

ANDREA ZOPPINI
Prof. ord. dell'Università Roma Tre

DIRITTO PRIVATO VS DIRITTO AMMINISTRATIVO (OVVERO ALLA RICERCA DEI CONFINI TRA STATO E MERCATO) (*)

SOMMARIO: 1. Privato e pubblico, crisi di una distinzione. — 2. Due premesse: la teoria della norma. — 3. La crisi finanziaria contemporanea. — 4. I problemi. — 5. Il modello dello Stato regolatore. — 6. Talune implicazioni concettuali. — 7. Un possibile approdo: il diritto privato *regolatorio*. — 8. Una rilettura in chiave foucaultiana della sovranità.

1. — Pubblico e privato, se predicati dell'ordinamento giuridico, appaiono a tutta prima qualificazioni di fatti antitetici, la cui essenza è sovente racchiusa in diadi collocate agli antipodi: Stato e mercato, autorità e libertà, interesse generale e interessi particolari, potere e consenso ⁽¹⁾.

Ci si potrebbe allora chiedere perché, a fronte d'una distanza che parrebbe davvero incolmabile e radicata profondamente nella cultura degli interpreti, l'interrogativo sulla distinzione tra pubblico e privato sia divenuta oggi così attuale e stringente; perché la letteratura giudica europea dedichi al tema riflessioni sempre più insistenti, quasi che i confini tra pubblico e privato siano oggi resi labili, evanescenti, non più riconoscibili ⁽²⁾.

Al fondo, la risposta più convincente si trova all'*incipit* della pagina di Salvatore Pugliatti dettata per la voce *Diritto pubblico e privato*, ove si legge

(*) Si tratta della relazione, rivista e integrata dai riferimenti che sono parsi essenziali, presentata al convegno promosso da Vincenzo Roppo, *Il diritto civile, e gli «altri»*, che ha avuto luogo il 2 e 3 dicembre 2011, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma. Il saggio è dedicato a Lucio Valerio Moscarini e apparirà negli *Scritti* in suo onore.

⁽¹⁾ U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *R. crit. d. priv.*, 1989, p. 199 ss.; e i saggi raccolti da L.V. MOSCARINI, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile* (2001-2008), Milano 2008. Soprattutto il volume curato da N. JANSEN-R. MICHAELS, *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen 2008, in cui può leggersi il saggio di N. JANSEN-R. MICHAELS, *Private Law and the State. Comparative Perceptions and Historical Observations*, pubblicato anche in *RabelsZ*, 71 (2007), p. 345 ss.

⁽²⁾ V. i saggi del seminario *Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*, in *Nomos*, 2000, p. 65 ss., seppure nella chiave della globalizzazione e del superamento dello stato nazionale; e soprattutto, nella prospettiva che più interessa, M. FREELAND-J.-B. AUBY (a cura di), *The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale?*, Portland (Hart Publishing) 2006; M. RUFFERT (a cura di), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London (BIICL) 2009.

che « [o]gni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato » ⁽³⁾.

Proviamo allora a verificare dove si radica la crisi e quali ne (pos)sono (essere) le ragioni.

2. — Due notazioni, la prima appartenente alla teoria della norma, l'altra solo all'apparenza legata ad accadimenti contingenti, meritano d'essere anteposte all'analisi che s'intende svolgere.

La distinzione, tra diritto pubblico — e, poi, diritto amministrativo — e diritto privato sottende sia un problema epistemologico sia un problema metodologico. È un problema epistemologico quello che analizza il metodo della scienza giuridica e porta a considerare i significanti; è, invece, un problema metodologico quello che mette ordine tra i significati.

Se riguardata in termini strettamente teorici, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è tutt'altro che scontata: cercheremmo invano criteri distintivi univoci nella struttura formale del comando giuridico.

Infatti, assunto come punto paradigmatico di osservazione la riflessione formale sulla struttura della norma di Hans Kelsen, ci rendiamo conto che non esiste un criterio distintivo che si radichi nell'essenza del comando e poi in ciò che consegue dalla sua violazione. In sostanza, medesima è la struttura formale della norma e così pure la reazione alla norma violata. In quella dottrina rileva piuttosto la distinzione tra diritto e politica, tra il comando assunto dal diritto positivo e la scelta politica che ne è stata primaria origine ⁽⁴⁾.

Al contrario, il modello conoscitivo che consente di distinguere i due comparti dell'ordinamento è, nell'esperienza contemporanea, un predicato dal rapporto tra Stato e mercato. In fondo, lo stesso *Code civil* di Napoleone altro non è stato se non un grande manifesto politico, espressivo di un'opzione economica precisa, quella liberale classica, e d'una capacità di pianificare le relazioni di mercato ⁽⁵⁾.

Nella prospettiva tradizionale, pubblico e privato appartengono a piani totalmente diversi (il che ha consentito di argomentare, astoricamente, l'autonomia della società civile, la primazia del diritto privato ovvero l'idea che il diritto privato possa prescindere dall'ordinamento giuridico formale) ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ È la voce dell'*Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 696 ss., a p. 696 s.

⁽⁴⁾ Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1966, p. 311 ss.

⁽⁵⁾ V. esemplarmente D. GRIMM, *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit. Eine vergleichende Skizze*, in AA.Vv., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze (Leo S. Olschki) 1977, p. 1221 ss., e la ricerca di S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001.

⁽⁶⁾ Esemplamente F. VASSALLI, *Extrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano 1951, p. 484 ss., ora in *Studi Giuridici*, III, 2, Milano 1960, p. 754 ss. Nella letteratura statunitense v. ad es. E.J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass., 1995.

In quella logica, l'organizzazione pubblica è retta dall'autorità e dall'imposizione; il mercato, al contrario, è lo spazio della libertà e dell'autodeterminazione, integralmente rimesso alla valutazione dei soggetti privati, che entrano in relazioni giuridiche su un piano di strutturale parità e sono sovrani nella valutazione dei rispettivi interessi.

Contratto e *service public* materializzano modelli concettuali e regole di comportamento antitetici e contrapposte. Come l'interesse generale sorregge il potere e l'organizzazione pubblica, così l'equilibrio contrattuale soddisfa allo stesso tempo l'utilità individuale e l'utile collettivo, sì che la giustizia contrattuale e quella sociale coincidono ⁽⁷⁾.

Di questa dialettica, sul piano dei dogmi giuridici, darebbe compiuta prova la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, in cui si trova conferma dell'ontologica contrapposizione tra norme di relazione e norme di azione.

In realtà, non è difficile scorgere quanto questa distinzione sia fragile e quanto i piani siano tra loro strettamente connessi e comunicanti.

Da un lato, infatti, la riflessione più consapevole contesta la distinzione delle situazioni soggettive e revoca in discussione la stessa autonomia concettuale dell'interesse legittimo, atteso che tale qualificazione è piuttosto la conseguenza del riparto di giurisdizioni ⁽⁸⁾.

Lo stesso vale, per altri versi, per il diritto soggettivo, atteso che può « escluder[si] che nello stesso ordinamento liberale il diritto soggettivo sia mai stato strumento sufficiente per la tutela degli interessi e della stessa libertà economica del privato » ⁽⁹⁾.

Vi sono, infatti, beni o servizi che il privato da solo non realizza, pur in presenza di una domanda, perché il rendimento atteso è troppo lontano e incerto, il che ha storicamente giustificato il servizio universale e l'iniziativa imprenditoriale dello Stato. Al contempo, esiste una precisa correlazione tra l'allocazione della spesa pubblica e il valore di mercato dei beni: se guardiamo due tipiche manifestazioni del potere dello Stato, quali l'imposizione fiscale o la forza pubblica, ci rendiamo agevolmente conto del fatto che il valore di scambio dei beni privati dipende da quanto la mano pubblica investe nella sicurezza ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ V. ad es. J. CHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *Arch. phil. droit*, 26 (1981), p. 35 ss.

⁽⁸⁾ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 6ª ed., a cura di E. Cardi-A. Nigro, Bologna 2002, p. 31 ss.

⁽⁹⁾ G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, p. 448 ss., a p. 450.

⁽¹⁰⁾ F. GALLO, *Proprietà, diritti sociali e imposizione fiscale*, in *G. comm.*, 2010, I, p. 197 ss.; e v. anche *Id.*, *Le ragioni del fisco*, Bologna 2007.

3. — C'è un'altra notazione, conoscitiva e fattuale, che merita d'essere anteposta: la distinzione tra pubblico e privato è oggi profondamente revocata in discussione dalla crisi economica. L'insolvenza, prima dei debitori privati e poi dei debitori pubblici, ha prodotto rilevanti problemi e un cambiamento nel paradigma e nella riflessione di non poco momento ⁽¹¹⁾.

Se guardiamo alla crisi del 2008, essa si è prodotta essenzialmente per il fallimento della cornice giuridica all'interno della quale si svolgono le relazioni di mercato, e segnatamente delle relazioni contrattuali ⁽¹²⁾. S'è trattato, quindi, d'un fenomeno molto distante dai problemi, pure globali in termini di conseguenze, derivati da patologie della *governance* societaria, come in fondo si poteva dire per le vicende collegate a Enron e WordCom e poi quelle domestiche di Cirio e Parmalat ⁽¹³⁾.

La crisi è ascritta, infatti, a tre fattori: a) la sottovalutazione del rischio sistemico generato degli strumenti derivati; b) la sottovalutazione dei fallimenti cognitivi, che vulnerano la capacità individuale e collettiva degli attori privati; c) l'esistenza di asimmetrie normative che hanno determinato arbitraggi in favore di taluni ordinamenti (si pensi all'applicazione non uniforme delle regole di Basilea2 o alle resistenze del Regno Unito all'uniformazione della disciplina finanziaria europea) ⁽¹⁴⁾.

Parimenti, la crisi dei debitori pubblici dimostra che la produzione « privata » di informazioni nel mercato, soprattutto attraverso la valutazione delle agenzie di *rating*, genera comportamenti opportunistici e pericolosi arbitraggi speculativi, capaci financo di mettere in crisi la stabilità finanziaria dei singoli Paesi.

Oggi è, dunque, a tutti più chiaro che il contratto che promuove il benessere individuale — che taluni indicano come efficienza microeconomica (*microefficiency*) — non necessariamente importa l'incremento del benessere macroeconomico ossia un miglioramento per la società nel suo complesso (*macroefficiency*).

Il collasso finanziario provocato dai mutui *subprime* mostra chiaramente

⁽¹¹⁾ G. ROSSI, *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in *R. soc.*, 2009, I, p. 929 ss. Sulla crisi degli Stati debitori cfr., seppure in una peculiare prospettiva, A. SOMMA, *Legal change and debt crisis*, in *Astrid - Rassegna*, n. 5/2012; per una diffusa analisi dei temi sottesi alla crisi i saggi raccolti in *JZ*, fasc. 5/2012, in part. U. BLAUROCK, *Regelbildung und Grenzen des Rechts — Das Beispiel der Finanzkrise*, p. 226 ss.; e quelli pubblicati in *Europ. Law Jour.*, 18 (2012), p. 1 ss., e in part. il saggio di S. PAGLIARI, *Who Governs Finance? The Shifting Public-Private Divide in the Regulation of Derivatives, Rating Agencies and Hedge Funds*, p. 44 ss.

⁽¹²⁾ Soprattutto, GRUNDMANN-Y.M. ATAMER (a cura di), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, The Netherlands 2011.

⁽¹³⁾ Mentre sui riflessi sul governo societario della crisi economica v. C. ALLMENDIGER *et al.* (a cura di), *Corporate Governance nach der Finanz- und Wirtschaftskrise*, Tübingen 2011.

⁽¹⁴⁾ E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 652 ss.

che vi sono regole che producono a livello aggregato effetti profondamente distorsivi, il che invoca la regolazione pubblica. Ma altri esempi che giustificano un intervento del potere pubblico possono agevolmente proporsi: ci si può, ad esempio, interrogare se la presenza di un *credit default swap* modifichi il rapporto creditore-debitore e faccia sì che il primo sia meno propenso a rinegoziare il debito, rendendo quindi più probabile il fallimento ⁽¹⁵⁾. Lo stesso può dirsi per quanto concerne le vendite allo scoperto nel mercato finanziario, rispetto alle quali è aperto il dibattito in ordine alla loro ammissibilità quando abbiamo finalità puramente speculative ⁽¹⁶⁾.

La crisi ha, dunque, mostrato quanto sia scarsamente plausibile sul piano teorico e rischioso in termini pratici affermare che il mercato, e ancor più evidentemente il mercato finanziario, sia capace di autoregolarsi ⁽¹⁷⁾.

Proprio su questo terreno si assiste a una significativa oscillazione del pendolo che porta a riproporre, seppure in forme aggiornate o del tutto originali, la centralità dell'azione pubblica ⁽¹⁸⁾.

Tale oscillazione di ritorno, tuttavia, non s'identifica con il riemergere dello Stato imprenditore, nella forma che il nostro Paese ha conosciuto sino agli anni Ottanta del secolo scorso ⁽¹⁹⁾.

Intanto, la crisi ha dimostrato che il livello della regolazione deve essere coerente con l'integrazione dei mercati e dunque coordinato a livello sovranazionale ⁽²⁰⁾.

In secondo luogo, l'intervento pubblico si risolve in un insieme di misure e di interventi graduati e strategici che vedono lo Stato nella veste di prestatore di ultima istanza, di assuntore di garanzie e di rischi, talora di socio o di

⁽¹⁵⁾ P. BOLTON-M. OEHRKE, *Credit Default Swaps and the Empty Creditor Problem*, Working Paper 15999 <http://www.nber.org/papers/w15999>; May 2010.

⁽¹⁶⁾ Sul tema, nella prospettiva del regolatore nazionale v. Consob resolution n. 17993 of November 11, 2011, *Measures on short sales aiming at ensure the orderly conduct of trading and the integrity of the markets*, <http://www.consob.it/mainen/documenti/english/resolutions/res17993.htm>; e nel mercato europeo, cfr. *Regulation (EU) No 236/2012 of the European Parliament and of the Council of 14 March 2012 on short selling and certain aspects of credit default swaps Text with EEA relevance*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:086:0001:01:EN:HTML>.

⁽¹⁷⁾ V. esemplarmente R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge (Harvard University Press) 2009.

⁽¹⁸⁾ L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. BRESCIA-L. TORCHIA-A. ZOPPINI, *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli 2012, p. 57 ss.; C. HARLOW, *The «Hidden Paw» of the State and the Publication of Private Law*, in D. DYPRENHAUS-M. HUNT-G. HUSCROFT (a cura di), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of M. Taggart*, Oxford-Portland 2009, p. 75 ss.

⁽¹⁹⁾ In particolare v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985.

⁽²⁰⁾ Su questa problematica si v., seppure in diversa prospettiva, v. C. JOERGES-J. FALKE (a cura di), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford-Portland (Or.) 2011.

sottoscrittore di strumenti finanziari, descrivendosi così un ruolo e una traiettoria che non è ancora compiutamente svolta ⁽²¹⁾.

Infine, anche la tecnica normativa appare diversa: oggi la regolazione del mercato non s'identifica con la norma proibitiva, atteso che alla correzione dei fallimenti del mercato non è sufficiente il comando autoritativo unidirezionale, ma essa richiede modelli normativi complessi, affidati normalmente ad autorità indipendenti, che importano un coacervo articolato e dinamico di rimedi, cui appartengono norme asimmetriche tra operatori, regole procedurali, sanzioni interdittive ⁽²²⁾.

4. — Quanto sin qui detto mi porta a formulare tre domande.

i) Perché alla stregua della teoria delle fonti il problema del rapporto tra pubblico e privato è più problematico che nel passato?

ii) In termini teorico-concettuali, quali sono le nozioni (entrate in crisi e/o) che sintetizzano il problema di cui si discute?

iii) Qual è o quali sono, allora in termini di conseguenze, possibili approdi sistematici?

Per ciascuno di questi interrogativi mi proverò a tentare una risposta, per quanto senz'altro provvisoria, segnalando — e di ciò mi scuso con il lettore — indizi e suggerendo traiettorie di riflessione che non potranno qui essere compiutamente sviluppate.

5. — Gli interrogativi sottesi alla prima domanda si sciolgono nella formula dello Stato regolatore, esprimendosi così un *Idealtypus* nel rapporto tra mano pubblica e mercato, che è altro sia dal paradigma dello Stato liberale, sia da quello dello Stato imprenditore ⁽²³⁾.

Il lemma « regolazione » ha oggi assunto un significato sufficientemente univoco, atteso che individua l'insieme delle discipline che mirano a reagire al fallimento del mercato e/o a garantire coll'eteronomia il mercato concorren-

⁽²¹⁾ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. d. amm.*, 2008, p. 1083 ss.; *Id.*, *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis: New Trends in Public Law*, in *R. trim. d. pubbl.*, 2012, p. 81 ss.; *Id.* (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna 2012.

⁽²²⁾ La crisi ha riproposto la soluzione fondata sulla norma imperativa, tema su cui v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europ. d. priv.*, 2010, p. 601 ss.; G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contratto e impr.*, 2009, p. 1133 ss.; F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 253 ss.

⁽²³⁾ Per una discussione sia consentito rinviare al mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma-Bari 2008, p. 3 ss., pubblicato anche, con talune modifiche, in C. RABBITTI BEDOCCHI-P. BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, t. II, Torino 2010, p. 1095 ss.; cfr. anche, seppure in una diversa prospettiva, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli 2010.

ziale: quindi a correggere l'asimmetria informativa tra le parti, a evitare il prodursi di esternalità negative, a porre rimedio al monopolio ⁽²⁴⁾.

Il sintagma Stato regolatore sottende, in particolare, l'opzione normativa che è al fondamento del mercato unico europeo e che si traduce in un preciso modello istituzionale, che ridefinisce la linea di confine tra lo Stato e mercato. Questo modello postula la scelta di conformare normativamente le attività dei privati, con l'obiettivo di preservare la dinamica concorrenziale ovvero di mimare, con la forza della norma imperativa, gl'esiti d'un mercato che in concreto non esiste ⁽²⁵⁾.

Testimone del mutato paradigma concettuale di riferimento è la riflessione sulla teoria delle fonti, che nell'architettura che governa il mercato unico si lascia comprendere problematicamente con l'ausilio degli strumenti offerti dalla teoria e dalla dogmatica delle fonti del diritto interno ⁽²⁶⁾.

Il diritto che dà ordine al mercato unico, postula sia regole e rapporti che s'indirizzano agli Stati, sia regole che attengono ai rapporti tra gli ordinamenti e i singoli cittadini degli Stati membri, sia regole che disciplinano direttamente le relazioni tra soggetti privati.

Segnatamente le libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea — circolazione dei beni, dei servizi, delle persone, dei capitali — si rivolgono formalmente solo agli Stati, chiamati a darvi attuazione, mentre le regole della concorrenza disciplinano i rapporti tra imprese che operano nel mercato ⁽²⁷⁾.

Questa scelta istituzionale è stata sottoposta, in particolare nella giurisprudenza delle corti europee, a un processo interpretativo teleologico, sì che le discipline conformative della struttura del mercato generano regole materiali che danno concreta effettività ai principi codificati nel Trattato. La giurisprudenza comunitaria, infatti, s'interroga sovente sugli effetti *diretti* nei rapporti tra privati delle libertà fondamentali del Trattato — di qui appunto

⁽²⁴⁾ A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000; A.I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford-Portland (Oregon) 2004.

⁽²⁵⁾ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, 3ª ed., Roma-Bari 2007; G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000, p. 11 ss.; segnatamente D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano 2010.

⁽²⁶⁾ Soprattutto in questo senso J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre - Handbuch*, Berlin 2006, p. 189 ss., in part. Rdn 7 s.; N. REICH, *The public/private divide in European Law*, in H.-W. MICKLITZ-F. CAFAGGI (a cura di), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham (UK) - Northampton (Ma) 2010, p. 56 ss.; cfr. anche L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *R. crit. d. priv.*, 2012, p. 211 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. J. BASEDOW, *The State's Private Law and the Economy-Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, in *Am. jour. comp. law*, 56 (2008), p. 703 ss., spec. a p. 717 [e anche in N. JANSEN-R. MICHAELS (a cura di), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, cit., p. 281 ss.].

il lemma *Drittwirkung* nella dogmatica delle fonti che più ha approfondito il tema — e se tali principi siano destinati a informare e a modificare i rapporti giuridici di diritto privato ⁽²⁸⁾.

La norma, *verticale*, che fissa il modello di organizzazione del mercato nei rapporti tra stati membri e tra di essi e l'ordinamento comunitario, è suscettibile di tradursi in una regola di comportamento, allora *orizzontale*, che disciplina e corregge il contenuto dei rapporti tra privati. Ciò porta ad interrogarsi, a esempio, se resista al vaglio di legalità la regola contrattuale che ostacoli o precluda la libertà di circolazione comunitaria delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali ⁽²⁹⁾.

Quanto detto è vero anche sul fronte della disciplina comunitaria della concorrenza, formalmente indirizzata all'impresa privata che compete nel mercato.

Oggi questa disciplina è suscettibile di rivolgersi anche verso le pubbliche amministrazioni: così è là dove la regolazione amministrativa impedisca la creazione di un mercato unico e competitivo ovvero là dove l'attività intrapresa da un ente pubblico non appaia necessariamente collegata e funzionale alla sua natura pubblicistica ⁽³⁰⁾; mentre si nega il ricorso alle regole sulla concorrenza per quegli enti privati che curano interessi tipici di una pubblica autorità ⁽³¹⁾. Scelta questa compiuta anche dal legislatore nazionale, che attribuisce nuovi poteri di impugnativa all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti di atti amministrativi in contrasto con la concorrenza e il mercato (oggi previsti dall'art. 21 *bis* della legge del 10 ottobre 1990, n. 287).

Il diritto vivente, frutto della giurisprudenza pratica comunitaria testimonia che la qualificazione, pubblica o privata, alla stregua della quale l'ordinamento domestico seleziona le proprie norme, non rileva al fine di costituire un antecedente nell'applicazione delle regole intese ad assicurare il funzionamento del mercato comunitario. Al contempo, l'interesse pubblico è un concetto che chiede di essere riempito di un contenuto prescrittivo sovente non definibile in astratto o apoditticamente: al fondo è esso stesso antecedente di regole che si fondano non sul fatto, ossia avuto riguardo alla fattispecie astrattamente considerata e valutata, ma sull'*effetto* che si produce nel mercato ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ W. SAUTER-H. SHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the UE Courts*, Cambridge 2009; cfr. anche G. BACHMANN, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten*, in *AcP*, 210 (2010), p. 424 ss.

⁽²⁹⁾ Problematicamente, nella circolazione dei diritti sui beni, v. di recente B. AKKERMANS, *Property Law and the Internal Market*, in S. VAN ERP-A. SALOMONS-B. AKKERMANS (a cura di), *The Future of European Property Law*, Munich 2012, p. 199 ss.

⁽³⁰⁾ C-41/90 *Höfner e Elser v. Macroton*, in (1991) *ECR*, p. I-1547, in part. par. 22.

⁽³¹⁾ C-343/95 *Diego Cali & Figli v. SEPG*, in (1996) *ERC*, p. I-1547, par. 23.

⁽³²⁾ In termini generali si v. V. SCALISI, voce *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 367 ss.; Id., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano

6. — Da quanto s'è detto mi pare sia agevole trarre almeno cinque possibili ricadute concettuali, che ruotano intorno alla decostruzione dell'antinomia tra autorità e libertà e, poi, tra autonomia ed eteronomia ⁽³³⁾.

a) La prima constatazione è che il diritto pubblico e il diritto privato appaiono non (*più*) in un rapporto di necessaria alternativa, quanto piuttosto configurano sistemi di regole tra loro « reciprocamente interscambiabili », che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse ⁽³⁴⁾.

Gli è che, ad esempio, il ritrarsi della proprietà pubblica per effetto delle privatizzazioni dei monopoli legali non fa parimenti diminuire, ma semmai incrementa la regolazione delle attività private ed estende la panopia degli strumenti di tutela che il diritto privato offre a presidio di interessi generali ⁽³⁵⁾. Alla *Entstaatlichung* dell'iniziativa economica pubblica si accompagna una *Verstaatlichung* delle attività private ⁽³⁶⁾.

b) La diade autorità-libertà appare insufficiente a esprimere compiutamente il senso della distinzione tra norme e interessi pubblici e privati ⁽³⁷⁾.

La stessa nozione di « autorità », se considerata nella sua intensione, non arricchisce il bagaglio espressivo del giurista quando si confonde e semanticamente si sovrappone all'imperatività ovvero all'inderogabilità ⁽³⁸⁾. Al contrario, la norma imperativa è suscettibile d'essere apprezzata diversamente — si parla allora di regola condizionale a confronto di quella finalistica —, a seconda che faccia (*o non*) prevalere sul regolamento di interessi privati un in-

1998; Id., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 843 ss.

⁽³³⁾ Per la costruzione di questi classici concetti si v. G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, ora in *Opere*, I, Milano 1959, p. 255 ss. e i classici saggi ordinati da F. SANTORO PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova 1977.

⁽³⁴⁾ Raccolgo qui le suggestioni che sono offerte dal libro curato da W. HOFFMANN-RIEM-
E. SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung*, Baden-Baden 1996; e in questa prospettiva v. da ultimo V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011. E d'altronde in questo senso si v., da un diverso punto d'osservazione, la classica riflessione di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, trad. it., Milano 1975.

⁽³⁵⁾ S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *R. trim. d. pubbl.*, 2000, p. 389 ss.; C. SUNSTEIN, *Paradoxes of the Regulatory State*, ora in Id., *Free Markets and Social Justice*, New York-Oxford 1997, p. 271 ss.

⁽³⁶⁾ G. TEUBNER, *The « State » of Private Networks: The Emerging Legal Regime of Polycorporatism in Germany*, in *Birmingham Young University Law Rev.*, 1993, p. 553 ss., a p. 569.

⁽³⁷⁾ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003.

⁽³⁸⁾ A es. P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 703 ss.

teresse pubblico eminente ovvero si limiti a realizzare le condizioni d'esercizio dell'iniziativa economica e della libertà contrattuale ⁽³⁹⁾.

Per altro verso, il paradigma concorrenziale smentisce l'idea dell'autonomia privata intesa nei termini di norme attributive e ricognitive d'un interesse finale, e quindi d'una *libertà*, consegnato integralmente alla valutazione dell'attore del mercato. Basti considerare che la nozione e l'interesse concorrenziale protetto postula il realizzarsi d'un fine *esterno* al rapporto contrattuale singolarmente considerato (e che può declinarsi, a seconda delle opzioni giuridiche e dei contesti economici, nei termini della tutela di piccoli produttori indipendenti, della tutela dei consumatori, del favorire e promuovere il dinamismo concorrenziale) ⁽⁴⁰⁾.

c) La parità quale elemento ontologicamente costitutivo dei rapporti di diritto privato è oggi largamente revocata in discussione.

Si registra, al riguardo, una duplice e opposta traiettoria evolutiva, di cui segmenti essenziali sono, da un lato, la tendenza del diritto amministrativo contemporaneo a configurarsi come diritto dell'uguaglianza ⁽⁴¹⁾; dall'altro, la produzione di regole di diritto privato pensate per riequilibrare i rapporti giuridici che evidenziano una strutturale disparità di potere contrattuale ⁽⁴²⁾.

Nel porre rimedio alle asimmetrie informative o relazionali e correggere gli abusi dell'autonomia privata, la norma imperativa ristabilisce quell'assetto paritario che si predica(va) connotato al diritto privato.

La parità non è, dunque, *a priori* rispetto alla fattispecie e poi alla disciplina del rapporto, ma un risultato cui bisogna tendere per assicurare l'efficiente funzionamento del mercato. Essa è frutto d'una *valutazione* e poi d'una correzione procedurale — nel senso fatto proprio dagli studi di Gunther Teubner —, che convoglia e argina l'esercizio del potere privato ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992, p. 428 ss.; anche G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001, p. 638 ss.; in senso analogo e molto chiaramente v. E. BARCELLONA, *Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: « solidarietà sociale » o inderogabilità del « mercato »?* (Nota a proposito di Cass. n. 21106/2009), in *G. comm.*, 2012, II, p. 165 ss., in part. p. 184.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, estratto dall'*Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano 2011, p. 191 ss.

⁽⁴¹⁾ S. CASSESE, « Le droit tout puissant et unique de la société », *Paradossi del diritto amministrativo*, ora in *Id.*, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano 2010, p. 523 ss.

⁽⁴²⁾ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Id.*, *Il contratto del duemila²*, Torino 2005, p. 23 ss.; da ultimo, *Id.*, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; *Id.*, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *R. d. priv.*, 2010, p. 19 ss.

⁽⁴³⁾ K. RIESENHUBER, *Contract Governance - A Draft Research Agenda*, in *ERCL*, 2009, p. 248 ss.; cfr., in termini evidentemente più generali, N. LIPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, in F. DI MARZIO (ed.), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano 2004, p. 513 ss.

d) L'« interesse sociale », quale sintesi delle regole di comportamento nell'amministrazione dell'impresa, torna ad arricchirsi di significati rivenienti dall'istituzionalismo.

Proprio il diritto dell'impresa costituisce diacronicamente un punto d'osservazione privilegiato: la società, in particolare la società di capitali azionaria, descrive una faglia mutevole nell'incontro tra diritto privato e diritto pubblico, tra libertà d'iniziativa economica e regimi concessori sottomessi al potere statale ⁽⁴⁴⁾. Di ciò dà compiuta testimonianza la storia delle società di capitali e così pure la storia delle norme e delle idee; e qui è sufficiente contrapporre le tesi, formulate dopo la crisi del '29, in uno tra i libri più famosi e citati della letteratura giuridica, in ordine al fallimento del mercato che si determina nella grande società per effetto della separazione tra proprietà e controllo e quelle che, invece, riducono la società a *nexus* di contratti che disciplinano essenzialmente interessi privati dei soci ⁽⁴⁵⁾.

Oggi i principali codici di autodisciplina testimoniano una mutazione semantica nel decodificare la nozione di interesse sociale, recuperano nell'orizzonte temporale dell'agire imprenditoriale il medio-lungo periodo — come fa il Codice di autodisciplina italiano del 2012 —, smentendo la sovrapposizione dell'interesse sociale con la creazione immediata del valore per soci, quando non esplicitano che la gestione della società debba avere in considerazione insieme agli interessi degli investitori anche quelli dei lavoratori, degli altri *stakeholders* e poi anche interessi pubblici (come affermano il codice di autodisciplina tedesco del 2012 al par. 4 e la regola dettata al § 70 dell'*Aktiengesetz* austriaco, commentata nel codice di autodisciplina del 2012) ⁽⁴⁶⁾.

e) Infine, la regola imperativa da regime inscindibilmente connesso al fatto giuridico, suscettibile d'univoca qualificazione in quanto radicato oggettivamente in un dato territorio, diviene regola del paese di origine, capace d'essere « derogata » e contraddetta in ossequio ai principi di libera circolazione che reggono il mercato comunitario ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Soprattutto J. BASEDOW, *The State's Private Law and the Economy. Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, in N. JANSEN-R. MICHAELS (a cura di), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, cit., p. 281 ss.

⁽⁴⁵⁾ Mi riferisco com'è ovvio a A.A. BERLE-G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York 1932; trad. it., 1968 (e sul dibattito che ha sollevato si v. ad es. A.A. SOMMER jr., *Whom Should the Corporate Serve? The Bearle-Dodd Debate Revisited Sixty Years Later*, in *Delaware J. of Corporate Law*, 16 (1991), p. 33 ss.) e per altro verso a D.R. FISCHER-F.H. EASTERBROOK, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Mass., 1996.

⁽⁴⁶⁾ In termini generali su questi problemi si v. F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra « coordinamento » e « cooperazione »*, e C. ANGELICI, *La società per azione e gli « altri »*, entrambi in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano 2010, rispettivamente pp. 9. ss. e 45 ss.

⁽⁴⁷⁾ A. OGUS, *The regulation of services and the public-private divide*, in F. CAFAGGI-H. MUIR WATT (a cura di), *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham (UK) - Northampton (Ma) 2009, p. 3 ss. Sul tema della concorrenza istituzionale nel mer-

7. — Mi provo a questo punto a segnalare un possibile approdo in termini sistematici di quanto sin qui considerato.

Una parte rilevante della riflessione sul diritto privato europeo si snoda intorno all'idea, al fondo tradizionale, che vede nel diritto dei contratti un insieme di regole dispositive che agevolano le relazioni tra privati, secondo un modello riconoscibile nei tentativi di codificazione del diritto contrattuale europeo (CFR, *Aquis, Principles of European Contract Law*) ⁽⁴⁸⁾.

Qui merita, invece, vagliare se quella parte della produzione normativa di origine comunitaria che corregge l'autonomia privata, possa definire i tratti d'un autonomo sistema, che può raccogliersi sotto l'epigrafe di « diritto privato della regolazione » ⁽⁴⁹⁾.

Il diritto privato *regolatorio* non è inteso ad agevolare, nella logica della norma suppletiva, la relazione contrattuale, offrendo una soluzione sempre declinabile da una diversa scelta delle parti: al contrario, riscrive il contenuto negoziale, imponendo una regola aliena. Esso seleziona con la forza della norma imperativa, tra le possibili, le scelte capaci di garantire un'allocazione delle risorse che il mercato, nel caso specifico, non sarebbe in grado di assicurare ovvero previene e reprime gli esiti inefficienti che derivano dai comportamenti che si discostano dai paradigmi concorrenziali.

Tale insieme di regole si legge nell'ordito che disciplina i rapporti contrattuali tra imprese e, poi, tra imprese e consumatori; nei principî immanenti nell'ordinamento comunitario; nella disciplina dei mercati regolamentati, governati da autorità indipendenti; nelle regole di funzionamento del mercato unico. In particolare, appartengono a questo nucleo regolatorio del diritto pri-

cato unico comunitario si v. A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari 2004; A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano 2007; e il dibattito sviluppato nel Ciclo di lezioni magistrali, organizzate dall'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa per l'Anno Accademico 2007/2008, raccolti nel volume *La concorrenza tra gli ordinamenti*, Napoli 2008 (v. in part. i saggi di A. PIZZORUSSO, *Pluralità degli ordinamenti e sistema delle fonti del diritto*, F. VIOLA, *La concorrenza tra gli ordinamenti e la scelta del diritto*, P. SPADA, *Ordinamenti giuridici e giurisdizioni in concorrenza: il crepuscolo del monopolio delle regole e dei giudici*).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. i saggi sul tema *Optionales europäisches Privatrecht (« 28. Modell »*), raccolti nel numero di *RebelsZ.*, 76 (2012), p. 235 ss.

⁽⁴⁹⁾ Soprattutto H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken*, in *GPR*, 2009, p. 254 ss., *Id.*, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law - The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Year. europ. law*, 2009, Oxford 2010, p. 3 ss.; e per un'analisi critica F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2008, p. 95 ss.; per un modello applicativo si v. G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna 2009 e *Id.*, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio interdisciplinare*, in *Pol. d.*, 2007, p. 569 ss. Per una analisi più ampia dei temi connessi si v. G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna 2006; G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna 2008. In una prospettiva diversa si cfr. M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europ. d. priv.*, 2011, p. 329 ss.

vato europeo: le norme sulla concorrenza, la disciplina di privatizzazione dei monopoli pubblici e poi la regolazione dei rispettivi mercati (in particolare nelle materie dell'energia, dei trasposti, delle telecomunicazioni), la tutela di *status* o di interessi considerati prevalenti (si pensi al consumatore, ai lavoratori, alla tutela della salute), le regole che impongono la libera circolazione dei servizi e dei prodotti.

Da questi plessi normativi possono desumersi una pluralità di traiettorie interpretative: dal principio di parità di trattamento e non discriminazione alle regole di accesso al mercato, dagli obblighi di prestazione agli standard qualitativi.

Chi propende per dare risposta affermativa alla possibilità d'individuare nel diritto privato regolatorio un nucleo di gravitazione già sistematicamente coerente, considera che tali plessi normativi non si lasciano comprendere all'interno del paradigma codicistico tradizionale, che le confina la norma imperativa ai margini del sistema connotandola di eccezionalità, in quanto assume quale presupposto il mercato perfettamente concorrenziale ⁽⁵⁰⁾.

Al contrario, in termini di politica del diritto, l'opzione del diritto privato regolatorio prende con realismo atto che il diritto privato comunitario pone il suo nucleo aggregante e il suo perno sistematico nell'obiettivo di consentire il funzionamento del mercato unico, rimuovendo gli ostacoli che ad esso si frappongono. In tale logica, quelle regole e discipline esprimono una già conseguita coerenza e unità dogmatica e possono essere comprese e organizzate intorno a un principio finalistico e di effettività nel funzionamento del mercato unico.

Non sfugge la rilevante implicazione interpretativa sottesa alla scelta che si è appena indicata: ciò significa che da quel bagaglio di norme sarà possibile attingere, in forza dell'interpretazione analogica, tutte le volte in cui la regola è coerente a dare risposta a un simile problema di fallimento del mercato. Ed è questa un'opzione interpretativa che può essere confermata e ulteriormente sorretta da chi constata che non può essere predicato il carattere dell'eccezionalità quando si tratti di prescrizioni che, nel fissare un limite alle libertà

⁽⁵⁰⁾ Per utili riferimenti, cfr. F. CAFAGGI, *Private Law-Making and European Integration: Where Do We Meet, when Do They Conflict?*, in D. OLIVER-T. PROSSER-R. RAWLINGS (a cura di), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, Oxford 2010, p. 201 ss.; Id., *Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Reframing Selfregulation in European Private Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 3 ss.; G. CONTE, *Diritto ed economia tra regole del mercato e prospettive assiologiche di valutazione*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli 2008, p. 425 ss.; nonché A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano 2006, p. 94 ss., e i saggi nel volume curato da A. PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali*, Milano 2008; cfr. anche gli utili spunti in G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in questa *Rivista*, 2012, I, p. 509 ss.

d'iniziativa economica, concretizzano il precetto dell'utilità sociale che si legge all'art. 41, comma 2°, della Carta costituzionale ⁽⁵¹⁾.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità di ricorrere analogicamente a regole sperimentate nei mercati liberalizzati cronologicamente per primi, quale ad esempio quello delle comunicazioni, per i mercati che sono entrati nel processo di liberalizzazione solo successivamente, come quello dell'energia o del trasporto ferroviario ⁽⁵²⁾.

8. — L'analisi si qui svolta (mi) porta a decostruire l'ultima delle diadi che ho evocato all'inizio di questa riflessione: potere e consenso.

Il concetto stesso di potere trae la sua legittimazione da un modello storico di sovranità, quello che è proprio dello stato nazionale autarchico del Novecento, assunto a paradigma generale del potere pubblico. Il dibattito sulla globalizzazione e poi le riflessioni sulla crisi economica degli Stati hanno messo a dura prova questo modello, ne hanno mostrato la crisi euristica e, al fondo, ne hanno revocato in discussione il valore epistemologico generale ⁽⁵³⁾.

La grande impresa multinazionale e il diritto finanziario globale danno compiuta prova della crisi della sovranità statuale, dell'inconciliabilità della dominanza del mercato con il potere rappresentativo democratico, della crisi d'imperatività della norma appartenente al singolo ordinamento ⁽⁵⁴⁾.

Al fondo, ancora una volta, si discute del venir meno della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata.

L'alternativa e l'interrogativo in termini teorici e concettuali che anche in questo caso si pone è se il « potere » come dato fondativo (anche) dell'esperienza giuridica si riproponga in termini apparentemente nuovi, ma nella sostanza sempre uguale a se stesso, ovvero se le forme di legittimazione sociale siano destinate a mutare e trasformarsi.

Chi percorre questa seconda opzione teorica ha posto l'esigenza di disporre di strumenti di comprensione che superano di molto quelli consueti.

⁽⁵¹⁾ M. LIBERTINI, *Alla ricerca del « diritto privato generale » (appunti per una discussione)*, in *R. d. comm.*, 2006, I, p. 541 ss., spec. p. 548 e 549.

⁽⁵²⁾ Per una discussione e una risposta problematica si v. ad es. M. SIRAGUSA, *Gli obblighi di non discriminazione nella regolazione settoriale e nella disciplina antitrust*, in *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia. Annuario di diritto dell'energia*, 2012, p. 147 ss.; in termini generali il problema s'identifica con la possibilità di leggere nella « rete » una qualificazione giuridica che comporta l'applicazione di una disciplina, sul tema si v. ad es. J. LÜDERMANN (a cura di), *Telekommunikation, Energie, Eisenbahn. Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?*, Tübingen 2008; mentre in termini generali si v. M. GRILLO-A. NOCE, *Infrastrutture energetiche e integrazione dei mercati in Europa*, in E. BARUCCI-C. DE VINCENTI-M. GRILLO (a cura di), *Idee per l'Italia. Mercato e stato*, Milano 2010, p. 15 ss.

⁽⁵³⁾ Esemplarmente cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari 2002.

⁽⁵⁴⁾ Per una discussione che anticipa, seppure in chiave diversa, quanto si sostiene v. F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna 2008.

Un tentativo in questo senso, non l'unico possibile evidentemente, ma esemplare della ricerca di spiegazioni su un terreno diverso da quello abituale, e con il quale chiudo queste mie considerazioni, è proposto dal ricorso alla « governamentalità neoliberale » nel senso elaborato dagli studi di Michel Foucault.

La « governamentalità » pone il problema delle tecnologie del potere in un contesto nel quale si è « tagliata la testa del Re », ovvero si è sgretolato il concetto di sovranità: ciò significa guardare all'interazione effettiva, in una logica decentrata e policentrica che si sottrae al comando legislativo, dei poteri in campo e alla loro effettiva interazione. Emerge allora la domanda su come il diritto sia (o possa essere) uno dei fattori costitutivi di legittimazione e d'interazione sociale, sovente con effetti molto diversi da quelli declamati.

Si tratta, infatti, di guardare alle regole del diritto scritto quali forme di produzione di cornici ontologiche e agli effetti che determinano in termini di legittimazione e creazione di nuove soggettività sociali.

Chi ha provato a utilizzare gli strumenti conoscitivi della governamentalità neoliberale per indagare le nuove forme del potere constata che emergono nuovi centri di legittimazione collettiva che ibridano la sfera pubblica e quella privata.

Così è esemplarmente nel dibattito sui beni comuni, che vogliono appunto proporsi come alternativi sia all'appropriazione privata — di cui si revoca in discussione il paradigma del diritto egoista inteso quale strumento per massimizzare il benessere collettivo — sia quello dei beni pubblici; e al contempo, s'invoca una legittimazione diversa, sorretta da un paradigma partecipativo e legittimato, per così dire, « dal basso » ⁽⁵⁵⁾. Ma altri esempi si possono proporre, che illustrano la prospettiva di cui si discute.

Il primo riguarda la recezione della *class action* negli ordinamenti continentali. Nell'azione di classe — oggi disciplinata all'art. 140 *bis* del codice del consumo — può riconoscersi uno strumento costitutivo di nuovi attori sociali collettivi, in quanto assolve un ruolo di supplenza in forma giudiziale alla mediazione e alla rappresentanza politica ⁽⁵⁶⁾. In questo modo, nuove soggettività rappresentative di interessi si aggregano, si legittimano e operano in ragione del carattere isomorfo degli interessi lesi.

Il secondo esempio è quello inerente alla *governance* societaria: nel processo di « giuridificazione » delle regole di organizzazione dell'impresa si possono riconoscere altrettanti processi volti a creare e legittimare nuove istanze e centri di potere ⁽⁵⁷⁾. Si legga, in quest'ottica, la responsabilità sociale d'impresa ovvero, ancor più chiaramente, la norma che impone le quote di genere

⁽⁵⁵⁾ V. ad es. M.R. MARELLA (a cura di) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012.

⁽⁵⁶⁾ A. SPANO, *Governamentalità neoliberale e diritto*, tesi dottorato, Roma 2010.

⁽⁵⁷⁾ M.J. STEIN, *Beyond the Boardroom: Governmental Perspectives on Corporate Governance*, in *AAJ*, 21 (2008), p. 1001 ss., ove ulteriori riferimenti.

ai consigli di amministrazione delle società quotate in borsa (l. 12 luglio 2011, n. 120): l'affermazione d'un'istanza paritaria appare inspiegabile se non si prendesse atto che proprio la legittimazione sociale dell'impresa, che deriva dal suo *essere* nel mercato, è la ragione che autorizza e coonesta quelle istanze paritarie. L'impresa come organizzazione diviene così lo strumento performativo per tradurre nella vita dei cittadini aspettative proprie piuttosto della sfera politica e rivenienti dalla partecipazione democratica alla vita del Paese.

In conclusione, anche questi possono essere assunti a esempi della nuova « arena pubblica » secondo la formula proposta da Sabino Cassese, perché non ha (*più*) senso pensare l'esperienza giuridica all'interno della contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato ed è necessario piuttosto sostituire ad essa un nuovo paradigma, caratterizzato da « interscambiabilità dei ruoli, modificazione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori » (⁵⁸).

(⁵⁸) S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *R. trim. d. pubbl.*, 2001, p. 607 ss.