere». V. pure F. Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., 110, il quale da conto di una «irresistibile espansione multidimensionale del principio di autonomia contrattuale».

<sup>71</sup> Processo molto noto anche al grande pubblico ma non sempre di precisa definizione. Possono a tal fine soccorrere le parole di F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 314, secondo le quali l'economia «a mercato globale» è caratterizzata dal fatto che «tutte le classiche funzioni economiche si internazionalizzano, perdono connotazione nazionale. Non sono solo le merci a circolare oltre i confini nazionali; la stessa organizzazione produttiva e distributiva si disloca e si ramifica in ambiti internazionali». Da altra prospettiva, S. Nadalet, *Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2005, 671, argomenta che la globalizzazione è «fenomeno difficile da inquadrare, che associa rapida crescita e stretta interconnessione del commercio, degli investimenti e della mobilità del capitale finanziario, organizzati su scala mondiale». Per una sintesi, di carattere macroeconomico, dei principali effetti della mondializzazione, si rinvia a A. Quadrio Curzio, *Globalizzazione: profili economici*, in *il Mulino*, 1999, 41. Ancora, in via generale, sulle principali ricadute giuridiche della globalizzazione, v. M. Shapiro, *The Globalization of Law*, in 1 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 37 (1993).

<sup>72</sup> Sviluppo che ne altera anche i caratteri di fondo: si pensi all'importanza che in brevissimo tempo hanno acquisito i prodotti immateriali come il software.

<sup>73</sup> V. ad es. M. Shapiro, *"Deliberative," "Independent" Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.?*, in 68 *Law and Contemporary Problems* 341 (2005).

<sup>74</sup> L'espressione – notoriamente ripresa con amara ironia da Leopardi – è di Terenzio Mamiani (nella sua prefazione, alla edizione del 1832, degli *Inni sacri* di Manzoni), in lode del progresso scientifico che si preannunciava al principio dell'Ottocento, e testimonia la fede nelle potenzialità della tecnica che avrebbe, in seguito, caratterizzato il pensiero positivista. La si usa, nel corpo del testo, in senso tutto sommato neutro, in quanto lo sviluppo dell'agire tecnico umano in genere, come pure della transnazionalità delle relazioni commerciali e umane – a prescindere da un giudizio di merito – ha un impatto sulla realtà che desta in ogni caso ammirazione. Essa, inoltre, ha il pregio di racchiudere in sé – grazie alle intenzioni con cui fu pronunciata e a quelle, opposte, con cui venne ripresa – la contraddittorietà dei giudizi che possono darsi sul fenomeno in parola.

rispondere alle esigenze dell'economia transazionale<sup>75</sup>. In questo contesto, la produzione normativa viene ad essere, almeno in parte significativa, anch'essa un prodotto delle multinazionali<sup>76</sup>.

Nel quadro appena delineato, svolge un ruolo di primo rilievo l'ulteriore processo di *modularizzazione* della produzione, per cui un numero di scambi assai elevato – sia in termini assoluti che relativi – concerne prodotti caratterizzati da aspetti e tecniche produttive eguali o fortemente simili; alla standardizzazione dei prodotti e delle tecniche produttive corrisponde quindi quella delle modalità con cui essi vengono infine scambiati, le quali sono anch'esse standardizzate: i grandi attori del commercio transazionale vendono innumerevoli esemplari dello stesso prodotto e, in parallelo, hanno la necessità di concludere la vendita seguendo – transazione dopo transazione – lo stesso schema contrattuale, caratterizzato dalle medesime clausole e condizioni<sup>77</sup>. Il precipitato di tutti questi fattori viene ad essere il fatto che elemento dominante della scena giuridica contemporanea è «la circolazione dei modelli contrattuali uniformi», creati dagli «uffici delle grandi multinazionali»<sup>78</sup> che curano gli aspetti contrattuali di questo tipo di scambi e promuovono una vera e propria tipizzazione delle clausole e una non meno rilevante tendenza alla loro ripetizione in una serie indeterminata di accordi commerciali.

Quanto si è appena cercato di illustrare, seppure per sommi capi, costituisce il novero di fattori essenziali che hanno portato all'emergere di

---

<sup>75</sup> Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 234. Secondo le parole dell'A.: «L'inettitudine della legge alla innovazione giuridica deriva da due caratteri dell'economia contemporanea, la quale è, anzitutto, una economia globale ... ed è, in secondo luogo ... in continua trasformazione». V. pure F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, cit., 316, secondo il quale: «La formazione di un diritto civile transnazionale procede non attraverso le vie classiche, quelle delle convenzioni internazionali di diritto uniforme, ma per altre strade. Si moltiplicano i contratti atipici internazionalmente uniformi, e sono i contratti di cui la vita economica si nutre quotidianamente, quasi tutti con nome anglosassone, quasi tutti provenienti dalle law firms degli Stati Uniti».

<sup>76</sup> Anzi, la finanziarizzazione dell'economia porta con sé che la ricchezza oggi creata si componga, oltre che di prodotti reali, di prodotti finanziari. Pertanto, la tecnica contrattuale tende addirittura a sostituire la tecnologia industriale. Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, voce in *Enc. dir.*, aggiorn. V, Milano, 2001, 723.

<sup>77</sup> Fenomeno questo risalente nel tempo. Già nella prima parte del Novecento, la diffusione del contratto predisposto dall'imprenditore mediante formulari – finalizzato ad assicurare l'uniformità di contenuto dell'attività negoziale dell'impresa – era tale da porsi con forza all'attenzione della Commissione deputata alla redazione del libro IV del codice civile, dedicato alle obbligazioni. Cfr. G. Alpa, *Contratti di massa (profili gen.)*, voce in *Enc. dir.*, aggiorn. I, Milano, 1997, 403.

<sup>78</sup> Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, cit., 235. V. pure F. Galgano, F. Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, cit., 7. Sul p.to, i citati Autori affermano: «Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto tra le fonti normative; ma se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo». Sul tema del rapporto tra contratto e fonti del diritto, v. V. Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, cit., 529.



questo nuovo corpus normativo, detto appunto la *nuova lex mercatoria*.

Come sopra evidenziato, la *nuova lex mercatoria* si compone in primo luogo di norme spontanee, siano esse regole, come le clausole standard dei contratti internazionali o i modelli di contratti atipici enucleati dagli uffici legali delle imprese<sup>79</sup>, siano esse norme di principio: ad esempio, il principio di equità correttiva<sup>80</sup>. D'altra parte, essa non è soltanto norma, bensì presenta – seppure *in nuce* – componenti di organizzazione propri degli ordinamenti propriamente detti<sup>81</sup>: in particolare, il sistema di composizione arbitrale delle controversie<sup>82</sup> che, cosa ormai pacifica, viene riconosciuto dalla giurisprudenza degli ordinamenti nazionali<sup>83</sup>, in quanto conforme alla *lex mercatoria* e indipendentemente da una conformità al diritto statale, divenuta ormai irrilevante<sup>84</sup>.

In particolare, la giurisprudenza si è mostrata assai sensibile alle esigenze del commercio internazionale di valersi di strumenti normativi *ad hoc*<sup>85</sup>; così, essa ha ricoperto e continua a svolgere un ruolo decisivo nel progressivo emergere della *lex mercatoria*, quale autonomo corpus normativo dotato di un proprio apparato giustiziale<sup>86</sup>. Le Corti sembrano avere com-

<sup>79</sup> Per un'analisi specifica, si rimanda a M. Bianchi, D. Saluzzo, *I contratti internazionali*, Milano, 2005, in part. 35 e 267.

<sup>80</sup> Principio per il quale il giudice – qualora per fatti intervenuti dopo la stipulazione il sinallagma contrattuale risulti eccessivamente squilibrato a vantaggio di una delle parti ed esse si rifiutino di rinegoziare il contratto – adegua le prestazioni corrispettive agli avvenuti mutamenti squilibranti. V. F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, cit., 317.

<sup>81</sup> È necessario dare conto delle opinioni – che pure vanno precisate – relativamente al carattere ordinamentale della nuova *lex mercatoria*. In particolare, l'intuizione originale – avanzata da B. Goldman, *Frontière du droit et lex mercatoria*, in *Ann. philos. droit*, 1964, 177 – veniva alla luce in un periodo in cui il fenomeno muoveva ancora i primi passi e difettava di un'organizzazione di qualche rilievo. Per tale motivo essa muoveva da una nozione di ordinamento di stampo normativista. Ricostruzioni più recenti del fenomeno – in particolare, quella operata da F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, 1992, in part. 405 – hanno invece avuto occasione di porre nel dovuto rilievo anche gli elementi organizzativi di cui al corpo del testo.

<sup>82</sup> Sul ruolo giocato dall'arbitrato internazionale v., con taglio comparatistico, R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1981. V. pure V. Varano, *L'altra giustizia*, Milano, 2007.

<sup>83</sup> V., per l'Italia, Corte di cass., sez. III, sent. 2.02.1982, n. 722.

<sup>84</sup> Quanto al tema della eventuale difformità rispetto alle norme imperative è da precisare che, all'interno dell'Unione europea, i soggetti privati hanno la facoltà di scegliere come applicabile il diritto di uno qualunque degli Stati membri (cfr. Corte giust., sent. 9.03.1999, causa C-212/1997, *Centros Ltd e Erhvervsog Selskabsstyrelsen*, in Racc., I-1459), anche in violazione delle norme imperative dello Stato di residenza o di quello presso il quale si chiede il riconoscimento, ad esempio, di un lodo arbitrale. V. F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, cit., 322.

<sup>85</sup> M.J. Bonell, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, 321.

<sup>86</sup> Oltre alla già citata sentenza della Cassazione italiana (alla nota 194), v. Cour de cassation civile, sez. I, sent. 6.01.1987, n. 84-17274, secondo la quale «il n'appartient pas à la Cour de Cassation de contrôler l'existence et l'application des principes et usages du commerce international» e, in seguito, Cour de cassation civile, sez. I, sent. 22.10.1991, n. 1354, secondo la quale i giudici nazionali non sono competenti a sindacare il lodo arbitrale emesso

preso che – di fronte a rapporti giuridici transnazionali, che come tali rifuggono ai limiti spaziali della statualità – il ruolo delle autorità nazionali è semplicemente quello di dare seguito (e quindi, di fornire una efficacia giuridica *più piena*) alle regole enucleate sul piano sopranazionale, salvaguardando solo i principi fondamentali dell'ordine giuridico civile dello Stato<sup>87</sup>. Questo sistema giuridico, che regola gli scambi del commercio internazionale, ha due caratteristiche apparentemente antinomiche. Da un lato, esso si impone soltanto a quei soggetti che decidono di sottomettersi, in ciò prendendo i caratteri di un ordinamento a partecipazione volontaria. In questo sembra possedere un carattere intimamente *soft*, in quanto *in superficie* esso è applicato se ed in quanto voluto dalle parti. Dall'altro lato, vi è da sottolineare come il *corpus* normativo oggetto di queste specifiche riflessioni, pur non imponendosi ai soggetti che pongono in essere uno scambio internazionale, ha una forza conformativa tale da risultare in ultima analisi assai difficile, per i diversi contraenti, evitare di farvi ricorso. Quest'uso generalizzato dona alle norme della *lex mercatoria* un carattere *de facto* quasi-vincolante. Inoltre, questi usi del commercio internazionale hanno una funzione regolatoria ormai imprescindibile per la funzionalità del commercio internazionale. In loro assenza, la consueta regolazione, statualmente differenziata, si porrebbe quale ostacolo ormai insostenibile per l'ordinato sviluppo dei mercati mondiali. La loro esistenza, il loro valore giuridico e, in ultima analisi, la loro efficacia, trova un fedele alleato nella necessità che siano predisposte le regole globali necessarie per gli scambi dell'economia mondializzata, a conferma dell'ipotesi di lavoro da cui si sono più sopra prese le mosse.

Vi è infine un ultimo aspetto da porre nella dovuta considerazione.

Ad una prima analisi, i principi e le regole di cui ci si è occupati paiono classificabili come usi del commercio internazionale<sup>88</sup> e, di conseguenza, inquadrabili in una delle fonti fatte conosciute anche alla pluralità di ordinamenti giuridici nazionali. Tuttavia, tra gli usi del diritto civile e la *lex mercatoria* corrono due differenze di non poco conto<sup>89</sup>; da un lato, gli usi sono il precipitato di una stratificazione successiva di comportamenti che vanno a creare specifiche regole; la *lex mercatoria*, al contrario, ha un carattere assai più composito ed è soggetta a una evoluzione certamente più dinamica: è una nuova soluzione giuridica – che fonda la propria normatività nella promessa di efficienza – a una certa esigenza di regolazione che si impone nello spazio, anziché nel tempo, grazie al contributo dei principali attori del commercio internazionale.

---

sulla base della *lex mercatoria*. V. anche Oberster Gerichtshof, sent. 8.11.2005, n. 4 Ob 179/05k.

<sup>87</sup> Cfr. R. David, *L'arbitrage*, cit., 104.

<sup>88</sup> E così vengono spesso chiamati. V., per tutti, M.J. Bonell, *Norma giuridica (usi uniformi)*, voce in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 533.

<sup>89</sup> M.J. Bonell, *Norma giuridica*, cit., 539.

Dall'altro lato, e più significativamente, come peraltro già messo in luce, la giurisprudenza riconosce i lodi arbitrari del commercio internazionale in virtù della loro conformità alla *lex mercatoria*, indipendentemente dalle norme nazionali – salvo il rispetto di disposizioni inderogabili. Considerare questo strumento normativo quale mero *corpus* di usi, porterebbe quindi ad un esito paradossale: infatti, gli usi e le consuetudini, in omaggio al principio gerarchico, non hanno la forza di derogare alle leggi e agli atti aventi forza di legge. In pratica, inquadrare questo fenomeno in una delle categorie consuete porterebbe a sovvertire uno dei principi cardine su cui è costruito il sistema delle fonti del diritto: nel salvare – *rectius*: utilizzare forzatamente – una categoria della tipologia tradizionale si finirebbe quindi per mettere a repentaglio la struttura fondamentale della medesima classificazione. Appare a questo punto necessario – o per lo meno, decisamente opportuno – ricostruire il fenomeno in una chiave diversa, a partire dal riconoscimento dell'alterità dell'ambito giuridico anazionale, rispetto ai singoli Stati, e della sua struttura policentrica e diffusa. Un ambito a partecipazione quasi-volontaria, come si è detto, caratterizzato da un sistema delle fonti non formalizzato, ma effettivo dal momento in cui è in grado di meglio rispondere alla dimensione, alle necessità e alle dinamiche del mercato mondializzato.

#### 4.1. Dal profitto *nelle* regole al profitto *sulle* regole: l'emergere della *gig economy*

Se l'emergere della *lex mercatoria* costituisce una risposta a quella che si può definire una *defaillance* della regolazione pubblica, una seconda tendenza particolarmente marcata del nostro tempo è invece provocata dalle piattaforme informatiche che organizzano l'erogazione di un determinato servizio grazie alla capacità di trattare una mole ingente di dati e sfidano per questa strada il ruolo degli enti giuridico-politici nell'opera di indirizzamento delle condotte individuali<sup>90</sup>.

Nella gran parte dei casi, si tratta dell'erogazione di servizi tutt'altro che innovativi se riguardati nella loro natura essenziale, i quali scontano – per così dire – una regolazione particolarmente significativa da parte dell'ordinamento giuridico al fine ora di promuovere gli interessi dell'utenza<sup>91</sup>, ora di proteggere la parte più debole dei rapporti contrattuali che si sviluppano lungo la filiera produttiva, parte debole che appare particolarmente meritevole di tutela. Il fine latamente perseguito è, in tutti i

<sup>90</sup> Sul tema v. F. Pasquale, *From Territorial to Functional Sovereignty: The Case of Amazon. Law and Political Economy*, in *Law & Political Economy*, 6 dicembre 2017, disponibile all'url: [lpeproject.org/blog/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-of-amazon/](http://lpeproject.org/blog/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-of-amazon/). In particolare, l'A. sottolinea come le piattaforme di cui si discute ambiscano a «replacing the logic of territorial sovereignty with functional sovereignty» in cui le persone «will be increasingly subject to corporate, rather than democratic, control».

<sup>91</sup> Sul tema v. da ultimo, il recente lavoro monografico di F. Gallarati, *La missione di servizio pubblico*, Genova, 2022.

casi, quello di circumnavigare la regolazione posta dal potere pubblico – la quale avrebbe in linea teorica carattere inderogabile – ponendo un’ enfasi del tutto ingiustificata su elementi che caratterizzano l’organizzazione o l’erogazione del servizio, tanto innovativi quanto secondari<sup>92</sup>.

L’esempio più lampante per chiarire la questione a cui si vuol fare riferimento è costituito dai cd servizi di *ridesharing* o da piattaforme che apparentemente permettono l’incontro di domanda ed offerta di prestazioni di lavoro poco qualificato e del tutto occasionale<sup>93</sup>.

Conviene partire dal primo esempio. Com’è noto, i servizi di *ridesharing* sono costituiti dal passaggio in automobile che un determinato soggetto – che prende il nome *esotico* di *driver* – offre dietro prestazione di un compenso al cliente – chiamato sempre con terminologia anglosassone *rider*. Il termine “passaggio” è evidentemente fuorviante – o *misleading*, per continuare con gli anglicismi – in quanto sembrerebbe alludere a un percorso che il guidatore compirebbe indipendentemente dalla presenza sul proprio veicolo del passeggero<sup>94</sup>. Tuttavia, la realtà fattuale dimostra che così non è mai, se non per qualche remota congiunzione astrale<sup>95</sup>. In altri termini, al di là dell’esotismo di facciata sotteso alla terminologia d’oltre oceano, il servizio offerto è esattamente quello erogato dalle normali vetture di piazza, reso in italiano dalla parola di origine francese *tassè*<sup>96</sup>, come messo in luce dalla giurisprudenza di merito di numerosi Paesi<sup>97</sup>.

---

<sup>92</sup> V. l’analisi in E. Mostacci, *Evoluzione del capitalismo e struttura dell’ordine giuridico: verso lo Stato neoliberale?*, in M. Brutti, A. Somma, *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, 2018, 291. V. anche B. Rogers, *The Social Costs of Uber*, in 82 *U. Chi. L. Rev. Dialogue* 85 (2015) ed E. Biale, *Uber. Il costo di un’innovazione senza regole*, in *il Mulino*, 2015, 813 ss.

<sup>93</sup> L’espressione allude a un mondo variegato, che comprende piattaforme come *Taskrabbit* o come le piattaforme di *crowdworking* quali il “Turco meccanico” di Amazon. Su questo genere di piattaforme, sui problemi che ne emergono e sull’alto tasso di ideologia che permea il discorso *mainstream* in materia di lavoro e piattaforme, v. A. Aloisi, V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Roma-Bari, 2020, 94 ss.

<sup>94</sup> Questa la tesi sostenuta a più riprese da Uber, di fronte alle corti dei Paesi europei, al fine di negare l’applicabilità della disciplina in materia di trasporto pubblico locale non di linea. Il palese insuccesso di questa linea ha poi portato la società statunitense a sposare quella – meno implausibile, ma pur sempre fantasiosa – della natura di mero *marketplace* della piattaforma, il cui ruolo si sarebbe limitato a favorire l’incontro di domanda e offerta. Tuttavia, anche questa tesi non ha avuto fortuna ed è stata aversata, tra gli altri, dalla Corte di giustizia dell’UE (cfr. sent. 20.12.2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL* e, successivamente, sent. 10.04.2018, causa C-320/16, *Uber France SAS*).

<sup>95</sup> V. ad es. V.C. Romano, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 136 s.

<sup>96</sup> Come è noto, la parola “tassi” o “taxi” deriva dal francese *taximètre* – i.e. tassametro – ed evidentemente allude alla vettura di piazza per via di sineddoche.

<sup>97</sup> Emblematiche, in questa prospettiva, le sentenze adottate dai tribunali di Milano (Trib. Milano, Sez. spec. impr., ord. 25 maggio 2015, reperibile in *Dir. ind.*, 2015, 245) e di Francoforte (LG Frankfurt M., 18 marzo 2015, 3-08 O 136/14).

Gli elementi differenziali del *ridesharing* rispetto al più risalente servizio di trasporto locale non di linea è costituito dalle modalità con cui il primo è organizzato e da quelle con cui è offerto all'utenza. Quanto al primo profilo, infatti, ai guidatori è lasciata ampia libertà nel decidere se e quando rendersi disponibili per le corse, al pari delle determinazioni quanto allo stile di guida e al più generale atteggiamento da tenere nei confronti del cliente. D'altra parte, l'utente può prenotare la macchina che gli serve attraverso un'applicazione – e cioè, attraverso una piattaforma tecnologicamente evoluta alla quale si accede via smartphone, grazie a un'interfaccia il più possibile *user friendly*<sup>98</sup> – la quale gli permette non solo di localizzare in tempo reale l'automobile libera più vicina a sé, ma anche il giudizio che del guidatore – della sua più o meno cortese condotta e del suo stile di guida – è stato offerto da chi, prima di lui, abbia avuto la ventura di “godere dell'esperienza”. Infatti, ad entrambe le “parti”, al termine della corsa è data occasione di lasciare una valutazione sintetica – di norma in una scala da 1 a 5 – e un commento analitico rispetto a quanto accaduto. Tuttavia, a dispetto di quest'apparente simmetria, la valutazione del *rider* ha un peso che quella del *driver* non ha né può ragionevolmente avere: questo secondo soggetto viene infatti disattivato dalla piattaforma laddove la sua valutazione media scenda al di sotto di un limite stabilito dalla società di *ridesharing* e, il più delle volte, non precisamente comunicato al guidatore, per quanto lo standard minimo richiesto sia sempre piuttosto elevato e pari a circa 4 punti sui 5 disponibili<sup>99</sup>. Infine, un algoritmo calcola in tempo reale un coefficiente – sulla base delle richieste in corso e dell'andamento storico della domanda e dell'offerta di corse – da applicarsi alla tariffa base, di modo che la tariffa concretamente applicata è destinata a salire nei periodi in cui la domanda è più elevata, e con essa la spesa dei rider e il correlato guadagno dei *driver*<sup>100</sup>.

Conviene attardarsi qualche istante su queste circostanze al fine di offrirne una lettura unitaria. Infatti, esse determinano una scissione tra l'apparente forma giuridica e la strutturazione sostanziale dei rapporti economici di cui ci stiamo occupando<sup>101</sup>. Da un lato, il *driver* è obiettivamente

<sup>98</sup> Sul ruolo dell'interfaccia, v. le riflessioni di L. Floridi, *The 4<sup>th</sup> Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, trad.it. *La quarta rivoluzione. Come l'Infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 27 ss.

<sup>99</sup> Il livello di *rating* che comporta la disattivazione dell'utenza è stato sin dalle origini un nervo scoperto della saga relativa ad Uber, posta peraltro la mancanza di trasparenza in merito da parte della piattaforma. Infatti, una maggior trasparenza sul punto è stata uno degli elementi dell'accordo transattivo siglato in seguito alla *class action* intentata da un ampio gruppo di *driver* di fronte alla Northern District Court della California (*O'Connor v. Uber Techs., Inc.*, n. C-13-3826 EMC, 2015 WL 1069092).

<sup>100</sup> V. ad es. J.V. Hall, A.B. Krueger, *An Analysis of the Labor Market for Uber's Driver-Partners in the U.S.*, Princeton University - Irs Working Paper 587, 2015, [dataspace.princeton.edu/jspui/bitstream/88435/dsp010z708z67d/5/587.pdf](https://dataspace.princeton.edu/jspui/bitstream/88435/dsp010z708z67d/5/587.pdf).

<sup>101</sup> A conferma di quanto nel corpo del testo, in seguito all'avvento delle piattaforme della *gig economy* una parte della letteratura ha iniziato a chiedersi se non fosse il caso di articolare

libero di scegliere se e quando lavorare e di comportarsi come preferisce nei confronti del *rider*. Al contempo, il trattamento dei dati operato dalla piattaforma è tale da controbilanciare in misura importante questa libertà. In primo luogo, la remunerazione del *driver* non è costante nel tempo, ma varia nel tempo a seconda della domanda, onde incentivarlo in modo significativo a rendersi disponibile nel momento in cui c'è maggior bisogno di lui. Al contempo, la tariffa che egli pratica è decisa – tanto nella sua conformazione base, quanto nel suo coefficiente di *surge pricing* – dalla piattaforma, con ciò elidendosi qualunque ipotesi di autonomia del guidatore nel determinare la tariffa alla quale egli decide di offrire i suoi servizi sul mercato. In altri termini, il meccanismo del *surge pricing* non può essere considerato come il frutto del fisiologico operare del meccanismo offerta-domanda-prezzo, né il *driver* paragonato al professionista che operi in modo autonomo sul mercato, ancorché nella scomoda posizione di *price taker*<sup>102</sup>: la tariffa pagata dal *rider* e, quindi, la sua remunerazione è decisa in via del tutto unilaterale dalla piattaforma che sovrintende all'erogazione del servizio; questo soggetto, peraltro, si arroga il diritto di modificare in modo ancora una volta unilaterale questa basilare condizione contrattuale, al fine di stimolare i *driver* a guidare quando essa, con i suoi algoritmi, lo ritiene opportuno, con l'obiettivo ultimo di incrementarne i propri profitti.

Di fianco al meccanismo del *surge pricing*, vi è poi il meccanismo del *rating*.

Come accennato, il *rider* al termine della corsa assegna una valutazione al *driver*, mentre quest'ultimo è soggetto alla disattivazione della sua utenza qualora la sua *performance* media discenda al di sotto di 4 punti su 5. Ancora, vero è che il *driver* ha piena libertà di comportarsi come meglio crede; tuttavia egli è il destinatario di una serie di suggerimenti che la piattaforma gli dedica, al fine di incrementare la soddisfazione dei clienti e, con essa, il punteggio medio totalizzato dal guidatore. È evidente che questi

---

degli standard nuovi, alla luce dei quali giudicare l'esistenza o meno di un vincolo di subordinazione. Al contempo, questi standard innovativi non potrebbero che contare sulla reale autonomia del lavoratore, al di là della mera soggezione ai classici poteri datoriali. Sul tema v. il lavoro di J. Prassl, M. Risak, *Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, in 37 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 619 (2016).

<sup>102</sup> Il tema dell'imposizione tariffaria ha peraltro numerose sfaccettature, a partire da quelle relative al diritto della concorrenza, visto che in un mercato in cui viga il meccanismo offerta-domanda-prezzo il produttore può dirsi *price taker* non nel senso per cui egli sarebbe obbligato a usare il prezzo di mercato, ma nel senso più lato per cui egli non può modificare con la sua condotta tale prezzo. Laddove invece vi sia un soggetto in grado di imporre il prezzo – replicando o meno logiche mercatistiche – è evidente come quel soggetto non stia facendo funzionare il mercato. Al contrario egli sostituisce al meccanismo fondamentale che regola il mercato una propria libera decisione, esercitando un evidente potere (sicuramente problematico dal punto di vista del diritto *antitrust*, anche a voler sposare le tesi più infatuate del dogma del *consumer welfare* – sul tema v. S. Paul, N. Tankus, *The Firm Exemption and the Hierarchy of Finance in the Gig Economy*, in 16 *U. St. Thomas L.J.* 44 (2019)).

suggerimenti non siano immediatamente assimilabili all'esercizio dei poteri che gli ordinamenti normalmente offrono al datore di lavoro<sup>103</sup>, i quali compongono un equilibrio con le garanzie di cui gode, anche in virtù dell'eterodirezione a cui è soggetto, il lavoratore dipendente.

Tuttavia, al di là delle differenze vi sono altresì somiglianze che non devono essere sottovalutate. Infatti, per un verso la valutazione alla fine di ciascuna corsa si salda con il timore della disattivazione da parte della piattaforma: questo rende i consigli di cui si tratta particolarmente suadenti e persuasivi. Al contempo, il generale adempimento a questi suggerimenti porta la platea dei *rider* a coltivare precise aspettative sull'atteggiamento dei *driver*, con l'effetto di far sentire una pressione ancora maggiore sui guidatori, i quali non hanno quindi alternativa reale ad accettare di buon grado i consigli della piattaforma.

Le considerazioni che precedono vanno al cuore di uno dei due problemi che emergono da quella che è stata efficacemente definita la "uberification" delle relazioni industriali. Infatti, dal punto di vista formale è apparentemente vero che il datore di lavoro si spoglia dei suoi poteri datoriali: il *driver* non è soggetto a un determinato orario di lavoro, né ad un numero minimo di ore lavorata alla settimana, mentre le modalità dell'esecuzione in concreto della prestazione sono affidate alla sua libera determinazione. Tuttavia, il funzionamento della piattaforma è congeniato in modo da spingere in misura netta il *driver* ad adeguare il suo comportamento alle esigenze della produzione, "come se" fosse soggetto ai normali poteri direttivi datoriali. Al contempo, se il funzionamento dell'algoritmo che sovrintende al funzionamento del meccanismo del *surge pricing* e di quello che governa il sistema di *rating* non sono da considerarsi dispositivi giuridici, ciò nondimeno essi appoggiano su chiari e determinanti frammenti di discorso giuridico: il potere della piattaforma di determinare le tariffe e il conseguente divieto per il *driver* di praticare sistemi di tariffazione alternativi; i criteri che sovrintendono alla raccolta dei dati sulle valutazioni dei clienti e le regole che portano alla disattivazione delle utenze dei *driver* che non raccolgono un plauso sufficientemente elevato da parte dell'utenza.

In altri termini, la "uberification" si regge su una *traslazione* e su un *nascondimento*. Da un lato l'organizzazione imprenditoriale si appoggia non più su poteri giuridici formalizzati e riconosciuti dalle norme dell'ordinamento giuridico statale, ma su un "dispositivo mimetico" che imita il funzionamento del meccanismo offerta-domanda-prezzo e che giustifica se stesso sulla base del carattere asseritamente naturale di questo meccanismo. In altri termini, le piattaforme difendono il duplice dispositivo che si è descritto sulla base del principio di libera concorrenza, quale

---

<sup>103</sup> Per una disamina comparativa v. i contributi nazionali raccolti da R. Blanpain (a cura di), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, The Hague, 2004.

regolatore universale – e quindi asseritamente *naturale* – dei rapporti socioeconomici. Questa traslazione si regge quindi su un evidente nascondimento: le regole giuridiche su cui il sistema poggia sono infatti attratte nel cono d'ombra del carattere pseudo-naturale del meccanismo offerta-domanda-prezzo. È però evidente che si tratti di un nascondimento di marca squisitamente ideologica.

L'altra questione, connessa all'emergere dell'economia delle piattaforme, concerne invece i rapporti – diretti ed indiretti – con l'utenza e quindi con la regolazione volta a proteggerne le aspettative, in primo luogo in una logica di servizio di interesse economico generale<sup>104</sup>.

Ancora una volta, l'esempio del servizio di trasporto pubblico non di linea ha costituito la frontiera di questa innovazione: mentre la disciplina del rapporto tra l'organizzatore sostanziale del servizio e il singolo guidatore è stata la tematica più controversa e sensibile al di là dell'atlantico, quella ora in esame è invece la questione che di più ha avuto eco in area europea. Infatti, il settore in discorso è oggetto di una penetrante regolazione di carattere pubblicistico volta a imporre determinate obbligazioni di servizio pubblico, al fine di garantire la continuità del servizio e l'universalità dell'accesso<sup>105</sup>, e a compensare l'adempimento di tali obbligazioni con restrizioni all'ingresso nel mercato e schemi tariffari definiti dalle amministrazioni pubbliche<sup>106</sup>. Di fronte alla rigidità del quadro regolatorio, le piattaforme di *ridesharing* hanno cercato di far valere le proprie asserite specificità – riuscendoci per verità in modo limitato – al fine di essere esentate dalle obbligazioni di servizio pubblico, poter entrare nel mercato senza sottostare al potere autorizzatorio della Pubblica amministrazione e praticare, almeno in una prima fase, delle tariffe ben più basse di quelle amministrare onde acquisire rapidamente quote di mercato.

Anche in questa fase vi è in primo luogo il tentativo di determinare – nel dibattito tra gli operatori e nell'opinione pubblica – la percezione circa un'obsolescenza della regolazione di marca pubblicistica, la quale non sarebbe più adatta, secondo la propaganda delle piattaforme, a normare servizi tecnologicamente evoluti<sup>107</sup>, al fine di sostituire la pretesa *naturalità* del funzionamento dei meccanismi di mercato alla scelta politica, compiuta dal legislatore nel conciliare interessi contrapposti. Ad esempio, non ci

---

<sup>104</sup> Sul tema v. la completa analisi di D. Gallo, *Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

<sup>105</sup> V. ancora E. Mostacci, A. Somma, *Il caso Uber*, cit., 19.

<sup>106</sup> Per l'ordinamento italiano – ma le considerazioni possono adattarsi agevolmente agli altri sistemi dell'Europa continentale – v. C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, 149 ss. Sul contesto del Regno Unito, v. invece M.E. Beesley, *Privatization, Regulation and Deregulation*, London, 1992, 63 ss.

<sup>107</sup> V. le considerazioni critiche di G. Smorto, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 252 ss.



sarebbe bisogno delle obbligazioni di servizio pubblico per vedere erogato il servizio la domenica pomeriggio o la notte del primo dell'anno: ci penserà il meccanismo del *surge pricing* a limitare la domanda – come se la limitazione della domanda possa anche solo lontanamente paragonarsi alla soddisfazione del bisogno di mobilità dell'utenza – e a sollecitare l'offerta. D'altra parte, è normale che la notte dell'ultimo dell'anno l'offerta di servizi di mobilità sia ridotta e con tutta probabilità insufficiente a coprire la domanda effettiva. A questo punto, alla soluzione giuridica (il taxi è, nella sostanza, usato dal primo che inoltra la domanda) si sostituisce la “naturale” soluzione/selezione economica: grazie al *surge pricing* potrà godere della corsa il soggetto che è maggiormente interessato, cioè quello che dà al servizio il maggior valore. Fatalmente, quello che è disponibile a pagarlo di più.

Ancora una volta, non servono lunghe elucubrazioni per vedere il carattere marcatamente ideologico del passaggio dal “soggetto maggiormente interessato” a soggetto che è disponibile a pagare di più, in un contesto di allocazione fortemente ineguale – e spesso arbitraria – delle risorse e del potere di acquisto.

#### 4.2. Piattaforme commerciali che organizzano mercati bilaterali

Le possibilità dischiuse dal rapido sviluppo delle tecnologie informatiche e l'avvento dell'infosfera non hanno solo determinato l'emergere di nuove modalità per organizzare la produzione di beni e servizi e per offrire questi ultimi al pubblico. Esse hanno anche condotto alla creazione di piattaforme che in una certa misura organizzano un determinato mercato, o una parte significativa di esso. Si pensi, a mero titolo di esempio, a piattaforme come booking.com o expedia.com, o ad Ebay o ancora ad Amazon nella sua qualità di collettore di negozi e non di autonomo rivenditore di beni e servizi.

In tutti questi casi, mercati che nell'epoca *storica* avevano le loro regolarità e si reggevano in definitiva sulle norme dell'ordinamento giuridico nazionale, in epoca *iper-storica*<sup>108</sup> finiscono invece per essere organizzati sulla base di piattaforme che da un lato promuovono l'incontro della domanda e dell'offerta e che, al contempo, istradano le parti verso le prassi che la piattaforma medesima ritiene essere migliori al fine del buon funzionamento del mercato di cui si tratta.

È utile rimarcare questa circostanza: mentre le piattaforme di cui al

---

<sup>108</sup> Così come l'avvento della scrittura – con la collegata possibilità di tramandare ai posteri una copiosa quantità di informazione – ha determinato il passaggio dall'epoca *preistorica* a quella *storica*, caratterizzata questa seconda dalla circostanza per cui i beni di carattere informazionale diventano essenziali per sapere *come* produrre i beni e servizi che servono al soddisfacimento dei bisogni umani e alla più generale garanzia del benessere, l'avvento delle tecnologie informatiche determina ora il passaggio all'epoca *iper-storica*, in cui i beni di carattere informazionale hanno un ruolo diretto e insostituibile nella stessa produzione di beni e servizi e, soprattutto, nella promozione del benessere umano. V. L. Floridi, *The 4<sup>th</sup> Revolution*, cit., 3-10.

punto precedente sono delle vere e proprie organizzazioni imprenditoriali, che sovrintendono alla produzione di beni e servizi, quelle di cui ci si occupa in questo paragrafo sono davvero dei meri *marketplace* o, per meglio dire, dei soggetti che organizzano un determinato mercato. Al contempo, nella grande maggioranza dei casi, questi soggetti non intendono competere con le norme dell'ordinamento giuridico nazionale, ma anzi le presuppongono. Tuttavia, pur senza revocare in dubbio validità ed efficacia delle norme inderogabili dell'ordinamento, essi promuovono l'instaurarsi di prassi che, nei fatti, svuotano di efficacia pratica parte significativa delle stesse norme giuridiche nazionali.

Si ponga mente al seguente esempio: il signor Rossi si vuole recare in una nota località turistica per un *week end* di vacanza. A questo punto, via internet acquista un biglietto ferroviario per una città non distante dalla località turistica prescelta; procede poi a locare un'automobile per i suoi spostamenti nell'area della medesima località; infine prenota tramite una piattaforma una stanza d'albergo vista mare, con sovrapprezzo. In tutti questi casi, è assai probabile che egli abbia utilizzato la propria carta di credito per pagare le tratte ferroviarie e per garantire la prenotazione dell'albergo e dell'autovettura.

Giunto a destinazione in tarda serata, appena preso possesso della camera d'albergo si avvede che essa non ha un affaccio vista mare, ma sulla centrale termoelettrica che sorge pochi chilometri alle spalle dell'albergo. Al mattino dopo, di fronte alle sue rimostranze la direzione dell'albergo provvede a cambiare la stanza dell'alloggiamento ma solo a partire dalle 8 di sera. Inoltre, il giorno successivo il signor Rossi dovrà liberare la stanza entro le ore 12 in quanto il *week end* è terminato. Considerato il disagio, il signor Rossi chiede che almeno la tariffa sia decurtata del sovrapprezzo per la "vista mare", dato che egli non ha praticamente mai potuto fruire della medesima. La direzione rifiuta e procede a scalare dal *plafond* della carta di credito l'intero importo originariamente pattuito. Ancora, a distanza di un mese dallo sfortunato *week end*, la società di noleggio auto gli recapita un avviso, nel quale lo informa di avere ricevuto dalla polizia locale verbale di infrazione, per un'ammenda pari a 40 euro per divieto di sosta, e di avere dovuto fornire alla medesima amministrazione i dati del locatario del veicolo affinché la stessa potesse procedere alla notificazione del verbale nei confronti del conducente. Per tale ragione, la stessa società avvisa il cliente che di avere proceduto a scalare un importo pari a 50 euro dalla carta di credito data a suo tempo in garanzia per le spese connesse a tale procedura. Il signor Rossi presenta ricorso di fronte al prefetto avverso il verbale di infrazione e la mancata adozione di un provvedimento espresso nei termini di rito determina l'annullamento della medesima. Tuttavia, la società di autonoleggio rifiuta di rifondere i 50 euro per spese di procedura in quanto essa è stata comunque obbligata a svolgere il lavoro amministrativo

necessario a fornire all'amministrazione precedente i dati del conducente ai fini della notifica.

Al di là dell'accanimento della sorte, questo esempio aiuta a mettere in luce tre questioni fondamentali attinenti al ruolo giocato dalle piattaforme che organizzano un mercato determinato.

La prima è costituita dalle prassi che ivi si ingenerano: in tutti i casi, il fornitore accetta la prenotazione del servizio solo dietro una garanzia costituita dal deposito dei codici della carta di credito. Ancora, il locatore del veicolo si tutela di fronte ad eventuali imprevisti "bloccando" una quota significativa del *plafond* della carta di credito del locatario. In entrambi questi casi, la prassi ingenerata dalle piattaforme mette nelle mani del soggetto professionale uno strumento molto efficace affinché questi possa tutelare in via autonoma i propri interessi, senza doversi avvalere dei rimedi approntati dalle istituzioni pubbliche. Qui è possibile evidenziare una tendenza comune alle piattaforme di cui si discute e a quelle di cui al paragrafo precedente: la sostituzione delle classiche facoltà giuridiche con meccanismi diversi, di carattere fattuale, che mirano a realizzare lo stesso obiettivo (disciplinare la condotta dei prestatori di lavoro o assicurare il pagamento di un servizio prenotato da un certo cliente).

Questa prima prassi ne porta con sé una seconda, giuridicamente più significativa: in genere, nei mercati organizzati digitalmente il rischio disdetta è allocato – sulla base delle norme generali di contratto – non già sul soggetto professionale, ma sul consumatore. Si tratta di una questione non irrilevante dal punto di vista del funzionamento del mercato e, soprattutto, da quello del rapporto tra regole e aspettative degli attori coinvolti.

Il terzo elemento da prendere in considerazione è la conseguenza che tali prassi dispiegano sull'eventuale patologia della relazione commerciale. In primo luogo, la prassi di fornire in garanzia i codici della propria carta di credito, come messo in luce, pone la parte venditrice nella condizione di soddisfare autonomamente la propria pretesa, senza dover passare per il sistema delle corti. D'altra parte, dal punto di vista effettivo, l'accesso alla giurisdizione non è privo di limitazioni, specie laddove l'importo in discussione ammonta a poche decine o, al più, poche centinaia di euro. Infatti, il consumatore che – come nell'esempio di prima – riceve una prestazione incompleta, per vedersi rifondere un importo comunque limitato sarà costretto a rivolgersi a un legale, ad adire una corte, ad aspettare un tempo mediamente lungo per vedersi attribuire ragione, e via discorrendo. Naturalmente non si tratta di una specificità dei soli mercati organizzati attorno a una piattaforma digitale, ma di un andamento più generale, anche esso frutto di quei processi di modernizzazione da cui si sono prese le mosse: la tendenza a supplire con norme giuridiche al venir meno della continuità diacronica delle relazioni commerciali produce in via immediata un incremento della conflittualità, che si scarica sui sistemi di giustizia; al

sovraccarico che ne deriva, gli ordinamenti giuridici finiscono quindi per contrapporre regole che limitano l'accesso al sistema delle corti, onde preservare un livello accettabile di efficienza<sup>109</sup>.

In un tale contesto, il tema dell'accesso alla giustizia<sup>110</sup> diviene centrale per apprezzare il portato effettivo di ogni genere di regolazione; al contempo, specie laddove la moltiplicazione del numero delle transazioni si associ ad un loro importo mediamente alquanto modesto – circostanza che si pone come la normalità nei mercati articolati attorno ad una piattaforma informatica che intende promuovere l'incontro di domanda e offerta – la considerazione di come le reali *chance* di accesso alla giurisdizione incidano sulle condotte individuali e sulla risoluzione delle patologie diviene un elemento di vitale importanza per portare l'analisi dal livello più superficiale della *law in the books* a quello, più profondo ma anche fatalmente più incerto, della *law in action*.

## 5. Diritto dei privati e sistema delle fonti del diritto: tra spolticizzazione del diritto e naturalità (o normatività) dell'*homo oeconomicus*

La disamina che precede porta a mettere a fuoco due distinte marginalizzazioni: la marginalizzazione del potere pubblico nell'opera di produzione delle norme giuridiche e, almeno in prospettiva, la marginalizzazione del diritto nell'opera di disciplinamento delle condotte individuali a contenuto economico.

La prima questione è in realtà ben più ampia rispetto al tema oggi oggetto di studio ed ha molteplici aspetti, a partire dalla nota contrapposizione tra stato di legislazione e stato di giurisdizione: il primo condannato a soccombere – secondo una nota vulgata<sup>111</sup> – di fronte alla maggiore efficienza del secondo<sup>112</sup>. Tralasciando la circostanza per cui

---

<sup>109</sup> Il tema è in verità complesso in quanto al movimento di cui al corpo del testo se ne accompagna uno di senso contrario (sul quale v. M. Serio, *La risoluzione delle liti tra consumatori e professionisti oltre le corti ordinarie: un fugace sguardo all'Europa*, in V. Barsotti, M. Graziadei, *Il diritto oltre lo Stato*, cit., 159 ss.). Tuttavia, il primo – attinenti alla *law in action* – appare in ultima analisi prevalente rispetto al primo, troppo spesso confinato negli spazi angusti della *law in the books*.

<sup>110</sup> Sul tema, v. E. Storskrubb, J. Ziller, *Access to Justice in European Comparative Law*, in F. Francioni, *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, 135.

<sup>111</sup> Ad esempio, v. i rapporti *Doing business*, annualmente redatti dalla WB e, in particolare quelli redatti prima della "svolta" del 2021 (sulla quale v. il documento di policy disponibile al seguente url: [www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report](http://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report)).

<sup>112</sup> Al di là della tesi riportata nel corpo del testo, è la stessa contrapposizione frontale tra i due modelli – o, se si preferisce, l'enfasi che su tale contrapposizione viene posta da una certa letteratura anche al fine di argomentare la tesi discussa – a celare e ad essere funzionale alla contrapposizione tra le due varianti – quella continentale e quella neo-americana – del modello economico e sociale occidentale. Sul tema v. A. Somma, *Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy of Law*, in 66 *Am. J. Comp. L.* 751, 754 (2019).

l'efficienza non è di per sé uno dei criteri fondamentali in base al quale valutare un sistema giuridico<sup>113</sup> e l'osservazione che, nel contesto della competizione tra Stato di legislazione e Stato di giurisdizione, tale concetto è declinato nella mera capacità di un insieme di regole di integrarsi nelle dinamiche del sistema economico, al fine di promuoverne il regolare funzionamento, appare necessario sottolineare che tale tesi si fonda su un cortocircuito logico: per un verso, si riconduce il sistema economico al mercato e, al contempo, questo secondo è poi immaginato nei termini hayekiani di ordine spontaneo; per altro verso, una volontà frammentata in una pluralità di centri decisionali e ancorata alla decisione di questioni individuali e concrete – per quanto armate di vocazione generale grazie allo *stare decisis* – finisce anch'essa per sterilizzarsi in un ordine acefalo, tenuto insieme solo dalla sua logica di funzionamento. Su queste basi diviene facile osservare – e già lo osservava l'autore austriaco – come questo tipo di sistema giuridico sia fundamentalmente speculare al mercato e, di conseguenza, più adatto a promuoverne il regolare funzionamento, rispetto al tipo incentrato su un centro di produzione normativa – il Parlamento – di carattere rappresentativo, sottoposto quindi alle numerose e pressanti sollecitazioni che emergono dalla collettività, e dotato di una volontà politica che lo porta a decidere proprio su quei fini che l'ordine spontaneo non accetta di vedersi assegnare da un autorità esterna. Tuttavia, le somiglianze e i rimandi tra ordine economico e sistema giuridico incentrato sulla giurisdizione si fondano su semplificazioni ed omissioni: si riduce il sistema economico al mercato, quale archetipo dell'ordine spontaneo; quindi, si descrive lo Stato di giurisdizione in termini che ricalcano il funzionamento del medesimo archetipo. La maggior adeguatezza dello Stato di giurisdizione nel garantire il migliore funzionamento dell'ordine economico è quindi la conseguenza di premesse che sono del tutto funzionali a suffragare questa asserzione e che, in non pochi casi, sono adottate proprio per questa loro attitudine fondamentale.

D'altra parte, se lo schema elaborato a partire dalle riflessioni di Hayek reggesse – e il sistema economico incentrato sul mercato fosse davvero in grado di promuovere equilibri catallattici –, il processo di fuga dallo stato di legislazione si arresterebbe al trionfo dello Stato di giurisdizione, senza la necessità di produrre marginalizzazioni ulteriori. Limitato l'impatto del diritto di origine schiettamente politica, l'ordine economico, accompagnato da un sistema giuridico ad esso consimile e simpatetico, potrebbe tranquillamente procedere lungo il sentiero del suo *naturale sviluppo*.

---

<sup>113</sup> Al pari di una singola norma, un certo sistema giuridico dovrebbe essere valutato alla luce di una teoria della giustizia – come ben messo in luce da J. Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge (MA)-London, 2001, in part. 31 ss. – e non di un criterio di natura economica che, per altro, concorre con altri criteri a costituire l'ossatura essenziale del discorso economico.

Diversamente da quanto preconizzato dal pensatore austriaco, una considerazione spregiudicata del funzionamento dei sistemi economici per quello che essi sono mostra che il modello dell'ordine spontaneo non ha sufficiente capacità descrittiva. Al contrario, all'interno del sistema socio-economico si muovono forze reali, ciascuna con il proprio posizionamento, le proprie strategie e gradi diversi di affinità con le altre forze che si agitano nel medesimo luogo. In altri termini, nel mercato si sviluppano relazioni e rapporti, si definiscono ruoli, si producono e si consolidano posizioni privilegiate di potere; queste orientano – *rectius*: permettono a soggetti determinati di orientare – il funzionamento dell'ordine e definiscono parte importante delle finalità perseguibili e concretamente perseguite (non solo da esso ma) da una moltitudine dei partecipanti. Ciò conduce all'esito di rendere chimerica – e cioè irrealistica – la stessa teorica dell'ordine spontaneo.

Nel contesto appena delineato, la disciplina giuridica non è, né può ragionevolmente essere neutra quanto alle finalità perseguite e perseguibili: la competizione – tra gruppi sociali oltre che tra attori economici – non si svolge quindi solo all'interno delle regole, ma finisce anche per riguardare – in modo, peraltro, del tutto fisiologico – la definizione delle stesse regole. Di conseguenza, da un lato gli attori reali e le forze che essi incarnano hanno l'esigenza di muoversi politicamente per conquistare l'egemonia e orientare verso le finalità preferite l'ordine nel quale si trovano. All'interno di queste dinamiche di competizione per l'egemonia, le strategie dei singoli attori possono operare a livelli diversi: laddove l'egemonia di un gruppo sociale sia ben stabilizzata questo potrà ipostatizzare i suoi interessi in una scala assiologica capace di orientare la stessa cornice entro cui si svolge la vita delle istituzioni<sup>114</sup>. Più spesso, tali strategie mirano alla conquista, anche solo indiretta, del potere politico o a indirizzare significativamente le scelte delle istituzioni rappresentative con attività di promozione, finanziamento, lobbying, e via discorrendo. Ciò quando circostanze favorevoli non permettano all'azione oggettivamente politica dei soggetti privati di saltare l'intermediazione dello Stato e di giungere autonomamente alla definizione di regole nuove e concorrenti con quelle poste dagli ordinamenti giuridici nazionali. È il caso, da un lato, della nuova *lex mercatoria*; è soprattutto il caso delle piattaforme che organizzano alcuni mercati di rilievo significativo, come si è posto in luce nel par. 4.1.

Di fronte a questa dinamica è evidente il precipitato in termini di frammentazione del sistema delle fonti. Anzi, più che di frammentazione, è forse il caso di parlare di progressiva destrutturazione. Infatti, la stessa idea di un sistema delle fonti è pensabile nella misura in cui si adotti un approccio remediale al fenomeno giuridico: se il diritto è quell'insieme di regole che permette di prevedere la decisione del giudice nel caso concreto, è chiaro che

---

<sup>114</sup> Con la definizione di quella che Mortati ha definito Costituzione in senso materiale (ovviamente il riferimento è a C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940).

diviene necessario mettere ordine e individuare dei criteri per sancire la prevalenza almeno in concreto di un determinato tipo di norme e la recessività di tutti gli altri tipi. Tuttavia, quest'approccio si mostra inappagante, specie nella misura in cui si verificano due dinamiche, tra loro diverse, ma convergenti verso un'inequivoca marginalizzazione della funzione giurisdizionale. Da un lato, per quanto concerne le norme del commercio internazionale, la progressiva crescita del rilievo delle soluzioni di carattere arbitrale delle controversie: in tale frangente diviene ozioso domandarsi come ricomporre a sistema le fonti del diritto, in quanto è evidente che le norme di origine contrattuale, conformi agli usi della nuova *lex mercatoria*, finiscono per fare premio sulle disposizioni del diritto nazionale. D'altro lato, si è già messo in luce come l'attitudine regolatoria delle piattaforme che organizzano mercati ai quali accedono i comuni cittadini si mostrano in grado di produrre regole alternative a quelle di origine statale anche per le difficoltà in concreto di rivolgersi agli organi della giurisdizione ordinaria per dirimere le eventuali liti tra le parti che hanno concluso una transazione commerciale in tale contesto.

La marginalizzazione degli ordinamenti giuridico-politici nell'opera di produzione delle norme giuridiche si accompagna poi alla più recente – e per il momento ancora embrionale – tendenza alla stessa marginalizzazione del diritto.

Infatti, come messo in luce nella parte metodologica non tutto ciò che indirizza la condotta degli attori economici è da considerarsi "diritto", ma solo ciò che è riconosciuto come *regola deontica* volta a promuovere e garantire il corretto funzionamento dell'ordine (in questo caso economico) da parte dei partecipanti all'ordine medesimo. È quindi evidente che meccanismi e dispositivi in grado di raggiungere la stessa finalità che non siano riconosciuti dall'intenzionalità collettiva come regole deontiche non siano da considerarsi giuridici. Ad esempio, il *surge pricing* generalmente usato dalle compagnie di *ridesharing* – che pure si appoggia su alcune fondamentali regole giuridiche – non è di per sé un dispositivo riconducibile al diritto, ma viene considerato – poco importa se a torto o a ragione – un andamento spontaneo, al pari del meccanismo offerta-domanda-prezzo che fa funzionare il mercato concorrenziale.

Questa seconda dinamica appare di primo interesse per una pluralità di motivi. In primo luogo, perché si tratta di dispositivi del tutto irriducibili al sistema delle fonti: se per le regole dei privati la riconduzione ad un macrosistema delle fonti è una domanda probabilmente priva di soluzione appagante ma pur sempre plausibile, nel caso dei dispositivi che sfruttano abilmente i dati per controllare e indirizzare pervasivamente le condotte individuali tale domanda risulta invece improponibile.

Soprattutto, si tratta di un salto di qualità nei noti processi di spolticizzazione del diritto.

Quella che può anche essere chiamata la tendenza alla *deformalizzazione* delle relazioni giuridiche a contenuto economico promuove un cambio di paradigma nei rapporti tra sistema giuridico ed economico, sterilizzando in via preventiva il ruolo che il diritto – ormai irrimediabilmente *compromesso*, dopo il Novecento, con principi difficili da maneggiare a proprio piacimento, come l'eguaglianza, e dalla contiguità con qualche idea di giustizia – può giocare all'interno dei processi economici. Da un lato vi è la rinuncia dei soggetti imprenditoriali alla protezione che il diritto offre ai loro interessi; dall'altro vi è la creazione di sistemi che, grazie al trattamento dei dati e al posizionamento sul mercato, sono in grado di tutelare efficacemente e direttamente sul piano fattuale quegli stessi interessi. Tale rinuncia offre infatti un cospicuo vantaggio strategico, giacché consente di evitare tutte le contropartite che, nella sua opera di mediazione dei conflitti, il diritto generalmente richiede, quanto meno dal punto di vista concreto.

Inoltre, i dispositivi in cui si sostanzia la capacità di questi soggetti economici di indirizzare la condotta degli altri attori coinvolti dalle relazioni commerciali appaiono naturali e obiettivi, e non già come il frutto di scelte discrezionali, ideologicamente orientate e fondamentalmente controvertibili.

Da questo punto di vista, la pretesa mimesi che i meccanismi fondamentali delle piattaforme che organizzano l'erogazione dei servizi attuano rispetto all'idealtipo del mercato concorrenziale è paradigmatica. Quello che viene presentato come un funzionamento *naturale* – ad esempio la decisione dell'algoritmo sul coefficiente da applicare alla tariffa base, nel meccanismo del *surge pricing* – è in realtà la riproduzione artificiale, perfettibile e in ogni caso *fatalmente* unilaterale, di un costruito culturale – il mercato concorrenziale – che non ha applicazioni fedeli nel mondo reale, ma che cionondimeno viene presentato – in maniera del tutto ideologica – come fosse connaturato all'ordine delle cose, al fine di legittimare, in latente ma innegabile contraddizione con la legge di Hume<sup>115</sup>, relazioni di sovra- e di sotto-ordinazione.

A voler tenere fede a una prospettiva empirista, è necessario quindi rimarcare come i mercati che esistono nella realtà fattuale sono, com'è noto, luoghi artificiali caratterizzati da un proprio stato di concorrenza effettiva, spesso lungi dalla concorrenza perfetta dei manuali dei corsi istituzionali di

---

<sup>115</sup> In altri termini, la pretesa naturalità del meccanismo offerta-domanda-prezzo viene utilizzata per giustificare – nel senso di asserirne la giustizia – un assetto socioeconomico che, in realtà, è volto a proteggere alcuni interessi e a premiare alcune soggettività a danno di altre. Tuttavia, come è noto, da uno stato di cose – un essere – non si può dedurre un dover essere e, quindi, una giustificazione (legge di Hume – cfr. D. Hume, *A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, III, London, 1740 – generalizzata quindi nei termini della cd. *fallacia naturalistica*, sulla quale v. almeno lese G.E. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge, 1903, in part. 9-20): a tal fine è necessario elaborare una teoria della giustizia.



economia. L'*idealtipo* del mercato concorrenziale, alla base del meccanismo riprodotto dal funzionamento concreto degli algoritmi, è quindi soltanto una concettualizzazione, indissolubilmente legata a una cultura storicamente e socialmente determinata, la quale a sua volta esprime le coordinate fondamentali in cui si sviluppano le diverse scuole del pensiero economico – a partire dall'approccio marginalista della trazione marshalliana. Parimenti, anche la traduzione in regolarità di funzionamento, attraverso il dispositivo telematico, sottende decisioni, scelte e interpretazioni controvertibili, che sono legate a un punto di vista e, il più delle volte, agli interessi concreti del gestore della piattaforma.

Quello in essere, per come lo si è ricostruito nelle pagine che precedono, si presenta nei termini di un processo di duplice spoliticizzazione, che da un lato non solo mette ai margini ma elimina, quando può, il processo politico alla base dell'opera di produzione delle norme giuridiche; dall'altro nasconde la politicità degli assetti socioeconomici e delle scelte allocative dietro la cortina fumogena del naturale ed eterno – perciò anche astorico e *mitico* – funzionamento del sistema economico.

In sostanza, un processo di “depoliticizzazione 2.0”.

Edmondo Mostacci  
Dip.to di Scienze politiche  
Università degli Studi di Genova  
edmondo.mostacci@unige.it