

Suggerimenti per una tipologia di interazioni tra diritto e mercato

Chiara Garbuio

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

Vito Bevivino

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

Abstract Starting from the traditional 'law and marketplace' hendiadys, the paper analyses this relationship as a combination of two phenomenal realities with a methodology aimed to capture a functional relations between them. In order to achieve this aim, three types of interaction between law and marketplace – comparison, concretization and conception – were examined. They demonstrate the possibility of reconciling two semantics that are frequently considered non-convergent.

Keywords Law and marketplace. Functional relation. Comparison. Interaction. Legal essentialism.

Sommario 1. Premessa. – 2. L'affermazione di uno «stile giuridico neo-liberale». – 3. Alcuni punti fermi per provare a comprendere la relazione tra diritto e mercato. – 4. Tipologia di interazioni: identificazione dei modi di incontro tra diritto e mercato. – 4.1 Primo tipo di interazione: il confronto. – 4.2 Secondo tipo di interazione: la concretizzazione. – 4.3 Terzo tipo di interazione: la concezione. – 5. Elementi conclusivi: le normatività riconciliate.



Edizioni
Ca' Foscari

Peer review

Submitted	2019-04-17
Accepted	2019-07-18
Published	2020-05-06

Open access

© 2018 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



Citation Garbuio, Chiara; Bevivino, Vito (2018). "Suggerimenti per una tipologia di interazioni tra diritto e mercato". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 67-82.

1 Premessa*

Una delle questioni teoriche più note che interessano il rapporto tra mercato e diritto riguarda la spiegazione della loro reciproca esistenza. Vi è, infatti, chi guarda alla relazione pensando il mercato senza diritto, o, meglio, senza un diritto imposto, ma con regole proprie basate su pochi essenziali elementi di ordine, per così dire, naturale: il contratto, la proprietà, il soggetto, la certezza degli scambi. Mentre, vi è chi guarda alla medesima relazione rilevando l'incapacità del mercato di auto-sostenersi, attribuendo al diritto questa specifica funzione poiché ritiene che le regole e la garanzia della loro applicazione consentano la certezza degli scambi e quindi, appunto, l'esistenza del mercato¹.

Queste linee di tendenza, per quanto di difficile composizione, sembrano confluire nel pensiero neo-liberale². Ma i tratti di quest'ultimo, se pure funzionalmente concepibili, almeno da un punto di vista giuridico, sono di difficile identificazione e riduzione a unità. Essi presentano un diffuso sviluppo di sistemi disciplinari non coordinati, che costituiscono *network*³, e, su un diverso piano, una non esplicita, o, almeno, non apparente relazione con i principi, in vero mai dichiarati, dello stesso pensiero neo-liberale⁴.

* Il testo che qui si propone arricchito di alcune considerazioni e dell'apparato bibliografico è presentato in traduzione a conclusione dei *Rencontres doctorales des Ecoles de Nanterre et Venise "Le droit et le marché"* (Université Paris Nanterre) come rapporto con il titolo «Amore e dis-amore: suggestions pour une typologie des interactions du droit et du marché» dal gruppo di lavoro composto anche da Mirco Caeran, Robin Medard, Nathalie Mihman, François Curan. Per esigenze espositive il tono e la misura non sono quelli dell'incontro.

Per quanto frutto di un comune sentire, i paragrafi del testo possono essere così attribuiti: i parr. 4, 4.1, 4.2, 4.3 a Chiara Garbuio; i parr. 1,2, 3 a Vito Bevivino, il par. 5 a entrambi. Gli autori si dimostrano inoltre disponibili a riconoscere in qualunque momento la paternità ai partecipanti ai lavori.

Si ringrazia i professori delle Università di Parigi e Venezia, *discussant* del rapporto, per le notazioni di cui si è tenuto conto nello scritto, si tratta dei professori Carmelita Camardi, Adalberto Perulli, Marc Pichard, Tatiana Sachs, Arnaud Sée, Alessandra Zanardo. Si ringrazia anche il *referee* anonimo per le osservazioni e le indicazioni.

1 Non si può qui dar conto di una sia pur minima letteratura sul tema, alcuni recenti riferimenti sono nelle pagine introduttive alle relazioni rassegnate in occasione del convegno dal titolo *Theorizing Contemporary Legal Thought*, per cui si v. BLOCHER, KRAWIEC, *Foreword: How To Think About Law and Markets, Law and Contemporary Problems*, 80, 2017, p. 1 ss., e ivi i saggi a seguire; cui *adde* BLALOCK, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory, Law and Contemporary Problems*, 77, 2014, p. 73 ss.; DESAUTELS-STEIN, *The Market as a Legal Concept, Buffalo Law Review*, 60, 2012, p. 387 ss., p. 459 ss.

2 Per una sintesi del rilievo del diritto nel pensiero neoliberale cfr. COHEN, *Governance Legalism: Hayek and Sabel on Reason and Rules, Organization and Law*, in *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 357 ss.

3 LEVI-FAUR, *Regulatory capitalism and the reassertion of public interest, Policy and Society*, 27, 2009, p. 181 ss.; VOGEL, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca-London, 1996, *passim*.

4 Sull'incidenza del tema sulla teoria generale v. BLALOCK, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit.

Quel che resta centrale e forse realmente caratterizzante è che alcuni argomenti del diritto dei borghesi, su cui si è fondato il diritto privato degli stati a partire dal codice dei francesi, molto frequentati dall'analisi giuridica ed economica⁵, come *il soggetto* (e la sua *autonomia*), *la società*, *il diritto*, sono stati orientati e, in definitiva, identificati con il mercato o le sue strutture, o, a voler ridurre questo rapporto, si è almeno stimato di sottoporli al controllo e alla gestione del mercato medesimo.

Tutto ciò è avvenuto apertamente e dichiaratamente fino alla crisi finanziaria del 2007-2008, e, in Europa fino al 2011; in via inerziale e tralattivamente da quel momento in avanti. Poiché, se è vero che il decennio è stato segnato da una inedita operazione di regolazione e potenziamento delle autorità di vigilanza, che ha riportato, di fatto, o, almeno, nelle intenzioni, l'asse della produzione normativa dal privato al pubblico, quest'ultimo nel suo operare si trova sempre e comunque davanti profili e motivazioni spiccatamente privatistici e mercantili quali sono la stabilità economica e finanziaria, entrambe finalizzate al mercato comune globale⁶ od europeo che sia⁷.

In questo processo, al di là della difficoltà di identificare segni definiti di queste tendenze, quel che rimane evidente è la esclusione dai processi di valutazione e di analisi dei rapporti tra sistemi⁸, così come, l'aumento esponenziale del livello di tecnicità di alcuni sottosistemi che pur settoriali per definizione, hanno ricaduta sistemica⁹.

Ciò implica due conseguenze di rilievo, una, forse più conosciuta, che riguarda la cessione del dominio della rappresentatività nel controllo della produzione normativa¹⁰, l'altro, ancora più difficile da spiegare, che constata la cessione del domino del controllo tecnico del giurista a chi giurista, o solo giurista, non è più.

⁵ In questo senso le classiche pagine di COASE, *Impresa, mercato e diritto* (trad. it.), Bologna, 2006, *passim*; e la riconsiderazione critica di uno dei maggiori esponenti dell'analisi economica del diritto POSNER, *La crisi della democrazia capitalistica* (trad. it), Milano, 2014, *passim*.

⁶ In tal senso v. OECD, *Regulation is a Key Tool for Achieving the Social, Economic and Environmental Policy Objectives of Governments*, in OECD, 2014.

⁷ Sugli effetti della regolazione successiva alla crisi, in luogo di molti, BLACK, *Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis*, in *The Modern Law Review*, 75, 2012, pp. 1037-1063; sul rapporto tra *law* e *regulation*, BANAKAR, *Normativity in Legal Sociology. Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, *passim*, spec. p. 265 ss.

⁸ DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, a cura di Ripoli Farina, Sciarrone Alibrandi e Tonelli, Torino, 2017, XV ss., *passim*.

⁹ Rispetto ai quali si presentano problemi di identificazione del sistema, o, se si vuole, delle fonti, e di metodologia del loro studio, in arg. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2018, *passim*, p. 168 ss., p. 171 ss., testo e nt. 14.

¹⁰ BLALOCK, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 87 ss.

2 L'affermazione di uno «stile giuridico neo-liberale»

Benché il fenomeno neo-liberista sia di difficile riduzione, per alcune letture esso ha una sua forma nell'area del diritto, sì da poter suggerire l'idea di uno «*stile giuridico neoliberale*» il quale si sarebbe proposto e affermato negli ultimi decenni nella produzione, nell'applicazione e nell'elaborazione teorica del diritto e delle norme.

Le caratteristiche che lo identificano, distinguono lo stile neoliberale sia dal liberismo keynesiano-fordista, sia, a maggior ragione, dal liberismo per così dire classico. I rapporti tra diritto e mercato sarebbero, quindi, rapporti neo-liberali, denotati da un livello di elaborazione ideologica, se si vuole, più trattenuta o, comunque, non tali da identificarne i presupposti e lo sviluppo in maniera, per così dire, forte¹¹.

L'identificazione dello *stile giuridico neo-liberale* – così, in ipotesi, come di ogni altra teoria che contribuisca a spiegare la produzione giuridica più recente come espressione di un pensiero, se non di una ideologia, accostabile per coerenza di senso e principi – consente di comprendere con maggiore immediatezza le modalità e il significato della produzione normativa degli ultimi decenni. Infatti, uno dei passaggi più rilevanti della produzione del pensiero (giuridico) che si auto-definisce post-ideologico è l'assenza di una ideologia auto-definita – seme, questo, che, in verità, si offre al pensiero da quando, all'esito di alcuni processi storici, si è pensato di presentare un diritto a-valutativo e a-ideologico¹².

Il pensiero neo-liberale ha lasciato allignare l'idea che il mercato non necessitasse del diritto per la sua regolazione, ma che fosse capace di autoregolarsi¹³.

La puntualizzazione vale a riflettere l'idea che non sia stata tanto la dottrina liberale a smentire i rapporti tra diritto e mercato, di cui non si trovano nelle ultime decadi formulazioni, per così dire, forti¹⁴, quanto uno «*stile giuridico neo-liberale*» che al più si richiama alle dottrine liberali, non possedendone però né i caratteri, né l'orizzonte

11 La proposta esegetica si deve a DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit., p. XV s., testo e nt. 1, ove riferimenti anche al neoliberalismo il quale, presentato come “*New Liberal Speak*”, è stato considerato come la nuova vulgata del pianeta, in arg. BOUDIEU, WACQUANT, *New Liberal Speak. Notes on the New Planetary Vulgate, Radical Philosophy*, January/February, 2001, 105.

12 In arg. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, p. 419 ss., p. 438 ss.; BLALOCK, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 91 s.; per un'associazione del tema in chiave storico-culturale cfr. CAPPELLINI, *Scienza civilistica, 'rivoluzioni' industriali, analisi economica del diritto: verso una neopandettistica 'involontaria'?*, in *Quaderni fiorentini*, 15, 1986, p. 523 ss., *passim*, p. 529 s.

13 BLALOCK, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 83 ss.

14 E infatti v. COHEN, *Governance Legalism*, cit., *passim*.

culturale, ma con le cui istituzioni, semmai, tende a identificarsi in un processo di mimesi molto più ampio¹⁵.

Sebbene non (auto-)dichiarati, i caratteri dello *stile* possono essere individuati nella «intensificazione delle produzioni di regole», esito paradossale della ideologia della deregolamentazione; nella «frammentazione dell'ordinamento»¹⁶ – ammesso che il fenomeno non sia in atto già da tempi più risalenti¹⁷ –; nella difficile valutazione della coerenza dei contenuti rispetto agli intenti dichiarati¹⁸; nella progressiva erosione della differenza tra diritto pubblico e diritto privato; nella decadenza della *rule of law* e nel moltiplicarsi della presenza che l'invadenza di autorità amministrative ha prodotto. Lo stile giuridico neo-liberale realizza quindi la decostruzione dell'apparato tecnico del diritto dei borghesi – incentrato sugli istituti del soggetto, della proprietà, contratto – attraverso l'esperazione di ogni singolo elemento¹⁹.

Se si considera, quindi, la costante organicità del rapporto tra diritto e mercato²⁰, nonostante non sia sempre emersa con chiarezza come costante del pensiero liberale, il problema, come è stato ricordato, di uno *stile giuridico neo-liberale* è che all'individuazione dei suoi caratteri esso si presenta, piuttosto, in maniera tale da distinguersi dal liberale che costituisce una parte rilevante delle costruzioni normative del diritto degli stati moderni che nella formulazione dell'idea di sistema e dell'apparato tecnico del diritto della classe borghese si era servito per consentirne l'affermazione e la prosperità.

Considerato quindi il processo mimetico adottato dallo *stile giuridico neo-liberale* rispetto al processo diffuso di regolamentazione e al positivismo statutale, fissare alcuni punti fermi pare utile al riconoscimento delle formule di normazione del rapporto tra diritto e mercato e delle modalità con cui esse ricorrono.

15 BLALOCK, *Neoliberalism and the Crisis of Legal Theory*, cit., p. 85 s.

16 DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit, XVII.

17 Si pensi già solo alla percezione della crisi dello stato in un'opera come quella di ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, pubblicato per la prima volta nel 1918 e recentemente riproposto a cento anni dalla prima pubblicazione (Macerata, 2018), del resto adottata e molto apprezzata in Francia.

18 Sia da un punto di vista tecnico, sia con gli scopi dichiarati di aumentare la protezione dei soggetti deboli (finendo per aumentare le disuguaglianze) che con quella di decentrare il potere (con la genesi di poteri sempre più forti in capo ad autorità di settore e l'evoluzione di imprese *too big to fail*); in arg., con diversi esiti, LEVITIN, *Safe Banking: Finance and Democracy*, *The University of Chicago Law Review*, 83, 2016, p. 357 ss.

19 In arg. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit, *passim*.

20 In arg. v. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 2003, *passim*; ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 264 ss.

3 Alcuni punti fermi per provare a comprendere la relazione tra diritto e mercato

Ricorre quindi la necessità di rappresentare il tema, al compito possono assolvere in senso comunicativo alcuni modelli di lettura del giuridico e di analisi del reale secondo schemi di semplificazione a natura tipologica. Il ricorso a essi e al profilo *essenzialista* non appartiene, pertanto, a scelte di fondo circa la natura della giuridicità e alla sua rappresentazione ontologica, ma conserva un valore espressivo.

Per avere una riflessione feconda è indispensabile innanzitutto assegnare un significato univoco alle parole. Circa il mercato, secondo la teoria economica classica: a) esistono tre mercati: 1) beni e servizi; 2) capitali; e 3) lavoro; inoltre, b) il mercato è il luogo reale o virtuale in cui si incontrano domanda e offerta; e, più precisamente, c) il mercato è un istituto, una tecnica di coordinamento degli agenti attraverso l'uso della categoria del prezzo; d) il mercato non è una tecnica assiologicamente neutra, ma un luogo di attribuzione dei valori²¹.

Dall'altro lato, per quando riguarda l'assunzione di un punto fermo nella definizione di diritto, ci si sposta su un piano ontologico, all'interno del quale ci si interroga, da molti secoli, su cosa il diritto sia. Al tema non si può dare certo qui risposta, per cui, con un minimo di arbitrarietà, che è necessario avere per portare avanti la ricerca, è utile adottare un approccio pragmatico che permetta di proporre uno sviluppo fecondo nell'interazione tra diritto e mercato²².

Tuttavia, per precauzione metodologica, si sottolinea il fatto che la nozione di normatività giuridica alla quale per il momento si ricorre in maniera stipulativa, è volontariamente dissociata dalla normatività economica. Quest'ultima impone due precisazioni: la prima è che la distinzione tra normatività giuridica e normatività economica si basa su una visione *essenzialista* della normatività giuridica²³, la quale, a

21 Sulla definizione di mercato, in luogo di molti, DESAUTELS-STEIN, *The Market as a Legal Concept*, cit.; IRTL, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 185 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, ivi, 1999, p. 1 ss.; in senso critico sulla necessità di una definizione, KAPLOW, *Why (Ever) Define Markets?*, in *Harvard Law Review*, 124, 2010, p. 437 ss.

22 In letteratura si evidenzia il fatto che i concetti giuridici «una volta introdotti si arricchiscono di implicazioni e di significato alla luce della prassi inferenziale in cui sono coinvolti», cfr. TUZET, *Sei tesi pragmatiste sul diritto*, in *Riv. di filosofia del diritto*, II, 2013, pp. 147-148; e v. già ROSS, *On Law and Justice* [1958], *Diritto e giustizia* (trad. it.), Torino, 1965, pp. 137-148, per il quale i fattori pragmatici dell'interpretazione «consistono in considerazioni fondate su una valutazione della ragionevolezza pratica del risultato, giudicato in relazione a certe fondamentali valutazioni presupposte».

23 Si è scelto questo approccio per rispettare il comune accordo in cui lo spirito di questo scritto si inserisce, avvertendo il lettore che la visione *essenzialista* della normatività giuridica è solo una modalità di lettura dei profili in cui la normatività può considerarsi, e che qui viene proposta in senso rappresentativo; sul tema GOMETZ, *Le concezioni teleologiche del diritto nella lettura teorico-giuridica. Verso una classifica-*

sua volta, rinvia a un'essenza presupposta. In questa prospettiva, la normatività giuridica consisterebbe in una produzione continuativa di senso operata dall'universo giuridico alla ricerca della concretizzazione dei fini che esso stesso si attribuisce. Così, per essere giuridica, la normatività deve veicolare alcuni valori e rappresentazioni peculiari; queste ultime non corrispondono necessariamente ai valori e alle rappresentazioni veicolati dalle altre forme di normatività come, in specie, da quella mercantile²⁴. La seconda precisazione riguarda il fatto che questo postulato metodologico, se è vero che è pratico, è contestabile²⁵ da quanti considerano la normatività giuridica come essere il prodotto di differenti razionalità, cioè a dire sociali, economiche – e così via.

Questa ricostruzione stipulativa permette di attribuire un significato (strumentale alla presente ricerca) al rapporto tra diritto e mercato, che rinvia per la soluzione al conflitto pre-esistente tra diritto e mercato.

4 Tipologia di interazioni: identificazione dei modi di incontro tra diritto e mercato

Si può quindi proporre una riqualificazione dell'endiadi diritto-mercato non come opposizione, ma piuttosto come confronto tra i due termini²⁶. È possibile declinare il mercato alla luce di tre differenti prospettive: 1) secondo il punto di vista degli attori, vale a dire lo stato, da un lato, e gli attori economici, dall'altro; 2) secondo gli obiettivi, cioè a seconda che si prenda a riferimento l'interesse generale ovvero gli interessi privati; 3) secondo gli strumenti, ossia normatività giuridica, da un lato, ed economica, dall'altro.

Il passaggio successivo è quindi chiedersi come queste prospettive, o meglio, declinazioni si realizzino e, soprattutto, come si sovrappongano. È utile, a tal fine, il ricorso a una *tipologia di interazioni*, seguendo uno schema di derivazione sociologica²⁷, secondo cui la co-

zione, in *Soc. dir.*, 2011, p. 7 ss., *passim*, p. 21, nt. 38, 33; sulla concezione essenzialista, MOORE, *Law as a Functional Kind*, in *Natural Law Theory*, a cura di George, Oxford, 1992, p. 206 ss., p. 211 ss.

²⁴ Temi come quello dell'esistenza di "leggi giuste", o del rapporto tra diritto e morale, non possono qui certamente anche solo essere accennati, in luogo di molti, di recente, VIOLA, *Diritto e morale: una rilettura aggiornata*, in *Legalità ed etica pubblica*, a cura di Rovello e Viva, Assisi, 2015, p. 77 ss.

²⁵ Ma risulta determinante ai fini dello sviluppo del ragionamento.

²⁶ Utili in questo senso le considerazioni di CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*², Paris, 2016, *passim*.

²⁷ Preso in prestito da DURKEIM, *Le regole del metodo sociologico* (trad. it.), 1895, Torino, 2008.

struzione di tipi permette «di semplificare il lavoro scientifico sostituendo alla molteplicità indefinita degli individui un numero ristretto di tipi (...) scrupolosamente scelti»²⁸; insomma si tratta di partire dalla moltitudine per costruire, attraverso un processo conoscitivo di semplificazione, le principali direttrici di interazione tra diritto e mercato. Questa metodologia porta a formulare molteplici *tipologie di integrazione normativa* tra i due termini dell'endiadi.

Il primo tipo si plasma sulla base di una intuizione comune, vale a dire sulla esistenza di una contrapposizione irriducibile tra diritto e mercato, che si materializza nel conflitto della scelta dei valori da realizzare. Vi sarebbe una opposizione tra i valori che il diritto traduce e quelli che trovano espressione nel mercato. Il secondo tipo che si propone, invece, si basa su casi di concretizzazione della normatività giuridica mediante la razionalità economica, di modo che la prima (la normatività giuridica) attinga dalla razionalità economica. Infine, si è evidenziata una interazione che si è addirittura proiettata finanche alla concezione stessa della norma giuridica sotto l'influenza di una razionalità economica: in questo ambito l'interazione si gioca nel momento stesso della nascita della norma giuridica, la quale realizza spesso una razionalità economica.

Utilizzando una metodica per tipi, nota come la «tipologia delle tipologie»²⁹, che distingue quattro usi scientifici dei tipi³⁰, l'ambito in esame può essere ricondotto alla terza delle tipologie identificata dalla sistematica: vale a dire che i tipi proposti di interazione tra diritto e mercato si posano su una "rappresentazione di modello ideale" che permette di "schematizzare la realtà" al fine di "esporre una dimostrazione". Come sottolineato precedentemente, questa dimostrazione consisterà nel rimettere in causa la concezione *essenzialista* di normatività giuridica.

4.1 Primo tipo di interazione: il confronto

Questo primo tipo di interazione si basa sulla tensione tra diritto e mercato; vi è, in sostanza, una divergenza di interessi per cui l'interesse generale che detta l'azione dello Stato non corrisponde agli in-

28 Trad. degli Autori.

29 In arg. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (trad. it.), Milano, 1970, *passim*; e già WEBER, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* (1904), in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali* (trad. it.), Torino, 1977, pp. 53-142; più di recente a proposito della funzione del tipo nel diritto, PASSERINI GLAZEL, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, 2005.

30 Per un suo apprezzamento in Francia, CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*², Paris, 2016, *passim*.

teressi privati che, invece, muovono l'azione degli attori economici all'interno del mercato.

Questa situazione di non conformità degli interessi non si tradurrebbe mai in reali tentativi di conciliazione. Anzi, questa indifferenza degli attori, congiunta a una divergenza degli interessi, genera l'opposizione della normatività giuridica e di quella economica. Questa opposizione di normatività sarebbe capace unicamente di tradursi in una relazione conflittuale e concorrenziale che riflette così l'esistenza parallela delle due realtà fenomenologiche.

Troviamo un paradigma di questo tipo di confronto in materia di diritto alla non discriminazione, in cui il divieto di comportamenti discriminatori sul luogo di lavoro può essere percepito come contrario a certi interessi economici sostenuti dagli attori del mercato. Poco importa che il comportamento discriminatorio rappresenti un vantaggio economico per le imprese: il diritto comunque le vieta, restringendo in tal modo il comportamento degli attori economici e imponendosi a essi. Dunque, la normatività giuridica si oppone alla normatività economica.

Un esempio ulteriore di questo confronto si riscontra laddove viene valutato l'impatto delle regole di diritto del lavoro sul mercato interno dell'Unione Europea attraverso la nozione di limitazione alla libertà di prestazione di servizi. Le norme di diritto del lavoro del paese ospitante, in materia di distacco dei lavoratori, sono considerate quali costi supplementari suscettibili di pesare sul datore di lavoro e, dunque, di disincentivare a fornire una prestazione di servizi in uno stato membro diverso da quello in cui l'impresa opera. La *ratio* che soggiace al controllo della limitazione è un calcolo di efficienza matematico che si applica indifferentemente a tutte le regole giuridiche. La normatività giuridica e la normatività economica si affrontano, allora, a detrimento della normatività giuridica.

Nel diritto amministrativo francese, questa tensione si è riscontrata per la prima volta con la giurisprudenza "*Ville de Pamiers*" del 1989 nella quale l'interesse generale sembra avere una esistenza parallela e autonoma e poco attenta al mercato concorrenziale. Il giudice amministrativo (*Tribunal de conflits*) aveva in quell'occasione dichiarato che "l'organizzazione del servizio pubblico di distribuzione dell'acqua alla quale provvede un consiglio municipale non è costitutivo di una [...] attività [di produzione, di distribuzione e di servizi]; che l'atto giuridico di devoluzione dell'esecuzione di questo servizio non è di per sé stesso suscettibile di impedire, di restringere o di falsare il gioco della concorrenza sul mercato". L'organizzazione del servizio pubblico e l'espletamento di una missione di interesse generale è stata allora considerata come priva di effetti sul funzionamento concorrenziale del mercato e traspariva, da questa giurisprudenza, la concezione di due dimensioni parallele, quella dell'interesse generale e

quella del mercato, senza che vi fosse reciproca influenza tra esse³¹.

Questo confronto è peraltro visibile ancora nella polarizzazione degli interessi tra datore e lavoratore, rappresentando i termini di una tradizionale dicotomia, che ancora emerge chiaramente nel Diritto del lavoro e nelle riforme che lo hanno riguardato, perlomeno nel contesto dell'ordinamento italiano.

La legge n. 183/2014 (nota come *Jobs Act*), attuata in seguito da una serie di decreti legislativi, ha previsto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato conclusi dopo la sua entrata in vigore si basino su un aumento progressivo delle tutele accordate ai lavoratori in base alla loro anzianità: in ipotesi di licenziamento illegittimo, infatti, salve talune e limitate ipotesi³², non è prevista la reintegrazione del lavoratore, ma una indennità parametrata sull'anzianità di servizio³³ rendendo per il datore meno onerosi e più certi i costi dei licenziamenti. Allo stesso tempo non sono state soppresse forme contrattuali atipiche e flessibili di lavoro che ben si prestano ad adattarsi alle necessità organizzative e produttive delle imprese, con particolare riferimento alle disposizioni del contratto di lavoro intermittente. La riforma c.d. *Jobs Act*, che ha portato a termine un cambio di paradigma iniziato già qualche anno prima dalla l. n. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero che ha iniziato a smantellare l'impianto dell'art. 18 della l. n. 300/1970), ha privilegiato l'interesse dell'impresa e il suo bisogno di certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali. Ma ha soprattutto messo in discussione il tradizionale archetipo del diritto del lavoro, cioè a dire quella stabilità del posto di lavoro sul quale la disciplina – e il contesto sociale e produttivo – si era sviluppata nel corso del XX secolo e che fino ad allora sembrava reggere anche e nonostante le aperture liberali che si erano fatte strada. Di talché, alla luce di un simile e deciso cambio di rotta, è parso che il legislatore italiano oscilli tra i due apparentemente inconciliabili interessi in maniera alternativa, preoccupandosi esclusivamente della tutela dei lavoratori (e del loro posto di lavoro), ovvero esclusivamente della flessibilità necessaria all'azienda, dimostrando una tendenziale incapacità di perseguire questi due obiettivi, invece, in maniera sinergica e congiunta.

31 In arg. LEVI-FAUR, *Regulatory capitalism and the reassertion of public interest*, cit.

32 Nello specifico, è prevista la reintegrazione in ipotesi di licenziamento nullo, discriminatorio, intimato in forma orale, per insussistenza del fatto materiale ovvero laddove difetti la giustificazione nel caso di disabilità fisica o psichica del lavoratore.

33 Per altro, l'utilizzo dell'anzianità di servizio come unico parametro per stabilire l'ammontare dell'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato è stato dichiarato incostituzionale nella sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale (v. *infra*), sul punto v. PERULLI, *Una questione di "valore": il Jobs Act alla riprova di costituzionalità*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2017, p. 1059 ss.

4.2 Secondo tipo di interazione: la concretizzazione

In un secondo tipo di interazione, che possiamo declinare nel concetto di concretizzazione, diritto e mercato rinunciano all'opposizione per interagire: in questo modo la normatività giuridica trova concretizzazione per mezzo della razionalità economica. La tensione tra i due termini cede, quindi, il passo alla considerazione dell'autorità normativa della razionalità economica: è proprio attraverso questa autorità che gli imperativi che regolano l'attività degli attori del mercato possono intervenire in una specifica prospettiva e funzione, vale a dire quella della regolazione.

Si tratta di pensare la realizzazione delle regole del diritto e, più specificamente, di rendere questo procedimento più efficace, segnatamente pensando l'adattamento e l'evoluzione dei meccanismi di concretizzazione del diritto come vantaggio compatibile con la realtà degli attori del mercato.

Gli imperativi del mercato diventano, quindi, dei fattori di realizzazione del diritto. Sono presi in considerazione dei meccanismi di *soft law* - come le certificazioni - nelle rappresentazioni degli attori statali. La razionalità economica è ugualmente presa in considerazione nell'ambito giurisprudenziale, laddove l'autorità giudicante, attraverso le sentenze, la rende concreta. Dunque la normatività giuridica si munisce di una razionalità economica per la sua realizzazione.

Di questa tipologia i formanti giuridici francesi offrono alcuni esempi che risultano particolarmente chiarificatori del problema.

In materia di discriminazione, questo tipo di interazione tra diritto e mercato può essere rapportato allo sviluppo da parte delle imprese di strumenti di *soft law* come il certificato "Diversité" disciplinato dall'*Agence française de normalisation*. Il rispetto del diritto alla non-discriminazione acquisisce una valenza promozionale sul piano del *marketing*. Si conciliano così gli interessi alla lotta alla discriminazione con gli interessi degli attori del mercato, il che rende più efficace l'applicazione del diritto e in questa prospettiva si iscrive anche la considerazione dell'efficacia dei meccanismi di regolazioni delle liti per i casi di discriminazione. Basti pensare che lo sviluppo della mediazione istituzionale, e di dispositivi in luogo del tradizionale ricorso giudiziale, permette di giungere a una soluzione meno costosa per le imprese, ma che allo stesso tempo assicura l'effettività dell'interdizione della discriminazione. Talché la concretizzazione della regola di diritto è combinata con l'interesse alla riduzione dei costi per l'impresa.

Sotto un altro profilo, è noto che i mercati pubblici siano uno strumento per attuare forme di dirigismo economico. In Francia questo è chiaro da molto tempo, tanto che alcuni mercati si sono sviluppati in seguito ad alcune pronunce giurisprudenziali giustificate attra-

verso argomenti basati su ragioni di interesse pubblico economico³⁴; le stesse pronunce, che hanno ad oggetto l'applicazione dell'istituto della risoluzione per motivo di interesse generale, ci dimostrano come la razionalità economica è stata alla base della concretizzazione di una norma giuridica.

4.3 Terzo tipo di interazione: la concezione

Un ultimo tipo di interazione tra diritto e mercato, che può considerarsi un prolungamento concettuale del precedente, concerne la fase ancora precedente alla implementazione delle regole di diritto, ma interviene, a monte, nella fase in cui lo Stato, così come le Istituzioni europee, applica la razionalità economica e gli imperativi che provengono dagli attori del mercato al concepimento delle regole medesime.

Insomma, i poteri pubblici, che si tratti del legislatore o degli organi giurisdizionali, tengono in debito conto la *ratio* economica al fine di ideare la regola di diritto più idonea a realizzarla. Prendere in considerazione la natura dei soggetti di diritto ai quali questa regola verrà applicata, in questo caso gli attori del mercato, così come la specificità del contesto in seno al quale gli attori e i loro interessi operano, giustifica, o per lo meno implica, una forma di conciliazione degli stadi della concezione della normatività: il giuridico e l'economico sono quindi interconnessi sin dall'inizio del processo normativo, rivelando un'unione di normatività giuridica ed economica.

Per esempio, si assiste a un incremento del numero degli enti pubblici coinvolti nella produzione regolamentare e alla moltiplicazione delle regole dal contenuto tecnico che veicolano una *ratio* economica. Da un punto di vista giuridico, un cambiamento di paradigma si verifica come conseguenza della modalità operativa, si è detto, di uno sti-

34 È noto il caso delle *Distillerie de Magnac Laval* del 1959. Prima del 1953 il valore economico dell'alcol si basava su due strumenti: il contingentamento e il contratto. Lo Stato acquistava una quota di alcol industriale fissato dalla legge essendo ogni distilleria tenuta a consegnare la quantità di alcol che gli era stata assegnata e lo Stato lo acquistava a un prezzo garantito. Successivamente questo sistema è stato integrato da un sistema di contratti. L'art. 368 del *Code Général des Impôts* autorizzava il direttore del servizio di alcolici a concludere con le distillerie dei contratti con i quali lo Stato si impegnava in un periodo di dieci o quindi anni ad acquistare la quantità di alcol che nei limiti fissati dal contratto sarebbe stata allo Stato offerta dalle distillerie in aggiunta alla quota legale. La funzione di questi contratti era principalmente quella di incitare la distilleria a sviluppare la propria produzione poiché il sistema permetteva che ogni anno le quote si trovassero aumentate rispetto alle consegne contrattuali dell'anno precedente. L'effetto di questo sistema portava all'aumento delle quantità di alcol consegnate. Il Commissario del Governo si rese conto che di questo passo, attraverso il gioco dei contratti, la produzione si sarebbe sviluppata all'infinito e la campagna francese sarebbe diventata un'enorme distesa di barbabietole perché non si sarebbe coltivato niente che non si sarebbe potuto distillare.

le neo-liberale e della pervasività con cui esso si impone. L'universo sociale non è considerato che in rapporto alla produzione di valore. Si verifica così un sovvertimento che opera nel senso di questioni e valori che sono oggettivati per essere ridotti a un'unica dimensione.

La normatività economica e quella giuridica non sono in conflitto, ma al contrario quella economica strumentalizza quella giuridica per la realizzazione delle sue finalità. Il ruolo del diritto subisce una configurazione in guisa che le istituzioni siano riconfigurate per (in-)seguire le necessità del mercato.

Un caso emblematico di questa configurazione della norma è quello della legislazione bancaria e finanziaria nella quale il processo regolamentare si concentra su forme disciplinari a forte impatto tecnico. Per esempio, troviamo una nuova espressione formale di normatività giuridica nel reg. 575/2013/UE che concerne i requisiti prudenziali degli istituti di credito e di investimento. Si possono in effetti rinvenire delle disposizioni formulate abbandonando le modalità tradizionali della redazione giuridica, in particolare in quegli articoli che contengono formule matematiche, a indirizzo economico, molto sofisticate che generalmente sono estranee al linguaggio della normativa principale e sono state, in passato, relegate alla normativa tecnica non di rango primario. Inoltre, e sempre sul piano paradigmatico, l'art. 28 del reg. 575/2013/UE mette in evidenza un altro aspetto di questo approccio della formulazione normativa che utilizza una descrizione elastica delle fattispecie, che si basa sulla necessità di adattare la normativa europea non solo alla disciplina nazionale dei singoli stati, ma, al contempo, alla produzione contrattuale dell'autonomia privata che, va da sé, utilizza formule che in maniera non tipizzabile esprimono, attraverso la libertà di forma contrattuale, il rilievo degli interessi.

In ultima analisi, la regolamentazione è agganciata ai bisogni del mercato. L'azione politica e giuridica non può che consistere nel produrre delle norme che permettano di garantire l'efficienza degli scambi. Il perseguimento di questa finalità permette di comprendere l'utilizzo di un linguaggio matematico ed economico nel regolamento citato. Di fronte a questo stato di cose, due fenomeni possono essere osservati, il primo, forse il più conosciuto, concerne la rinuncia, o un'alterazione del classico principio democratico nella produzione normativa, che suggerisce l'idea di una crisi del principio medesimo. Il secondo consiste in un trasferimento di potere normativo agli esperti, tecnici o economisti, che hanno imposto un linguaggio che essi solo possono comprendere. Queste considerazioni rivelano problemi ulteriori ad esse collegate: i valori che le norme devono proteggere, il carattere democratico del processo normativo, il controllo pubblico della norma, il controllo e l'interpretazione della stessa. Quindi, è sul ruolo del giurista su cui ci si interroga: ci si chiede se sia un tecnico che lavora da solo formandosi su nuovi strumenti, ovvero se non sia il punto di raccordo di diverse sinergie e tecniche.

In materia di diritto alla non discriminazione questa configurazione può essere allineata alla recente creazione di azioni collettive nell'ordinamento francese. Per fare in modo che la disciplina permettesse alle vittime di atti discriminatori di rivendicare il loro diritto in modo efficace, il legislatore ha preso le mosse da valutazioni legate alla preservazione dell'impiego, alla delicata situazione economica delle imprese, alla considerazione di interessi economici che spingono per neutralizzare la disposizione inizialmente prevista. Infine, la disciplina legale delle azioni collettive è poco utile per le vittime di discriminazione, ma proprio attraverso i suoi limiti permette di preservare gli interessi economici degli attori del mercato. Per la ragione che gli interessi sono presi in considerazione fin dal momento dell'elaborazione della legge è possibile affermare che la normatività giuridica è messa al servizio della normatività economica.

Uguualmente, anche la legislazione italiana ci offre un esempio di questo tipo di interazione.

La l. n. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero), prima, e la legge 183/2014 (c.d. *Jobs Act*), poi, hanno gradualmente sostituito, in ipotesi di illegittimo licenziamento di un lavoratore, lo strumento della reintegrazione nel posto di lavoro con un sistema indennitario il cui minimo e massimo sono predefiniti dal legislatore. Il paradigma economico diviene centro propulsore della formazione stessa delle regole giuridiche che disciplinano il licenziamento, contribuendo a riformulare quell'interesse generale il cui soddisfacimento passa per «il soddisfacimento di certi interessi particolari, soprattutto quelli degli attori del mercato del lavoro, come le imprese»³⁵.

La conciliazione tra le ragioni dell'impresa e la dignità del lavoratore dovrebbe passare allora, secondo l'ormai consolidato paradigma della flexicurity, attraverso un rinnovato concetto di mercato del lavoro in cui garantire sicurezza ai lavoratori e flessibilità alle imprese. In altri termini, posta la necessaria esigenza delle imprese di poter competere in un contesto dinamico e flessibile, l'equilibrio e la conciliazione degli interessi passa per la valorizzazione della sicurezza nel mercato del lavoro, che oramai ha sostituito la stabilità del posto. L'attenzione alla costruzione di un solido sistema di politiche attive deve intendersi anche come un tentativo di rispondere a quell'imperativo economico che ha imposto una rilettura degli istituti fondanti il Diritto del lavoro e della sua teoretica classica.

35 SACHS, *L'ordre public en droit du travail*, *Revue de droit du travail*, 2017, p. 585 ss.

5 Elementi conclusivi: le normative riconciliate

Lo studio di queste tipologie rivela che la paventata stretta opposizione tra diritto e mercato lascia, invece, intravedere delle forme più complesse di interazione. Si è cercato di evocare un rapporto in cui la normatività giuridica e la ragione economica non siano più in tensione, ma in una situazione di mutua strumentalizzazione. Per cui, la normatività giuridica si appoggia sulla ragione economica per sussistere da un lato, e la normatività economica sembra trovare vantaggio e ricorrere agli strumenti giuridici come veicoli efficaci per la sua razionalità dall'altro.

Questa interazione si manifesta ugualmente a livello degli attori se si considera l'avvicinamento organico tra attori statali e attori economici privati, così come concepito dalla scuola del *Public choice*³⁶. In questa configurazione, la razionalità economica partecipa della costruzione della normatività giuridica. Questa reciproca influenza consente di rimettere in questione l'idea dell'assenza assiologica della normatività giuridica, a profitto di una riflessione che ponga maggiormente in luce la costruzione della normatività giuridica al crescere dell'influenza di diverse razionalità, quali quella economica, sociale, morale, religiosa, e così via.

Più laicamente, ci si potrebbe dunque chiedere se la normatività giuridica non sia il prodotto di interferenze policulturali.

36 Sulla teoria delle *public choice*, in luogo di molti, in arg. BUCHANAN, TULLOCK, *Il calcolo del consenso*, Bologna, 1998; BUCHANAN, *I limiti della libertà* (1975), Milano, 1998.

