

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA SUSSUNZIONE LEGISLATIVA DI REGOLE FORMATE DAI PRIVATI*

di Domenico Siclari

SOMMARIO: 1. La sussunzione da parte della legge di regole formate dai privati nell'attuale contesto di riferimento, tra crisi della legge ed esigenza di effettività della norma. - 2. Crisi dello Stato, crisi della legge e pluralismo delle fonti: alla ricerca di nuovi schemi di collegamento fra il polo statale e il polo sociale. - 3. L'ormai insoddisfacente alternativa fra autoregolazione ed eteronormazione nella disciplina dell'attività dei consociati. - 4. Il problema del collegamento, a fini di produzione normativa, fra Stato e società nell'esperienza italiana: l'autoregolazione nel sistema delle fonti e il rapporto "tradizionale" con la legge. - 5. La configurabilità di un modello regolatorio di sintesi fra eteronormazione e autoregolazione: la sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati alla luce di una nozione "aperta" del principio di sussidiarietà orizzontale. - 6. Alcuni esempi: a) la disciplina legislativa della centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento nel d.lgs. n. 507 del 1999. - 7. segue: b) la sussunzione legislativa di procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie create dai privati al fine di assoggettarle a valori fondamentali dell'ordinamento nel d.lgs. n. 253 del 2000. - 8. segue: c) la sussunzione legislativa di "metodi" ideati dai privati e l'imposizione *ex lege* di regole condivise nella legge n. 166 del 2005. - 9. I collegamenti tra istituzioni, tra ordinamenti delle istituzioni e tra Stato e società nel modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati: a) il collegamento di produzione formale delle norme. - 10. segue: b) il collegamento assiologico unificante gli ordinamenti. - 11. Un primo confronto tra sussunzione *per legem* di regole formate dai privati, consuetudine quale fonte di produzione del diritto e *rule-making* da parte delle autorità di regolazione di settore. - 12. Considerazioni conclusive.

1. La sussunzione da parte della legge di regole formate dai privati nell'attuale contesto di riferimento, tra crisi della legge ed esigenza di effettività della norma.

Lo studio delle fattispecie di sussunzione da parte della legge di regole formate dai privati non costituisce certamente, nel panorama delle fonti del diritto, una novità. La legge può creare nuove regole (permissive, proibitive, di tipo condizionale o finalistico, attributive di capacità o poteri, di incentivazione, programmatiche che individuano fini da perseguire, definitorie di concetti giuridici, metanorme che regolano la produzione di altre norme), fino a quel momento sconosciute ai privati, ovvero può recepire regole già formate e osservate dai privati.

Già da tempo la dottrina giuspubblicistica¹, considerati i noti problemi della crisi della legge quale fonte di comando generale e astratto e della sua effettività, nel passaggio della configurazione della stessa legge da garanzia e limite esterno di una attività a strumento di produzione di un sistema di relazioni, risultante dalla negoziazione dei poteri dello Stato e dei gruppi sociali, ha provato ad avviare una prima riflessione sul fenomeno, prendendo a paradigma la contrattualizzazione pubblica, nell'ambito della quale veniva descritto come "la validità di un atto si costruisce sul fondamento dell'esistenza di un incontro anteriore di volontà e l'effettività del provvedimento consegue per la cooperazione di volontà esterne rispetto alla competenza propria di esso.". In un tale meccanismo di formazione della volontà pubblica, nell'ambito di un procedimento normativo in cui si alternano fasi negoziali e fasi decisionali, si riconosceva che già l'accordo appartiene al campo del diritto, se esiste per il legislatore il vincolo di attenersi, anche se soltanto la formalizzazione in legge del previo accordo attribuisce a questo efficacia innovativa

¹* Il presente saggio è destinato agli *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*.

E. TUCCARI, *Appunti per una teoria sulla normazione negoziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 1, 76 ss.

erga omnes e non solo *inter partes*. Al riguardo la dottrina², auspicando la realizzazione di una nuova unità nel sistema di produzione, individuava il compito del Parlamento nell'esercizio delle proprie tipiche funzioni relativamente alla definizione dell'indirizzo e delle compatibilità finanziarie, alle modalità di formazione degli accordi, alla valutazione sugli esiti della contrattazione, riservando un ruolo puntuale al necessario controllo di legittimità costituzionale onde riportare sempre le fonti così create ai valori condivisi dell'ordinamento: e ciò al fine di evitare il rischio sia di un "volontarismo inefficace" della legge sia di un "corporativismo opaco degli interessi".

Anche sotto il profilo della teoria dei sistemi normativi, la dottrina ha già posto in evidenza come, nelle possibili relazioni tra sistemi giuridici³, dal punto di vista concettuale si possa verificare che un ordinamento può assumere nei confronti di un diverso ordinamento un atteggiamento di "assorbimento", procedendo all'adozione delle medesime qualificazioni normative dell'altro⁴.

Tuttavia, una rinnovata considerazione del fenomeno si impone attualmente, a nostro avviso, sia quale necessario corollario della crescente e opportuna valorizzazione nell'ordinamento del principio di sussidiarietà orizzontale sia quale opportuna reazione dei pubblici poteri al progressivo svuotamento della sovranità degli Stati a vantaggio del settore privato, in una situazione di "accentuato spostamento dei fatti di normazione dalle emittenti pubbliche a quelle (dichiaratamente o occultamente) private"⁵: potrebbe rappresentare, cioè, uno dei modi possibili per "risalire la china"⁶ della crisi dello Stato conseguente allo scollamento fra la normazione di questo e le istanze dei privati⁷, a condizione che il legislatore provveda a sussumere nei propri atti le esigenze di regolazione che gli stessi privati avrebbero comunque messo in opera nell'ordinamento del loro settore, collegando così il polo dell'autorità con il polo della libertà e sciogliendone in modo virtuoso la tradizionale tensione⁸.

Uno studio rinnovato del fenomeno della sussunzione legislativa di regole formate dai privati deve essere inquadrato nell'attuale contesto di riferimento della realtà odierna, laddove la definizione del rapporto fra autorità e libertà nel tradizionale circuito "sovranità popolare - rappresentanza democratica - legge" reclama una

² E. TUCCARI, *Appunti per una teoria sulla normazione negoziale*, cit., *passim*.

³ Ciò, come osserva N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 281, "prendendo le mosse dalla validità che un determinato ordinamento attribuisce alle regole di altri ordinamenti, con cui viene in contatto".

⁴ Come può anche verificarsi che un ordinamento possa assumere nei confronti di un altro ordinamento un atteggiamento di indifferenza, qualificando lecito ciò che nell'altro è obbligatorio, ovvero un atteggiamento di rifiuto, venendo a qualificare come vietato ciò che nell'altro ordinamento è obbligatorio: v. COSÌ R. GUASTINI, *Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi*, in AA.VV., *Analisi e diritto 2004*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2005, 117.

⁵ N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307.

⁶ Per citare una nota espressione di S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 31.

⁷ Come osserva G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, Torino, 2004, 1, con riferimento alle significative novità nei modi di produzione delle regole giuridiche in settori rilevanti, "... l'elemento comune è dato dalla parziale dissociazione dello Stato dalla titolarità esclusiva della funzione di regolazione, non più riservata alla sua solitaria volontà, perché condivisa con attori inediti, pubblici o privati ...".

⁸ Ricorda S. CASSESE, *La fabbrica dello Stato, ovvero i limiti della democrazia*, in *Quad. cost.*, 2004, 249, a proposito della tensione fra il polo dell'autorità, proprio del potere pubblico, e il polo della libertà, proprio del potere privato, che "... le tre componenti essenziali delle repubbliche sono quelle della partecipazione (con cui si realizza la democrazia), quella della libertà (a tutela della quale sono posti gli istituti di garanzia), e quella dell'autorità (propria del potere esecutivo) ..." e che "... esse debbono necessariamente coesistere, sì che il carattere di un regime non è dato dalla loro presenza, ma dal modo in cui sono stabiliti i limiti di ciascuna componente e, quindi, è determinato l'equilibrio tra di loro ...".

rinnovata sintesi fra spontaneità delle regole degli associati, autorità della legge ed effettività dell'ordinamento nel suo complesso.

La crisi ormai conclamata della capacità regolativa degli ordinamenti giuridici statali⁹, che non riescono più a governare i fenomeni di complessificazione sociale che si verificano nelle società industriali avanzate, impone infatti la ricerca di nuovi modelli di regolazione che superino l'inflazione del diritto tipica delle società differenziate e complesse e siano in grado di aumentare l'effettività normativa delle prescrizioni della legge.

In particolare, la crisi del concetto di sovranità¹⁰, che coinvolge i processi di metamorfosi della rappresentanza politica entro gli schemi tradizionali della differenziazione del potere¹¹, sta travolgendo, lentamente ma progressivamente, i principi sui quali si fonda la protezione delle libertà individuali, nella limitazione reciproca del potere statale e dei diritti dei privati: il principio di legalità e il valore della certezza del diritto fra tutti.

La rottura dei processi di decisione politica fondati sulla legittimazione della rappresentanza è ben esemplificata, da ultimo, dal fenomeno dei cosiddetti poteri neutrali o indipendenti¹². Il problema risulta amplificato con riguardo alle modalità di governo normativo dei sottosistemi sociali, il cui processo continuo di differenziazione fa sì che il legislatore venga costretto all'emanazione di un profluvio di norme, di contenuto particolare e specialistico, al fine di governarne normativamente l'evoluzione¹³. Una tale intensa attività del legislatore risulta, tuttavia, spesso vana, in quanto la rapidità evolutiva e la flessibilità di sottosistemi come quello economico e quello scientifico-tecnologico sopravanzano di gran lunga la rigidità e i tempi - pure fisiologici - dello strumento normativo generale.

Proprio in relazione ai fenomeni di pluralismo, tipica espressione dei sottosistemi sociali, si evidenzia a questo riguardo come la sovranità entri in crisi e si scinda concretamente, nell'esperienza attuale, in molteplici "luoghi" di manifestazione concreta¹⁴.

⁹ In tema v., da ultimo, la sessione di studio *Il problema delle fonti dopo la fine del monopolio statale della produzione normativa*, presieduta da Alessandro Pace, al Seminario su "Problematica delle fonti del diritto", Roma, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", 6-7 maggio 2009.

¹⁰ In tema v., *ex multis*, T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997; G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin e M. LUCIANI, Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, Relazioni al Convegno "Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti della cattedra padovana", Padova, 19-21 giugno 2003; G. SILVESTRI, *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005; C. DE FIORES, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana. A quarant'anni dal contributo di Gianni Ferrara*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005. Sul rapporto fra sovranità e sussidiarietà v., nella dottrina giuspubblicistica tedesca, D. WYDUCKEL, *Subsidiarität und Souveränität als Prinzipien globaler rechtlicher und politischer Ordnung*, in P. BLICKE – T.O. HÜGLIN – D. WYDUCKEL (Hrsg.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, 537 ss.

¹¹ Per cui v. G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

¹² F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, 13. Da ultimo, v. gli interventi di Giuseppe Morbidelli e Mario Libertini sul tema *Autorità indipendenti, mercati e regole* al Seminario su "Problematica delle fonti del diritto", Roma, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", 6-7 maggio 2009.

¹³ Con riflessi anche sulla struttura funzionale della Carta costituzionale: nota infatti M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004, 64, che è cresciuto a dismisura il lato pattizio-pluralistico della costituzione, concepita sempre più come insieme di principii da tenere in equilibrio essenzialmente attraverso l'opera della giurisprudenza.

¹⁴ Osserva A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, Dedalo, 2005, 174, che "... è un fatto che noi stiamo assistendo al formarsi di un ordinamento pluralistico di ordinamenti, a un decentramento poliarchico della sovranità classica che mette in discussione, oltre che lo stesso

In questa situazione, non si può tuttavia accettare, con quasi inevitabile rassegnazione, che, mercè l'elevato tasso di tecnicismo della materie da regolare, nel governo normativo dei sottosistemi sociali ci si arrenda ad una sorta di "legittimazione alternativa alla democrazia"¹⁵, simile a quella che si ha entro la società globale.

Se, infatti, la società globale, risultando di fatto incapace di esprimere una rappresentanza democratica, e conseguentemente incapace di legittimarsi sul piano politico, si legittima sulla base del solo consenso economico¹⁶, pur esprimendo un proprio peculiare diritto¹⁷, ciò non è ammissibile per la società statale nazionale, nella quale la produzione del diritto deve continuare a fondarsi sulle previste procedure democratiche, espressione massima e insostituibile della sovranità popolare.

Del resto, la teorica della cosiddetta "legittimazione mista" dei poteri normativi riconosciuti alle autorità amministrative indipendenti, fondata su elementi soggettivi, come la competenza tecnica e la partecipazione al procedimento¹⁸ (che comunque non viene riconosciuta a tutti i titolari *lato sensu* coinvolti nell'attività delle *authorities*¹⁹), e su elementi oggettivi, caratterizzati dalla razionalità della decisione²⁰,

concetto moderno di sovranità, la distinzione tradizionale ... tra "pubblico" e "privato": non più un solo luogo, sia pure talvolta solo formale – il Parlamento –, ma tanti luoghi dove la sovranità si riproduce e si scinde: tribunali, parlamenti – centrali e regionali –, consigli comunali, enti pubblici e organizzazioni private, grandi e piccole industrie, banche e così via."

¹⁵ L'espressione è di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 197.

¹⁶ Così F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 201.

¹⁷ Riflette sempre F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 201, che la società globale "... non conosce quei modi di produzione del diritto che sono caratteristici degli Stati nazionali, come le leggi votate dai parlamenti (o dai governi su delega dei parlamenti); può, tuttavia, conoscere quelle fonti di produzione del diritto che fondano la propria legittimità altrove che non nelle procedure democratiche e che possono prescindere dalla esistenza di una società organizzata a Stato ... è il caso della consuetudine ... ulteriore forma di produzione del diritto, alternativa a quelle che si modellano secondo le procedure democratiche di formazione delle leggi negli Stati nazionali, è il diritto giudiziario ...".

¹⁸ Sulla funzione legittimante del procedimento si può ricordare la teorizzazione di N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (1969), trad. it. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, 1995 nonché, sul procedimento come strumento di legittimazione nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, 122 ss.

¹⁹ Come rileva giustamente F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., 158-159, secondo cui "... il procedimento partecipativo dinanzi alle autorità, pur di tutti gli interessati, non consentirebbe, comunque, mai di lasciar filtrare, per poterne tenere conto nella composizione finale degli interessi da comprendere nella decisione conclusiva, le posizioni di coloro i quali, pur non essendo direttamente coinvolti dalla fattispecie oggetto di valutazione, siano, comunque, destinatari degli esiti conclusivi delle politiche di settore complessivamente affidate alla cura dell'autorità medesima. In sostanza, ci si chiede, se è vero che i titolari delle posizioni, *lato sensu* coinvolte nell'attività delle *authorities*, potrebbero ricevere soddisfazione da idonei strumenti di partecipazione ai procedimenti decisori condotti dinanzi ad esse, può dirsi lo stesso per coloro i quali – e sarebbero, di certo, a dir poco la maggioranza assoluta – pur compresi negli effetti di tali decisioni, non condividono tale privilegio? ... Ma se alcuni interessi verrebbero senz'altro ad essere rappresentati dinanzi a queste autorità, con ciò contribuendo alla legittimazione delle nuove forme di gestione delle politiche nazionali, la maggior parte dei destinatari degli effetti di tale sistema politico complessivamente inteso, perderebbe ogni possibile strumento di effettiva partecipazione ... all'organizzazione politica, economia e sociale del Paese."

²⁰ Il riferimento è alla ricostruzione di A. ROMANO TASSONE, *Situazioni soggettive delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 459 ss.; F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione presentata al convegno su *Le Autorità amministrative indipendenti*, tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato il 9 maggio 2003, consultabile in www.giustizia-amministrativa.it; Id., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, 332. In particolare, osserva F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, cit., 4, che "... le forme della legittimazione soggettiva, quella che Weber chiamava la "competenza" del decidente e che fa leva sulla qualità e sulla

con cui si giustifica l'assenza di una legittimazione democratica di tali autorità all'interno del normale circuito rappresentativo previsto dalle norme costituzionali, può valere - a ben vedere - solo per la normazione secondaria, ma non per quelle norme che aspirino a diventare principi generali di condotta degli operatori regolati o vigilati²¹.

In questo quadro, in particolare, una recente analisi dei problemi relativi al rapporto attuale fra regole e mercato²² ha evidenziato che esso soffre oggi di due fenomeni concomitanti e perniciosi: per un verso, un esasperato neo-contrattualismo, inteso quale ricorso pervasivo allo strumento del contratto²³, nell'uso del quale si può annidare il pericolo del conflitto di interessi e il più generale pericolo di frantumazione del ruolo proprio del diritto²⁴; per altro verso, una sorta di alluvione legislativa, conseguenza della continua produzione da parte dei legislatori di un numero pressochè illimitato di norme, tendenti a regolare ogni singolo aspetto della vita associata. Di guisa che l'economia non appare più regolata da un sistema di principi affidati all'eventuale, successivo controllo giudiziario, ma direttamente dalla legislazione²⁵.

Tutto ciò sembra produrre una sorta di autoreferenzialità del diritto, completamente distaccato e non partecipe della realtà che va a normare, che conduce a sistemi di regole sempre più articolati ma sempre meno utili al mantenimento di società che aspirino ad essere fondate su un *minimum* di principi certi e condivisi²⁶.

struttura dell'organo come garanzia della correttezza delle decisioni assunte, si accompagnano a forme di legittimazione oggettiva: per un verso si tratta di una legittimazione oggettiva legata al rispetto di un tipo formale-procedimentale, e dunque al procedimento come sede di formazione della decisione; per altro verso si tratta di una legittimazione oggettiva dovuta alla razionalità del contenuto della decisione, la quale ultima appare in grado di perseguire gli interessi giuridicamente meritevoli con una tecnica comprovata e comprovabile *ex post*.”

²¹ Essendo la trasformazione del *case-law* individuato dalle *Autorithies* in norma a contenuto generale un fenomeno più frequente di quel che si possa immaginare.

²² G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006. Per il primo dibattito sulle tesi sostenute dall'Autore v. D. FERTILIO, *Liberali immaginari, integralisti del mercato*, in *Corriere della Sera*, 9 febbraio 2006, e P. RESCIGNO, *La forza delle sanzioni*, in *Il Sole 24 ore*, 22 febbraio 2006.

²³ Per un esempio del neo-contrattualismo attuale nel campo del diritto societario, a sèguito della recente riforma che ha valorizzato il modello della società per azioni quale rete di contratti (*nexus of contracts*), v. G. COTTINO, *Contrattualismo e istituzionalismo. (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, 693 ss. La distinzione fra legge e contratto in relazione alla dicotomia fra pubblico e privato, che si riflette a sua volta nelle distinzioni fra stato di natura e stato civile, fra vincoli derogabili e inderogabili si trova in N. BOBBIO, *Stato, governo e società*, Torino, Einaudi, 1985, 9.

²⁴ Cfr. G. ROSSI, *Dittatura del mercato, crepuscolo del diritto*, ne *Il Corriere della sera*, 31 gennaio 2006: “... E che cosa è venuto insieme al mercato? La svalutazione totale delle regole. Il mercato svaluta la regola giuridica. Perché mai? Perché il mercato vuole appunto, essendo la mano invisibile, che la base di tutto non sia la virtù delle regole, ma sia invece la capacità contrattuale del singolo che persegue il proprio interesse. Nasce così il contrattualismo, come ideologia opposta alla regolamentazione, dove i comportamenti sono esclusivamente affidati ai singoli, alla loro volontà e alla loro libertà, in altre parole alla loro capacità di regolare i rapporti. Non c'è nessun bisogno che vi sia un legislatore o che vi sia uno Stato che decide quali siano o quali debbano essere le regole. Il contrattualismo vuole che le regole siano decise dalla libertà dei singoli, da coloro che entrano in rapporto tra di loro. Essi fisseranno da sé le loro regole. (...) Piaccia o non piaccia agli economisti, è tempo di denunciare che l'economia è la prima disciplina ad aver frantumato le regole del diritto. E – anche questo piaccia o non piaccia – il contrattualismo integralista, almeno nelle sue applicazioni più sconosciute, assomiglia molto allo “stato di natura” delle origini... (...) In questo momento, stiamo vivendo al cospetto di regole frantumate...Le regole base di tutto il sistema dell'ordinamento giuridico, ...come il diritto dei contratti nella sua simmetria, tutto il sistema, insomma, è frantumato.... (...) Per questo si potrebbe affermare oggi che forse abbiamo bisogno di un nuovo Romolo? Forse di Romolo no, ma certamente abbiamo bisogno di un nuovo diritto.”

²⁵ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, cit., 28.

²⁶ G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, cit., 35. La dottrina giuspubblicistica si è incaricata sovente di cercare forme di integrazione tra produzione statale del diritto e regole prodotte dalle formazioni sociali: di

Ciò, fra l'altro, a prescindere dalla contrapposizione fra quanti intendono il "mercato", concetto solitamente definito dalle discipline economiche²⁷ e invero di difficile definizione giuridica²⁸, come un *locus artificialis*, una unità giuridica di relazioni di scambio e uno statuto di norme²⁹, e quanti invece lo intendono come un *locus naturalis*, quale realtà preesistente a quella giuridica³⁰. La nuova lettura della Costituzione economica che viene data a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo ormai trascorso³¹, nel senso della riqualificazione dell'intervento pubblico come diretto a dettare regole al mercato onde assicurare ad esso efficienza e buon funzionamento, piuttosto che a porsi come guida autoritativa e arbitro incondizionato dello stesso³², ha portato a configurare l'intervento del legislatore comunque come esterno rispetto all'autonomo determinarsi degli scambi e delle logiche più generali del

recente, ad esempio, F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. dir.*, 2006, 3, 385 ss., part. 400-401, ritiene che l'inveramento della "socialità" del diritto debba fondarsi, per un verso, nel riconoscimento di un limite alla legge posto dall'autonomia delle formazioni sociali e delle istituzioni intermedie e, per altro verso, dalla partecipazione sociale alla formazione della legge.

²⁷ V., *ex multis*, F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, 13, che identifica il mercato in "qualsiasi ambito entro il quale si realizza l'incontro tra domanda e offerta di beni e di servizi e lo scambio di essi grazie al meccanismo del prezzo, determinato appunto da tale incontro" nonché C. GNESUTTA, *Introduzione all'economia*, Roma, Carocci, 2005, 47, secondo cui, considerato il problema dell'allocatione delle risorse scarse tra usi alternativi, il mercato consiste nell'operare di "una istituzione capace di sintetizzare, nei prezzi di mercato delle diverse merci, l'informazione che permette ai soggetti economici di decidere se e come modificare la loro offerta o la loro domanda orientando, nella misura in cui opera efficacemente, le imprese e i consumatori verso le produzioni più richieste."

²⁸ La nozione di mercato è stata indagata nel recente passato per lo più dai cultori delle discipline giusprivatistiche: cfr., ad esempio, R. FRANCESCHELLI, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 501 ss.; M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in AA.VV., *L'azienda e il mercato*, in *Trattato dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, 337 ss.; B. LIBONATI, *Diritto commerciale e mercato (L'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in *Dir. priv.*, 1997, III, 551 ss.; M.L. MILANESI, *Il mercato rilevante*, Torino, 1997; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1540 ss.; N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 1 ss.; P. SCHLESINGER, *I mercati "neri"*, *ibidem*, 1999, I, 187 ss.; N. IRTI, *Economia di mercato e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 435 ss. Di recente, tuttavia, la nozione è stata esaminata anche nell'ottica di studio del diritto pubblico: v., ad esempio, S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, n. 6, 3680 ss.; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.; F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 523 ss.; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in *Quad. cost.*, 2000, 15 ss.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002; L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di "transaction" di Commons*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 113 ss.; M. DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 795 ss. In particolare, osserva L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, cit., 15, che "il problema della definizione di nozione di mercato è stato in passato affrontato dalla dottrina commercialista che ha identificato il mercato nella sommatoria delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo alla pluralità degli operatori economici; si è giunti così ad una qualificazione in termini giuridici del mercato, ma non all'individuazione degli elementi che ne definiscono il contenuto e la funzione". Di recente Sandro Amoroso, in S. AMOROSINO - C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, 9, considera che "l'espressione "mercato" è un'astrazione concettuale...per aversi mercato occorrono due componenti: dei rapporti economici di scambio, che nel tempo si evolvono e si sofisticano, ed una disciplina giuridica che organizza e dà regole a questi rapporti: il mercato è il *luogo giuridico* degli scambi, punto d'incidenza tra rapporti economici e rapporti giuridici". Resta comunque sempre una raffigurazione fortemente evocativa del mercato quella data da L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale (1944)*, Torino, 1975, 11, descrivendo la fiera di un borgo di campagna: "Arrivano a torme i compratori perché sanno che dove c'è grande concorso è sempre più facile trovare ciò di cui si ha bisogno e trovarlo alle migliori condizioni di prezzo; e giungono numerosi i venditori, perché sanno che, dove c'è grande moltitudine di gente desiderosa di comprare, è sempre più agevole vendere la merce e venderla bene. I compratori desiderano di acquistare a buon mercato ed i venditori di vendere a caro prezzo. Spinti da motivi opposti essi si affrettano verso lo stesso luogo,

mercato³³, e inteso prevalentemente a garantire il rispetto da parte degli operatori commerciali di quelle condizioni ritenute indispensabili al funzionamento del mercato stesso³⁴. Ciò considerando, più in generale, che la nostra Costituzione non esprime una scelta politica ben precisa in merito al livello economico, in quanto la scelta di un modello economico rigidamente determinato all'interno di una costituzione democratico-pluralista si porrebbe in contrasto proprio con la pluralità di valori ed interessi che caratterizza tale tipo di costituzione e che ne costituisce, insieme a quello democratico, il principio di struttura³⁵. Infatti, data la distinzione rintracciabile nelle costituzioni pluraliste, fra settore non controverso, perché regolato da un codice di valori condiviso e immodificabile, e settore controverso, perché lasciato al libero confronto degli interessi presenti nella società, disciplinato solo da regole formali di

verso la fiera, il mercato”.

²⁹ Secondo la nota tesi di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, riassunta dallo stesso Autore in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, XIV, secondo cui “il mercato non è *in rerum oeconomicarum natura*, qualcosa di esterno e oggettivo, sicché al diritto non rimanga che il compito di riconoscerlo e adeguargli. Esso è il proprio e determinato contenuto di norme, le quali, di volta in volta, lo prevedono e disciplinano con riguardo a un certo bene o a una categoria di beni. Il mercato si definisce come *unità giuridica di relazioni di scambio*. Gli accordi di scambio in tanto si riconoscono l'uno con l'altro (ad esempio, come contratti di compravendita), in quanto si ritrovano tutti nella *forma unificante* del diritto. Le norme apprestano modelli, più o meno rigidi e flessibili, in cui si calano gli occasionali interessi delle parti. Ogni mercato è uno *statuto di norme*; alla pluralità dei mercati corrisponde una pluralità di statuti normativi”.

³⁰ E' questa, ad esempio, la tesi di Mario Draghi il quale, commentando l'opera di Irti sull'ordine giuridico del mercato, ritiene (AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 83) che “il mercato vive anche senza legge, come regola del singolo scambio, che è riproponibile in una serie indefinita di scambi e quindi come ordine spontaneo, che trova fondamento nelle convenienze soggettive umane e legittimazione nel principio di effettività, a prescindere da qualsivoglia riconoscimento del legislatore, così come nella felice immagine einaudiana della fiera di paese e nel pensiero precorritore di Locke, ove netto appare il rifiuto di un mercato che nasca ordinato da una realtà superiore anziché dalla naturale relazione degli atomistici interessi individuali”. Più in generale, sulla natura e il fondamento del fenomeno giuridico, osserva C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, Napoli, 1992, 93, che “... se si parte dalla realtà fenomenica rappresentata dalle istituzioni sociali che si costituiscono in vista delle esigenze fondamentali di aggregazione dei componenti dei vari corpi o gruppi sociali, il problema della giuridicità, quali che possano essere le varie e molteplici finalità perseguite dalle istituzioni, si trova dinanzi alla seguente alternativa. O il criterio della giuridicità (e quindi del diritto) viene semplicemente ridotto al fatto stesso dell'esserci delle varie istituzioni o dei vari corpi sociali, quali che essi siano in concreto, o al loro organizzarsi stabilmente (e quindi alla organizzazione della forza cui essi ricorrono), oppure esso viene individuato in considerazione di caratteri costanti, tipici, che si presentano in determinate istituzioni e quindi del modo peculiare di essere di queste.”.

³¹ Sulla quale v. in generale, almeno, G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995; G. DELLA CANANEA - G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998 e S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, nonché G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, 4, il quale nota, riassuntivamente, che “le attuali scelte sono opposte a quelle che venivano teorizzate ed in parte praticate in passato, con una sistematica, continua e coerente preferenza per il libero mercato di concorrenza (comprese le regole giuridiche che lo assecondano) contro il governo pubblico dell'economia”. Con riferimento al pensiero giuspubblicistico tedesco e, in particolare, al modello ordoliberal della cosiddetta Scuola di Friburgo v. R. MICCÙ, *Economia e Costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quad. del pluralismo*, 1996, 243 ss. Da ultimo, con riguardo particolare al profilo sovranazionale, v. G. DI PLINIO, *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, 2005.

³² Come ricorda Leopoldo Elia in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit. 23, citando il saggio di Luigi Mengoni su “Autonomia privata e costituzione” apparso nel 1995, nel quale si evidenziava che “a partire dagli anni Ottanta questa concezione che erigeva lo stato ad arbitro dell'economia è entrata in crisi, sia per ragioni intrinseche al sistema, sia per lo spostamento del pendolo della politica economica mondiale in senso più decisamente liberistico (la cosiddetta “nuova destra”), sia soprattutto per la spinta esercitata sull'Italia dall'Atto unico europeo del 1986 verso una riqualificazione dell'intervento pubblico come diretto principalmente a dettare regole al mercato per

natura procedurale³⁶, l'economia si ritiene correttamente che afferisca al settore controverso, risultando le scelte in materia economica una conseguenza di variabili esigenze storiche e della prevalenza assolutamente contingente degli interessi individuali presenti nella società. In questo senso, la scelta di un modello di politica economica può essere operata volta per volta entro i confini delineati nella parte non controversa della Costituzione, essendo invece non ammissibile la formalizzazione costituzionale, una volta per tutte, di un determinato modello economico, che non risulterebbe conciliabile con una costituzione pluralistica³⁷.

Ove, pertanto, si condivida l'idea che il mercato elabori (e sia pienamente legittimato a farlo) proprie regole di funzionamento, improntate ad una propria logica d'azione, e che "il mercato", quindi, nasca comunque "dal basso" (come più in generale la comunità dei consociati: "*Das Gemeinwesen konstituiert sich von unten nach oben*"³⁸), si deve convenire che il ruolo del diritto - attesa la necessità che sia comunque il legislatore ad adottare in definitiva le norme di condotta più efficaci³⁹ -

garantirgli correttezza ed efficienza, non più a porsi come guida al processo economico". Con riferimento, in particolare, al fenomeno delle privatizzazioni, osserva V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 628, che "... un'antica tradizione di intervento pubblico nell'economia definiva il "luogo" privilegiato dell'interesse pubblico nella proprietà e nella gestione di imprese da parte dello Stato: prevaleva il modello dello Stato imprenditore. Oggi non è più così: dismessa la veste di proprietario e gestore di imprese, lo Stato si accontenta di dare regole all'azione imprenditoriale, la quale vede oramai i soli privati come protagonisti diretti, in sana competizione reciproca. Il "luogo" in cui coltivare l'interesse pubblico è soprattutto, oramai, il luogo della regolazione. Lo Stato imprenditore impallidisce fino a dissolversi, e in luogo di esso prende corpo la figura dello Stato regolatore ...".

³³ Rileva V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra "patto" e "transizioni"*, in AA.VV., *Governi ed economia*, a cura di V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, P.F. Lotito, Padova, 1998, 17, che "... è sufficiente evidenziare che il concetto di mercato sfugge ad ogni illusione sostanzialistica e che può essere configurato come "il luogo" ideale dove si svolgono le contrattazioni e gli scambi tra gli operatori economici sotto la protezione di una fonte di regolamentazione rappresentata dal diritto, cui spetta di assolvere il compito di porre le regole e di sanzionarne l'inosservanza. Sull'esigenza di ricorrere al diritto convergono tutti i teorici del mercato. Gli stessi studiosi di formazione liberistica non disconoscono questo dato. Le differenze vanno colte tra chi ritiene che la regolazione giuridica venga all'interno dell'istituzione mercato attraverso un principio di completa autodeterminazione e chi sostiene, invece, l'esigenza dell'assunzione di un garante esterno ed estraneo."

³⁴ Gli economisti concordano nel ritenere che la necessità di garantire il funzionamento concorrenziale del mercato richiede l'adozione di opportune strutture di supporto, legali e tecniche, l'evoluzione storico istituzionale delle quali configura il mercato come una "costruzione sociale": v. così C. GNESUTTA, *Introduzione all'economia*, Roma, Carocci, 2005, 54.

³⁵ V. COSÌ R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in AA.VV., *Governi ed economia*, Padova, 1998, 505 ss. e L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 125 ss.

³⁶ Secondo la chiara descrizione offerta da R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, cit., 519-520, infatti, "... la teoria politica pluralistica, nella sua versione europea e quindi più vicina alle esigenze delle società ideologicamente più articolate del vecchio continente, ha mostrato che le società pluralistiche si strutturano attraverso una articolazione binaria, costituita, da un lato, da un settore non controverso perché regolato da un codice di valori condiviso e, dall'altro, da un settore controverso perché lasciato al libero confronto tra gli interessi presenti nella società comunque disciplinato da regole formali, di natura procedurale, volte cioè alla regolazione del confronto. Questo ulteriore dato strutturale delle società pluralistiche corrisponde in via tendenziale alla distinzione, questa fortemente normativa, che i costituzionalisti individuano tra valori essenziali o imm modificabili e valori non essenziali e perciò modificabili."

³⁷ Osserva R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, cit., 519, che la "... strutturale incompatibilità tra Costituzione democratico-pluralista e modelli economici normativi è insormontabile in quanto, lo si ripete, il valore fondante della prima è l'esistenza di una struttura sociale caratterizzata da diversi e spesso opposti interessi, mentre la teoria economica deve fondarsi sull'unicità degli interessi e, quindi, a livello sociale, sull'armonia degli interessi."

³⁸ J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001 (1° ed. 1968), 351.

³⁹ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle*

non può consistere nell'attuale forma di "assolutismo legislativo" con cui esso viene spesso identificato⁴⁰, laddove le regole nuove vengono derivate, spesso in via astratta, solo da altre regole, che non tengono conto della realtà e delle evoluzioni del settore regolato⁴¹. Per rompere lo stallo, le regole andrebbero ispirate alla realtà e alle sue evoluzioni: come si rileva, il legislatore deve guardare "a ciò che esiste sotto il sole"⁴².

Nella definizione del rapporto fra regole e mercato, fra regole e società civile appare pertanto opportuno, nella situazione attuale, recuperare una struttura regolativa che rispetti la logica e le regole formate dallo stesso settore regolato, nell'esplicazione della sua capacità di autogoverno che va intesa correttamente in termini di effettivo esercizio della democrazia⁴³.

In questo senso, come pure è stato osservato, il rapporto gerarchico che caratterizza le forme di regolazione tradizionali andrebbe meglio riformulato in termini di interazione circolare fra i tre sistemi auto-referenziali del diritto, della politica e dell'area sociale regolata⁴⁴.

Attraverso questo circuito interferenziale le esigenze manifestate dal sistema sociale vengono solitamente raccolte dal sistema giuridico, sollecitato dal sistema politico ad individuare strumenti e soluzioni adeguate, in una circolarità intesa in termini di interferenze reciproche tra i sottosistemi che sono continuamente sottoposti

controversie in tema di comunicazioni elettroniche, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 603: "... chi ritiene che l'ordine giuridico del mercato tenda a realizzarsi spontaneamente chiama pur sempre il legislatore, gli altri centri di produzione delle regole pubbliche ad adottare le norme di condotta più efficaci. Chi reputa che il mercato in un contesto di *laissez faire* sia in grado di sprigionare forze ottimizzanti deve peraltro riconoscere l'importanza degli strumenti apprestati dall'ordinamento per risolvere i conflitti d'interesse che quelle forze scatenano."

⁴⁰ Preso atto dell'attuale disordine delle fonti e della vanità di ogni pretesa di natura sistematica, ragionando sul nesso delle teorie delle fonti del diritto con le costruzioni potestative e positivistiche del diritto, riflette U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 3, 364, che "le une e le altre sarebbero ancora catturate dall'eredità acritica di modelli inattuali, fino a ignorare l'evidenza del vero diritto: che più non cala dall'alto di una qualsiasi fonte, bensì nasce, si sviluppa e si consolida dal basso, ossia a contatto con la plurima articolazione nella composizione degli interessi e dei valori, quali oggettivamente si manifestano nelle società organizzate, lungo trame, spesso conflittuali, che continuamente si scompongono e si ricompongono."

⁴¹ Come osserva Pietro Rescigno commentando il volume di Guido Rossi (in *La forza delle sanzioni*, in *Il Sole 24 ore*, 22 febbraio 2006), "... l'ideologia pluralista può tuttavia conciliarsi, ed è questo l'approdo del libro, con un grado elevato di confidenza nel diritto, e innanzitutto nel diritto positivo, prodotto dallo Stato o da fonti sopranazionali, se riesce a sottrarlo al gioco di regole autoreferenziali o di regole che nascono imprecise o approssimative e subito ne richiedono altre, esplicative o integrative o correttive, in una vicenda tormentosa e incessante."

⁴² G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, cit., 38.

⁴³ La considerazione dell'autogoverno della società quale forma di esercizio effettivo della democrazia è ben presente, ad esempio, nel pensiero del filosofo del diritto sardo Antonio Pigliaru, centrato sui temi della dialettica autorità-libertà, della democrazia, della sovranità statale e della pluralità degli ordinamenti (cfr. D. BIFULCO, *Antonio Pigliaru, o della irriducibilità dell'individuo alle ragioni dello Stato*, in *Dir. soc.*, 2001, 579 ss.), il quale osserva che "... possiamo e dobbiamo dire che l'autogoverno in quanto è una forma organizzatoria dello Stato non è certamente ancora democrazia; ma poi aggiungere che nello stesso tempo, in quanto rappresenta una delle forme mediante le quali la società civile riesce a governare se stessa, esso costituisce anche all'interno dello Stato, insieme un termine necessario del passaggio dallo Stato alla democrazia, e cioè un termine di effettivo esercizio della democrazia." (A. PIGLIARU, *Le parole e le cose. Alfabeto della democrazia spiegato alla radio*, Sassari, Iniziative culturali, 2005, 74).

⁴⁴ G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, n. 1, 100. La consapevolezza delle interrelazioni che legano il sistema economico al sistema sociale si trova anche nell'approccio d'indagine degli economisti: v., ad esempio, C. GNESUTTA, *Introduzione all'economia*, Roma, Carocci, 2005, 13, secondo cui "... la considerazione che le molteplici sfaccettature che l'apparato istituzionale introduce nel funzionamento effettivo del mercato induce a tratteggiare un sistema economico in cui siano espliciti i legami con il più ampio sistema sociale all'interno del quale sviluppa le sue potenzialità."

a processi di adattamento reciproco. In tale quadro le scelte di indirizzo politico in cui si concretano le istanze provenienti dal polo sociale sembrano costituire il limite delle possibilità regolative del diritto rispetto agli altri sottosistemi. Qualora tali limiti siano oltrepassati, l'interferenza non è intesa più come rispettosa dell'autonomia del sottosistema regolato, ma ne determina le regole operandovi trasformazioni autoritative⁴⁵. Ove pertanto non vengano mantenute le interazioni autoriproduttive sia dei sistemi regolanti sia di quelli regolati⁴⁶, si verifica un *gap* regolativo, nel quadro del cosiddetto "trilemma regolativo" indicato da Teubner⁴⁷, che provocando nel sistema regolato delle prescrizioni che non corrispondono ai suoi criteri di rilevanza, provoca una ineffettività del diritto⁴⁸.

In questa direzione, e più in generale, è sempre vivo il dibattito sul rapporto che vi è fra la genesi del diritto da comportamenti sociali e le modalità di produzione formale delle norme, onde realizzare una maggiore aderenza delle stesse norme alle esigenze e alle logiche del settore regolato e alla luce della finalità ultima di assicurare un'efficace e riconosciuta composizione dei valori della convivenza⁴⁹.

Tali esigenze di nuove strutture regolative sono nondimeno complicate dal contesto nel quale si collocano, caratterizzato dalla configurazione di una più ampia "arena pubblica" fondata su un coordinamento autonomo fra attori pubblici e privati, non basato più sul tradizionale rapporto di gerarchia, nell'ambito del quale sembra venir meno appunto il coordinamento gerarchico centrato sullo Stato⁵⁰, e che spinge a interrogarsi sulla natura attuale dello Stato e sul tipo di relazioni che esso instaura con gli altri soggetti⁵¹.

In questo scenario di crisi delle modalità di rappresentazione democratica degli interessi dei membri della comunità statale appare necessario ricercare nuovi moduli di partecipazione dei singoli alla regolazione della vita associata e alla normazione, rivalutando il ruolo di concetto-valvola (*Ventilbegriff*) proprio del principio stesso di partecipazione, che consenta di adeguare effettivamente l'ordinamento ai processi

⁴⁵ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 92.

⁴⁶ Cfr. A. FEBBRAJO-C. PENNISI, *Introduzione a G. TEUBNER, Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, XIII.

⁴⁷ G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, cit., 100-101, secondo cui "... i confini della regolazione sono quindi definiti dai tre limiti dell'auto-produzione. La regolazione è efficace solo nella misura in cui conserva, nei sistemi regolati del diritto e della politica, le interazioni auto-riproduttive interne al sistema sociale regolato. Questa triplice relazione di compatibilità può essere chiamata "collegamento strutturale". Analogamente, a questo punto, possiamo formulare il *trilemma* regolativo: se la regolazione non rispetta le condizioni del collegamento strutturale fra diritto, politica e società, il risultato sarà necessariamente il *gap* regolativo."

⁴⁸ Secondo G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, cit., 102, l'ineffettività del diritto si avrebbe quando questo "... supera i confini fissati nel processo di regolazione, e cioè l'organizzazione autoreferenziale di questi sistemi: del settore regolato, della politica del diritto stesso. Gli effetti sono comunque problematici: o irrilevanza della regolazione, oppure effetti disintegrativi nell'organizzazione auto-riproduttiva del diritto, della politica o della società."

⁴⁹ V., ad esempio, il recente Convegno su "Produzione del diritto da fonti e genesi del diritto da comportamenti sociali", organizzato dall'Istituto Luigi Sturzo in collaborazione con il Consiglio Nazionale Forense, Roma, 10 maggio 2006, con interventi di G. Alpa, G. Benedetti, A. Bixio, U. Breccia, V. Cerulli Irelli, M. Lupoi, G.U. Rescigno, D. Sorace e A.L. Tarasco, dove sono stati affrontati i temi dell'insufficienza del concetto e della metafora di "fonte", della logica giuridica oggi incentrata sulla efficacia di fatto e della capacità giuridica di composizione dei valori della convivenza.

⁵⁰ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, n. 3, 601 ss.

⁵¹ In tema v. C. SUNSTEIN, *After the Right Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 e, più di recente, G. GIRAUDI, *La regolazione: il concetto, le teorie, le modalità. Verso una tipologia unificante*, in *Riv. it. polit. pubbl.*, 2004, n. 1, 57 ss.; N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, 5057 ss.

evolutivi della vita politica e sociale⁵². Diventa cioè necessario ricercare nuovi moduli procedurali nei quali possano trovare espressione le scelte rivenienti dagli intrecci delle formazioni giuridiche intermedie, ricondotte però, in definitiva, ad una sovranità che sia manifestazione di una volontà politica complessiva e unificante⁵³.

Gli stessi, recenti risultati di indagini condotte dagli studiosi di politiche pubbliche che pervengono a tratteggiare un modello di “democrazia associativa”⁵⁴, in cui lo Stato e la società civile⁵⁵ sono parte di un unico modello che trasforma le relazioni di entrambi⁵⁶, spingono a cercare di comprendere, pur nella spesso diversa multiformità di presupposti, i nuovi fenomeni regolativi in punto di diritto⁵⁷.

2. Crisi dello Stato, crisi della legge e pluralismo delle fonti: alla ricerca di nuovi schemi di collegamento fra il polo statale e il polo sociale.

⁵² Così V. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 80, che richiama E. PARESCE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 152 ss. e M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 79 ss.

⁵³ Secondo A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, cit., 200-201, “... è chiaro che qui bisogna innanzitutto ripensare il concetto di sovranità, sottraendolo alla statualità, individuando così nuovi intrecci tra formazioni intermedie ... in una visione rinnovata del pluralismo giuridico che per certi aspetti, come pure è stato notato, può non essere estraneo a forme rinnovate di “medievalità”, in un’articolazione di livelli differenti di determinazione della volontà politica complessiva, ma che si tengono tutti tra loro”. Osserva F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit., 296, che “... senza una rete di sistema, infatti, si rischia di legittimare un fenomeno di pluralismo normativo secondo uno schema di monadi indipendenti che non si saprebbe come definire, *rectius*, utilizzare in concreto.”

⁵⁴ Cfr. P. HIRST, *Associative Democracy: New Forms of Economic and Social Governance*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1994; J. COHEN - J. ROGERS, *Secondary Associations and Democratic Governance*, in E.O. Wright (ed.), *Associations and Democracy*, London-New York, Verso, 1995, 7 ss.; M.C. DORF - C. SABEL, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, in *Columbia Law Review*, 1998, 270 ss.; A. FUNG - E.O. WRIGHT (eds.), *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, London-New York, Verso, 2003; L. BACCARO, *Stato e società civile: verso un modello di democrazia associativa?*, in *Stato e mercato*, dicembre 2004, n. 72, 383 ss.

⁵⁵ Sul significato di società civile come “sfera dei rapporti sociali distinta dalla sfera dei rapporti politici” v. N. BOBBIO, *Stato, governo e società*, Torino, Einaudi, 1985, 24, che osserva come l’ingovernabilità (*i.e.*, l’aumento delle domande senza risposte) genera crisi di legittimità. In questi casi, nei periodi di crisi istituzionale, la società civile, è il luogo dove si formano i poteri di fatto (26-27). Nella Sua disamina l’Autore rileva due processi contraddittori: per un verso, lo Stato che si fa società, dallo Stato sociale fino allo Stato totalitario; per altro verso, la società che si fa Stato, fino all’estinzione dello Stato, essendo i due processi rappresentati rispettivamente dalle figure del “cittadino protetto” e del “cittadino partecipante” (42).

⁵⁶ Secondo L. BACCARO, *Stato e società civile: verso un modello di democrazia associativa?*, cit., 384, “... in questo nuovo modello, lo Stato non è più chiamato a regolare dall’alto attraverso gli strumenti classici del “comando e controllo”. L’idea chiave del modello è il trasferimento di funzioni regolative a gruppi e associazioni dotati di conoscenza dettagliata dei problemi, estese capacità di monitoraggio, e la capacità di deliberare sui problemi facendo appello a interessi generalizzabili piuttosto che puramente sezionali. Lo stato non scompare, ma assume funzioni nuove. Oltre a definire le finalità fondamentali delle politiche pubbliche, seleziona gli attori sociali chiamati a partecipare alla regolazione, incoraggia l’organizzazione di interessi e visioni sottorappresentate, favorisce la circolazione delle informazioni e delle buone pratiche e si riserva il diritto di intervenire nei casi in cui l’autoregolazione fallisca. Tra standard minimi e obblighi di comunicazione e trasparenza, questo assetto regolativo è lungi dall’essere puramente volontaristico.”

⁵⁷ Nota giustamente M. CAMMELLI, *Considerazioni minime in tema di arene deliberative*, in *Stato e mercato*, aprile 2005, n. 74, 89, che le procedure informali dei soggetti sociali, analizzati dagli studiosi di politiche pubbliche in termini di “arena decisionale”, “deliberazione”, “rappresentanza”, “processi inclusivi”, costituiscono per definizione un ambito contiguo ma esterno all’area più strettamente giuridica.

La ricerca di nuovi moduli partecipativi che sostanzino una nuova forma procedimentale di attuazione della sovranità popolare si deve inquadrare nel contesto della fine dell'epoca della statualità e della crisi del modello hegeliano di Stato, preconizzate già fin dall'inizio del Novecento da Carl Schmitt e da Santi Romano⁵⁸ e presenti oggi in una forma ancora più attuale, sotto la spinta di una molteplicità di fattori che corrodono sempre di più la sovranità dello Stato e minano la sistematicità del sistema di fonti del diritto che ne è la tradizionale espressione⁵⁹.

Il fenomeno della globalizzazione economica⁶⁰ costituisce uno dei fattori più recenti della crisi dello Stato e del diritto dello Stato⁶¹. Sia che la globalizzazione venga infatti intesa nel solco di continuità tra l'attuale panorama giuridico e il precedente⁶², sia che, invece, della stessa si colgano in modo deciso gli elementi di novità e di "rottura" rispetto al passato⁶³, si deve convenire sul fatto che tale fenomeno rappresenta un potente fattore di mutazione dei sistemi giuridici tradizionali, che

⁵⁸ I riferimenti sono intesi, ovviamente, a C. SCHMITT, *Begriff des Politischen* (1932), trad. it. *Il concetto di politico*, ne *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 2005, 101 ss. e alla prolusione letta da Santi Romano nell'Università di Pisa, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 97 ss. In tema v., da ultimo, A. SANDULLI, *Santi Romano, Orlando, Ranelletti e Donati sull'"eclissi dello Stato". Sei scritti di inizio secolo XX*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 1, 77 ss.

⁵⁹ La minaccia alla sistematicità e all'unità del sistema delle fonti non è un fenomeno nuovo, ma ricorre storicamente: se ne può vedere, ad esempio, una disamina nel saggio di W. CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in *Arch. giur.*, 1936, 18 ss., con riferimento alla nascita dell'ordinamento corporativo che andava allora ad intaccare il monopolio legale della produzione giuridica e, in definitiva, l'unità dello Stato sotto tale profilo.

⁶⁰ Sul fenomeno della globalizzazione è illuminante l'analisi "tecnica" degli economisti J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002 e J. BHAGWATI, *Elogio della globalizzazione*, Roma-Bari, 2005.

⁶¹ Sulla tematica della trasformazione del diritto in conseguenza del fenomeno della "globalizzazione" si riscontra una vasta letteratura: v., *ex multis*, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.; C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali, ibidem*, 1997, 43 ss.; A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. "globalizzazione". Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionale*, in *Pol. dir.*, 1998, 441 ss.; J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 1999; K. JAYASURYA, *Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1999, n. 6, 439 ss.; S. CASSESE - G. GUARINO, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Quaderni della *Rassegna parlamentare*, 2000; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transazionale*, Bologna, 2000; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città aperta, 2002; G. RIVOSECCHI, *Gli effetti dei processi di globalizzazione e di integrazione europea su costituzionalismo e costituzione: alcune riflessioni*, in *Diritto e cultura*, 2002, 123 ss.; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 151 ss.; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; F. GALGANO, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Soc. dir.*, 2003, n. 1, 7 ss.; S. MANNONI, *Globalizzazione, diritto, Stato*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, 361 ss.; A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, cit., part. 39 ss.; I.M. MARINO, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 2005, 1, 25 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005 nonché, di recente, le relazioni al Convegno *Le sfide del diritto amministrativo del secondo millennio: la globalizzazione*, tenuto presso l'Università commerciale "L. Bocconi", Milano, 5 maggio 2005. Per quanto riguarda più specificamente il diritto privato v. R.C. VON CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003, 35 ss., e, per il diritto parlamentare, pure toccato dal fenomeno, G. RIVOSECCHI, *Il ruolo delle Assemblee rappresentative di fronte ai processi di globalizzazione: spunti ricostruttivi*, in *Rass. parl.*, 2003, 2, 499 ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 16 ss.

⁶² N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, n. 5, 625 ss.

⁶³ Secondo l'impostazione di M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, cit.

ridisegna la configurazione tradizionale delle organizzazioni politiche e giuridiche e delle modalità di produzione del diritto positivo⁶⁴.

Nell'ambito giuridico, la globalizzazione tende a modificare la tradizionale configurazione spazio-temporale degli ordinamenti giuridici e delle fattispecie da questi ordinate⁶⁵, mutando le usuali interazioni giuridiche secondo logiche "reticolari"⁶⁶: ne consegue direttamente la crisi della legge come fonte prima di diritto, che appare essere uno strumento inefficace di *governance* normativa nell'ottica del cosiddetto "*short termism*", caratterizzato dall'attenzione esclusiva ai risultati di breve termine e dall'indifferenza verso il futuro più remoto, aspetti tipici indotti dal prevalere dell'economia finanziaria.

In tale contesto la legge, strumento ideato per pianificare il futuro sottraendolo ai rischi di arbitrarietà delle scelte e di incertezza delle regole da seguire, non si attaglia ad un governo di processi che non vuole pianificare il futuro, onde preservarsi una continua libertà di compiere scelte di volta in volta rinnovate, in un orizzonte temporale di produzione normativa monodimensionale che non va al di là del momento presente⁶⁷. Le stesse istituzioni appaiono procedere *by trial and error*, seguendo la regola del caso di volta in volta rilevante, mettendo in atto una sorta di "pragmatismo" normativo.

Da ciò deriva, ovviamente, un attacco continuo alla supremazia della legge e al correlato principio di certezza del diritto, paradossalmente proprio nel periodo in cui si è assistito ad un'attività di produzione normativa imponente, che ha fatto parlare la dottrina del fenomeno della decodificazione delle fonti⁶⁸, osservandosi che la produzione giurisprudenziale del diritto sembra adattarsi meglio alla logica dell'opportunità, opposta alla logica della sicurezza, cui risponde la legge, ponendosi

⁶⁴ Anche se, come nota puntualmente A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., non esiste tuttavia una vera e propria comunità globale, un *demos* globale ("Il mondo globale è fatto di molteplici relazioni, ma non si configura come una comunità": *op. ult. cit.*, 37), in quanto nella rete non si riscontra una condivisione di valori fondamentali che consentano ai singoli soggetti di avere "... una comunicazione sociale ... significativa, e dunque produttiva di identità culturale" (*op. ult. cit.*, 28), non essendoci la possibilità di costruire una qualche forma di identità collettiva e di perseguire una politica istituzionalizzata globale. Donde l'introvabile "agorà" globale: una sfera pubblica de-istituzionalizzata, la democrazia del mercato, il complessivo disfacimento della sfera pubblica.

⁶⁵ Secondo A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., 6, l'essenza della globalizzazione, quale specifico prodotto della cosiddetta "rivoluzione cibernetica" che negli ultimi trent'anni ha radicalmente rivoluzionato la comunicazione sociale, risiede nel fatto che "... una particolare azione umana, simultaneamente ad altre provenienti da non-importa quale luogo, può direttamente estendersi da una parte all'altra del mondo, può raggiungere qualsiasi altra parte del globo, annullando del tutto lo spazio fisico, cioè la distanza, e comprimendo al massimo, se non azzerando, il tempo occorrente per il compimento dell'azione stessa."

⁶⁶ Secondo la nota prospettazione di S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, *passim*. In particolare, l'A. ritiene che la crisi dello Stato abbia come conseguenza la formazione di ordini ultranzionali costituiti in reti piuttosto che in gerarchie, e che in tale modello tratti funzionali, regole, procedure e comportamenti prevalgano su organizzazioni e strutture, essendo il loro assetto non gerarchico, bensì appunto "reticolare". In tale contesto di riferimento, il nuovo paradigma della cosiddetta "arena pubblica", indicando uno spazio, non pregiudicherebbe le posizioni dei soggetti che vi operano (secondo il modello tradizionale, lo Stato in alto e i cittadini in basso), non cristallizzerebbe le relazioni che si possono stabilire (tradizionalmente di opposizione), non sarebbe idoneo a vincolare le azioni dei soggetti a tipologie predeterminate (secondo il paradigma tradizionale, il modulo della discrezionalità per l'agire della pubblica amministrazione e quello della libertà per l'agire dei privati). Al contrario, il nuovo paradigma consentirebbe l'interscambiabilità dei ruoli e una continua modificazione dei rapporti, un commercio delle regole e dei principi ordinatori, riassumendo e descrivendo l'allargamento dei confini del potere pubblico e il mutamento della sua morfologia.

⁶⁷ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, cit., 53.

⁶⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 e succ. ed.

le corti a carattere sovranazionale e internazionale “come produttrici di un diritto sostanziale e procedurale in gran parte autonomo e indipendente dagli Stati”⁶⁹.

Accanto al fenomeno della globalizzazione si situano altri fattori di crisi dello Stato, che rispetto alla stessa si collocano ora in rapporto di causa, ora in rapporto di effetto⁷⁰.

Il fenomeno della dilatazione dei confini nazionali in una dimensione transnazionale⁷¹, ad esempio, provocato dal fatto che gli Stati moderni non appaiono essere più espressione di una sola etnia, e la conseguente mancanza di una corrispondenza tendenzialmente univoca fra il concetto di Stato e il concetto di Nazione⁷² fa sì che la legge statale non sia più in grado di regolamentare fenomeni sociali non più circoscritti al proprio territorio, ma che trascendono i singoli Stati-nazione⁷³, a vantaggio della *lex mercatoria* che, da legge di un particolare ceto – quello mercantile – tende a divenire strumento di regolazione generale⁷⁴.

⁶⁹ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, cit., 70. Secondo l'Autrice, tali trasformazioni producono una nuova civiltà giuridica, mediante una riorganizzazione sia temporale che territoriale della sfera del diritto: per un verso, infatti, il diritto della globalizzazione sostituisce il presente al futuro come dimensione temporale di riferimento, ma provvede a svincolarsi anche dalla propria realtà territoriale di riferimento, assumendo una dimensione transnazionale e, nel contempo, disperdendosi in molteplici realtà giuridiche locali. Tale processo finisce per rendere il diritto ancora più “plurale” e permeabile a realtà sociali esterne, quali le organizzazioni non governative e le società commerciali multinazionali, e tende a configurare un modo di produzione delle norme improntato ad una sorta di “razionalità strategica”, caratterizzata da un susseguirsi di decisioni sempre provvisorie, cui tentano di dare unità i “diritti umani”, secondo una griglia fornita dal diritto costituzionale e dall'attività delle giurisdizioni transnazionali.

⁷⁰ Con riguardo ai fattori attuali di crisi dello Stato in dipendenza del fenomeno della globalizzazione v. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, cit., *passim*, che parla dei “mondi vitali” della sovranità statale (il territorio e la cittadinanza, il mercato e la società civile) contrapposti alla de-territorializzazione dell'economia e delle relazioni sociali, all'espropriazione universalistica della “cittadinanza”, di diritti del cosmopolita nella contraddizione fra “riconoscimento” universale e “garanzie” nazionali, di “*nomos*” globale contro “*nomos*” internazionale, a proposito della protezione dei diritti umani mediante l'ingerenza umanitaria contrapposta alla sovranità statale.

⁷¹ Cfr., sul punto, S. CASSESE, *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?*, in S. CASSESE - G. GUARINO, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Quaderni della *Rassegna parlamentare*, 2000, 25 ss.

⁷² Sulla crisi dello Stato-nazione v. in particolare S. DE VRIES, *L'attacco allo Stato. Un confronto di idee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, 1221 ss. nonché, sul concetto tradizionale di Nazione, V. CRISAFULLI - D. NOCILLA, voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, XXVII e F. FERRARI, voce *Nazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XX.

⁷³ Rileva N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*, Roma-Bari, 2001, *passim*, che, a fronte della tradizionale configurazione del territorio come base del potere politico statale, l'economia della globalizzazione risulta invece indifferente ai luoghi, spingendo il diritto attuale a inseguire la dilatazione spaziale degli scambi commerciali. Si è pertanto distanti dalla concezione dello Stato di Jellinek, che collegava l'intangibilità fisica dei confini all'esclusività dell'ordinamento giuridico (5).

⁷⁴ Sulla *lex mercatoria*, oltre al noto saggio di F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2001, v. U. DRAETTA, *La cosiddetta lex mercatoria*, in *Foro pad.*, 1987, II, 53 ss.; A. GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, 461 ss.; U. DRAETTA, *La giurisprudenza francese conferma il carattere di “regole di diritto” delle norme della lex mercatoria*, in *Dir. comm. intern.*, 1992, 214 ss.; M.J. BONELL, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, *ibidem*, 1992, 315 ss.; F.P. TRAISCI, *Principi UNIDROIT, lex mercatoria e diritto del commercio internazionale: note a margine di un lodo arbitrale*, in *Dir. comm. intern.*, 1999, 474 ss.; F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, 29 ss.; G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contratto e impresa*, 2001, 571 ss.; L. RUGGERI, *Mercato telematico e autonomia privata: un nuovo rulo per la “lex mercatoria”*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 303 ss.; S. CARBONE, *I caratteri privatistico-internazionali del diritto sportivo: in particolare, il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, in *Dir. comm. intern.*, 2004, 619 ss. Osserva, da ultimo, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., 9, che “... lo specchio del diritto rimanda, della globalizzazione, un'immagine fatta

La cessione di sovranità da parte dello Stato⁷⁵ si realizza continuamente in conseguenza dell'internazionalizzazione delle politiche interne, causata dalla globalizzazione, dalla partecipazione sempre maggiore dell'opinione pubblica alle scelte di politica internazionale⁷⁶, dalla nascita di localismi e di nuove entità periferiche, non sempre facilmente governabili anche nell'ambito di processi di decentramento istituzionale e dell'affermazione del principio di sussidiarietà verticale.

Il progressivo ritiro dello Stato dal governo dell'economia, in conseguenza dei processi di liberalizzazione e di privatizzazione portati avanti dalle attuali politiche pubbliche, costituisce un ulteriore fattore di crisi dell'entità statale⁷⁷, che perde uno dei classici compiti che si era assegnata nel corso del XX secolo, identificandosi nel cosiddetto *Welfare State*.

Collegata e discendente dalla crisi dello Stato si riscontra anche la crisi della cittadinanza, quale relazione che indica tipicamente l'appartenenza di un individuo ad uno Stato e che costituisce il requisito per l'acquisto e la tutela dei diritti da parte dello Stato⁷⁸. Nella realtà odierna la tutela dei diritti fondamentali viene infatti riconosciuta non solo, e non tanto, al cittadino, bensì all'individuo di per sé, indipendentemente da una relazione di cittadinanza che intercorra con un singolo Stato, che perde così anche tale funzione. La tutela sovranazionale dei diritti inviolabili dell'uomo⁷⁹ contribuisce anzi anche a demolire la teorica dell'insindacabilità dell'attività statale

soprattutto di scambi contrattuali. A regolare i contratti commerciali internazionali è rivolta la nuova *lex mercatoria*, quale emerge dalla compilazione, in progressiva estensione nel tempo, dei Principi Unidroit, opera dei giuristi e, tuttavia, opera che agisce *ad instar* della legge. A giudicare della loro validità, interpretazione, esecuzione è destinata, in forza delle clausole compromissorie in essi inserite, la giustizia delle camere arbitrali internazionali. I principi di diritto che li governano, i lodi arbitrali che dirimono le controversie che da essi insorgono non segnano la supremazia di nessuno dei diritti nazionali del nostro tempo: non la supremazia del *common law* sul *civil law*, e neppure quella dell'Occidente sull'Oriente. ... la *lex mercatoria* si presenta come un sistema normativo a sé stante, di fonte consuetudinaria, quantunque raccolto e riordinato da Unidroit, il quale ripete la propria legittimità dal fatto di corrispondere all'opinione iuris di quanti, quale che ne sia la nazionalità, agiscono sui mercati internazionali.”.

⁷⁵ Sulla crisi della sovranità dello Stato v. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 58 ss.; M. BASCIU, (a cura di), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Milano, 1996 e, da ultimo, P. COSTA, “*In alto e al centro*”: *immagini dell'ordine e della sovranità fra Medioevo ed età moderna*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 3, 815 ss. Sulla nascita e la crisi della dottrina dello stato contemporanea v. i saggi raccolti in A. CARRINO, *Sovranità e Costituzione. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Torino, 1998. Nella dottrina straniera v. J.A. CAMILLERI - J. FALK (eds.), *The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, Aldershot, Elgar, 1992; M. ALBROW, *The Global Age. State and Society beyond Modernity*, London, Polity Press, 1996; R. JACKSON (ed.), *Sovereignty at the Millennium*, London, Blackwell, 1999; H. SHINODA, *Re-examining Sovereignty. From Classical Theory to the Global Age*, London-New York, St. Martin's Press, 2001; M. WIND, *Sovereignty and European Integration: Towards a Post-Hobbesian Order*, Basingstoke, Palgrave, 2001; N. MAC CORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, Stato e nazione nel Commonwealth europeo*, Bologna, 2003; N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford-Portland, Hart, 2003.

⁷⁶ Cfr. A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. “globalizzazione”. Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionale*, in *Pol. dir.*, 1998, 441 ss.

⁷⁷ Cfr. G. VILELLA, *Dove va lo Stato contemporaneo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, 49.

⁷⁸ In tema di cittadinanza v., di recente, F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Torino, 2001, 209 ss.; AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Atti del convegno tenuto in Reggio Calabria, 30-31 ottobre 2003, a cura di F. Manganaro e A. Romano Tassone, Milano, 2005. Sulla cittadinanza europea cfr. V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995; AA.VV., *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, a cura di V.E. Parsi, Bologna, 2001.

⁷⁹ Sulla cui configurazione in rapporto al fenomeno della statualità v., da ultimo, G. RESS, *Tutela sovranazionale dei diritti dell'uomo e mutamento della statualità*, ne *Il Filangieri*, 2004, n. 4, 525 ss.

interna, in quanto l'esigenza di difesa di tali diritti comporta il cosiddetto diritto di "ingerenza", da parte della comunità internazionale, nell'attività e nelle scelte sovrane dei singoli Stati.

La crisi dello Stato porta con sé, inevitabilmente, la crisi della legge⁸⁰, quale fonte primaria del diritto statale, esposta all'aggressione del pluralismo delle fonti nella parabola declinante del positivismo giuridico di vecchia maniera⁸¹.

Per un verso, il profluvio di leggi speciali e particolari, che prevalgono ormai sulla legislazione generale e sulla disciplina codicistica configurando il fenomeno della cosiddetta "amministrativizzazione" della legge, minano la stessa certezza del diritto positivo; per altro verso, il prevalere nell'ordinamento interno di fonti esterne, sovranazionali – quali quelle comunitarie – anche in contrasto con le leggi nazionali, fa venir meno la stessa statualità della legge, quale diritto espressione del singolo Stato⁸².

Ancora, l'inarrestabile produzione normativa di soggetti diversi dallo Stato, ma da questo autorizzati a creare diritto, quali gli enti territoriali, in uno con la rivalutazione dello strumento contrattuale per la disciplina dei rapporti fra la pubblica amministrazione e i cittadini, in precedenza tipicamente regolati dalla legge⁸³, contribuiscono a creare l'attuale fenomeno di pluralismo delle fonti⁸⁴, che in certa

⁸⁰ Sulla crisi della legge v. in particolare F. MODUGNO - D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; G. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rass. parl.*, 1989, 153 ss.; R. MENEGHELLI, *Breve spunto di riflessione critica su un aspetto particolare dell'attuale crisi della legge*, in *Dir. soc.*, 1990, 2, 217 ss.; D. NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, 327 ss.; V. DI GIOIO, *Un aspetto della crisi delle istituzioni. Appunti sulla crisi della legge e sulla sua fattibilità*, in *Parlamento*, 1995, fasc. 4-6, 1 ss.; S. CIPOLLINA, *La reiterazione dei decreti-legge fra equilibri istituzionali e crisi della legge*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1996, 3, II, 36 ss.; M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 1997; L. CIMELLARO, *Delegificazione e deregulation. Linee d'ombra su un mito*, in *Dir. soc.*, 1999, 87 ss.; F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000; M. LUBERTO, *Il negozio giuridico come fonte del diritto: alcune osservazioni sulla crisi della legge*, in *Soc. dir.*, 2000, 2, 89 ss.; C. DE FIORES, *Ripensare lo Stato: tra populismo e globalizzazione – la crisi della legge. Trasformazioni dello Stato-nazione e produzione normativa*, in *Dem. dir.*, 2001, 4, 88 ss.; M. AINIS, *L'eclissi della legge*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, 2004, 25 ss. Nella dottrina giuspubblicistica tedesca v., da ultimo, W. LEISNER, *Krise des Gesetzes. Die Auflösung des Normenstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

⁸¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 50.

⁸² Riferisce, fra gli altri, U. DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2005, 1 ss., dell'erosione del monopolio normativo statale relativo all'assetto giuridico dei rapporti fra privati in riferimento allo sviluppo del commercio elettronico.

⁸³ La bibliografia in materia è vastissima: v., fra le opere monografiche, senza pretesa di completezza, F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985; M.S. GIANNINI, *Pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993; C. AMIRANTE, *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2005. Dopo le modifiche apportate alla legge n. 241 del 1990 dalla legge n. 15 del 2005 v. altresì G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*, in *www.giustamm.it*, 2005, n. 5.

⁸⁴ Sul quale fenomeno v., di recente, F. CASUCCI, *Il diritto plurale. Pluralismo delle fonti e circolazione delle norme giuridiche*, Napoli, 2004 nonché, da ultimo, la relazione di Augusto Cerri sul tema *La*

misura appare rispondere ad esigenze di più larga partecipazione delle forze sociali e di mercato alla determinazione - da ricondurre tuttavia opportunamente sempre sotto il crisma dell'autorità statale - delle regole da seguire e da osservare nella vita della *societas* di cui fanno parte.

Nell'attuale panorama giuridico caratterizzato, come si è visto, dai fenomeni della crisi dello Stato, della crisi della legge e da un'estrema parcellizzazione delle fonti di stampo quasi neomedioevale⁸⁵, in relazione alle istanze di pluralismo che emergono dalla società, è dato riscontrare una pluralità di istituzioni e una conseguente pluralità di ordinamenti giuridici⁸⁶.

E' trascorso ormai quasi un secolo dall'indagine romaniana⁸⁷ che, in risposta ai mutamenti strutturali che stavano allora intervenendo all'interno dello Stato e nel suo rapporto con la società, si interrogava sulle esigenze delle nuove istituzioni, ponendo il problema della comprensione, a livello scientifico, di un sistema politico-amministrativo di stampo pluralistico⁸⁸.

Come noto, anche allora il giurista siciliano si trovava a dover mediare fra una realtà politica e sociale sempre più articolata in senso pluralistico e una tradizione giuridica, presente nell'accademia e nell'amministrazione, fondamentalmente di tipo autoritario, preoccupata di mantenere saldo, di fronte alle istanze dei nuovi centri di potere, il principio della centralità dello Stato-persona⁸⁹.

L'attenta considerazione data agli sviluppi del diritto positivo, dovuti ai mutamenti della società civile, unita all'istanza di rigore metodologico e di purezza delle argomentazioni giuridiche, secondo le note coordinate del manifesto orlandiano⁹⁰,

pluralità delle fonti e la pluralità degli ordinamenti al Seminario su "Problematica delle fonti del diritto", Roma, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", 6-7 maggio 2009.

⁸⁵ Rileva A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, cit., 148, che "...tutti ammettono oggi che non si dà più una fonte unica del diritto, la volontà dello Stato che si esprime (che si è espressa) nella "legge", (semmai opposta unicamente al contratto), ma che si assiste all'emergere di una molteplicità di fonti - infrastatuale, statuale, comunitaria, internazionale, dottrinale, giurisprudenziale, pratica, privata, - che sta sconvolgendo e ha già in buona parte sconvolto, i vecchi parametri dello Stato sovrano. Il fenomeno che si sta svolgendo sembra essere l'esatto contrario del fenomeno di trapasso da un diritto socialmente radicato (quello medioevale) al diritto astratto (statuale) della modernità: in quella fase storica l'Europa ha assistito ai processi di unificazione, territorializzazione, centralizzazione, formalizzazione, legificazione (codificazione), de-socializzazione; nella fase attuale i processi sono di pluralizzazione, di ri-socializzazione, di globalizzazione, di delegificazione sia nella pratica (organismi giuridici ai vari livelli) sia nella teoria (in particolare per quanto concerne la consapevolezza giuridica del ceto dei giuristi).".

⁸⁶ Sul tema della pluralità degli ordinamenti giuridici v. i classici saggi di A.E. CAMMARATA, *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania, 1926; M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, IV, Roma, 1950; G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, 181 ss.; W. CESARINI SFORZA, voce *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, in *Nss. Dig. It.*, XII, 1965, 1 ss. nonché, più di recente, F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1985 e C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2006, 1-2.

⁸⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918 e 2^a ed., Firenze, 1946. Più in generale v., da ultimo, gli interventi di Massimo Luciani e Gianfranco Palermo sul tema *Costituzione e diritto dei privati* al Seminario su "Problematica delle fonti del diritto", Roma, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", 6-7 maggio 2009.

⁸⁸ Cfr. S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, I, 245.

⁸⁹ Al riguardo, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 184, riferisce del "... delicato compromesso che Santi Romano ha cercato di intessere fra l'esigenza pluralistica posta dai fatti e l'ideologia autoritaria della scuola giuspubblicistica italiana."

⁹⁰ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione ai Corsi di diritto amministrativo e costituzionale letta nell'Università di Palermo, in *Archivio giur.*, 1889, XLII. Al contenuto più prettamente formalistico della proposta orlandiana pare già affiancarsi, tuttavia, anche una componente di carattere storicistico o realistico: v. così M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti*

consentivano a Santi Romano di rinvenire un giusto equilibrio fra l'esigenza di rigore metodologico e le nuove istanze di effettività e di socialità del diritto⁹¹, ritenendo lo Stato capace di assorbire gli interessi sociali nuovi.

Il successivo sviluppo del pluralismo giuridico sin qui avvenuto testimonia l'attualità dell'interesse per un'indagine sulla coesistenza e sulla pluralità di ordinamenti, orientata sia – tradizionalmente - a studiare la coesistenza di più ordini di norme sia – negli indirizzi più recenti – a osservare le strategie normative delle istituzioni subordinate nei confronti dell'istituzione che esprime la legalità dominante⁹².

Come noto, tale studio si è avviato agli inizi del Novecento ad opera degli antropologi del diritto⁹³, seguiti dai sociologi che ne hanno definito il campo d'indagine in modo più puntuale⁹⁴. Ma è solo di recente che la riflessione ha avuto il merito di focalizzarsi su quella pluralità di fonti normative che non sono riconosciute o assorbite dall'ordinamento giuridico statale⁹⁵.

In particolare, si è messa in evidenza la difficoltà di tracciare un confine netto tra norme giuridiche e norme non giuridiche⁹⁶, parlando non di diritto, bensì di "campi normativi"⁹⁷; si è formulata una nozione soggettivistica di pluralismo giuridico, che fa riferimento non tanto alla pluralità dei sistemi giuridici quanto alla persona soggetta a norme aventi fonti diverse⁹⁸; si è sottolineata l'importanza del comportamento del soggetto destinatario del pluralismo giuridico, nel momento in cui egli si trova a scegliere tra norme con fonti e contenuti differenti⁹⁹. Nel contesto di una sempre più accentuata policentricità e frammentazione dei sistemi giuridici¹⁰⁰, ha assunto grande

giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897), in *Id.*, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, 67 ss.

⁹¹ Parla, da ultimo, di "... intricato rapporto tra dogmatica giuridica e comprensione della realtà politico-sociale, che indubbiamente costituisce l'asse portante, sul quale si sviluppa tutta la teoria romaniana ..." M. FIORAVANTI, "Stato giuridico" e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano, in *Id.*, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, cit., 291.

⁹² A titolo di esempio, per uno studio su un aspetto specifico del pluralismo normativo può vedersi, di recente, A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo ed immigrazione*, Roma-Bari, 2001. Sul classico, diverso tema del rapporto tra pluralismo e rappresentanza politica v., da ultimo, G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Milano, 2005.

⁹³ Come rileva V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel*, in *Id.* (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, Torino, 1996, 113, richiamando il celebre studio di K.N. LLEVELLYN - E.A. HOEBEL, *The Cheyenne Way*, Norman, Oklahoma University Press, 1941, i quali evidenziarono la pluralità delle fonti di norme esistenti presso la tribù amerindiana. Sul percorso di riflessione dell'antropologia giuridica v. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, Puf, 1988, trad. it. *Antropologia giuridica*, Milano, 1992 nonché in particolare, per un esame, nell'ambito di questa, della molteplicità dei sistemi normativi, L.J. POSPISIL, *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, New York, Harper and Row, 1971.

⁹⁴ Cfr., almeno, E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen und Leipzig, 1913, trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A. Febbraio, Milano, 1976 e G.D. GURVITCH, *The Sociology of Law*, New York, Routledge and Kegan, 1942.

⁹⁵ Si veda, in proposito, la panoramica tracciata da A. FACCHI, *Prospettive attuali del pluralismo normativo*, in V. FERRARI - P. RONFANI - S. STABILE, *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milano, 2001, 405 ss.

⁹⁶ S.E. MERRY, *Legal pluralism*, in *Law and Society Review*, 1988, 869 ss.

⁹⁷ S. FALK MOORE, *Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of Study*, in *Law and Society Review*, 1973, 719 ss.

⁹⁸ J. VANDERLINDEN, *Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later*, in *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1989.

⁹⁹ M. CHIBA, *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, in *Ratio Juris*, 1998, 3, 228 ss.

¹⁰⁰ Alle quali ha contribuito, come noto, anche la recente riforma del Titolo V della Costituzione: v. in tema, da ultimo, G.C. DE MARTIN, *Autonomie e policentrismo normativo prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, 391 ss.

rilievo l'approccio conflittuale nella considerazione del pluralismo normativo attuale, mediante lo studio dei rapporti di potere che nascono dall'interazione dei diritti "ufficiali" e dei diritti "informali"¹⁰¹.

Considerata pertanto l'esistenza di fenomeni normativi esterni al diritto statale¹⁰², e atteso che il fenomeno giuridico ha un'origine sociale¹⁰³, l'attuale fine dell'indagine giuridica deve essere nuovamente volto, in tale contesto, a rintracciare ovvero a teorizzare opportuni schemi di collegamento fra il polo statale e quello sociale¹⁰⁴, al fine di assicurare la razionale unità del sistema nel suo complesso.

3. L'ormai insoddisfacente alternativa fra autoregolazione ed eteronormazione nella disciplina dell'attività dei consociati.

La regolazione delle attuali società complesse e la disciplina normativa del mercato, che sia basata o meno su regole esterne ad esso, si configurano nell'esperienza attuale in una serie multiforme di modalità su cui la riflessione, anche sulla scorta del dibattito e delle indicazioni emerse in sede europea¹⁰⁵, ferve

¹⁰¹ A. STARR - J.F. COLLIER (eds.), *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*, Cornell University Press, New York, 1989.

¹⁰² E' in particolare la corrente del cosiddetto "neoistituzionalismo", elaborato da Ota Weinberger e Neil MacCormick, che ammette la possibilità di norme non espressamente poste dal legislatore statale: cfr. N. MACCORMICK - O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1990 e M. LA TORRE, *Ota Weinberger, Neil MacCormick e il neoistituzionalismo giuridico*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, 1999 nonché, più in generale, nell'analisi sociologica, M. VAIRA, *Dove va il neoistituzionalismo? Alcune riflessioni sui recenti sviluppi e i problemi aperti dall'analisi istituzionale*, in *Rass. it. sociologia*, XLIV, 2003, 1, 123 ss.

¹⁰³ Osservava di recente G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in AA.VV., *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, a cura di E. De Marco, Milano, 2005, 32, che "... il fenomeno giuridico, vale a dirsi il prodursi dei principi e delle regole della convivenza, ha un'origine sociale. Non è lo Stato che produce artificialmente l'ordine giuridico come frutto di un'organizzazione non giuridica. Nell'ordinamento giuridico di Santi Romano ... sono contenute ampie e argomentate dimostrazioni del formarsi del diritto prima dello Stato, quasi che questo diritto serva alla stessa società per costruire poi la macchina o l'edificio statale. A questo punto il diritto positivo dello Stato è il frutto di un processo produttivo che si identifica con l'organizzarsi della società.". Ancora, secondo E. FAZZALARI, voce *Ordinamento giuridico. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1, "... società e ordinamento giuridico vengono così a trovarsi in corrispondenza biunivoca, nel senso che ad una certa società (pluralità di soggetti cooperanti per interessi o scopi comuni), corrisponde un certo ordinamento, e che società e ordinamento s'implicano a vicenda e s'individuano l'una mediante l'altro: un ordinamento costituendo la struttura portante di una società, e la determinata società costituendo l'ambito in cui l'ordinamento vive e si svolge."

¹⁰⁴ Osserva V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel*, cit., 121, che "... la riflessione della cultura non solo ha dedicato il proprio interesse a sistemare concettualmente la vicenda dei rapporti Stato/società ma si è posto anche il problema di individuare gli schemi di collegamento tra il polo statale e quello sociale, schemi chiamati a realizzare l'unità del modello. Infatti, sia per il modello a tendenza sociocentrica sia per quello a tendenza statocentrica appare sempre l'esigenza di ridurre ad unità il modello, esigenza che si realizza attraverso un processo caratterizzato da un duplice movimento, teso al ricongiungimento del polo sociale e di quello statale: un movimento ascendente che immette il polo sociale in quello statale, un movimento discendente che va dal polo statale a quello sociale."

¹⁰⁵ L'opportunità di adottare strategie di autoregolazione e co-regolazione era stato, ad esempio, affrontato nel Libro bianco sulla *governance*, nel quale erano stati indicati i principi dell'apertura, della partecipazione, della responsabilità, dell'efficacia e della coerenza, anche se si adombrava l'idea che la tutela dei diritti fondamentali mediante forme di autoregolazione o di co-regolazione sia meno efficace di quella realizzata mediante un intervento legislativo. Per parte sua, anche la Corte di giustizia è intervenuta nel dibattito, considerando, ad esempio, che l'utilizzo dell'autoregolazione rappresenta uno strumento adeguato a condizione che le norme poste dai privati abbiano efficacia *erga omnes* (sent. n. 361/88, Commissione c. Germania, in *Racc.* 1991 I-2567), che le sanzioni siano effettive, ragionevoli e

nell'ambito della dottrina straniera¹⁰⁶ e degli studi di diritto privato¹⁰⁷, e dovrebbe rappresentare uno dei luoghi di riflessione privilegiati nel campo del diritto pubblico¹⁰⁸.

Va premesso che, secondo la dottrina che si è occupata del tema, gli elementi chiave al fine di descrivere il fenomeno generale della regolazione si concretano in una "conscious ordering activity" e in una "reference to economic activity" che siano istituzionalizzate¹⁰⁹. In documenti ufficiali la regolazione viene intesa come "l'insieme diverso degli strumenti mediante i quali i governi stabiliscono gli obblighi ai quali sono assoggettati i cittadini e le imprese", includendosi nel concetto di regolazione "le leggi, i provvedimenti formali e informali e le norme delegate emessi da tutti i livelli

dissuasive, che sia assicurata l'effettività della tutela per i soggetti regolati e per i terzi (sent. n. C 180/1995, Draehmpaehl c. Urania immobilienservice OHG, in *Racc.* 1997, I-2195). Sul fronte della normazione, anche le direttive europee prevedono di frequente il ricorso all'autoregolazione quale strumento di recepimento della normativa europea nell'ordinamento interno (cfr., ad esempio, l'art. 16 della direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico).

¹⁰⁶ Dottrina che offre una letteratura già molto vasta: v. ad esempio, per la Francia, J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Rev. du droit public*, 1998, 659 ss.; M.A. FRISON ROCHE, *Le droit de la régulation*, Paris, Le Dalloz, 2001; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Science po. et Dalloz, 2004 nonché, nella dottrina anglosassone, A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in 97 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 15 ss.; J. BLACK, *Constitutionalising self-regulation*, in 59 *Modern Law Review*, 1996, 24 ss.; R. BALDWIN - M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford, 1999; L. MAC GREGOR - T. PROSSER - C. VILLIERS (eds.), *Regulation and Markets Beyond 2000*, Aldershot, Ashgate, 2000; C. SCOTT, *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, in *Public Law*, 2002, 329 ss.; E. GLAESER - A. SHLEIFER, *The Rise of the Regulatory State*, in *Journal of economic literature*, 2003, 401 ss.; C. SCOTT, *Regulation*, Ashgate, Dartmouth, 2003; H.C. BOYTE, *Reframing Democracy: Governance, Civic Agency, and Politics*, in *Public Administration Review*, September/October 2005, vol. 65, No. 5, 536 ss.; L. BLOMGREN BINGHAM - T. NABATCHI - R. O'LEARY, *The New Governance: Practices and Processes for Stakeholder and Citizen Participation in the Work of Government*, *ibidem*, September/October 2005, vol. 65, No. 5, 547 ss.; C. SKELCHER - N. MATHUR - M. SMITH, *The Public Governance of Collaborative Spaces: Discourse, Design and Democracy*, in *Public Administration*, 2005, vol. 83, 3, 573 ss.; J. BLACK, *Managing Regulatory Risks and Defining the Parameters of Blame: A Focus on the Australian Prudential Regulation Authority*, in *Law and Policy*, 2006, 28, 1 ss. La configurazione dei vari modelli di *rule-making* inizia ad essere oggetto di indagine più meditata anche da parte dei cultori dell'analisi economica del diritto: v., ad esempio, F. PARISI, *Sources of Law and the Institutional Design of Lawmaking*, in *Journal of Public Finance and Public Choice*, 2001, 95 ss.

¹⁰⁷ Di recente v., ad esempio, la riflessione di F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2004, 2, 205 ss.

¹⁰⁸ Da ultimo v. la sessione di studio *Eteronomia e autonomia della produzione normativa*, presieduta da Pietro Rescigno, svoltasi nell'ambito del Seminario su "Problematica delle fonti del diritto", Roma, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza", 6-7 maggio 2009.

¹⁰⁹ Cfr. L. MACGREGOR - T. PROSSER - C. VILLIERS (eds.), *Regulation and Market beyond 2000*, cit., secondo cui "... firstly, there is some reference to economic activity, thus distinguishing regulation from, for example, ordering of artistic creation. This will normally relate to the allocation of resources, but is not incompatible with the existence of markets, for regulation may constitute, organise, police or supplant those markets. Thirdly, regulation will be institutionalised. This does not mean of course, that the institutions involved must be public in nature, for we have seen important examples of private ordering in this book. Nor need formal law be used, informal norms may be just as important. Nevertheless, this institutionalisation differentiates regulation from individual transactions within market-place.". Volendo specificare più in dettaglio il concetto di regolazione può farsi rinvio all'elencazione descrittiva di Anthony Ogus (per cui v. il Suo *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994, *passim*), che ne individua le seguenti diverse forme: a) *regulation by information*, quale tipologia di regolazione che si basa sull'imposizione, nei confronti dei soggetti regolati, di obblighi di trasparenza e di diffusione delle caratteristiche qualitative del bene prodotto e commerciato; b) *private regulation*, basata sull'imposizione di obblighi che possono essere eseguiti solo dai soggetti nei confronti dei quali è stata adottata la regolazione; c) *regulation by economic instruments*, fondata su strumenti economici incentivanti o disincentivanti rispetto allo svolgimento di determinate attività; d) regolazione *command and control*, basata sull'imposizione di determinati standards nell'esercizio di

governativi e da organismi non governativi o di autoregolazione ai quali i governi hanno delegato poteri di regolazione¹¹⁰.

Tuttavia, non ogni volta che vi è una forma di disciplina o di ingerenza pubblica nell'economia si concreta il concetto di regolazione¹¹¹. Nelle forme di disciplina o ingerenza pubblica si ritrovano infatti tipicamente il ruolo di iniziativa o di decisione del governo o di altro organo politico, un processo di decisione informale, svolto in forme autoritative o negoziate, e la disciplina prodotta non è condizionale, tale da porre "regole del gioco" che dovranno essere rispettate dagli operatori del mercato, bensì di tipo finalistico, in quanto tende a porre o a raggiungere obiettivi. La regolazione intesa in senso stretto, invece, si concreta ove ricorrano l'indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice, l'affidamento ad essa di un unico compito, la richiamata natura condizionale della disciplina prodotta, una relazione trilaterale (come quella che viene instaurata, ad esempio, fra erogatori di servizi pubblici, consumatori e autorità di regolazione), la sottoposizione al principio del giusto procedimento e il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'autorità¹¹².

Consapevoli, quindi, dell'esistenza di un'accezione più limitata del termine "regolazione"¹¹³ che si contrappone a quella più lata utilizzata nelle scienze sociali, laddove il concetto si estende fino a comprendere tutti i meccanismi di controllo

una certa attività, la violazione dei quali è sanzionata da norme penali; e) regolazione per mezzo di *prior approval*, fondata sul divieto di intraprendere una determinata attività economica senza aver ottenuto una licenza o un'autorizzazione, previo possesso di determinati requisiti; f) regolazione per mezzo di *negative licencing*, basata sull'obbligo di comunicazione o notificazione all'autorità amministrativa dell'attività intrapresa, soggetta successivamente al controllo e a interventi correttivi o repressivi della stessa autorità; g) *self-regulation*, nell'ambito della quale sono i soggetti regolati che autodisciplinano la loro attività, rispondendo, eventualmente, ad apposite autorità di autoregolamentazione o seguendo *guidelines* fornite dalla pubblica autorità.

¹¹⁰ Cfr. OCSE, *La riforma della regolazione in Italia*, 2001, *passim*, sul quale v. G. DE VERGOTTINI, *Garanzie e poteri regolatori*, in *Studi parl. pol. cost.*, 2001, n. 132-133, 19 ss. Il dibattito sulla forme della regolazione si è avviato soprattutto in Inghilterra, negli anni Ottanta del secolo scorso, laddove si è assistito al sorgere delle *Regulatory Agencies* e al dilemma di base fra *Self-Regulation vs. Government Regulation*: per una panoramica del dibattito dell'epoca e per vari esempi di modelli regolativi adottati in più campi v. R. BALDWIN - C. MC CRUDDEN, *Regulation and Public Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987. Nella letteratura anglosassone possono vedersi, oltre ai classici saggi di S. BREYER, *Regulation and its Reform*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1982 e di S. BREYER - R. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Police*, Boston, Little Brown, 1985, A.E. KAHN, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, New York, Wiley, 1970; G. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Econ. Sc.*, 1971, 2; R.A. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, *ibidem*, 1974, 5, 335 ss.; G. STIGLER, *The Citizen and the State: Essays on Regulation*, University of Chicago, University of Chicago Press, 1975; S. PELTZMAN, *Towards a More General Theory of Regulation*, in *Journal of Law and Economics*, 1976, 19, 211 ss.; B.M. OWEN - R. BRAUETIGAN, *The Regulation Game*, Cambridge, Ballinger, 1978; B.T. MITNICK, *The Political Economy of Regulation*, New York, Columbia University Press, 1980; J.Q. WILSON, *The Politics of Regulation*, New York, Basic Books, 1980; E. BARDACH - R.A. KAGAN, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Philadelphia, Temple University Press, 1982; A. OGUS - C.G. VELJANOVSKI, *Readings in the Economics of Law and Regulation*, Oxford, Clarendon Press, 1984; T.K. MC GRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard, Harvard University Press, 1984; A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, cit.; H. SIMONETTI, *Autoregolamentazione e codici di condotta. Le esperienze dell'Italia e del Regno Unito*, in *Dir. e cultura*, 2002, 19 ss.

¹¹¹ Come chiarisce S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 2, 266.

¹¹² Così S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., 266.

¹¹³ Per P. SELZNICK, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R.G. NOLL (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985, è quella situazione in cui la regolazione è "a sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community has been referred to as expressing a central meaning."

sociale¹¹⁴, nell'esperienza italiana si è ben evidenziato¹¹⁵ che la disamina e l'inquadramento del concetto può essere ricondotto a due filoni principali.

Alcuni autori hanno infatti interpretato il fenomeno nei termini di un'evoluzione del rapporto fra Stato e sistema economico, sottolineando la natura amministrativa dei soggetti e dell'attività da questi svolta, e garantendo così, a livello di metodo, l'unitarietà del sistema dei poteri pubblici; altri autori, di contro, hanno contrapposto il tradizionale intervento dello Stato nell'economia alla novità istituzionale costituita dalla regolazione, assegnando alla stessa un'autonoma dignità teorica e dogmatica fino al punto da inquadrarla come un autonomo potere dello Stato, quasi una sorta di quarta funzione che, connotata dai caratteri della neutralità e dell'indipendenza tipici delle amministrazioni indipendenti, si aggiungeva alle tre funzioni tradizionali¹¹⁶.

In termini semplificati, la regolazione può inquadrarsi nei termini di un'evoluzione dell'attività amministrativa che realizza un adattamento strutturale del sistema giuridico al sistema economico, tenuti fermi alcuni elementi cardinali dell'ordinamento quali la neutralità della Costituzione rispetto alla scelta del modello economico e l'immodificabilità della parte non disponibile della Costituzione laddove sono consacrate le libertà fondamentali. In quest'ottica, la regolazione è stata ricostruita quale risposta alla crisi del *welfare state*, che si esplica ed è la conseguenza di una serie di interferenze fra il sistema sociale, il sistema economico, il sistema politico ed il sistema giuridico. Nella specie, le insoddisfazioni manifestate dal sistema sociale e dal sistema economico, che tenderebbe a conservare la propria logica sistemica imperniata sul principio concorrenziale, verrebbero recepite dal sistema politico che, mediante il sistema giuridico, apporta le opportune modifiche all'organizzazione pubblica dell'economia¹¹⁷: di guisa che l'attività legislativa si trasforma in attività formativa di norme di adeguamento alla dinamica di mercato¹¹⁸.

Il concetto generale di regolazione, di per sé quindi molto vasto, va delimitato, ai fini della disamina del tema che ci occupa, all'alternativa fra una disciplina composta da regole prodotte dagli stessi operatori del mercato ed una disciplina, invece, composta da norme prodotte da fonti esterne al mercato, onde cercare di individuare un possibile modello di sintesi fra tali opzioni regolative.

Occorre premettere, al riguardo, che l'alternativa fra autoregolazione ed eteronormazione non riflette nettamente la distinzione fra diritto privato e diritto pubblico. Le teorie pluralistiche della norma giuridica¹¹⁹, avendo ormai accolto l'idea che nella nozione di norma possono ricomprendersi anche regole di fonte non statale, hanno portato all'abbandono della prospettiva più tradizionale in base alla

¹¹⁴ Come evidenzia G. GIRAUDI, *La regolazione: il concetto, le teorie, le modalità. Verso una tipologia unificante*, cit., 61-62, in tale accezione vengono inclusi, oltre alle politiche pubbliche, anche i processi non intenzionali di produzione e riproduzione dell'ordine sociale. In quest'ottica, qualsiasi fattore in grado di produrre effetti sul comportamento individuale o collettivo può essere considerato uno strumento di regolazione, a prescindere dall'obbligatorietà legale della norma e dall'esistenza di procedure di controllo e di sanzione.

¹¹⁵ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 7 ss.

¹¹⁶ Così L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 9, che richiama a riguardo S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, a cura di C. Franchini e S. Cassese, 1996, 217 ss.; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115 ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, cit., 69 ss. Dal canto suo, l'Autrice sostiene la natura amministrativa della regolazione, il suo essere un'attività amministrativa di disciplina, controllo e coordinamento delle attività di privati, svolta da soggetti - le autorità amministrative indipendenti - che hanno una natura prettamente amministrativa.

¹¹⁷ Cfr. N. LONGOBARDI, "Amministrazioni indipendenti" e posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica, cit., 543.

¹¹⁸ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, cit., 16.

¹¹⁹ Per cui v. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.

quale la funzione regolamentare doveva essere attribuita al diritto pubblico, individuandosi di contro nel diritto privato un sistema decentrato di norme volte a favorire la costruzione delle relazioni fra privati, permettendo ad essi di determinare liberamente le modalità di svolgimento delle loro attività¹²⁰.

Del resto, un sistema binario di formazione del diritto basato sul contestuale apporto dell'autoregolazione e dell'eteronormazione, su cui si reggeva il governo della società, era stato presente fino alla crisi rivoluzionaria francese del 1789. Solo dopo quel momento, secondo gli storici del diritto, scompare il vecchio dualismo tra un'amministrazione dei governati a base essenzialmente consensualistica ed un'amministrazione sovrana diretta ad assicurare l'ordine sociale mediante l'impiego del comando e della coazione, in quanto la realizzazione di un omogeneo spazio nazionale, conseguente alla dissoluzione della società corporativistica, fa sì che all'amministrazione statale venga attribuito un carattere monistico fondato su un unico principio organizzativo¹²¹. In questa prospettiva la riserva allo Stato della produzione normativa ha rappresentato soltanto una reazione moderna ad una situazione di conflittualità fra diversi ordinamenti sociali, la risposta della *societas civilis* che si viene strutturando contro la politica di espropriazione dei diritti dei ceti¹²².

Nella realtà attuale, l'autoregolamentazione - nella terminologia anglosassone, *self-regulation* - consiste nell'attività di disciplina e controllo, attraverso regole, principi, codici di condotta e *best practices* svolta da uno o più organismi appositamente costituiti, di natura privatistica (cosiddette *self-regulatory organizations* - SRO), espressione degli interessi economici di una determinata industria o settore, al fine di soddisfare esigenze comuni agli operatori del mercato di riferimento ovvero di regolarne il comportamento¹²³. In questo senso, l'autoregolamentazione costituisce

¹²⁰ Ricorda N. BOBBIO, *Stato, governo e società*, Torino, Einaudi, 1985, 9, che la dicotomia fra pubblico e privato riflette l'avvenuta differenziazione sociale e, nel suo uso descrittivo, comprende anche la dicotomia fra società economica e società politica.

¹²¹ Cfr. L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 226-227.

¹²² Cfr. P.P. PORTINARO, *Stato*, Bologna, 1999, 112.

¹²³ Sul fenomeno dell'autoregolamentazione v. di recente, anche in rapporto alla crisi dello Stato, F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, n. 4, 543 ss.; G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, Torino, 2005, *passim*; L. FRANZESE, *Autoregolamentazione e sussidiarietà: oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo e della visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 271 ss. nonché, con specifico riferimento al diritto dei mercati, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 395 ss. e, nell'ottica del giusprivatista, F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000. Nella dottrina anglosassone, A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 15, 97 ss.; J. BLACK, *Constitutionalism and Self-Regulation*, in *The Modern Law Review*, January 1996, 27 ss.; A. PAGE, *Self-regulation: the constitutional dimension*, *ibidem*, 1996, 163 ss. Per alcuni esempi di autoregolamentazione v. P. ZATTI (a cura di), *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 1996; C. ALVISI, *Autonomia privata e autodisciplina sportiva*, Milano, 2000; ID., *Adversiting Regulation: the Basic Elements of a Self-Regulatory System*, in A.M. RABELLO - A. ZANOTTI, *Developments in European, Italian and Israeli law*, Milano, 2001; L. FRANZESE, *Autodisciplina e legge nel nuovo diritto dell'economia*, in *Jus*, 2002, 427 ss. nonché, sull'esperienza inglese, G. DE MINICO, *L'esperienza di autoregolazione nel Regno Unito*, cit.; ID., *A Hard Look at Self Regulation in U.K.*, in *European Business Law Review*, 2006, 1 e, a proposito dell'assetto del sistema televisivo britannico, in cui la disciplina della *BBC* è affidata all'autoregolamentazione da essa stessa prodotta, in osservanza soltanto di una *Royal Charter* e di un accordo stipulato con il Ministro competente, T. PROSSER, *Broadcasting reform in the UK*, relazione presentata nel maggio 2004 presso il Dipartimento di diritto dell'economia dell'Università "La Sapienza" di Roma. Anche il legislatore europeo riconosce che, a fronte di una regolamentazione formale, esistono "alternative, quali la coregolamentazione, l'autoregolamentazione o accordi fra le parti sociali, che a volte possono rivelarsi più efficaci": cfr. COM(2001) 79 del 7 febbraio 2001, *Realizzare il potenziale dell'Unione europea: consolidamento ed estensione della strategia di Lisbona*, 19. Riferisce delle forme di *self-management* dei *craftsmen* nell'Islam premoderno A. BLACK, *Subsidiarity in the Islamic World: an Alternative Model of Socio-political*

l'espressione di un'esigenza e di un potere dei privati di definire collettivamente le norme di azione e di relazione¹²⁴. Gli organismi di autoregolamentazione, la cui forma giuridica può rivestire carattere associativo ovvero societario¹²⁵, possono essere deputati, a seconda del grado di intervento previsto dall'oggetto sociale, a svolgere l'individuazione e la verifica degli attributi e delle condizioni economiche delle merci o servizi scambiati (funzione cosiddetta di "standardizzazione"), a provvedere all'applicazione dei contratti (funzione cosiddetta di "enforcement") mediante il controllo dei requisiti professionali, a verificare la sussistenza di garanzie di buona esecuzione, a irrogare le misure sanzionatorie o ad apprestare procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie¹²⁶, nonché a provvedere alla diffusione dell'informazione economica rilevante¹²⁷, adempiendo ad una funzione di *disclosure*¹²⁸. Con riguardo alle ragioni economiche del fenomeno, l'autoregolamentazione del mercato nasce dall'esigenza di minimizzare i costi di transazione, *sub specie* di costi di informazione e di costi di negoziazione, in seguito a *market failures*, dovute a diseconomie di scala o di rete, asimmetrie informative, esistenza di beni collettivi ovvero a inadeguatezza o eccessiva onerosità di strumenti di regolazione alternativi.

Dall'adozione di modelli di *self-regulation*, che ha ricevuto diverse ipotesi di ricostruzione sistematica ad opera soprattutto della dottrina anglosassone¹²⁹ e che

Order?, in P. BLICKLE - T.O. HÜGLIN - D. WYDUCKEL (Hrsg.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, cit., 82.

¹²⁴ Così F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, 552.

¹²⁵ La letteratura (v., *ex multis*, G. FERRARINI, *Verso un'autoregolazione della Borsa e degli altri mercati organizzati*, in *Banca impresa società*, 1996, 105 ss.; E. CARBONARA - C. SCARPA, *Autoregolazione, decentralizzazione e incentivi nella riforma dei mercati di borsa*, *ibidem*, 1996, 383 ss.; F. VELLA, *L'autoregolamentazione nella disciplina dei mercati mobiliari: il modello italiano*, *ibidem*, 1997, 3 ss.; C.S. PIRRONG, *Self-regulation of private organized markets*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, 1998) ha spesso analizzato il fenomeno delle borse-mercato regolamentate (borse merci e borse valori), organizzazioni imprenditoriali autoregolate - dotate di poteri gestionali, di autoregolamentazione, di intervento - volte a prestare un servizio che valga a ridurre i costi di transazione connessi con negoziazioni di merci e valori mobiliari.

¹²⁶ Tipico, a tal proposito, è il caso dell'*Ombudsman* bancario, istituito nel 1993 con il patrocinio dell'Associazione Bancaria Italiana e disciplinato dal regolamento allegato all'accordo interbancario per la costituzione dell'ufficio reclami della clientela e, appunto, dell'*Ombudsman*: cfr, in argomento, E. INCHINGOLO, *L'"ombudsman" bancario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, II, 36 ss.; G. CARRIERO, *L'"ombudsman" garante della correttezza bancaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 481 ss.; G. SANGIORGIO, *La realizzazione in Italia di sistemi di "alternative dispute resolution". Il caso dell'"ombudsman" bancario*, in AA.VV., *Studi in memoria di P. De Vecchis*, Roma, 1999; E. GABRIELLI, *L'incompetenza dell'"ombudsman" bancario (il "non liquet" dell'organismo di garanzia)*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1523 ss.; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2000, 340 ss.; G. CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Foro it.*, 2000, V, 88. Più in generale, sulla valorizzazione degli strumenti di "giustizia alternativa" in forme rimesse all'autonomia dei soggetti in lite v. F. CRISCUOLO, *Modello arbitrale e strumenti alternativi alla giustizia*, in *Riv. arb.*, 2000, 44 ss.; S. CHIARLONI, *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)*, in *Giur. it.*, 2000, 209 ss.

¹²⁷ V., ad esempio, F. CAPRIO, *Autoregolamentazione, informativa e tutela delle minoranze: profili economici*, in Assogestioni, *Quaderni di documentazione e ricerca*, 1996, n. 14, 79 ss.

¹²⁸ La tecnica normativa dell'autoregolamentazione è utilizzata, per conseguire i citati obiettivi, fin dai tempi del Medioevo, durante il quale, per quanto concerne il sistema dei pagamenti, le associazioni dei mercanti-banchieri, dei cambiavalute e di coloro che battevano moneta si davano regole comuni e condivise, senza mediazione della società politica, che contribuivano a formare la più generale *lex mercatoria* del tempo: cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1993, I, 21; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1998, 37.

¹²⁹ La *self-regulation* è stata accostata ora alla figura della cessione definitiva del potere normativo da parte dello Stato, quale titolare originario, ai privati (R. BAGGOT, *Regulatory reform in Britain: the changing face of self-regulation*, in *Publ. Adm.*, 1989, 67, XXX), ora alla figura della *delegation* di funzioni dallo Stato al privato, consentendo al privato di svolgere quelle attività che non rientrano a titolo originario nella sua sfera giuridica (C. GRAHAM, *Self-regulation*, in G. RICHARDSON - H. GENN (ed.), *Administrative law and government action*, Oxford, 1994, 190) ora, infine, al concetto di *reflexive law* o

può inquadarsi nella dimensione del diritto cosiddetto “poroso”¹³⁰, derivano una serie di vantaggi di tipo “cooperativo”, quali il conseguimento di una maggiore *expertise*, la standardizzazione dei contratti¹³¹, una maggiore flessibilità e rapidità delle procedure, un maggior coinvolgimento degli operatori, minori costi di controllo ed *enforcement*¹³². A fronte di tali vantaggi, tuttavia, ove si riscontri la presenza di inconvenienti quali gravi esternalità, forti eterogeneità degli interessi coinvolti, rischio di abbassamento del livello qualitativo dei prodotti e barriere all’entrata nel mercato di riferimento, soltanto un intervento pubblico può in definitiva garantire l’armonizzazione minima degli *standards* qualitativi, la repressione degli abusi di potere privato e, in genere, la competitività del sistema.

In questo quadro, il progressivo sviluppo del fenomeno dei codici di autodisciplina¹³³, adottati soprattutto dalle imprese per accrescere la fiducia degli investitori e dei consumatori, rivela che ormai sono gli operatori privati che provvedono a darsi le norme rispondenti alle loro istanze: mentre lo Stato e gli enti pubblici si ritirano dalla regolazione pervasiva della sfera economica, sono i privati a normativizzare le scelte e le decisioni d’impresa, contribuendo così anche allo spostamento dell’inflazione normativa dallo Stato alla società¹³⁴. Tali codici di autodisciplina adottati dai privati appaiono assumere anche un alto grado di oggettività una volta che vengono resi conoscibili, vincolando il soggetto che li ha emanati allo stesso modo delle norme dettate da autorità esterne¹³⁵.

Nell’esperienza attuale deve tuttavia osservarsi che i confini fra l’autoregolazione, *sub specie* delle forme brevemente descritte, e l’eteronormazione si palesano mutevoli e diversificati, anche in riferimento ai casi in cui il contenuto

di *autopoietic system*. Sull’applicazione dell’alternativa della *self-regulation* nel settore dei servizi finanziari nell’ordinamento inglese v. A.C. PAGE, *Financial Services: The Self-Regulatory Alternative?*, in R. BALDWIN - C. MC CRUDDEN, *Regulation and Public Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987, 298 ss.; M. TAGGART, *Reinvented Government, Traffic Lights and the Convergence of Public and Private Law. Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration*, in *Public Law*, 1999, 124 ss.; G.P. GILLIGAN, *Regulating the Financial Services Sector*, London, Kluwer Law International, 1999, 1-98, che ritiene che, nell’ambito della disciplina inglese dei mercati finanziari, il tradizionale modello di *self-regulation* sia stato insufficiente e che il modello statunitense di regolazione mista, in cui il controllo è affidato alla SEC, sia superiore.

¹³⁰ G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, cit., 211 ss.

¹³¹ V. sul punto, con riferimento al mercato finanziario, F. RECINE, *Politiche legislative e contrattazione standardizzata nel settore finanziario: European Master Agreement*, Quaderno di ricerca dell’Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi, Roma, 2003.

¹³² Può verificarsi, poi, anche una competizione tra più *self-regulatory organizations*, dalla quale possono derivare una maggiore efficienza a livello di sistema e un miglior soddisfacimento delle esigenze degli utenti.

¹³³ Sul concetto di autoregolazione basato su codici etici di comportamento e sull’appartenenza ad associazioni di categoria v. Y. DEZALAY, *Between the State, Law and the Market: The Social and Professional Stakes in the Construction of a Regulatory Arena*, in J. McCAHERY - W. BRATTON - S. PICCIOTTO - C. SCOTT (eds.), *International Regulatory Competition and Coordination*, Oxford, Oxford University Press, 1996 nonché, nell’esperienza italiana più recente, per il settore paradigmatico dei mercati finanziari, M. STELLA RICHTER JR., *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate e le novità legislative in materia di autoregolamentazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 150 ss.

¹³⁴ Così N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità “amministrativa” – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, 6, 693 ss.

¹³⁵ Nota sempre N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità “amministrativa” – codici di autodisciplina)*, cit., che “si scrive e si dice che questi codici derivano da libera scelta delle imprese, costituiscono espressione di autonomia, e in qualche modo si contrappongono alle norme dettate da autorità esterne. E, così, dicendo e scrivendo, forse si afferma il vero; ma vero è altresì che quelle norme, una volta poste, e conosciute o conoscibili dal pubblico, assumono un lato grado di oggettività, si fanno esterne al soggetto, e lo vincolano al pari di qualsiasi altra norma. Insomma ... la posizione di una norma non è mai innocua: essa esprime una libertà che si perde nel momento stesso in cui si esercita.”.

dell'autoregolazione sia assistito da un proprio apparato di *enforcement*¹³⁶. In questo senso la dottrina¹³⁷ distingue situazioni in cui si hanno in capo ai privati funzioni sia di autonormazione sia di autocontrollo; situazioni in cui vi è coesistenza di autonormazione ed eterocontrollo; situazioni in cui vi è eteronormazione ed autocontrollo; situazioni che vedono la compresenza di eteronormazione ed eterocontrollo. Un corretto metodo di analisi presuppone quindi la disamina dei nuovi modelli regolativi nella realtà del loro operare: non a caso la dottrina inglese che si è occupata dell'argomento ha infatti subito compreso che l'esame delle varie problematiche andava affrontato unendo l'approccio concettuale o dottrinale, l'approccio teorico e un approccio funzionale o istituzionale, concentrato sul contesto empirico che discende dall'applicazione della legge¹³⁸.

Intesa come modalità di produzione di norme da parte della società civile, è significativo che nelle riflessioni della Commissione europea sull'utilizzazione delle diverse tecniche di regolamentazione l'autoregolamentazione venga notevolmente valorizzata, anche in relazione al profilo della sussidiarietà. Nella disciplina comunitaria dei settori commerciali più innovativi, infatti, l'autoregolamentazione assume un ruolo sempre più ampio: basti pensare alla materia del commercio elettronico (art. 16 della direttiva 2000/31), alla materia della pubblicità commerciale (direttiva CEE 84/450), alla materia della sicurezza dei prodotti (direttiva CEE 92/59). La dottrina¹³⁹ in genere distingue tre tipologie procedurali attraverso cui il diritto comunitario fa riferimento all'autoregolamentazione: un procedimento cosiddetto *top-down*, nell'ambito del quale l'unione emana una direttiva che affida agli ordinamenti nazionali il compito di specificare la disciplina proprio mediante l'impiego dell'autoregolamentazione; un procedimento cosiddetto *bottom-up*, nell'ambito del quale le direttive comunitarie recepiscono la disciplina posta spontaneamente dagli attori sociali in via di autoregolamentazione; un procedimento misto in cui il contenuto dell'autoregolamentazione viene legittimato mediante l'adozione di una raccomandazione o di altro strumento normativo. Ciò testimonia una stretta interazione, a livello europeo, tra produzione pubblica e produzione privata di norme, laddove tuttavia la promozione dell'autoregolamentazione quale tecnica per l'armonizzazione si realizza sulla base della previa indicazione di principi uniformi, evitando così il rischio di disomogeneità regolative¹⁴⁰.

¹³⁶ Si ammette che l'apparato di coercizione associato al fenomeno autodisciplinare possa essere sia interno sia esterno alla istituzione che si autoregola: cfr. F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 99. Sul diverso e classico problema dell'esclusione del socio dall'associazione, in rapporto al tema dei poteri privati e del bilanciamento, all'interno dei corpi intermedi, fra autonomia dei gruppi e libertà dei singoli, v. H. SIMONETTI, *L'esclusione del socio dall'associazione tra regolamentazione statale ed autoregolamentazione privata: i limiti del controllo giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2005, I, 1821.

¹³⁷ Cfr. G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in AA.VV., *Le fonti di autodisciplina*, a cura di P. Zatti, Padova, 1996, 5.

¹³⁸ Chiariscono infatti Baldwin e Mc Crudden (*Regulation and Public Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987, 325-326), nelle conclusioni della loro analisi sulla nascita e l'operare delle *Regulatory Agencies* nell'ordinamento inglese, che essi hanno tentato di unire i tre approcci di analisi (quello concettuale-dottrinale, quello teorico e quello funzionale-istituzionale) "... into a more coherent view of agencies in their diversity, grounded in law and fact but conscious of theory."

¹³⁹ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, 562-563.

¹⁴⁰ In tema può vedersi, ad esempio, la materia dei codici di autodisciplina (cfr. G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea*, in AA.VV., *Scritti in memoria di P. De Vecchis*, II, Roma, 1999, 781 e G. CARRIERO, *Codici deontologici e tutela del risparmiatore*, in *Foro it.*, 2005, V, 196 ss.) ovvero l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti (Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento Europeo del 13 settembre 2001, C-255, ne *I contratti*, 2001, 943 ss.).

Anche nell'attuale evoluzione dell'ordinamento nazionale, la distinzione fra l'eteronormazione pubblicistica e l'autonomia privata risulta sfumata e destinata, probabilmente, a diventare sempre più labile¹⁴¹, in conseguenza del coinvolgimento e della compartecipazione dei privati all'attività di regolazione e della previsione di forme di autoregolamentazione dei privati, guidata o controllata da parte della pubblica autorità.

Una mediazione tra l'esigenza di una libera iniziativa privata e la necessità di una regolazione pubblica può esser rappresentata infatti dall'adozione di modelli di *audited self-regulation*, nell'ambito dei quali l'autoregolazione dei privati viene guidata e controllata dall'autorità pubblica¹⁴². Tuttavia, poiché anche l'attività di regolazione pubblica esterna può risultare imperfetta, potendosi configurare i rischi di "cattura" del regolatore¹⁴³ e di limitati incentivi all'efficienza e all'innovazione, l'individuazione di un'appropriata suddivisione di responsabilità tra *self-regulation* ed *external regulation* postula una preventiva analisi comparata di costi e benefici dei due strumenti di regolamentazione, effettuata caso per caso alla stregua del principio di ragionevolezza (*rule of reason*). Mediante l'adozione del modello intermedio dell'*audited self-regulation*, con il conseguente meccanismo della delega di competenze regolamentari ad appositi organismi privati, sotto la supervisione dell'autorità pubblica che impartisce principi e linee-guida chiari da seguire, risulterebbe possibile conseguire sia i vantaggi dell'autoregolamentazione, sia i benefici della regolazione pubblica esterna.

Anche nel caso della *audited self-regulation* viene riconosciuto un ruolo essenziale all'autorità pubblica che, con l'ausilio di opportuni meccanismi incentivanti, con la minaccia di intervento diretto e mediante l'esercizio di un continuo controllo, dovrebbe limitare i rischi derivanti da un'applicazione inadeguata o non conforme agli interessi pubblici, ovvero eccessivamente discrezionale dei principi-guida e dei regolamenti da parte delle organizzazioni di autodisciplina¹⁴⁴.

¹⁴¹ Descrive questa tendenza M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 16.

¹⁴² Si può ricordare che la dottrina pubblicistica anglosassone (J. BLACK, *Constitutionalism and Self-Regulation*, cit., 27) distingue quattro tipi di "coregolamentazione": "mandated self-regulation, in which a collective group, an industry or profession for example, is required or designated by government to formulate and enforce norms within a framework defined by the government, usually in broad terms; sanctioned self-regulation, in which the collective group itself formulates the regulation, which is the subject to government approval; coerced self-regulation, in which the industry itself formulates and imposes regulation but in response to threats by the government that if it does not the government will impose statutory regulation; and voluntary self-regulation, where there is no active state involvement, direct or indirect, in promoting or maintaining self-regulation.". Sul fenomeno della sollecitazione agli operatori del mercato ad autoregolarsi formulata da parte delle autorità di vigilanza e di regolazione di settore v., di recente, G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

¹⁴³ Parte della dottrina economica interpreta esplicitamente il fenomeno della regolazione come un'esigenza sorta dalla stessa industria per una propria autoprotezione: in questo senso, v. esplicitamente W.A. JORDAN, *Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation*, in *Journal of Law and Economics*, 1972, 15, 151 ss.

¹⁴⁴ La letteratura economica (cfr., *ex multis*, C. SCARPA, *The Theory of Quality Regulation and Self-Regulation*, in G. FIORENTINI - B. BORTOLOTTI (a cura di), *Organized Interests and Self-Regulation: An Economic Approach*, Oxford, 1999, 237 ss.) ritiene che, affinché un programma di autoregolamentazione possa funzionare, debbano verificarsi le seguenti condizioni: ripartizione chiara delle competenze tra regolatore pubblico e organismo di autodisciplina; adozione di regole chiare e oggettive; esperienza professionale adeguata sul mercato di riferimento; struttura di *governance* adeguata; rispetto della disciplina *antitrust*; riconoscimento all'autorità pubblica di poteri di intervento diretto, anche in via sostitutiva; possibilità accesso alla documentazione dell'organismo di autodisciplina; pubblicazione periodica delle decisioni rilevanti e adeguata *disclosure* verso il mercato; adozione di procedure informali e consensuali per la soluzione delle controversie, prevedendo il diritto di ricorrere presso l'autorità pubblica.

Vale la pena sottolineare fin da ora che, nell'ambito di tale modello, la massima importanza viene assegnata al consenso degli operatori regolati in ordine alla bontà della regolazione emanata: infatti soltanto se gli operatori sono consapevoli del fatto che la regolamentazione data risulta utile e funzionale al perseguimento dell'obiettivo del buon funzionamento del mercato di riferimento, essi la applicheranno in modo da determinare un livello di effettività della stessa tale da realizzare sia gli interessi dei privati, sia l'interesse pubblico al buon funzionamento del mercato¹⁴⁵.

L'ulteriore perfezionamento del modello di *audited self-regulation* ha consentito, ove adottato, di orientare e canalizzare nell'alveo della tutela dell'interesse pubblico le numerose iniziative di autoregolamentazione che gli operatori privati mettono sempre più in opera, anche su scala sovranazionale: si pensi, ad esempio, al modello della "*corporate social responsibility*"¹⁴⁶, mediante il quale le imprese tentano di recepire le istanze e di accreditarsi la fiducia dei consumatori, ovvero all'esperienza del *Global Compact*¹⁴⁷, nell'ambito del quale alcuni principi fondamentali di diritto internazionale pattizio in tema di diritti umani, lavoro e ambiente, una volta adottati, esplicano effetti giuridici non solo nei confronti degli Stati, secondo lo schema classico del diritto internazionale¹⁴⁸, bensì anche direttamente nei confronti delle imprese che, avendo dato la loro adesione, si sono vincolate a conformare la propria azione ai principi adottati.

L'apparente superamento "virtuoso" dell'alternativa fra autoregolazione ed eteronormazione mediante il perfezionamento del modello dell'*audited self-regulation* non consente, in realtà, di dichiararsi soddisfatti nella ricerca di una modalità di collegamento fra Stato e società che realizzi una opportuna sintesi fra spontaneità delle regole degli associati, autorità della legge ed effettività dell'ordinamento. I rischi di "cattura" del regolatore ostano, in effetti, a ritenere che la valutazione dell'interesse pubblico nella regolamentazione adottata possa considerarsi effettivamente neutrale nonché, nei casi in cui tale valutazione sia posta in capo ad autorità indipendenti, che queste siano legittimate democraticamente ad imporre regole non solo al settore regolato, ma anche alla generalità dei consociati.

4. Il problema del collegamento, a fini di produzione normativa, fra Stato e società nell'esperienza italiana: l'autoregolazione nel sistema delle fonti e il rapporto "tradizionale" con la legge.

¹⁴⁵ Secondo, ad esempio, C.A.E. GOODHART, *Moneta, informazione e incertezza*, Bologna, 1994, "indipendentemente dal tipo di regolazione scelto, la sua attuazione può difficilmente funzionare senza un considerevole consenso dei soggetti regolati". Di recente G. CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Foro it.*, 2000, V, 92, osserva che "la regola di autodisciplina, in quanto condivisa e fatta propria dai costituenti, risulta spesso maggiormente vincolante di quella imposta".

¹⁴⁶ Sul quale v. la comunicazione della Commissione delle Comunità europee COM(2002)347, relativa alla *Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile*, e V. HAUFLE, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Carnegie Endowment for International Peace, 2001.

¹⁴⁷ Di cui riferisce S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003, 253 ss.

¹⁴⁸ Che, come noto, prevede che siano gli Stati a provvedere a trasformare in diritto interno le norme internazionali pattizie, secondo il principio dualistico che "consente agli Stati sovrani di mantenere il controllo sugli individui sottoposti alla loro giurisdizione, decidendo se, e in che misura, le norme internazionali possono essere applicabili all'ordinamento interno, e stabilendo diritti e obblighi per i suoi soggetti" (A. CASSESE, *Diritto internazionale. I lineamenti*, Bologna, 2003, 24).

La crisi della legge quale strumento di regolazione, il mutamento del rapporto fra Stato e società e il conseguente nuovo strutturarsi delle fonti del diritto, in un processo ancora non compiuto e in corso di continua evoluzione, presuppongono a questo punto l'esame e lo scioglimento delle problematiche relative al rapporto fra autoregolamentazione e legge statale. Come si è avuto modo di constatare, multiforme appare la dialettica attuale fra normazione pubblica ed autoregolamentazione: in alcuni settori, ad esempio, vi è un ritorno alla legislazione, a causa di fallimenti dei sistemi di produzione privata delle regole¹⁴⁹; in altri settori, di contro, si assiste ad uno sviluppo dell'autoregolamentazione in sostituzione della fonte legislativa.

Sempre più spesso, comunque, la produzione pubblica e la produzione privata di norme non sono alternative, ma si palesano complementari¹⁵⁰. In quest'ottica, si afferma anche in via teorica l'idea che il rapporto dell'autoregolamentazione con le fonti di produzione pubbliche vada letto in chiave di complementarità piuttosto che di alternatività¹⁵¹.

In tali casi si assiste ad una cooperazione tra i soggetti deputati alla produzione di norme, ad una relazione cooperativa dell'autoregolamentazione che interagisce con la legge, come nel tipico caso in cui le regole adottate dai privati non sono alternative, ma valgono a specificare la regolamentazione di un'attività per lo svolgimento della quale la legge ha offerto un quadro di principi generali¹⁵².

I rischi che derivano allorchè discipline particolari, poste in via di autonormazione, si autoattribuiscono valenza generale sono evidenti: ciò si verifica tanto più quando i sottosistemi regolamentari sottintendono etiche diverse e contrastanti, nel cui caso l'incremento della conflittualità conseguente alla crescita della dimensione etica di regole diverse non può essere sintetizzato che da una mediazione pubblica¹⁵³.

¹⁴⁹ Si porta al riguardo, in genere, l'esempio della regolamentazione dei mercati finanziari nell'esperienza britannica, laddove ad una accentuata *self-regulation* ha fatto séguito, nella seconda metà degli anni '90, un ritorno alla normazione di produzione statale. Più di recente, sulla "ri-regolazione" del settore conseguente alla crisi finanziaria globale originata dalla vicenda dei mutui statunitensi cosiddetti *subprime* v. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, n. 11, 1083 ss. nonché, volendo, D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1, 45 ss.

¹⁵⁰ Ad esempio, come modello di co-regolazione comunitaria del tipo *bottom-up* si cita usualmente la procedura indicata dagli artt. 138 e 139 del Trattato CE (cfr. G. GIRAUDI, *La regolazione: il concetto, le teorie, le modalità. Verso una tipologia unificante*, in *Riv. it. polit. pubbl.*, 2004, n. 1, 74), che prevede il dialogo tra le parti sociali in guisa tale che possa condurre a relazioni contrattuali o accordi a livello comunitario.

¹⁵¹ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 4, 545.

¹⁵² I modelli di relazione fra legge ed autoregolamentazione sono analizzati chiaramente da F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., 574-575, che distingue fra modello competitivo, in cui l'autoregolamentazione funge da strumentario alternativo a quello predisposto dal legislatore, e modello cooperativo, in cui l'autoregolamentazione funge invece da disciplina di dettaglio che specifica i contenuti della regolamentazione pubblica.

¹⁵³ Su un piano più generale, si fa notare (S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, 2006, n. 5, 12) che, nella dialettica fra autoregolazione dei corpi intermedi ed attività regolativa dello Stato, le cosiddette "teorie della giustizia", fondate sulla priorità assoluta di diritti di libertà, pongono una serie di problemi alle ideologie della sussidiarietà. Nella specie la funzione riconosciuta ai corpi intermedi non potrebbe spingersi fino a comprimere gli strumenti che consentono a ciascun singolo individuo di perseguire liberamente i propri scopi (la dotazione di cosiddetti "beni principali"), ponendosi al riguardo due questioni fondamentali: per un verso l'autonomia dei corpi intermedi, derivanti dall'applicazione del principio di sussidiarietà, dovrebbe essere limitata con riferimento alle procedure di decisione relative all'organizzazione interna e al rapporto con i soggetti esterni alla formazione sociale, in quanto esse sarebbero idonee a comprimere il "bene principale" della

Nondimeno, potrebbe apparire problematica la funzione di sintesi che si vuole assegnare alla legge statale, considerando che l'evoluzione del contenuto e dell'applicazione della legge la rende sempre più espressione di interessi particolari e, quindi, di ordinamenti particolari. In questo senso la legge, non essendo più espressione della volontà generale della Nazione, e non rappresentando quindi più un ordinamento generale, non potrebbe prestarsi ad una funzione di sintesi di ordinamenti particolari.

Anzi, come ritiene taluno¹⁵⁴, si è di fronte ad una assimilazione della legge all'autoregolamentazione, in quanto pur essendo differenziate proceduralmente, sarebbero divenute espressioni entrambe di ordinamenti particolari e, come tali, funzionalmente omogenee. Ciò tralasciando la considerazione che, in casi estremi, l'autoregolamentazione parrebbe avere caratteristiche di maggiore uniformità rispetto alla legge statale, in quanto la prima nasce da un'esigenza di normazione legata ad un gruppo sociale omogeneo, mentre la seconda, sotto la pressione degli interessi particolari, tende a rappresentare soltanto specifici e contingenti interessi particolari. Tuttavia, anche chi muove da queste considerazioni ritiene che sia legittimo aspirare ad una legge capace di sintetizzare la mediazione fra interessi individuando, pur nella pluralità attuale dei luoghi di mediazione di tali interessi, opportuni sistemi di sintesi normativa¹⁵⁵.

Ciò considerato, è comunque pacifico che, affinché l'autoregolamentazione possa divenire complementare al sistema pubblico di produzione normativa, debba esservi una forma di legittimazione o di riconoscimento da parte di una norma di legge oppure una legittimazione per via giurisprudenziale.

Infatti, allorché la fonte di autoregolamentazione vuole diventare regolamentazione con contenuto ad efficacia generale, ci si trova di fronte ad un problema di legittimazione e di efficacia dell'atto nei confronti di terzi che non hanno partecipato alla definizione della norma o alla procedura diretta ad individuare il soggetto competente ad emanare la norma. In tali casi, la giuridicità della norma deriva dal consenso del destinatario, espresso *ex ante* attraverso sistemi di rappresentanza (è il caso della legge) ovvero *ex post* attraverso la manifestazione di volontà del destinatario di volersi avvalere della norma¹⁵⁶. E' questa una mera applicazione del principio secondo cui la produzione di effetti giuridici nella sfera di un

libertà, senza che possa intervenire la norma di derivazione pubblica esplicando la sua capacità conformativa; per altro verso, il riconoscimento ai corpi intermedi di un ruolo più consistente potrebbe accentuare le condizioni di disuguaglianza interna degli stessi corpi sociali particolari, in conseguenza della rinuncia dello Stato a modellarne la configurazione originaria.

¹⁵⁴ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., 549.

¹⁵⁵ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., *ibidem*.

¹⁵⁶ Al riguardo si può ricordare la tesi sostenuta da F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., 576, che distingue due tipi di codici di autoregolamentazione: un primo tipo ideato per divenire disciplina generale applicabile *erga omnes*; un secondo tipo che invece nasce con la finalità di operare per un numero ristretto di destinatari tendenzialmente coincidenti con quelli che in modo diretto o indiretto hanno sottoscritto il codice. il primo tipo di codice necessita di una legittimazione formale fornita dalla legge (qualora, ad esempio, il legislatore richieda l'adozione di tali codici fissando i principi cui essi devono ispirarsi) ovvero necessita di un consenso prestato anche successivamente da coloro che intendono sottostare alla sua disciplina. il secondo tipo di codice, invece, opera come regolamento privato fino quando vuole disciplinare solo l'attività svolta all'interno di una organizzazione particolare, mentre deve configurarsi come contratto a favore di terzo quando voglia disciplinare anche i rapporti con i terzi. Secondo tale pacifica ricostruzione si esclude ovviamente la possibilità che i codici di autodisciplina possano regolare rapporti con i terzi imponendo loro obblighi a prescindere dalla prestazione del consenso. secondo l'A., una ricostruzione del fenomeno in questi termini, dovrebbe ridurre il rischio che la partecipazione collettiva alla produzione privata di norme si possa risolvere, in definitiva, in uno strumento di legittimazione di alcuni gruppi sociali a danno di altri, ledendo i principi di democrazia e di eguaglianza che stanno a base delle società regolate giuridicamente e del relativo sistema di fonti del diritto.

soggetto deve essere direttamente o indirettamente riconducibile ad una qualche forma di partecipazione o di espressione di consenso da parte di questo. Non sarebbe possibile che regole prodotte da gruppi sociali particolari divengano regole generali senza risultare conformi a procedure democratiche, consistendo in ciò il problema della legittimazione dell'autoregolamentazione a divenire disciplina generale.

Entro questi termini si può pervenire al riconoscimento dell'autoregolamentazione come fonte del diritto, conformemente al principio di legalità costituzionale inteso come principio di garanzia delle fonti. In quest'ottica, dunque, la legge continua a rappresentare il luogo di definizione e della mediazione fra interessi e fra ordinamenti particolari; la fonte legislativa, considerata come un compiuto sistema di garanzie, deve costituire sempre il riferimento necessario per la legittimazione della produzione di norme aventi effetto *erga omnes*.

5. La configurabilità di un modello regolatorio di sintesi fra eteronormazione e autoregolazione: la sussunzione per legem delle regole formate dai privati alla luce di una nozione "aperta" del principio di sussidiarietà orizzontale.

Se si concorda, quindi, sulla necessità che la legge divenga il luogo di definizione della compatibilità tra i diversi ordinamenti privati nonché fra gli ordinamenti pubblici e quelli privati, occorre tuttavia considerare che l'utilizzo a tal fine della legge ordinaria potrebbe non essere del tutto conferente, in quanto tale fonte si presenta in effetti quale tipica espressione di un ordinamento particolare, quello statale. La definizione della compatibilità tra i diversi ordinamenti privati, nonché fra gli ordinamenti pubblici e quelli privati, potrebbe invece essere utilmente operata avvalendosi del riferimento costituzionale rappresentato dal principio di sussidiarietà orizzontale che, operando mediante il dispiegamento di regole di compatibilità che agiscono sul piano della cooperazione¹⁵⁷, potrebbe consentire una composizione anche non gerarchica dei conflitti.

L'utilizzo del principio di sussidiarietà orizzontale in quest'ottica pare auspicabile per tradurre il principio in applicazioni concrete che, presupposte nel testo costituzionale, abbisognano pure di uno svolgimento pratico che le inveri¹⁵⁸. Ove si valorizzi - come ha opportunamente fatto la giuspubblicistica tedesca¹⁵⁹ - il principio di sussidiarietà quale collegamento e principio regolativo dei rapporti fra Stato e società, e partendo dalla nozione di sussidiarietà orizzontale che si ricava dal testo costituzionale¹⁶⁰, si dovrebbe pervenire ad una definizione giuridica del principio dal

¹⁵⁷ Cfr. F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, cit., 574.

¹⁵⁸ Secondo quanto notava J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un «principio speranza» per il diritto costituzionale comune europeo?*, in *Foro it.*, 1996, V, 184 ss., "il valore del principio di sussidiarietà a livello nazionale e comunitario dipende tuttavia non soltanto dal testo (della Costituzione, *n.d.a.*), ma anche dallo spirito e dalle pratiche. L'interpretazione del principio richiede non soltanto una cultura filologica, ma anche la capacità di tradurlo in applicazioni concrete. Ben venga comunque se con essa riesca infine a rendere più comprensibile la costituzione stessa."

¹⁵⁹ Il riferimento è, in particolare, all'elaborazione di J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, cit., *passim*.

¹⁶⁰ Sulla quale v. C. ROSSANO, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2006, 288, secondo cui, collegata la nuova normativa costituzionale ai principi fondamentali sanciti dagli artt. 2 e 3, comma secondo, Cost., "... l'intervento della Pubblica Autorità deve quindi favorire l'attività dei singoli e delle formazioni sociali nello svolgimento di attività di interesse generale, rimuovendo gli ostacoli che ad essa si frappongono ed intervenire in sua sostituzione o con strumenti di vigilanza e controllo quando oggettivamente e secondo criteri di razionalità lo richiedono esigenze di efficienza e di efficacia."

carattere “aperto”, inteso sempre come “principio relazionale”¹⁶¹, che aiuti nella disamina delle nuove strutture regolative. Tenuto conto di tutti questi profili, si trova conferma - a mio avviso - che l’applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale ha effetti anche sul piano delle fonti del diritto¹⁶². Del resto, lo stesso riconoscimento del principio anche nella legge n. 131 del 2003 apporta una base costituzionale al fenomeno della sussidiarietà nella normazione¹⁶³, legittimando ulteriormente l’autoregolamentazione dei privati, che però, qualora intenda esplicitare effetti nei confronti di terzi, va sussunta, nei suoi contenuti, dalla fonte legislativa statale.

La “formula” della sussidiarietà orizzontale costituzionalizzata dall’art. 118, ultimo comma, della Carta fondamentale in seguito alle modifiche apportate al titolo V della stessa, si presta bene a rappresentare la dimensione di base del nuovo sistema, configurandosi come “principio ordinatore di relazioni istituzionali”¹⁶⁴ e assurgendo concretamente a principio regolatore del formarsi della giuridicità nelle relazioni tra soggetti o corpi di diversa matrice sociale¹⁶⁵.

In quest’ottica è invece proprio lo Stato che, mediante l’esercizio della propria sovranità e mediante l’utilizzo della formula della sussidiarietà¹⁶⁶, garantisce il pluralismo giuridico provvedendo a comporre, con lo strumento legislativo, gli interessi contrapposti dei vari gruppi sociali¹⁶⁷. Il ruolo dello Stato, come istituzione

¹⁶¹ A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 609.

¹⁶² Non concordandosi, quindi, con quanti ritengono che il principio di sussidiarietà investe, all’interno dell’ordinamento italiano, esclusivamente il campo amministrativo: cfr., ad esempio, M. COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 91. Ritiene che il terreno d’elezione del principio di sussidiarietà sia proprio quello delle fonti F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, cit., 392. Sul rapporto fra principio di sussidiarietà e fonti del diritto v. A.L. TARASCO, *La consuetudine nell’ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, 2003, 71 ss. e F. MERUSI, *Il diritto sussidiario dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 88 ss. nonché, più in generale, sull’operare della sussidiarietà nel sistema delle fonti, A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori*, Padova, 2003.

¹⁶³ Così C. ALVISI, *Commento sub art. 7*, in P. CAVALIERI - E. LAMARQUE (a cura di), *L’attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge “La Loggia” (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, 2004, 180.

¹⁶⁴ G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in AA.VV., *Problemi attuali della “sussidiarietà”*, a cura di E. De Marco, Milano, 2005, 33.

¹⁶⁵ Così G. BERTI, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, cit., 32. Osserva, più in generale, che la sussidiarietà vuole essere un modo per favorire il pluralismo C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 1, 97.

¹⁶⁶ Rileva A. CARRINO, *Oltre l’Occidente. Critica della Costituzione europea*, cit., 176, che “... soltanto in un quadro di competenze responsabili e gerarchizzate, fondate su una decisione politica originaria funzionale ad un progetto politico e su una struttura articolata di egemonia, la sussidiarietà può funzionare come espressione di un’organizzazione democratica e partecipativa della società, superando la contraddizione insita nel principio stesso, l’essere cioè al tempo stesso espressione dell’individualismo e freno alle conseguenze disgreganti dell’individualismo medesimo.”

¹⁶⁷ Così, a proposito della teoria pluralistica di Ernst Fraenkel, V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel*, cit., 106, secondo il quale “... il contesto teorico individuato da Fraenkel riconosce allo Stato un ruolo fondamentale, quello di risolvere la contrapposizione degli interessi di cui sono portatori i gruppi sociali ... in tal modo lo Stato garantisce l’ordine pluralistico, facendo rispettare il codice dei valori.”. Rilevando l’indispensabilità della categoria della sovranità al fine dell’instaurazione e della conservazione di un ordine pluralistico, osserva ancora R. BIFULCO, *Il contributo di Ernst Fraenkel alla teoria pluralistica*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, cit., 82, che “... il fondamento teorico di questa coesistenza di sovranità (dello Stato) e pluralismo dei gruppi sociali va ricercata nella visione ... che Fraenkel ha del bene comune. Si è detto delle difficoltà del procedimento di realizzazione del bene comune in una società caratterizzata dall’autonomia e dalla eterogeneità degli interessi. Solo riconoscendo che lo Stato è un gruppo sui generis, solo quindi opponendosi alla teoria laskiana che pone lo Stato allo stesso livello

sovraordinata rispetto alle altre istituzioni presenti nella società, risiede proprio nel comporre gli eventuali conflitti fra le altre, diverse istituzioni¹⁶⁸. Il modello della sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati varrebbe quindi, in tale prospettiva, a rendere stabile il “pluralismo giuridico instabile”¹⁶⁹ che caratterizza il diritto della globalizzazione, espressione dell’ordine economico che il mercato continuamente propone.

Tale modello, sotto il profilo dell’ordinamento delle fonti in sistema, esprime la propria capacità di sintesi in quanto riduce ad una sola fonte - quella statale - una serie di regole prodotte da una serie di molteplici fonti: differenziandosi in ciò, pertanto, dal modello del diritto comune, in cui gli ordinamenti locali e speciali (le norme delle corporazioni di mestiere, gli statuti delle città e delle comunità del contado, le *coutumes* locali e regionali, i *fueros*, i *Landrechte*) coesistevano con il diritto principesco e regio¹⁷⁰, ma non ne erano sussunti¹⁷¹. E’ bene osservare, in via preliminare, che il fenomeno della sussunzione legislativa di regole formate dai privati, operando direttamente sul piano delle fonti, va distinto sia dalla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo¹⁷² e, più in generale, alle decisioni pubbliche¹⁷³, sia dalle classiche forme di esercizio privato di attività amministrative¹⁷⁴, sia, infine, da

degli altri gruppi sociali, la contrapposizione degli interessi può risolversi in una superiore sintesi. Lo Stato sovrano non è altro che il mezzo per realizzare la sintesi. Può quindi affermarsi che l’attribuzione allo Stato della qualità di sovrano, riconoscendo quindi la sua specificità come gruppo, deriva dall’esigenza funzionale di garantire l’ordine pluralistico.”

¹⁶⁸ Già E. FRAENKEL, *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto* (1964), in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, cit., 15, osservava che “... ispirati da Gierke, i primi pluralisti inglesi hanno visto nello Stato non primariamente un’unione di persone che come individui isolati appartengono alla comunità statale; essi videro nello Stato piuttosto un’unione di individui che appartengono allo Stato come membri di diversi gruppi ognuno dei quali conduce la propria vita. Lo Stato stesso rappresenta per loro un gruppo tra molti altri, tuttavia un gruppo particolare che persegue un fine comune molto più intenso di tutti gli altri gruppi, che lo obbliga in particolare a comporre i conflitti tra i gruppi e a difendere gli individui contro la eventuale tirannia degli stessi.”

¹⁶⁹ L’espressione è di M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, *passim*.

¹⁷⁰ Cfr. in tema, da ultimo, A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessione sul declino e sulla rinascita di un modello*, in *Foro it.*, 1996, V, 15.

¹⁷¹ E differenziandosi, quindi, anche dal tipo di sussidiarietà spontanea che caratterizzava la storia islamica pre-moderna, e dal conseguente rapporto di simbiosi che si veniva ad instaurare con l’autorità statale, di cui riferisce A. BLACK, *Subsidiarity in the Islamic World: an Alternative Model of Socio-political Order?*, in P. BLICKLE - T.O. HÜGLIN - D. WYDUCKEL (Hrsg.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, cit., 82. Secondo l’Autore, “... self-management was most developed in the craft guilds, which, as in Europe, originated partly as religious brotherhoods. Master-craftsmen elected from among themselves a council of “the six”; this was headed by a shaykh (spiritual leader) and warden, whose job it was to implement guild rules and maintain good relations with the government. The guild’s officials were confirmed by the kadi, its regulations were inspected by the sultan. Craftsmen could remove their warden; and they resisted government intervention in their elections. Here then there was symbiosis between a spontaneous social movement and the authorities, in that the government tended to cooperate with the guilds in support of traditional working practices. But none of these phenomena of subsidiarity were expressed in political theory; they had no ideological basis.”

¹⁷² Va ricordato al riguardo come, specialmente dopo le modificazioni da ultimo apportate alla legge n. 241 del 1990 mediante l’introduzione, da parte dell’art. 6 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, dell’art. 10-bis, la forma di contraddittorio che può ora instaurarsi tra amministrazione e cittadino consenta di configurare non più soltanto un sistema di garanzie per il privato nei confronti dell’amministrazione, ma un vero e proprio esercizio attivo dei diritti di libertà: cfr. F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della “demarchia” secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 550.

¹⁷³ Per cui v., da ultimo, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 s.

¹⁷⁴ Cfr., al riguardo, G. NAPOLITANO, *L’esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006.

ipotesi di democrazia partecipativa¹⁷⁵, anche qualora nell'ambito di queste ultime si rinvenissero disposizioni che possano concorrere a legittimare fattispecie di democrazia partecipativa già emerse in modo spontaneo sul territorio¹⁷⁶.

Anche in settori ad elevata complessità tecnica ed economica e a rapida evoluzione tecnologica, quale ad esempio quello dei mercati bancario e finanziario, il modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati appare poter offrire al regolatore pubblico un'efficace ed efficiente alternativa regolatoria rispetto alla scelta tradizionale fra lo strumento legislativo, che garantisce la giusta certezza ma non la necessaria elasticità delle norme così poste, e lo strumento della delega di poteri alle autorità indipendenti di regolazione e di vigilanza¹⁷⁷, che espone l'ordinamento al rischio di una pericolosa perdita della garanzia della legalità sostanziale¹⁷⁸. La sussunzione da parte della legge delle regole, anche tecniche, elaborate direttamente dai privati operatori del mercato di riferimento fa invece sì che si possa coniugare l'esigenza di certezza del diritto e la salvaguardia del principio di legalità sostanziale con la capacità di adattare il sistema normativo rispetto a materie dal contenuto tecnico e spesso oscuro ai non specialisti, nonché in massimo grado mutevole.

Esaminati tutti tali profili, il modello della sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati potrebbe essere interpretato come una risposta tecnica allo scollamento fra istituzioni e società¹⁷⁹, alla crisi dello Stato e alla crisi della legge quale

¹⁷⁵ Sul tema della democrazia partecipativa v., *ex multis*, G. COTTURRI, *La democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, 2005, 27 ss.; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 779 ss.; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive", Firenze, 2-3 aprile 2009.

¹⁷⁶ E' il caso, ad esempio, della legge 1° agosto 2003, n. 206 che reca "Disposizioni per il riconoscimento della funzione sociale svolta dagli oratori e dagli enti che svolgono attività similari e per la valorizzazione del loro ruolo". Tale provvedimento legislativo tende a valorizzare, nell'ottica di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, un sistema a rete già applicato nella realtà sociale, senza recepirne tuttavia le relative regole ma limitandosi a concedere, in sostanza, un'agevolazione di carattere fiscale, considerando a tutti gli effetti opere di urbanizzazione secondaria, quali pertinenze degli edifici di culto, gli immobili e le attrezzature fisse destinate alle attività di oratorio e similari e disponendo che le corrispondenti minori entrate, ragguagliate per ciascun comune al corrispondente gettito ICI riscosso nell'esercizio 2002, siano rimborsate al comune dallo Stato (a livello regionale v., nello stesso campo, la l.r. Calabria n. 16 del 2001, intitolata "Riconoscimento e valorizzazione della funzione sociale svolta dalla comunità cristiana e dagli operatori parrocchiali nell'ambito del percorso formativo della persona"; la l.r. Lazio n. 13 del 2001, recante "Riconoscimento della funzione sociale ed educativa degli oratori"; la l.r. n. 16 del 2004 Liguria, recante "Interventi regionali per la valorizzazione della funzione sociale ed educativa svolta dagli oratori e da enti religiosi che svolgono attività similari"; la l.r. n. 28 del 2004 Umbria, su "Riconoscimento e valorizzazione della funzione sociale, educativa e formativa svolta dalle parrocchie mediante gli oratori"; la l.r. n. 31 del 2008 Marche, contenente "Interventi per la valorizzazione della funzione sociale ed educativa svolta dagli oratori e dagli enti religiosi che svolgono attività similari").

¹⁷⁷ Per quanto concerne, in particolare, il settore bancario e finanziario la dottrina ha fatto sempre notare l'ampio ricorso alla delegificazione, alla delega di poteri normativi e alla cosiddetta "amministrativizzazione" della produzione normativa che lo caratterizza: v., *ex multis*, F. CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, in *Quaderni di ricerca giuridica* della Consulenza legale della Banca d'Italia, 1986, n. 3, 13 e M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impr. soc.*, 2003, 1, 46-47.

¹⁷⁸ Cfr. al riguardo, in generale, L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 3, 885 ss.

¹⁷⁹ Si può ricordare come, attualmente, la dottrina più sensibile e innovativa tenta di individuare forme e modi nuovi per superare la crisi dello Stato e della legge e per eliminare – o almeno ridurre – il progressivo scollamento che si verifica tra Stato e società. Ad esempio A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, 2003, individua nell'operare della consuetudine un rimedio specifico, evidenziando in particolare "... l'esigenza di concepire il procedimento di formazione e abrogazione della norma statutale non come monopolio del

strumento principe di espressione della sovranità statale, non potendosi concordare qui, fra l'altro, con quelle ricostruzioni che vedono invece nell'istituzione e nell'operato delle Autorità indipendenti un efficace tentativo di rispondere, in modo "tecnico", a tali fenomeni di crisi¹⁸⁰, poiché sganciate dal processo di formazione della regola nell'ambito del circuito democratico-rappresentativo previsto dalla Costituzione, dal quale esse sono escluse¹⁸¹. La sussunzione da parte della fonte statale di regole elaborate e già osservate volontariamente dai privati potrebbe anche evitare il rischio - pure ricorrente - che le norme dell'ordinamento positivo possano essere sì valide, ma non efficaci, in quanto non effettivamente applicate e osservate dai destinatari delle stesse¹⁸².

Il nuovo ruolo che si riconoscerebbe allo Stato, nel modello così configurato di sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati, consiste pertanto, tramite la sussunzione dei vari "diritti" manifestazione del pluralismo sociale e normativo dell'epoca attuale, nel sintetizzare, recependole, sistematizzandole e

legislatore, ma come la risultante di un'azione che veda coinvolti tutti i soggetti dell'ordinamento: organi amministrativi, giudiziari e, principalmente, la comunità di cittadini, di cui ogni potere costituisce espressione. Similmente deve concepirsi l'attività amministrativa, che non può non nutrirsi dell'intervento dei privati nella formazione di atti e provvedimenti; e ciò non solo per vie istituzionali (come negli accordi sostitutivi ed integrativi del provvedimento), ma anche attraverso fatti consuetudinari, che ne esaltino il protagonismo e, in definitiva, il controllo politico sull'operato amministrativo ... Rispetto alle esigenze di partecipazione autenticamente democratica caratteristiche dello Stato contemporaneo (*rectius*, dell'età contemporanea), il riconoscimento della consuetudine quale espressione del popolo e delle sue molteplici articolazioni (nazionali o locali, istituzionali o spontanee) potrebbe rappresentare una delle soluzioni in grado di colmare il vuoto apertosi tra società e istituzioni, tra rappresentati e rappresentanti, correggendo l'ordinamento in tutti quei punti che non rispettano pienamente il principio costituzionale per cui la sovranità risiede nel popolo ... (69-71)". Di tal guisa l'Autore ritiene che " ... non possa escludersi a priori il diretto ruolo del popolo nel processo innovativo dell'ordinamento, allo stesso modo in cui non può negarsi che il popolo eserciti la propria sovranità in modo diffuso, intervenendo nell'esercizio delle funzioni fondamentali dello Stato ora indirettamente ... ora direttamente, divenendo attore principale e non solo soggetto rappresentato, sia a livello nazionale che locale. In tal senso, consuetudine e desuetudine potrebbero configurarsi come gli strumenti con cui il popolo partecipa direttamente alla formazione ed abrogazione della norma ... (254)". Così argomentando, l'Autore considera " ... non del tutto ingenua l'idea di lasciare più ampi spazi di autonomia normativa alla lenta ma pacata evoluzione della collettività: la regola consuetudinaria ha il vantaggio del "contatto immediato con lo spirito collettivo" ... il riferimento ad un diritto formato dalla comunità di cittadini potrebbe, invece, essere fonte di un più sicuro collegamento tra norme ed interessi della società, o quanto meno di una parte di questa ... (309)".

¹⁸⁰ V. in tal senso, ad esempio, R. RORDORF, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, 2000, fasc. 5, V, 146, secondo il quale "... negli ordinamenti europei continentali, improntati al modello napoleonico dello Stato forte e molto centralizzato ... l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti appare piuttosto come un tentativo di risposta "tecnica" alla crisi della sovranità dello Stato, non più in grado di dominare con strumenti di valenza politica generale i contrasti di interesse dei gruppi diversi in cui la società si compone.". Per un bilancio del modello delle autorità indipendenti v., da ultimo, l'acuta analisi di M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.

¹⁸¹ Sulla dubbia compatibilità con il sistema dei principi costituzionali dell'esercizio di funzioni di indirizzo non collegate al circuito democratico-rappresentativo e sulla mancanza di legittimazione democratica e di collegamento con il circuito della responsabilità politica, con riguardo al caso specifico dell'autorità di vigilanza bancaria, sia consentito il rinvio a D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007, *passim*.

¹⁸² Senza voler qui indulgere, comunque, agli eccessi delle dottrine giusrealistiche, che riducono la validità a mera efficacia della norma.

“legalizzandole”¹⁸³, le diverse istanze di pluralismo e le differenziazioni che emergono dai vari vissuti della società¹⁸⁴.

Il discorso che si viene sviluppando può trovare una prima conferma anche nella prospettiva dell’analisi istituzionistica, che intende lo sviluppo di un sistema sociale come il risultato dell’operare di una pluralità di istituzioni di carattere prevalentemente “economico” e “sociale”, unite da una rete di relazioni che connettono l’economia alla società¹⁸⁵.

Anche in tale prospettiva, è constatazione diffusa che nell’attuale momento storico, forse più che in altri, si avverte la cesura fra la realtà economica e sociale e la decisione politica: l’una sfera che vive di regole private proprie, l’altra che non riesce a tenere il passo con le evoluzioni e le esigenze sempre rinnovate della prima. Si constata, ad esempio, l’inettitudine della legge all’innovazione giuridica, soprattutto nel contesto di un’economia globale in continua trasformazione che necessita di strumenti flessibili di adeguamento del diritto ai repentini mutamenti della realtà, spesso in antitesi con la rigidità dello strumento normativo statale¹⁸⁶.

Si pone come necessaria allora, anche e forse soprattutto nella prospettiva dell’analisi istituzionistica, almeno la ricerca di un modello di regolazione istituzionale di sintesi, che riesca a coniugare il principio di legalità, espressione principe della decisione politica, con il principio di effettività delle regole che governano le transazioni e i rapporti di natura economica: che riesca, cioè, a realizzare la sempre difficile sintesi di autorità e libertà.

In quest’ottica, è recente l’autorevole invito allo svolgimento di una rinnovata analisi istituzionale, di un esame delle cause e degli effetti che sono alla base dei dinamismi istituzionali della società attuale, di una ricerca delle modalità di governo delle istituzioni¹⁸⁷. Se è vero che in ogni istituzione, a qualsiasi livello, si formano delle rigidità, quali effetti di una causa duratura, in grado di esercitare un’influenza dominante e di imprimere una direzione costante ai rapporti che ad essa si collegano, la ricerca delle rigidità risulta essenziale per la comprensione dell’evoluzione delle istituzioni¹⁸⁸. Le rigidità producono effetti anche sulle istituzioni da cui una di esse sia

¹⁸³ Non si può, nel contempo, escludere che tale fenomeno conduca anche ad un’adattamento delle organizzazioni dei pubblici poteri alle esigenze delle istituzioni della società: già M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 403, notava che “... le nuove forze sociali emerse hanno adattato alle proprie esigenze le organizzazioni e le attività dei pubblici poteri.”

¹⁸⁴ Spunti in tale direzione si possono rinvenire, del resto, nei più avanzati studi sul *legal pluralism*: osserva ad esempio R.A. MACDONALD, *Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1998, XV, 1, 84, che “... the point of legal pluralism is not to pluralize authority within States by pluralizing States and sub-States; it is to relativize State authority as an expression of social pluralism and cultural diversity.” Secondo V. ATRIPALDI, *La Costituzione economica tra “patto” e “transizioni”*, in AA.VV., *Governi ed economia*, a cura di V. Atripaldi, G. Garofalo, C. Gnesutta, P.F. Lotito, Padova, 1998, 13, “... l’affermazione dell’istanza pluralistica si configura sempre più come una modalità di rappresentazione del polo sociale. Tutto ciò comporta che, al di là delle scelte normative statocentriche o sociocentriche, Stato e società non possono essere considerati come una sorta di unità concluse, in quanto, attraverso processi di integrazione reciproca appaiono sempre più “mescolate fra di loro”... “.

¹⁸⁵ La rete di relazioni - che connette nella complessiva struttura istituzionale fattori di per sé lontani ed estranei, quali, ad esempio, le risorse naturali e i valori morali - è ben descritta, anche con l’efficace aiuto di grafici, da C. GNESUTTA, *Introduzione all’economia*, Roma, Carocci, 2005, 47.

¹⁸⁶ G. BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 2005, 503, che richiama le considerazioni di F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, cit., *passim*.

¹⁸⁷ G. GUARINO, *L’uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005, 134, 143. Per una lettura in senso neoistituzionalista del fenomeno giuridico v., di recente, M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

¹⁸⁸ G. GUARINO, *L’uomo-istituzione*, cit., 136.

partecipata, o di cui sia partecipe; anche nei molteplici rapporti esterni che ogni istituzione intrattiene con istituzioni estranee al proprio ambito si inseriscono rigidità¹⁸⁹.

Atteso che le normative giuridiche introducono elementi di rigidità per la loro stessa natura¹⁹⁰, una delle rigidità più ricorrenti è rappresentata dalla normazione dell'istituzione superiore - lo Stato - che viene solitamente imposta all'istituzione inferiore¹⁹¹, che pure spesso si dota di un suo proprio ordinamento in via di autoregolamentazione. In particolare, la contrapposizione fra il diritto posto direttamente dallo Stato e le norme create e osservate dai privati in forza di una loro condivisa autoregolamentazione¹⁹² possono rivelare spesso conflittualità sociali e fenomeni di "lotta fra le istituzioni"¹⁹³ che, se non ordinati in sistema, rischiano a lungo andare di degenerare in un pluralismo non virtuoso, bensì caotico e ingovernabile.

Anche dal punto di vista dell'analisi istituzionalistica del fenomeno giuridico, pertanto, appare opportuna una riflessione alla ricerca di un modello di regolazione istituzionale che permetta di superare la descritta rigidità, operandone una sintesi mediante la sussunzione, da parte dell'istituzione superiore, della normazione già adottata dall'istituzione inferiore, che viene in tal modo resa cogente *erga omnes* e operante anche nei confronti delle altre istituzioni, acquistando un suo spazio vitale nella più complessiva "rete delle istituzioni".

6. *Alcuni esempi: a) la disciplina sanzionatoria dell'emissione illecita degli assegni recata dal d.lgs. n. 507 del 1999.*

A questo punto, risulta opportuno rintracciare alcuni esempi di diritto positivo al fine di illustrare il funzionamento del modello di regolazione che si va esaminando e per identificare poi alcuni profili problematici.

Il modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati appare potersi rinvenire, in primo luogo, nel sistema previsto dal d.lgs. n. 507

¹⁸⁹ *Op. ult. cit.*, 128.

¹⁹⁰ *Op. ult. cit.*, 120.

¹⁹¹ Nello stesso pensiero di Santi Romano, come noto, si rinviene la distinzione tra istituzioni più ampie, che possono comprendere istituzioni meno ampie, e tra istituzioni sovraordinate rispetto ad altre che stanno in rapporto di subordinazione. Critico, sul punto, appare F. MODUGNO, voce *Istituzione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, 89, secondo il quale il Romano, dopo aver evidenziato la "sunità" dell'istituzione, intesa come indipendenza e autonomia da qualsivoglia altra entità, "... contraddittoriamente, di fronte alla contrastante realtà, tempera quest'assolutezza, con la distinzione tra istituzioni perfette e imperfette, sottolineando che l'autonomia "non deve essere assoluta" (ma può poi esserci un'autonomia assoluta?), e che sono concepibili non solo istituzioni più ampie e comprendenti istituzioni meno ampie, ma addirittura istituzioni sopraordinate ad altre ad esse subordinate.". Sulla tesi secondo la quale, nell'ambito di una riconosciuta pluralità degli ordinamenti giuridici, si distinguerebbe e preverrebbe quello dello Stato v. anche l'opinione di N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 3, 1029, secondo il quale "... resta però ancora da vedere se l'antica battaglia degli istituzionalisti contro lo statalismo non risulti poi, alla prova dei fatti, più apparente che reale, nella misura in cui dall'affermata pluralità degli ordinamenti giuridici si scivola quasi sempre nella più o meno esplicita tesi che vi è un ordinamento più giuridico (o più organizzato) degli altri, che è appunto quello dello Stato.".

¹⁹² In particolare nei settori economici: cfr. F. DE LY, *Lex mercatoria (new law merchant): globalization and international self-regulation*, in *Dir. comm. intern.*, 2000, 3, 555 ss.

¹⁹³ Ricorda S. D'ALBERGO, *Il potere sociale nella dottrina di S. Romano*, in AA.VV., *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, 1977, 204, che "... Santi Romano poneva in campo nel valutare l'ordinamento giuridico, cioè il diritto e lo Stato, la conflittualità degli interessi sociali organizzati, sicchè nell'istituzione veniva identificata con analisi da giurista l'espressione organizzativa della propensione dei soggetti sociali confliggenti a sviluppare con la lotta la logica della contraddizione".

del 1999 di centralizzazione pubblica delle informazioni sui rischi di pagamento¹⁹⁴, nell'ambito del quale lo Stato provvede a sussumere, nelle forme della legge, quei poteri privati che si erano spontaneamente formati per libera iniziativa degli operatori, creando e utilizzando le cosiddette centrali dei rischi informative private, quale esplicitazione di una moderna sussidiarietà orizzontale, al fine di assicurare un buon funzionamento del mercato stesso, in funzione di tutela degli interessi pubblici del settore¹⁹⁵.

Allorquando le regole create dalla società civile - nella specie relative alle centrali dei rischi private - vengono giudicate utili per il perseguimento degli interessi pubblici di un dato settore, ecco che allora esso vengono sussunte con legge¹⁹⁶ e, quindi, permeate delle garanzie recate dal principio di legalità, essendo solo la legge a poter determinare l'ambito di incisione dei diritti dei singoli derivante dall'applicazione, pure ad opera dei privati, delle regole - anche di carattere sanzionatorio - recate dal nuovo sistema¹⁹⁷.

L'affidamento della tutela dell'ordine pubblico del mercato ai privati, operata dal d.lgs n. 507 del 1999 con riferimento alla nuova disciplina sanzionatoria dell'emissione illecita degli assegni e alla centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento mediante assegni e carte, consente di ipotizzare - nel caso di specie - la configurazione, alla luce del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, di un modello di sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati, volendosi con tale espressione indicare un sistema di fonti nel quale la legge sussume una serie di regole che i privati si sono già dati nell'ambito di un'autoregolamentazione di interessi concernenti uno specifico settore dell'attività economica svolta.

¹⁹⁴ In tema sia consentito il rinvio a D. SICLARI, *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento*, Padova, 2006.

¹⁹⁵ Può risultare utile evidenziare come il modello empirico preso in considerazione, benchè di recente attivazione normativa, presenti un'applicazione effettiva già vasta: infatti, secondo la *Relazione* del Governatore della Banca d'Italia sull'esercizio 2007 all'Assemblea generale ordinaria dei partecipanti al capitale, Roma, 2008, 222, alla fine del 2007 risultavano iscritti nell'archivio informatico 85.327 soggetti e gli assegni bancari e postali revocati per mancanza di fondi o di autorizzazione erano pari a 333.315, per un importo totale di 1.224 milioni di euro.

¹⁹⁶ Il modello che si configura appare quindi strutturalmente diverso da quello tratteggiato da G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, cit., part. 128, 226, nel quale lo Stato orienta in anticipo gli sviluppi dell'azione regolativa dei sottosistemi sociali.

¹⁹⁷ Al riguardo, si può ricordare l'autorevole opinione secondo la quale il gruppo associato avrebbe il potere di stabilire in via normativa e generale le sanzioni, ma non avrebbe, di contro, il potere di giudicare l'associato e di infliggergli le conseguenti, previste sanzioni: C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 24. Studi di analisi economica del diritto hanno potuto inoltre osservare, a livello empirico, che il lasciare ai privati la scelta dell'applicazione della sanzione produce un equilibrio sub-ottimale in punto di efficacia dell'attività di *enforcement*: risultando pertanto opportuno accoppiare ad un processo decentralizzato di formazione delle regole un meccanismo di *law enforcement* pubblico e centralizzato. Al riguardo osserva infatti F. PARISI, *Sources of Law and the Institutional Design of Lawmaking*, in *Journal of Public Finance and Public Choice*, cit., 119, che "... more serious collective action problems emerge in the enforcement of spontaneous norms. If the enforcement of norms is left to the private initiative of individual members of the group, a large number of cases will be characterized by a suboptimal level of enforcement. Punishing violators of a norm creates a public good because of the special and general deterrent effect of the penalty. Yet imposition of the penalty is left to the private initiative, punishers would be willing to enforce norms only to the point which the private marginal cost of enforcement equals its private marginal benefit. This equilibrium obviously diverges from the social optimum, where enforcement would be carried out until the marginal cost equals the social, rather than private, marginal benefit. In sum, collective action problems may be pervasive in the enforcement of customary rules, with a consequential risk that enforcement will be suboptimal. This conclusion suggests that the decentralized process of law formation may be successfully coupled with a centralized mechanism of law enforcement. In this way, the advantages that customary sources have in gathering diffuse information will be available, free from the collective action problems that typically affect decentralized processes of law enforcement."

Tali regole, sussunte dalla legge, concretano e, in qualche modo, sostituiscono il tradizionale esercizio, da parte dei pubblici poteri, di una tipica funzione pubblica, qual è quella della tutela dell'ordine pubblico del mercato che, prima della riforma recata dal d.lgs. n. 507 del 1999, era perseguita addirittura mediante una disciplina di tipo penale.

Nel nuovo modello regolatorio, l'esercizio della funzione di tutela dell'ordine pubblico del mercato - nella specie, quello dei pagamenti - è affidata *in toto* ai privati: sono infatti gli intermediari bancari e finanziari che provvedono a iscrivere i cattivi pagatori nell'archivio informatico pubblico; sono gli stessi intermediari che provvedono ad applicare nei confronti dei cattivi pagatori, mediante la previa consultazione delle risultanze dell'archivio, la nuova misura interdittiva della revoca di sistema all'emissione di assegni; sono i privati che, prima di accettare pagamenti con assegni o carte di credito e di debito, possono acquistare consapevolezza dell'affidabilità e della solvibilità della controparte negoziale mediante la consultazione dell'archivio, escludendo i cattivi pagatori dal circuito dei pagamenti e contribuendo così indirettamente ad accrescere la sicurezza dei traffici commerciali.

Un tale modello di regolazione diventa legittimo e non intrusivo allorchè il legislatore sussume e regola con legge un'attività che i privati già esercitavano e di cui essi stessi avevano posto le regole, avendola ritenuta idonea a conseguire un'equilibrata regolazione degli interessi del settore: è il caso, nella specie, dell'attività relativa alla condivisione delle informazioni sui rischi di credito, che già da tempo i privati realizzavano mediante l'operato delle centrali dei rischi private.

Configurata in tali termini, la sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati si rende necessitata per legittimare appunto con legge i poteri autoritativi che i privati esercitano – pure per il perseguimento di interessi pubblici - nei confronti di altri privati, evitando così il rischio di abusi di potere privato. Oltre che necessitata, la scelta di un tale sistema si rivela a ben vedere anche opportuna, poichè è preferibile che la previsione e l'applicazione delle sanzioni sia comunque determinata dalla legge, anche per il problema di carattere eminentemente pratico di assicurare un adeguato grado di *enforcement* delle stesse¹⁹⁸, ove l'*enforcement* delle regole venga opportunamente considerato una componente stessa del complessivo regime regolatorio¹⁹⁹ in quanto, laddove esso sia carente, viene minata in radice anche l'effettività della tutela dei vari interessi pubblici e privati che agiscono all'interno del funzionamento dei mercati²⁰⁰. La sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati appare inoltre qui presentare il vantaggio di porre una regolazione pubblica il cui contenuto risulta naturalmente già condiviso, quanto ai fini e alle modalità, dai privati che ne diventano gli esecutori e i destinatari, conservandosene così la spontanea effettività.

L'analisi del sistema di centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento nell'ottica di un modello di sussunzione legislativa di regole formate dai privati ha dato modo, nel contempo, di osservare l'evoluzione dei modi di esplicazione di una funzione pubblica tradizionale, qual è la tutela dell'ordine pubblico del mercato, sempre prevista e legittimata dalla legge ma il cui esercizio viene sostanzialmente affidato ai privati operatori dello stesso mercato di riferimento.

¹⁹⁸ In tema v. da ultimo P. STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008.

¹⁹⁹ Secondo S. AMOROSINO, *I modelli delle vigilanze pubblicistiche sui mercati finanziari*, in *Bancaria*, 2005, 3, 36, la nozione di *regulatory regime* sarebbe fra l'altro la risultante dell'interazione tra le regole e l'*enforcement* delle regole stesse.

²⁰⁰ Da più parti si ritiene che nell'ordinamento italiano vi sia uno scarso *enforcement* delle regole, piuttosto che una carenza legislativa delle stesse: cfr. ad esempio G. FERRARINI – P. GIUDICI, *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, ECGI - Law Working Paper No. 40/2005, May 2005.

La trasformazione della funzione riguarda qui anche la definizione della stessa, in quanto, nel sistema in esame, sono sostanzialmente i privati che ne hanno predeterminato il contenuto in via di autoregolamentazione, poi sussunta dalla legge: in questo senso, ad esempio, la misura interdittiva della revoca di sistema all'emissione di assegni, che costituisce una delle espressioni sintomatiche della funzione, ha sostanzialmente preso il posto della revoca delle convenzioni di assegno che gli intermediari bancari comminavano alla clientela ritenuta, in base ad una serie di informazioni assunte anche dalle centrali dei rischi private, non più affidabile e meritevole di ulteriore credito.

Sotto tale profilo, si può quindi rilevare come nell'ambito del funzionamento concreto di modelli di sussunzione legislativa si verifichi anche una trasformazione della funzione, laddove l'azione dei pubblici poteri diventa residuale non solo nell'esercizio, ma anche nella definizione del contenuto della stessa funzione che - a differenza che nel recente passato - viene preventivamente configurata dai privati in via di autoregolamentazione, sulla base delle esigenze di tutela dei propri interessi e di quelli del mercato di riferimento, e poi sussunta dal legislatore, ove ritenuta idonea anche alla tutela degli interessi pubblici inerenti al regolare funzionamento dello stesso mercato.

A livello di interessi tutelati, anzi, il nuovo sistema di centralizzazione delle informazioni evidenzia una convergenza dell'interesse pubblico al regolare funzionamento del sistema dei pagamenti e dell'interesse dei privati operatori del mercato a fare affidamento sulla solvibilità e sulla certezza del pagamento della controparte negoziale, che si realizza mediante la medesima modalità di tutela, consistente nell'eliminazione automatica dal mercato dei cattivi pagatori, quale effetto di legge, e nella conoscibilità di una serie di informazioni che riguardano fattispecie di irregolarità nei pagamenti.

7. segue: b) la sussunzione legislativa di procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie create dai privati al fine di assoggettarle a valori fondamentali dell'ordinamento nel d.lgs. n. 253 del 2000.

Si può in questa sede solo accennare ad altri provvedimenti legislativi che hanno sussunto esperienze di regole formate dai privati, valutandole nel primo assiologico dei valori fondamentali dell'ordinamento e, se del caso, modificandole di conseguenza.

Rimanendo nel settore del sistema dei pagamenti - che, stante la necessità di governare giuridicamente le innovazioni tecnologiche di specie, sembra uno dei settori meglio deputati alle sperimentazioni di nuovi modelli regolativi - si può portare l'esempio della sussunzione legislativa di procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie create dai privati operata dal d.lgs. n. 253 del 2000, al fine di assoggettarle a valori fondamentali dell'ordinamento.

In breve, i privati avevano creato in via di autoregolamentazione, fin dal 1993, delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie insorte nel settore bancario, che si sostanziavano nell'istituzione del noto *Ombudsman* bancario e nella possibilità per la clientela di ricorrervi, una volta adito l'ufficio reclami della propria

banca²⁰¹. A tale procedura di risoluzione stragiudiziale era possibile fare ricorso anche per le controversie inerenti all'esecuzione di bonifici transfrontalieri.

Il legislatore comunitario, nella cui competenza precipua ricadeva la materia degli ordini di pagamento eseguiti fra Stati membri in forma di bonifico, aveva emanato una direttiva²⁰² con la quale imponeva agli Stati membri di assicurare l'esistenza di procedure di reclamo e ricorso adeguate ed efficaci, aventi determinati requisiti di imparzialità e di rappresentanza dei clienti, per la soluzione delle eventuali controversie tra un contraente ordinante un bonifico e la sua controparte bancaria o tra un beneficiario e il suo intermediario bancario, utilizzando le eventuali procedure esistenti²⁰³.

Nell'ordinamento nazionale, la procedura di risoluzione delle controversie esistente, creata dall'autoregolazione dei consociati e incardinata sull'operatività dell'*Ombudsman*, non sembrava presentare, tuttavia, il requisito dell'imparzialità né, soprattutto, il requisito della rappresentanza dei clienti²⁰⁴, in quanto la composizione dell'organo non prevedeva la presenza di rappresentanti dei fruitori dei servizi bancari e finanziari, quali esponenti della classe di soggetti che l'organismo sarebbe deputato a tutelare, differenziandosi così nettamente dagli organismi tipici di conciliazione giudiziale, composti da rappresentanti delle parti in conflitto²⁰⁵.

²⁰¹ L'*Ombudsman* bancario, come noto, è un organismo collegiale istituito nel 1993 con l' "Accordo interbancario per la costituzione dell'Ufficio reclami della clientela e dell'Ombudsman bancario", disciplinato dal regolamento allegato al detto accordo interbancario. Definisce espressamente l'*Ombudsman* bancario in termini di "iniziativa di associazione di imprese" R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, 2003, V, 165 ss., sub nota 61.

²⁰² Direttiva 97/5/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997 sui bonifici transfrontalieri.

²⁰³ V. l'art. 10 della direttiva (Soluzione delle controversie).

²⁰⁴ Benché l'Accordo interbancario fosse stato modificato al fine di recepire la Raccomandazione della Commissione CE del 30 marzo 1998 (98/257/CE), riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Tale provvedimento raccomandava l'adozione di sette principi minimi, ai quali gli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie avrebbero dovuto ispirarsi (fra i quali il principio del contraddittorio, la trasparenza della procedura e l'indipendenza dell'organo).

²⁰⁵ Rileva puntualmente G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'"ombudsman" bancario*, cit., 90, che "... in realtà, pare che l'ombudsman bancario italiano poco abbia in comune con organismi di conciliazione ed arbitrato. In primo luogo per la sua stessa composizione, facendone parte, oltre al presidente, nominato dal governatore della Banca d'Italia, due membri di nomina Abi ed altri due membri, rispettivamente in rappresentanza del Consiglio nazionale forense e del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti. L'assenza di rappresentanti dei fruitori dei servizi bancari e finanziari, cioè di esponenti del ceto che l'organismo è deputato a proteggere, evidenzia nettamente la diversità di questo soggetto da organismi di tipo conciliativo, composti, com'è noto, da rappresentanti delle parti in conflitto. Mette conto, in proposito, piuttosto rammentare che, in linea con la raccomandazione comunitaria (la quale ritiene che l'indipendenza dell'organo sia, tra l'altro, garantita dalla circostanza che i membri designati godano di mandato irrevocabile e di durata sufficientemente ampia), le modifiche alla circolare hanno eliminato il previgente limite di una sola conferma all'incarico triennale ed introdotto la norma che prevede che nessuno dei componenti debba aver svolto, nel triennio precedente la nomina, attività di lavoro subordinato o autonomo avente caratteristica di collaborazione coordinata e continuativa presso l'Abi e/o presso associati alla stessa. Non può, in secondo luogo, assimilarsi all'arbitrato perché, tra le condizioni di procedibilità, v'è l'espressa menzione che le controversie per le quali viene investito l'ombudsman «non siano state già portate all'esame dell'autorità giudiziaria o di un collegio arbitrale» (art. 7, lett. a). Infine, mentre nell'arbitrato «le parti si affidano concordemente al giudizio di un terzo privato e tale affidamento è fatto a pari condizioni, nel senso che entrambe rinunciano a far valere le loro ragioni in un giudizio ordinario, ... nel regolamento è invece stabilito che la decisione dell'ombudsman è vincolante per la banca (art. 10), mentre il cliente, oltre a non essere privato, pure in pendenza del ricorso all'ombudsman, del diritto di investire della controversia l'autorità giudiziaria ovvero, quando sia previsto, il collegio arbitrale (art. 14), potrà sempre, anche dopo la decisione dell'ombudsman, se non si ritenga soddisfatto, adire quelle sedi di giudizio per

Il legislatore nazionale, pertanto, con il provvedimento di attuazione nell'ordinamento interno della direttiva comunitaria ha disposto, con riguardo alle controversie relative a bonifici transfrontalieri, l'obbligatorietà dell'istituzione di tali procedure, già esistenti nella forma dell'Ombudsman bancario, stabilendo però nel contempo che le stesse procedure si dovessero informare ai principi dell'imparzialità e della rappresentatività dei soggetti interessati.

Nella specie, l'art. 8 del d.lgs. n. 253 del 2000 ha stabilito, in tema di soluzione delle controversie, che a fronte dell'esecuzione di operazioni di bonifico transfrontaliero le banche²⁰⁶, anche per il tramite delle associazioni di categoria, sono tenute ad assicurare adeguate ed efficaci procedure di reclamo per la soluzione delle controversie tra l'ordinante e il beneficiario e gli enti medesimi.

Il comma 2 dello stesso articolo dispone poi che con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ora dell'economia e delle finanze), su proposta della Banca d'Italia, devono essere determinati i criteri di svolgimento delle procedure di reclamo e di composizione dell'organo decidente i reclami, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati²⁰⁷.

L'atto normativo ha così sussunto il meccanismo di tutela già creato dalla società e operante nel settore di specie, correggendolo tuttavia e modificandolo alla luce di riconosciuti valori dell'ordinamento, costituiti, nella specie, dai requisiti dell'imparzialità e della rappresentatività delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie²⁰⁸, che risultavano assenti nell'autoregolazione dei consociati.

far valere le proprie ragioni»".

²⁰⁶ Nonché ogni persona fisica o giuridica che nell'ambito della propria attività effettua bonifici transfrontalieri.

²⁰⁷ Viene specificato inoltre che le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione e l'effettività della tutela. Il decreto ministeriale di attuazione 13 dicembre 2001, n. 456 ha stabilito, all'art. 3 (Composizione degli organi) che l'atto di autoregolamentazione preveda che: a) gli organi preposti alla decisione delle controversie sono composti da un Presidente e da almeno quattro membri e comunque da un numero dispari di componenti; b) il presidente è nominato dal Governatore della Banca d'Italia tra persone di riconosciuta professionalità e indipendenza; c) almeno due membri sono nominati dagli enti o dalle loro associazioni di categoria; d) almeno un membro è nominato dagli enti o dalle loro associazioni di categoria su designazione delle associazioni dei consumatori e almeno un membro su designazione delle associazioni rappresentative delle altre categorie di clienti; e) la designazione dei componenti rappresentativi dei consumatori è affidata ad almeno tre associazioni di categoria, prescelte dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti di cui all'articolo 4 della legge 30 luglio 1998, n. 281, tra quelle iscritte nell'elenco di cui all'articolo 5 della medesima legge, ovvero allo stesso Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti; f) la designazione dei componenti rappresentativi delle altre categorie di clienti è affidata ad almeno due associazioni, prescelte dagli enti o dalle loro associazioni, che raccolgono un significativo numero di aderenti, che abbiano svolto attività continuativa nei tre anni precedenti e che siano presenti su una porzione significativa del territorio nazionale; g) sia assicurata la presenza di membri rappresentativi dei clienti in numero paritetico rispetto ai membri rappresentativi degli enti o delle loro associazioni; h) i membri devono essere in possesso di adeguati requisiti di esperienza e professionalità, in particolare in materia giuridica; i) non possono essere nominati membri coloro che, nel triennio precedente, abbiano ricoperto cariche o svolto attività di lavoro subordinato, ovvero autonomo, avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli enti e le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o di altre categorie di clienti; l) il presidente rimane in carica cinque anni con mandato non rinnovabile o rinnovabile una sola volta. I membri del collegio rimangono in carica tre anni, con mandato non rinnovabile o rinnovabile una sola volta. Il presidente e i membri non sono revocabili, se non per giusta causa.

²⁰⁸ Sul principio generale dell'imparzialità del giudice v., *ex multis*, E. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193 ss.; Id., *L'imparzialità del giudice*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979; R. ROMBOLI, *Tutela dell'imparzialità del giudice e inoppugnabilità della decisione sulla ricusazione*, in *Foro it.*, 1984, I, 958 ss.; A. GIARDA, *Imparzialità del giudice e*

Il modello che in tal guisa si configura si differenzia, pertanto, dal fenomeno relativo all'esperienza di taluni codici di autodisciplina promossi, in adempimento di apposite previsioni di legge, da Autorità indipendenti e poi controllati dalle stesse Autorità al fine di verificarne la conformità alle prescrizioni di legge e dei regolamenti²⁰⁹. In tali casi, invero, pure considerati innovativi dalla dottrina che se ne è occupata e che ne ha rintracciato la matrice europea²¹⁰, l'autoregolazione è promossa dal legislatore statale ma non è da questo sussunta con lo strumento legislativo, bensì solo verificata dall'autorità amministrativa competente mediante un controllo di legalità delle norme relative, escludendosi che la stessa autorità possa apportare direttamente modificazioni o integrazioni dei codici²¹¹.

8. segue: c) *la sussunzione legislativa di "metodi" elaborati da privati e l'imposizione ex lege di regole ai fini della loro condivisione nella legge n. 166 del 2005.*

Rimanendo sempre nel settore del sistema dei pagamenti, si può riscontrare anche una sorta di sussunzione legislativa di "metodi", e non di regole già definite,

difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità, in *Il giusto processo*, Atti del Convegno tenuto in Salerno, 11-13 ottobre 1996, Milano, 1998; L.P. COMOGLIO, *Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica del "giusto processo"*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, Milano, 2005.

²⁰⁹ Il riferimento è, ad esempio, all'art. 12 del Codice in materia di dati personali, recato dal d.lgs. n. 196 del 2003, a mente del quale il Garante promuove nell'ambito delle categorie interessate, nell'osservanza del principio di rappresentatività e tenendo conto dei criteri direttivi delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa sul trattamento di dati personali, la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, ne verifica la conformità alle leggi e ai regolamenti anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto. I codici sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana a cura del Garante e, con decreto del Ministro della giustizia, sono riportati nell'allegato A) del Codice. Il rispetto delle disposizioni contenute nei codici di deontologia e di buona condotta costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici. Secondo P. BILANCIA - F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 148 ss., i quali ritengono che il fenomeno assuma un certo rilievo nel sistema generale delle fonti del diritto, "... si dà impulso, così, ad una produzione normativa proveniente dagli interessati, un'autodisciplina, per altro, promossa e controllata da un'Autorità indipendente e che si configura sempre come espressione di autonomia delle categorie interessate, ma alle quali è la legge ad attribuire o riconoscere potestà di carattere normativo ... Lo Stato quindi, non solo non ignora ciò che altrimenti potrebbe essere definito un ordinamento privato (in quanto espressione di autonomia *lato sensu* dei privati), ma ne prevede la necessaria istituzione e applicazione, proprio per la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti ... Si tratta quindi di un potere regolamentare attribuito ad un segmento di società interessato ma, questa volta, sotto l'egida di un'Autorità indipendente, potere la cui legittimazione non è quindi di natura politica ma deriva da un insieme di neutralità e competenza tecnica (Garante) e rappresentazione degli interessi organizzati (organismi delle categorie interessate). Questa "potestà normativa", per altro, non potrebbe essere riassunta o riassorbita - ad esempio - dal potere regolamentare governativo se non tramite una legge ...".

²¹⁰ P. BILANCIA - F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 152. Gli stessi Autori osservano (153) che "... si potrebbe pensare, quindi, per alcuni limitati settori, ad una riarticolazione del sistema normativo che esula dal tradizionale sistema delle fonti, con, da una parte la tradizionale regolazione autoritativa (di principio) di derivazione politica, e dall'altra gli interventi formalmente o sostanzialmente normativi di derivazione tecnico-rappresentativa di interessi quali quelli derivanti da Autorità indipendenti avulse da espressioni di indirizzo politico, e talora integrati da forme di autodisciplina, frutto di rappresentazione degli interessi del settore. E questa integrazione, che in realtà può rappresentare il corpo vitale della normativa in materia, gode di una flessibilità (modificabilità) che rende possibile il suo adeguamento alle esigenze degli interessi sociali rappresentati."

²¹¹ P. BILANCIA - F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 150.

elaborati da privati, ai fini di una loro applicazione generalizzata in funzione di tutela del buon andamento del mercato.

Il modello empirico cui si fa riferimento è configurato, nella specie, dalla legge 17 agosto 2005, n. 166²¹², che ha previsto l'istituzione presso il Ministero dell'economia e delle finanze di un sistema di prevenzione, sul piano amministrativo, delle frodi effettuate mediante l'utilizzo di carte di pagamento²¹³. Il meccanismo si basa, in breve, sul funzionamento di un archivio informatico tenuto presso il Ministero, nel quale le società emittenti carte di pagamento²¹⁴ sono tenute a iscrivere i dati relativi ai pagamenti non riconosciuti dai titolari della carta e i dati relativi agli esercizi commerciali presso i quali si sono verificate le frodi²¹⁵.

La consultazione dei dati consente in tal modo alle società emittenti di conoscere tutte le transazioni che sono state rifiutate dai titolari delle carte, superando quello che oggi rappresenta il punto critico nell'attività di prevenzione, poiché attualmente ogni società emittente può rilevare una transazione irregolare solo relativamente alle carte di propria emissione, restando invece all'oscuro sulla sorte delle operazioni avvenute con carte di pagamento emesse da altre società²¹⁶.

²¹² Pubblicata nella G.U. 22 agosto 2005, n. 194.

²¹³ Sul recente fenomeno delle frodi nel corso del pagamento *on line*, connesso allo sviluppo stesso del commercio elettronico, v. AA.VV., *Le frodi con carte di credito. Rischi e limiti del commercio elettronico*, Milano, Franco Angeli, 2001.

²¹⁴ Nel dettaglio, secondo l'art. 1, comma 3, della legge n. 166 del 2005 partecipano al sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento, le società, le banche e gli intermediari finanziari che emettono carte di pagamento e gestiscono reti commerciali di accettazione di dette carte, di seguito denominati «società segnalanti», individuati in un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze.

²¹⁵ Secondo l'art. 2 della legge n. 166 del 2005, l'archivio informatizzato è alimentato da: a) dati identificativi dei punti vendita e dei legali rappresentanti degli esercizi commerciali nei cui confronti è stato esercitato il diritto di revoca della convenzione che regola la negoziazione delle carte di pagamento per motivi di sicurezza o per condotte fraudolente denunciate all'autorità giudiziaria; b) dati identificativi degli eventuali contratti di rinnovo della convenzione stipulati con gli esercenti di cui alla lettera a); c) dati identificativi delle transazioni non riconosciute dai titolari delle carte di pagamento ovvero dagli stessi denunciate all'autorità giudiziaria; d) dati identificativi relativi agli sportelli automatici fraudolentemente manomessi. Ai sensi dell'art. 3, le singole società segnalanti comunicano altresì, previa notifica al titolare dell'archivio, le informazioni relative ai punti vendita e alle transazioni che configurano un rischio di frode. Tali informazioni sono conservate nell'archivio per il tempo necessario alle predette società ad accertare l'effettiva sussistenza del rischio di frode. Decorso tale periodo, è fatto obbligo alla società segnalante di comunicare al titolare dell'archivio l'esito del monitoraggio.

²¹⁶ Il meccanismo di prevenzione è descritto nella *Relazione illustrativa* al disegno di legge governativo (A.C. n. 5263), secondo la quale "... tramite le dichiarazioni di disconoscimento, si può pervenire all'individuazione del punto vendita presso cui si è verificata l'operazione irregolare. L'incrocio di questi dati con quelli riguardanti le revoche delle convenzioni di associazione permette di raggiungere l'obiettivo di rafforzare la sicurezza del circuito di accettazione delle carte: tale obiettivo viene raggiunto mediante l'eliminazione dal circuito medesimo degli esercizi commerciali che accettano carte di pagamento clonate o contraffatte, oppure che rappresentano essi stessi un «punto di compromissione» in cui vengono catturati i dati contenuti all'interno della banda magnetica delle carte. La consultazione dei dati contenuti nell'archivio informatizzato, infatti, deve poter permettere alle singole società segnalanti che lo alimentano la conoscenza di tutte le transazioni non riconosciute dai titolari delle carte avvenute presso un determinato punto vendita. La conoscenza completa di tali transazioni consente di superare quello che oggi rappresenta un punto critico nell'attività di prevenzione (svolta singolarmente da soggetti privati, quali sono le società segnalanti), dovuto al fatto che ogni società può rilevare una transazione irregolare solo relativamente alle proprie carte di pagamento, restando all'oscuro delle transazioni irregolari, avvenute nel medesimo esercizio, con carte di altre società emittenti. Giova tuttavia sottolineare che il sistema di protezione oggetto del presente provvedimento è informato al principio della liberalità: questo significa che, eccetto l'obbligo di comunicare i dati e le informazioni di cui sopra, nessun altro vincolo è posto in capo alle società segnalanti. In particolare, le singole società conservano intatta la facoltà di mantenere in essere un contratto di associazione con un esercente nei confronti del quale, per motivi di sicurezza o per

Ciò accade in quanto ogni società emittente è in possesso, ovviamente, solo dei dati che si riferiscono ai propri clienti, non potendo acquisire i dati di terze persone che siano clienti di un diverso emittente. In tali condizioni, al momento in cui una persona chiede di sottoscrivere un contratto di emissione di carta, ovvero qualora un esercente chiede di sottoscrivere un contratto di associazione al circuito di pagamento tramite carta, non può essere valutato il merito di credito di tali soggetti, non potendosi conoscere neanche se essi sono stati coinvolti in episodi di frodi nella veste di clienti di altra società emittente o di altro circuito di carte. L'idea alla base del sistema di prevenzione basato sulla consultazione dell'archivio centralizzato è quindi quella di raccogliere e incrociare fra loro le informazioni provenienti da tutti i gestori di carte, procedendosi ad una consultazione congiunta, potendo quindi ora le società segnalanti accedere in qualsiasi momento al nuovo strumento informatico centralizzato per raccogliere informazioni o fare accertamenti.

Il sistema creato dalla legge n. 166 del 2005 appare configurarsi, pertanto, come un modello regolativo nel quale si ha una sussunzione *per legem* non tanto di regole, quanto di metodi già individuati dagli operatori privati per prevenire il fenomeno delle frodi realizzate con carte di pagamento.

Infatti, anche prima dell'emanazione della legge, le società emittenti carte di pagamento e i gestori dei circuiti di pagamento detenevano ciascuno propri archivi informatici, mediante la consultazione dei quali potevano però controllare i fenomeni fraudolenti soltanto con riferimento ai propri clienti. Se, quindi, il metodo di prevenzione del fenomeno era stato già individuato e utilizzato dagli operatori del mercato con riguardo alla propria clientela, che ne aveva consentito consensualmente l'uso al momento della stipula del contratto di emissione, vigeva il grave limite di non poterlo applicare all'intera totalità delle carte di pagamento attive e a tutti gli esercenti convenzionati all'utilizzo di carte.

Ciò dipendeva da un limite materiale e da un limite giuridico. A livello materiale, l'iscrizione dei fenomeni che configuravano un rischio di frode nei vari archivi delle società private era soggetto alla determinazione del presupposto consistente appunto nel "rischio di frode", che ogni società individuava in modo diverso, di modo che non vi era mai un'uniformità di tale requisito ai fini della potenziale iscrizione in un archivio unificato²¹⁷.

A livello giuridico, la creazione di un unico archivio postulava l'intervento con legge, in quanto la segnalazione di determinate informazioni da parte di società emittenti carte di pagamento e da parte di società che gestiscono i relativi circuiti commerciali avrebbe posto obblighi a carico di soggetti privati. Inoltre, si sarebbero resi condivisi e conoscibili, da parte di una cerchia determinata di soggetti, dei dati

condotte fraudolente denunciate all'autorità giudiziaria, altre società abbiano esercitato il diritto di revoca della convenzione.”.

²¹⁷ Nella *Relazione illustrativa* al disegno di legge governativo (A.C. n. 5263) si osserva al riguardo che “... all'archivio informatizzato affluiscono, per esservi temporaneamente conservate, anche «informazioni» relative ai punti vendita e alle transazioni nei confronti dei quali le stesse società segnalanti hanno avviato una procedura di monitoraggio per prevenire un possibile rischio di frode. Le procedure di monitoraggio vengono attivate dalle società quando l'attività fraudolenta di un singolo esercente raggiunge o supera determinate soglie di rischio di frode, nonché quando le modalità di spesa di una singola carta raggiungono o superano analoghe soglie di rischio. Il regolamento di attuazione del presente provvedimento stabilirà la fattispecie di «rischio di frode», che determina la possibilità di inviare le informazioni all'archivio da parte delle società segnalanti, attraverso l'individuazione di determinati parametri, approntati sulla base di un'esperienza largamente maturata e consolidata presso i servizi antifrode delle società e dei circuiti internazionali più consolidati. Ciò, in sostanza, significa, che il sistema di comunicazione e condivisione delle informazioni per funzionare avrà bisogno della fissazione (tramite il regolamento di attuazione) di un livello comune a tutte le società segnalanti. Il che non pregiudicherà il mantenimento di soglie individuali di rischio più basse, eventualmente già fissate dalle società segnalanti.”.

personali, la disciplina generale dei quali è posta con legge dal codice in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs. n. 196 del 2003.

La creazione di un archivio unico, visto nell'ottica dell'interazione regolativa fra pubblico e privato, si pone come elemento basilare di un sistema che sottintende, da un lato, l'esigenza delle società segnalanti di essere protette da un meccanismo comune e, dall'altro, la determinazione dello Stato ad assicurare lo svolgimento di un servizio di pubblico interesse, sussumendo dalla realtà del mercato il metodo - e non già le regole precise - di prevenzione delle frodi²¹⁸.

9. *I collegamenti tra istituzioni, tra ordinamenti delle istituzioni e tra Stato e società nel modello regolativo basato sulla sussunzione per legem delle regole formate dai privati: a) il collegamento di produzione formale delle norme.*

La breve descrizione che si è effettuata di alcune fattispecie di sussunzione legislativa di regole formate dai privati consente di comprendere meglio un tale modello regolativo, che si iscrive nelle stesse nuove accezioni del pluralismo giuridico e, nel contesto dell'eterogeneità delle fonti normative, nel più generale fenomeno della fluttuazione delle norme da un campo regolato all'altro²¹⁹.

Nel modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati si può anzi dire che si assiste ad una sorta di "fluttuazione regolata" delle regole che passano dal campo normativo privato a quello statale: "regolata" in quanto, come subito si vedrà, il passaggio avviene (ed è opportuno che avvenga) sulla base di un duplice ordine di collegamento, di produzione formale delle norme e assiologico.

Con riguardo al collegamento relativo al momento di produzione formale delle norme, la sussunzione da parte della fonte statale delle regole elaborate dall'istituzione posta a livello inferiore presuppone la concreta conoscibilità delle regole stesse, che può essere assicurata mediante l'utilizzo dell'istituto dell'analisi di impatto della regolamentazione (in acronimo, "Air")²²⁰.

²¹⁸ Ai fini del buon andamento del mercato dei pagamenti, da conseguirsi mediante il rafforzamento della sicurezza del circuito di accettazione delle carte, l'esistenza di un archivio unico permette in effetti alle società segnalanti di conoscere tempestivamente le vicende (revoche di esercenti, transazioni disconosciute) che sono alla base della segnalazione del singolo dato. In secondo luogo, mediante l'incrocio dei dati e delle informazioni forniti dalle società segnalanti, la consultazione dell'archivio consente di individuare con rapidità eventuali comportamenti anomali e fraudolenti attuati presso gli esercizi commerciali, permettendo loro un immediato intervento di auto-tutela, da conseguirsi mediante l'eventuale eliminazione dal circuito medesimo degli esercizi commerciali che accettano carte di pagamento clonate o contraffatte.

²¹⁹ V., ad esempio, R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV, 2004, n. 2, 345, 356.

²²⁰ L'Air è stata prevista dall'art. 5 della legge n. 50 del 1999 e successivamente disciplinata dalle direttive del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 marzo 2000 e del 21 settembre 2001. L'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229, recante interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione, provvede ad estendere l'ambito operativo della procedura alle autorità pubbliche di regolazione, mentre l'art. 14 della legge n. 246 del 2005 detta alcune previsioni generali in tema di Air e di Vir (verifica di impatto della regolamentazione). L'Air è stata recentemente ridisciplinata dal d.P.C.M. 11 settembre 2008, n. 170 sulla base del disposto di cui all'art. 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246, stabilendosi che essa, definita come una "valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative", "si applica agli atti normativi del Governo, compresi gli atti adottati dai singoli Ministri, ai provvedimenti interministeriali, e ai disegni di legge di iniziativa governativa" (art. 1 del citato d.P.C.M. 170 del 2008). Nella fase istruttoria sono previste alcune "fasi di consultazione, anche telematica, delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari diretti e indiretti della proposta di regolamentazione" (art. 5, comma 1, del d.P.C.M. 170 del 2008), mentre tra i criteri cui deve

Si può qui ricordare come tale istituto consista, nell'ambito della scienza giuridica della legislazione e del procedimento di formazione degli atti normativi, nel complesso di attività e procedure finalizzate a verificare preventivamente l'opportunità di una regolamentazione e a valutarne gli effetti sulle attività dei cittadini e delle imprese, nonché sull'organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni, in termini di vantaggi e svantaggi, di benefici e costi²²¹.

Una parte strumentalmente essenziale dell'Air si concreta proprio nell'attività di consultazione dei soggetti che saranno i destinatari diretti o indiretti della futura regolamentazione²²², attività che consente di evidenziare le esigenze sociali, economiche e giuridiche prospettate da tali soggetti, mettendo in luce le motivazioni della necessità dell'intervento regolatorio mediante l'illustrazione delle aspettative

attenersi l'istruttoria procedimentale la trasparenza risulta "finalizzata alla più ampia partecipazione dei soggetti pubblici e dei soggetti privati coinvolti nell'iniziativa regolatoria" (art. 5, comma 2, del d.P.C.M. 170 del 2008). L'Air è utilizzata anche a livello locale nell'attività normativa delle amministrazioni regionali e locali: ad esempio il Comune di Roma, ha istituito un'apposita unità con la determinazione dirigenziale n. 672/2005, sulla base della delibera di Giunta n. 621/2002, e ha stabilito che l'Unità Air debba supportare gli organi politici in decisioni attinenti all'opportunità delle decisioni di programmazione e pianificazione e, inoltre, controllare i contenuti e l'attuazione dei contratti di servizio pubblico rispetto alle previsioni concernenti gli obblighi del gestore di semplificare la fruizione dei servizi da parte dei cittadini (sulle esperienze a livello locale cfr. G. SGUEO, *La partecipazione alle procedure regolatorie generali di competenza regionale (l.r. Toscana, 27 dicembre 2007, n. 69; l.r. Lombardia, 26 maggio 2008, n. 15)*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 9, 941 ss.).

²²¹ Sull'istituto dell'analisi di impatto della regolamentazione v., *ex multis*, N. LUPO, *La direttiva sull'analisi di impatto e sull'analisi tecnico-normativa: un passo avanti, in via sperimentale, per la qualità della normazione*, in *Quad. cost.*, 2000, fasc. 3, 748 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La "fabbrica delle leggi" e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. amm.*, 2000, fasc. 1, 97 ss.; N. LUPO, *La verifica parlamentare della relazione tecnico-finanziaria come modello per l'istruttoria legislativa*, in *Rass. parl.*, 2001, fasc. 2, 347 ss.; E. MIDENA, *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, fasc. 1, 88 ss.; N. LUPO, *La nuova direttiva sull'Air: passi avanti o passi indietro?*, *ibidem*, 2002, fasc. 1, 13 ss.; D. SICLARI, *L'analisi di impatto della regolamentazione (Air) nel diritto pubblico: premesse introduttive*, in *Foro it.*, 2002, fasc. 2, V, 45 ss.; E. MORFUNI, *L'introduzione dell'Air in Italia: la prima fase di sperimentazione. Commento al d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, fasc. 7, 729 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Qualità delle norme. Realtà e tendenze in Italia e in Europa. Forme e procedure della regolazione. Il ruolo consultivo del Consiglio di Stato*, in *Nomos*, 2002, fasc. 3, 39 ss.; G. SAVINI, *Strumenti e procedure di consultazione nei procedimenti normativi*, in *Studi parlam. pol. cost.*, 2002, 61 ss.; R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, fasc. 1, 49 ss.; C. DELL'ACQUA, *L'analisi di impatto della regolamentazione fra politica e amministrazione*, in *Il Filangieri*, 2004, fasc. 1, 53 ss.; *Id.*, *Principio di effettività e analisi preventiva delle norme*, Relazione al Convegno su "Dimensioni dell'effettività tra teoria generale e politica del diritto", Salerno, 2-4 ottobre 2003, *ibidem*, 2004, fasc. 2, 283 ss.; N. RANGONE, *Principi di riforma della regolazione economica*, in *Studi parlam. pol. cost.*, 2004, n. 145-146, 65 ss.; D. NOCILLA, *Competenza legislative regionali e qualità della regolamentazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, *ibidem*, 93 ss.; M. DE BENEDETTO, *Il quasi-procedimento per l'analisi di impatto della regolamentazione*, *ibidem*, 145 ss.; D. IELO, *L'analisi di impatto della regolazione*, in *Amministrare*, 2005, n. 2, 289 ss.; R. PERNA, *L'Air come strumento delle politiche di semplificazione*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Atti del Convegno tenuto in Roma il 17 e 18 marzo 2005, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2005, 187 ss. Per l'esame dell'Air in alcuni ordinamenti stranieri v. OCSE, *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries*, Paris, 1997; C.M. RADANELLI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Catanzaro, 2001.

²²² Per la quale v. A. LA SPINA - S. CAVATORTO, *La consultazione nell'analisi di impatto della regolamentazione*, Catanzaro, 2001; A. CELOTTO, *La consultazione dei destinatari delle norme*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., 203 ss.; M. GIACHETTI FANTINI, *La consultazione nel processo di "rule making" delle autorità di regolazione di settore*, in C. ROSSANO - D. SICLARI (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, in corso di pubblicazione. Secondo C. DELL'ACQUA, *L'analisi di impatto della regolamentazione fra politica e amministrazione*, cit., 63, "... ad ogni fase dell'analisi di impatto regolativo sembra corrispondere una diversa configurazione della funzione pubblica. Così, il livello consultivo-comunicativo sembra coniugarsi perfettamente con la visione partecipativa dell'amministrazione ...".

delle categorie interessate e dei potenziali destinatari, anche con le eventuali differenze rispetto agli originari obiettivi perseguiti dal regolatore pubblico. Di guisa che l'Air, ove correttamente utilizzata e pur con i margini di aleatorietà intrinseci che presentano risultati dipendenti da valutazioni meramente economiche²²³, si caratterizza come strumento fondamentale per favorire una dialettica continua e costruttiva fra le istituzioni e la società civile, consentendo l'emersione di tutti gli interessi e permettendo quell'auspicata razionalizzazione normativa che risulterebbe altrimenti impossibile senza un'istruttoria corredata di tutti gli elementi conoscitivi²²⁴.

E' mediante una tale attività di consultazione, ritenuta dalla dottrina il perno centrale dello schema regolativo comune alle diverse discipline di settore²²⁵, che il regolatore pubblico può venire effettivamente a conoscenza di eventuali forme di *self-regulation* già poste dai soggetti privati nell'ambito dell'istituzione di appartenenza, di modo che, una volta valutata l'efficienza e l'efficacia regolatoria di tali regole, possa sussumerle nell'orbita dell'ordinamento statale.

Del resto, come ha osservato di recente il Giudice delle leggi²²⁶, l'eventuale previsione secondo cui, in procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da "istruttoria pubblica" non viola la riserva del potere legislativo in relazione all'adozione ed emanazione degli atti legislativi, in quanto gli istituti di consultazione non sono certo finalizzati ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, mirando invece a migliorare e a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche²²⁷.

In quest'ottica, si osserva che il giusto riconoscimento per il ruolo fondamentale delle forze politiche che animano gli organi rappresentativi non potrebbe essere contraddetto dall'esistenza di trasparenti procedure di consultazione dei soggetti sociali od economici su alcuni oggetti di cui siano particolarmente esperti. La previsione di procedure finalizzate a garantire in termini più sostanziali ad organismi associativi rappresentativi di significative frazioni del corpo sociale la possibilità di essere consultati da parte degli organi legislativi non contrasta così, sotto il profilo

²²³ Ad esempio, uno degli aspetti problematici dell'Air consiste nell'impossibilità di tradurre in termini matematici o economico-finanziari le opzioni di valore, ovvero di "misurare" costi e benefici connessi all'esercizio di diritti fondamentali: cfr., al riguardo, R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, cit., 82.

²²⁴ In quest'ottica osserva R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, cit., 64, che "... l'Air non è una procedura alla quale affidare la valutazione sulla efficienza e sulla giustizia di un sistema nel suo complesso, ma più pragmaticamente un sistema per acquisire maggiori elementi conoscitivi (*ex ante* e soprattutto *ex post*) sulle ricadute delle singole scelte politiche e amministrative. La giustificazione di un sistema di Air non è teorica ma pragmatica, non è generale ed astratta ma specifica in relazione al complesso degli strumenti conoscitivi concretamente utilizzabili nell'ambito dei procedimenti di definizione degli interventi pubblici. Le procedure di verifica dell'impatto della regolamentazione non sono esse stesse dirette alla produzione di una compiuta valutazione, quanto piuttosto a stimolare processi valutativi più raffinati da parte di tutti i soggetti coinvolti nel processo regolatorio."

²²⁵ E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 722. Osserva S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., 40, che proprio la consultazione dei privati da parte dell'amministrazione costituisce "un nucleo intorno al quale possono maturare scelte collettive autenticamente democratiche, che consentono cioè la partecipazione privata alle decisioni pubbliche."

²²⁶ Corte costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379, sulla quale può leggersi il commento di P. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2005, 1515 ss.

²²⁷ Corte costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379, punto 5 del *Considerato in diritto*.

costituzionale, con il riconoscimento dell'autonomia degli organi rappresentativi e del ruolo dei partiti politici, che non viene affatto negato da una disciplina trasparente dei rapporti fra istituzioni rappresentative e frazioni della cosiddetta società civile²²⁸.

A titolo esemplificativo, si può al riguardo notare che nella fattispecie di centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento che si è richiamata quale modello di sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati, il regolatore statale ha sostanzialmente seguito delle forme di Air ai fini dell'elaborazione della relativa normativa.

Infatti la Banca d'Italia, che oltre a redigere il proprio regolamento ha coadiuvato attivamente il Ministero della giustizia nell'elaborazione dell'atto normativo di competenza, ha provveduto a convocare, sotto l'egida della CIPA²²⁹, un apposito tavolo tecnico composto dai rappresentanti della stessa Banca e degli intermediari bancari e finanziari destinatari della regolamentazione, che hanno così potuto rappresentare le proprie esigenze e sottoporre all'attenzione del regolatore pubblico le eventuali regole che essi già seguivano nel contesto dell'esperienza maturata in relazione all'attività delle centrali dei rischi private.

Anche il sistema creato dalla legge n. 166 del 2005 che si è sopra richiamato è apparso voler istituzionalizzare la modalità di collegamento formale di produzione delle norme, consistente, come visto, nell'utilizzo degli strumenti propri dell'analisi di impatto della regolamentazione e, in particolare, della consultazione dei destinatari delle norme. È stato infatti creato un gruppo di lavoro, con funzioni consultive, per la trattazione delle problematiche di settore e con funzione implicitamente propositiva di norme di cui si ritenesse opportuna l'adozione, partecipato oltre che dai rappresentati dei soggetti pubblici, anche dall'Associazione bancaria italiana e dalle società segnalanti, specificandosi che, ove ritenuto opportuno dalla presidenza, la partecipazione al gruppo avrebbe potuto essere estesa a rappresentanti ed esperti di altre società, intermediari finanziari, enti, organismi e pubbliche amministrazioni²³⁰.

In questo senso l'utilizzo di forme di Air e di consultazione preventiva permette al legislatore di tener conto in via preventiva della tecnica propria di ciascun settore da regolamentare e dei connessi problemi²³¹, consentendo di provvedere ad una sintesi di quello che si pone come uno iato fra i più pericolosi nelle attuali problematiche di regolazione istituzionale e che spesso finisce per essere composto soltanto successivamente, in modo difficoltoso, a livello di decisione giurisdizionale²³².

²²⁸ Corte costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²²⁹ La Convenzione Interbancaria per l'Automazione (in acronimo, "CIPA") è un'associazione tra banche avente lo scopo di promuovere l'automazione interbancaria e di favorire lo sviluppo di iniziative di interesse per il sistema bancario nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, svolgendo attività di analisi e di studio e coordinando, sotto il profilo tecnico, la realizzazione e l'attivazione dei progetti elaborati. Fanno parte della CIPA la Banca d'Italia, titolare della presidenza e della segreteria, l'Associazione bancaria italiana, 81 banche e 13 organismi e società operanti nel campo dell'automazione interbancaria.

²³⁰ Cfr. la *Relazione illustrativa* al disegno di legge presentato dal Ministro dell'economia e delle finanze (Siniscalco) e dal Ministro per l'innovazione e le tecnologie (Stanca) recante "Istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento" presentato alla Presidenza della Camera dei deputati il 14 settembre 2004 (A.C. n. 5263).

²³¹ Nota G. MONTEDORO, *Le amministrazioni indipendenti e la vigilanza sui mercati finanziari*, in *Foro amm.* – C.d.S., 2004, II, 3014, con osservazione più generale rispetto al tema specifico trattato della vigilanza sui mercati finanziari esercitata dalle autorità amministrative indipendenti, che "... gli ordinamenti contemporanei, consapevoli dei paradossi nihilistici e del vuoto di fini cui conduce la mera esaltazione della tecnica hanno bisogno della comunità, ma non possono, nel contempo, fare a meno della razionalità, quale limite invalicabile dell'orizzonte della politica moderna."

²³² Con le note difficoltà derivanti dalla carenza di cognizioni minime necessarie in relazione alle singole materie tecniche. Nota al riguardo M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm.* - T.A.R., 2002, 11, 3870, che "... l'intensità del controllo sugli atti

Non a caso, a livello comunitario, si è da tempo sviluppata la cosiddetta procedura di comitologia²³³, mediante la quale il legislatore acquista, attraverso l'opera di comitati di esperti, consapevolezza delle problematiche attinenti al settore da regolare, specialmente in materie altamente tecniche quali quelle relative alla *governance* dei mercati bancario e finanziario²³⁴.

La sussunzione del diritto formato e formulato dai privati da parte della fonte legislativa, grazie al collegamento offerto da una metodologia modellata sul tipo dell'Air consente al modello di regolazione in esame di differenziarsi dai modelli di regolazione in cui il diritto consuetudinario sorge direttamente dalla società, senza necessità di un'intermediazione istituzionale superiore²³⁵.

Una tale intermediazione, invece, diventa necessariamente strumentale al fine di rispettare il principio di legalità, allorché le regole poste dall'ordinamento di un'istituzione, che si vogliono applicare anche ad altre istituzioni, siano suscettibili di incidere le posizioni giuridiche soggettive degli altri privati non facenti parte dell'istituzione che ha provveduto ad elaborare quelle regole.

La sussunzione con lo strumento legislativo, consentita mediante il ricorso a forme di Air, può in effetti rivelarsi necessaria anche per le regole non direttamente ablativo delle posizioni dei privati che non hanno convenuto il patto sociale originario di una determinata istituzione, poiché solo in tal modo si attribuisce comunque a tali regole quella certezza del diritto che permette ad esse di entrare e di "vivere" nella società intera²³⁶, di divenire universalmente ed *erga omnes* conoscibili ed effettive.

10. segue: b) *il collegamento assiologico unificante gli ordinamenti.*

Se l'utilizzo di forme di Air può contribuire a rendere conoscibili da parte dell'istituzione superiore le regole elaborate dall'istituzione inferiore, non per ciò solo le stesse regole vanno automaticamente e acriticamente sussunte dall'ordinamento superiore.

Tali regole, infatti, devono trovare un identico fondamento di valore che sia presente e condiviso nell'istituzione che ha provveduto a formularle e nell'istituzione

delle autorità amministrative indipendenti tende quasi inevitabilmente a variare in ragione del fatto che il giudice ritenga di possedere le cognizioni minime necessarie, in relazione alla singola materia tecnica o economica, per cogliere e valutare la fattispecie sottoposta al suo esame. Se la materia sembra particolarmente complessa l'istinto è di arretrare, se invece sembra facilmente comprensibile, la tendenza è a spostare più avanti la linea del controllo di legittimità. Il rischio di errori può essere elevato. Per esempio, l'analisi economica sottesa alle decisioni delle autorità amministrative indipendenti può sembrare talora banale e facilmente percepibile, mentre invece richiede la familiarità con strumenti e modelli interpretativi sofisticati."

²³³ Sulla quale v., da ultimo, A. ESPOSITO, *La delega di poteri dal Consiglio alla Commissione. Profili giuridici della comitologia*, Roma, 2004 e M. SAVINO, *I comitati dell'Unione europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Milano, 2005.

²³⁴ Cfr. in proposito A. ESPOSITO, *Il modello decisionale europeo nel settore dei servizi finanziari*, in C. ROSSANO - D. SICLARI (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, 2006, 123 ss.

²³⁵ Descrive l'epoca medievale, in cui la consuetudine proveniente dalla società imperava *ipso facto* P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 265.

²³⁶ Con riguardo all'esperienza applicativa dell'Air, osserva di recente C. ZUCHELLI, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, intervento al convegno "Codificazione, semplificazione e qualità delle regole, Università di Roma tre, 17-18 marzo 2005, consultabile in www.giustamm.it, che "... la nostra aspettativa sull'Air ... deve servire non tanto a dare elementi di conoscenza sui bisogni e gli interessi da soddisfare, lasciando poi al demiurgo la scelta dei metodi, quanto soprattutto ad esplorare la regolazione spontanea della società aperta, o il mercato se preferite, ha o sta elaborando, per recepirlo e attribuire ad essa quella certezza del diritto di cui parlavo dianzi."

che tende a recepirle, una volta conosciutele. La sussistenza di un valore comune e condiviso si pone come *conditio sine qua non* per l'operatività della sussunzione: ove questa avvenisse senza il rispetto di tale condizione, si avrebbero effetti negativi sull'osservanza delle regole sussunte da parte dei consociati appartenenti all'istituzione superiore, che, non condividendo lo stesso valore, non le percepirebbero come giuste e, quindi, come valide.

La mancanza di condivisione del fondamento delle regole sussunte sul piano assiologico avrebbe, in definitiva, conseguenze negative in termini di effettività delle norme. In questo senso non si può prescindere dal rilievo del momento assiologico, che vivifica tutto il modello di regolazione alla luce dei valori sentiti e percepiti come comuni dalle istituzioni e dagli ordinamenti che formano il sistema²³⁷.

Una riflessione fondata sui valori si rende necessaria a maggior ragione in un momento storico in cui si riscontra una progressiva obsolescenza, rispetto al fine di assicurare una protezione effettiva ai beni tutelati dal diritto, dei modelli tradizionali²³⁸, nelle varie forme tanto del positivismo che del giusnaturalismo²³⁹.

E' noto come in dottrina la stessa teoria delle fonti sia oggetto di indagine alla luce della teoria dei valori²⁴⁰, nell'ambito di concezioni più generali che considerano

²³⁷ Si può ricordare, al riguardo, la nota definizione assiologica del diritto formulata da A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. I. Il concetto del diritto*, Milano, 1992, 393, che individua lo stesso diritto come "... insieme di valori dell'agire umano derivanti da una vita comune e resi manifesti da una comune esperienza e cultura.". Sui giudizi di valore v. J. WRÓBLEWSKI, *Evaluative statements in law. An analytical approach to legal axiology. (I giudizi di valore. Un approccio analitico alla assiologia giuridica.)*, in *Riv. int. filosofia del diritto*, 1981, fasc. 4, 604 ss. Sui valori e sul processo di imposizione degli stessi nel diritto costituzionale "integrato" dell'Unione europea v., da ultimo, F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, part. 194 ss.

²³⁸ Osserva al riguardo F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, IX, che "... in un momento di difficile transizione storica, in cui le ideologie tradizionalmente forti dell'Occidente stanno progressivamente perdendo la loro influenza culturale e la loro capacità di aggregazione ad ogni livello, la riflessione sui valori rappresenta, in modo più o meno consapevole, il disagio del giurista, ancor più che del sociologo o del filosofo, nell'affrontare una realtà in costante e ormai vorticoso movimento ... la riflessione dei valori deve fondarsi proprio sul dato dell'irrimediabile obsolescenza dei modelli tradizionali. Il positivismo, che nella sua più evoluta – e perdurante – accezione ha inteso tradurre ed esorcizzare tale incertezza etica nel tentativo di completa neutralizzazione del momento normogenetico, appare ormai da tempo, dopo le molte drammatiche esperienze di questo secolo che si conclude, non più in grado di assicurare alcuna protezione effettiva ai beni tutelati in via primaria dal diritto, almeno secondo l'accezione di questo empiricamente risultante dall'evoluzione storica dei Paesi occidentali. Ma il giusnaturalismo, mai scomparso e continuamente rinveniente in forme trascendenti o razionalistiche, e pure talora rivelatosi utile a fondare un estremo diritto di resistenza contro le degenerazioni dovute ad un eccesso di formalismo normativista, rischia di reintegrare pericoli maggiori di quelli che intenderebbe rimuovere, presentando come oggettivo ed universale ciò che tale non è e non può essere".

²³⁹ Sulle quali può vedersi N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984.

²⁴⁰ V. ad esempio A. RUGGERI, *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamento della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Dir. soc.*, 2000, 1, 141 ss.

l'ordinamento quale sistema assiologicamente orientato²⁴¹ e il sistema giuridico come "illuminato" dalla logica dei valori²⁴².

Più di recente, la stessa mutazione che ha riguardato il concetto di sovranità nel contesto di una rinnovata teoria dello Stato ha portato ad individuare nell'effettività dei valori il "punto archimedeo" dell'ordinamento, la sovranità ideale, appunto, di una teoria dello Stato sciolta interamente dal principio di autorità²⁴³.

Piuttosto, considerati i valori quali dati assiologici logicamente precedenti rispetto al diritto positivo, come tali non rientranti negli ordinari meccanismi nomopoietici e nel contempo costitutivi rispetto ai meccanismi stessi²⁴⁴, si potrebbe porre il problema della concreta conoscibilità del valore stesso - di per sé anche difficilmente definibile mediante espressioni e concetti normalmente usati nella comunicazione

²⁴¹ Per le varie posizioni, accomunate dal tentativo di superare la concezione della norma come unità fondante dell'ordinamento e dal tentativo di fondare il concetto di legalità su criteri di corrispondenza sostanziale a valori e principi, piuttosto che su dati di mera validità formale, v., *ex multis*, L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985; R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986; G. BERTI, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, *passim*; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 170 ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 631 ss.; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3712 ss.; R. BIN, *Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. RUGGERI, *La certezza del diritto allo specchio, il "gioco" dei valori e le "logiche" della giustizia costituzionale (a proposito di conflitti di attribuzione originati da sentenza passate in giudicato)*, in *Dir. soc.*, 1993, 137 ss.; S. BASILE, "Valori superiori", *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, 2200 ss.; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, *ibidem*, 1993, 3007 ss.; V. ITALIA, *Interpretazione sistematica delle "norme" e dei "valori"*, Milano, 1993; A. SPADARO, *Contributo ad una teoria della Costituzione. I. Fra democrazia pluralista e assolutismo etico*, Milano, 1994; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995, 1, 66 ss.; P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 123 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3065 ss.; F. MODUGNO, *I principi supremi come parametro del controllo di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO - A.S. AGRÒ - A. CERRI, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, 280 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, cit.; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

²⁴² Osserva al riguardo F. MODUGNO, voce *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 8, che "... l'avvento delle costituzioni, alle quali è vincolata e dalle quali è condizionata la validità della stessa legislazione, ha inferito un colpo mortale al positivismo legislativo, sottoponendo la legislazione ad un controllo di conformità a valori ad essa soprastanti e sottratti al mutamento sempre più veloce delle norme legislative, reso necessario dal vertiginoso sviluppo economico e dal sempre più conflittuale pluralismo sociale. Alla logica politica dei mezzi-fini che presiede alla legislazione si è perciò affiancata la diversa logica dei valori che è entrata a far parte dello stesso patrimonio della scienza giuridico-positiva. Il metodo della "giurisprudenza dei concetti", proprio del giuspositivismo, è risultato inidoneo alla elaborazione della scienza giuridica che, proprio in quanto scienza, oltre alla conoscenza delle norme e dei fatti e alla formazione dei relativi giudizi, è comprensiva della possibilità di conoscenza dei valori e della formazione dei giudizi ad essi relativi."

²⁴³ Così G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 58.

²⁴⁴ Il momento normogenetico del dato assiologico è indagato, di recente, da A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002, fasc. 1, 75 ss. In particolare, l'A. ritiene che "... i principi stabiliscano un punto di mediazione tra i valori e le norme: la loro strutturazione, infatti, in un'ottica assiologicamente orientata, non è altro che il primo "precipitato normativo" di un'attività di bilanciamento di valori; essi cioè costituiscono la prima enunciazione in termini normativi di un dato valoriale che normativo non è, ma che ha bisogno di divenire un precetto giuridico per interagire con il mondo della realtà; attraverso la sua *normativizzazione* il valore viene, così, *trasformato in un fine* che l'ordinamento deve perseguire ed al contempo in un *criterio di giudizio* sui mezzi utilizzati per perseguirlo. Tali mezzi saranno poi individuati dalla progressiva specificazione del principio in dati normativi sempre più concreti ed immediatamente applicabili. Dunque i principi, come unità qualificative della realtà in termini giuridici,

interpersonale²⁴⁵ -, quale operazione logicamente precedente alla sua sussunzione e condivisione da parte delle istituzioni interessate.

Ebbene, posto che la condivisione comune postula un *idem sentire* da parte dei membri delle istituzioni interessate, si può ritenere, pur non cadendo nell'approccio cosiddetto "emotivista", che il valore unificante i diversi ordinamenti debba, in definitiva, essere colto mediante un'attività in primo luogo intuitiva, e non soltanto meramente intellettuale²⁴⁶, pure precisandosi che il valore non è comunque una mera proiezione del pensiero umano, restando sempre un'oggettività ideale autonoma rispetto all'uomo, un "termine oggettivo di un termine di scoperta"²⁴⁷.

Ciò rientra, del resto, nelle caratteristiche della categoria del valore, che appartiene al regno ideale dell'etica e, nel contempo, ha bisogno di inverarsi nel mondo delle azioni, nel regno dell'esistente, trasformandosi, tramite il processo di positivizzazione, in fine concreto che indirizza teleologicamente l'agire umano²⁴⁸.

In particolare, il valore si "crea", nell'*idem sentire* dell'istituzione e dell'ordinamento di appartenenza, mediante l'accettazione intersoggettiva dello stesso²⁴⁹, lungi dal poter considerare i valori come dati oggettivamente assoluti²⁵⁰, caratterizzati da un'esistenza autonoma e da una legittimazione aletica di tipo superiore, come nelle teorie di stampo neokantiano. In questo senso, quindi, è la

estrinsecano la propria capacità *normogenetica* in un'attività di posizione normativa che, *in un'ottica assiologicamente orientata*, non è assolutamente libera ma deve essere coerente con i valori dei quali tali principi costituiscono l'assetto giuridico. I valori, pertanto, costituendo la causa finale dell'esuberato assiologico dei principi, ne indirizzano la capacità normogenetica secondo canoni di coerenza con le opzioni etiche di base." (131-132).

²⁴⁵ Osserva infatti E. OPOCHER, voce *Valore (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 114, che il valore "... presenta la strana singolarità di congiungere ad una esperienza immediata incomparabilmente marcata e profonda, una debole espressività concettuale: è più facile "sentire" che "definire" il valore".

²⁴⁶ Secondo E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1990, 9, i valori "... non sono concetti costruiti col pensiero discorsivo (e in ciò differiscono dalle categorie logiche), ma piuttosto "intuizioni" suscettive di essere afferrate e comprese solo mediante un "intuere" interiore (in modo analogo alle idee platoniche), grazie ad una sensibilità del valore e ad un intuito o gusto etico, che si manifesta nell'atto di prendere posizione, di approvare o di riprovare una linea di condotta."

²⁴⁷ Così sempre E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 29. Secondo L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI - F. MODUGNO - F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, 149, "... si può dire, senza cadere nel relativismo e nel soggettivismo dei valori, che la consapevolezza assiologica è condizionata dal divenire della storia e dello spirito umano: è una conoscenza prospettica che mai riesce a cogliere interamente il suo oggetto e può variare secondo il mutare delle condizioni individuali e collettive che determinano il punto di vista da cui ci si pone. Altro è attribuire alla storia una portata ontologica in ordine ai valori, un significato costitutivo di essi, e altro riconoscere la storicità come modo di essere della conoscenza dei valori."

²⁴⁸ Esorbita evidentemente dai fini del presente studio la possibilità di affrontare la complessa questione, nell'ambito della teoria dei valori, del rapporto tra valori e fini. Da ultimo, secondo F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, cit., 174, che richiama la teoria etica di N. Hartmann, è mediante l'intervento della volontà della persona reale che si produrrebbe una "... impercettibile trasformazione dei valori da principi in fini ... i valori che per sé non hanno, come detto, la forza di affermare le direzioni finali del volere che pure tendono ad esigere, connettono il proprio indeterminismo alla teleologia del volere."

²⁴⁹ Si può ricordare come per J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 1996, 303, i valori sono l'espressione della "... preferibilità di beni che in determinati collettivi valgono come desiderabili, e che possono essere acquisiti o realizzati tramite un agire finalistico."

²⁵⁰ Per la tesi della compatibilità dell'universalità dei valori con il pluralismo assiologico, cioè con la loro stessa caratteristica di essere socialmente dipendenti e condizionati dalle pratiche sociali v., di recente, J. RAZ, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2001, trad. it. *I valori fra attaccamento e rispetto*, a cura di F. Belvisi, Reggio Emilia, 2003.

stessa accettazione intersoggettiva nell'istituzione di appartenenza che può consentire di determinare anche, ove necessario, un'eventuale gerarchia dei valori²⁵¹.

Se il dato assiologico può essere considerato come un'acquisizione della conoscenza di esperienze condivise di una data comunità, comunque soggette a mutamenti in relazione all'evolversi dei costumi e delle vicende sociali²⁵², nondimeno nell'ambito del compito di collegamento che svolge fra istituzioni e fra ordinamenti delle istituzioni esso riveste un'opportuna funzione stabilizzatrice, quale fattore intrinsecamente dotato di stabilità temporale, a fronte del fluire maggiormente rapido del dato fattuale²⁵³.

Pertanto, come in varie concezioni che utilizzano i valori quali istanze comuni ed elementi unificanti della società²⁵⁴, nel modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati il valore assicura sia l'effettività delle norme, intesa come osservanza delle stesse da parte dei consociati, sia una tendenziale unità e certezza del diritto²⁵⁵, a fronte di una molteplicità potenziale di momenti di produzione delle norme.

Il valore che funge da collegamento assiologico fra le istituzioni e permette di dare una base comune e condivisa alle regole che dall'una istituzione vengono sussunte nell'altra deve, peraltro, essere conforme o ricavarsi dalla Costituzione²⁵⁶.

Se, infatti, il modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati può essere concepito come uno strumento per stabilizzare e istituzionalizzare il mutamento della società, solo la Carta costituzionale può essere considerata lo strumento ultimo di stabilizzazione del rapporto fra continuità e discontinuità, e fornire la misura della quantità di cambiamento che risulti sopportabile in un dato momento storico. Un valore non conforme a Costituzione non potrà fungere da collegamento assiologico²⁵⁷, se non quando venga legittimato dalla stessa

²⁵¹ Riflette in generale su un'eventuale gerarchia dei valori A. CERRI, *Il "principio" come fattore interpretativo e come valore "privilegiato": spunti ed ipotesi per una discussione*, in *Giur. cost.*, 1985, 1806 ss.

²⁵² Cfr. in tema E. FAZZALARI, *Conoscenza e valori*, Torino, 2000, *passim*.

²⁵³ V. ad esempio A. SPADARO, *Contributo ad una teoria della Costituzione. I. Fra democrazia pluralista e assolutismo etico*, cit., 47, secondo cui i valori sarebbero istanze socio-giuridiche di natura stabile, mentre gli interessi sarebbero caratterizzati da una variabilità più accentuata.

²⁵⁴ Il pensiero va, ad esempio, alla *Integrationslehre* di Rudolf Smend (per la quale v. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988), che configura tre tipologie di integrazione mediante le quali la società può trasformarsi in effettiva comunità spirituale: l'integrazione personale, mediante l'opera di un capo carismatico; l'integrazione funzionale, da realizzarsi mediante le istituzioni; l'integrazione materiale, che avviene mediante i valori. Nella stessa concezione si ritiene che lo Stato non possa essere spiegato rimandando a fini esterni ad esso, ma vada compreso nella sua stessa sostanza come realizzazione di valori. Del resto, anche nella diversa ottica del diritto privato si evidenzia come il compito del sistema normativo consiste precipuamente nell'assistere i soggetti nella realizzazione di quelle esigenze di vita che siano socialmente meritevoli di sostegno, assumendo la programmazione privata rilevanza per il diritto soltanto ove una tale valutazione di meritevolezza risulti positiva: cfr. A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 46.

²⁵⁵ Nota al riguardo A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, cit., 148, che "... nel tipo di ordinamento, che pare delinearci, nel quale l'attività nomopoietica sarà sempre più diffusa e frammentata, non credo sia inverosimile pensare che l'unità e la certezza del diritto andranno ricercate non tanto nelle regole quanto nei principi e nei valori."

²⁵⁶ Il tema del rapporto tra pluralismo e Costituzione come formalizzazione di un codice di valori condivisi viene sviluppato in particolare, nell'ambito della dottrina giuspubblicistica tedesca, nel saggio di E. FRAENKEL, *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, cit., 5 ss.

²⁵⁷ Rileva R. BIFULCO, *Il contributo di Ernst Fraenkel alla teoria pluralistica*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, cit., 75, che "... sono soprattutto i valori costituzionali a dare contenuto al nucleo fondamentale del codice di valori, generalmente condiviso ed indispensabile per l'effettiva realizzazione del modello pluralistico..."

Costituzione che prevede, in tale ottica e per consentire una valutazione più ponderata, strumenti – quali le procedure aggravate - finalizzati sia ad “impedire” il mutamento istituzionale e assiologico sia a consentirlo, di guisa che lo stesso sia rallentato ma non completamente escluso²⁵⁸.

In particolare, nella disciplina dell'economia, i confini entro cui il mutamento può essere operato devono essere rintracciati nella parte non controversa della Costituzione, che esprime i valori essenziali e immodificabili che sono stati condivisi dalla società pluralistica al momento del patto costituzionale²⁵⁹.

Ad esempio, nella fattispecie di centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento che si è richiamata per tracciare la configurazione del modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati, il valore che realizza il collegamento fra le istituzioni e i rispettivi ordinamenti è rappresentato, come è stato esaminato in altra sede²⁶⁰, dall'ordine pubblico economico, nella specificazione dell'ordine pubblico del mercato. Tale nozione giuridica riflette bene uno dei principali valori giuridici dei principi costituzionali dello Stato. Tali principi vengono appunto espressi nella forma del giudizio di valore su un bene preminente o su una funzione qualificante della collettività, assicurato mediante l'indicazione dei fini che il legislatore deve perseguire nella sua attività futura²⁶¹.

Nell'esempio richiamato, è il concetto di ordine pubblico del mercato che viene quindi a rappresentare una categoria ermeneutica di sintesi indotta dallo svolgimento di un'attività interpretativa della disciplina giuridica di fatti economici, esplicitata al fine di operare il tentativo di riconoscimento entro gli schemi costituzionali di schemi economici reali²⁶². In questo senso, bene si inquadra nel panorama dello Stato pluralista o, meglio, della pluralità di ordinamenti che abbisognano di vicendevoles sintesi.

Del resto, una funzione di collegamento e di integrazione fra differenti ordini giuridici viene da ultimo riconosciuta, dalla dottrina più recente²⁶³, anche alla nozione di ordine pubblico così come si sostanzia nel diritto comunitario. Secondo l'utilizzo che ne fa la Corte di Giustizia, infatti, in virtù dell'eccezione di ordine pubblico la norma nazionale, espressione di un potere normativo dei singoli Stati membri, è recepita dall'ordinamento comunitario, che ne riconosce la prevalenza quale espressione di un

Secondo V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel, ibidem*, 134, “... l'esigenza di ricercare l'optimum di una omogeneità desiderabile è sentita nella Costituzione italiana del '48. Si è già messo in evidenza nelle pagine precedenti il ruolo fondamentale del patto costituzionale nel predeterminare la sfera dell'azione politica e nel rappresentare quel codice di valori, cui nella teoria pluralistica di Fraenkel devono subordinarsi individui e gruppi per la tutela dei loro interessi particolari.”

²⁵⁸ Esplicando così le carte costituzionali, secondo D. GRIMM, *Il futuro della Costituzione* (1991), in AA.VV., *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Torino, 1996, 156, una funzione che consente alla società di difendersi dalla sua stessa frenesia e, nel contempo, di creare lo spazio per il cosiddetto “apprendimento sociale”.

²⁵⁹ Osserva infatti R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in AA.VV., *Governi ed economia*, Padova, 1998, 523, che “... il “posto” dell'economia nelle Costituzioni pluralistiche, la sua afferenza cioè al settore controverso, spiega anche la riallocazione che le norme che disciplinano la materia economica possono subire. Questa impostazione, ritenendo che la Costituzione disciplini l'economia nei suoi singoli aspetti materiali accanto agli altri interessi presenti nella società, permette e favorisce il mutamento della disciplina giuridica, anche di grado costituzionale, della materia economica a seconda delle esigenze storiche e della prevalenza degli interessi individuali, ma soprattutto collettivi, presenti nella società.”

²⁶⁰ Il rinvio si intende a D. SICLARI, *Modelli di sussidiarietà orizzontale. La centralizzazione delle informazioni sui rischi di pagamento*, cit., 287 ss.

²⁶¹ Così G. BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 2005, 494, richiamando il Suo stesso pensiero espresso nella monografia *Costituzione ed economia*, Torino, 1999, 92.

²⁶² Così ancora G. BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, cit., 494.

²⁶³ F. ANGELINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 2005, 503 ss., part. 521.

principio nazionale irrinunciabile, avendosi pertanto come effetto finale l'integrazione e il completamento, per questa via, dell'ordinamento sovranazionale²⁶⁴. Anche nel diritto comunitario, quindi, la nozione di ordine pubblico diventa uno strumento fondamentale di integrazione fra ordinamenti nonché di omogeneità del contesto normativo complessivo²⁶⁵, aprendosi in tal modo l'ordinamento sovranazionale agli interessi fondamentali degli Stati membri e al pluralismo delle istituzioni che lo compongono.

11. *Un primo confronto tra sussunzione per legem di regole formate dai privati, consuetudine quale fonte di produzione del diritto e rule-making da parte delle autorità di regolazione di settore.*

L'adozione di un modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati, alla luce di un'applicazione aperta del principio di sussidiarietà orizzontale, potrebbe consentire di superare alcuni inconvenienti e problematiche che tipicamente presentano altri modelli di *rule-making*, rispetto ai quali potrebbe quindi ritenersi preferibile.

Con riferimento, in particolare, al modello di *rule-making* basato sulla consuetudine, intendendosi con tale espressione uno dei modi in cui si produce il diritto negli ordinamenti giuridici in seguito al verificarsi di un complesso procedimento che consta di accadimenti, fatti e circostanze²⁶⁶, esso appare esposto all'obiezione della mancanza di certezza del diritto che viene così formato, sia sotto il profilo della scarsa conoscibilità da parte della generalità dei consociati della fonte non scritta, sia soprattutto in quanto la regola la regola non viene "filtrata" e stabilizzata dallo Stato²⁶⁷.

Anche se l'obiezione relativa alla carenza di conoscibilità del comando formato in via consuetudinaria può apparire teoricamente debole, in quanto notoriamente la consuetudine diviene norma anche proprio in forza della generalità della sua applicazione da parte dei consociati, tuttavia non vi è chi non veda come, nell'esperienza pratica, potrebbero ben esservi dei consociati che materialmente la disconoscono, non avendola mai applicata né avendo mai saputo della sua esistenza o della sua applicazione da parte di terzi²⁶⁸.

²⁶⁴ Inoltre, osserva F. ANGELINI, *La nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Rass. parlam.*, 2005, n. 1, 153 ss., come la Corte di Giustizia abbia utilizzato la nozione di ordine pubblico, oltre che per consentire la deroga agli obblighi comunitari da parte dei singoli Stati membri, sempre più in funzione di tutela dei diritti fondamentali, introducendo rinvii frequenti alla Corte europea dei diritti dell'uomo e ai principi enucleati dalla giurisprudenza della stessa Corte in relazione alla difesa dei diritti fondamentali.

²⁶⁵ Così F. ANGELINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, cit., 513, che fa riferimento alla elasticità e alla dinamicità di relazioni che la nozione di ordine pubblico risulta in grado di costruire.

²⁶⁶ C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, Napoli, 1992, 2.

²⁶⁷ Indica l'incertezza, la variabilità e l'instabilità temporale quali difetti della fonte consuetudinaria J. GILISSEN, voce *Consuetudine*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1988, 501. Da ultimo, in una disamina di analisi economica del diritto, individua vari limiti della *Customary Law* (quali, ad esempio, la *path dependence*) F. PARISI, *Sources of Law and the Institutional Design of Lawmaking*, in *Journal of Public Finance and Public Choice*, cit., 95 ss.

²⁶⁸ Osserva al riguardo C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, cit., 15-16, ricordando il definitivo affermarsi delle dottrine che hanno sostenuto la prevalenza della legge sulla consuetudine rispetto alla Scuola storica, che esaltava invece il ruolo della consuetudine quale portato immediato e diretto della coscienza del popolo, che "... poiché difficoltà non sussistono per il rinvenimento del diritto scritto, si spiega perché di solito il diritto scritto sia stato collegato con esigenze di razionalizzazione del sistema giuridico, e perché con esso si sia preferito procedere alla regolamentazione del potere di imposizione e di produzione normativa, ritenendosi tra l'altro di assicurare in tal modo anche maggiore certezza del diritto stesso nell'ambito delle comunità sociali. Si spiega altresì perché la fonte consuetudinaria, sia per l'incertezza che può aversi in ordine alla sua esistenza, nonostante l'asserito immediato contatto con lo spirito collettivo che essa dovrebbe avere,

Si è argomentato, anche di recente, che nel modello consuetudinario di *rule-making* la funzione realizzatrice della certezza giuridica potrebbe essere individuata nella immediata e certa adesione della collettività ad una norma da essa stessa creata, nonché nel carattere chiaro e prevedibile di un comando o di un divieto formato dagli stessi soggetti chiamati ad osservarli²⁶⁹.

Tale argomentazione, che ha il pregio di evidenziare l'esigenza di effettività della norma, non appare tuttavia del tutto convincente. Ove, infatti, si ponga mente alla creazione consuetudinaria di una regola da parte di un'istituzione particolare, i terzi che non siano membri originari di tale istituzione potranno trovarsi sottoposti all'applicazione della stessa regola²⁷⁰ senza conoscerla ovvero, conseguenza forse ancor più grave, senza condividerla, pur conoscendola, nella sua *ratio* e nei suoi effetti, in quanto non partecipi al procedimento originario di formazione²⁷¹.

Di contro, ove la regola formata dagli associati venga sussunta dallo Stato, la sussunzione varrà ad assicurare che la generalità dei cittadini condivida effettivamente almeno il fondamento assiologico della regola formata solo da alcuni, in quanto i valori di cui è portatore lo Stato - che siano gli stessi valori della collettività dei cittadini - costituiranno lo strumento di collegamento assiologico della sussunzione²⁷².

sia per la lentezza con cui avviene la sua formazione, sia stata considerata di solito inadatta a soddisfare esigenze di regolamentazione della moderna società civile, specialmente in periodi, come quello contemporaneo, di rapida evoluzione sociale. E' evidente infatti che i rapporti sociali reclamano imperiosamente una regolamentazione, ogni qualvolta se ne ravvisi il bisogno, e che le società politiche moderne diventano, anche per questo, sempre più articolate e complesse.”.

²⁶⁹ Così A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, Napoli, 2003, part. 308. L'Autore, tuttavia, nel Suo approfondito studio pare propendere per la preferibilità della fonte consuetudinaria rispetto alla legge statale soprattutto in considerazione delle (e quale rimedio alle) patologie inerenti alla crisi della legge che si registra oramai da tempo (consistenti, ad esempio, nel carattere alluvionale, disorganico, oscuro e contraddittorio dell'attuale legislazione), riconoscendo infatti tra le righe che “... la funzione di garanzia ... astrattamente lascerebbe preferire la norma scritta alla consuetudine.” (132, nota 292). L'argomentazione secondo la quale la vera certezza andrebbe ricercata nella corrispondenza tra la normazione giuridica ed il convincimento della generalità dei consociati non è nuova: v. già A. GUARINO, *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1956, 413 ss., ricordato da C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, cit., 15, nota 28.

²⁷⁰ Si pensi, ad esempio, alle regole di ammissione ad un ordine professionale, create solo dagli associati ma applicate anche a terzi estranei all'associazione, nel momento in cui questi chiedano di esservi ammessi.

²⁷¹ Con riguardo, in particolare, alle consuetudini del mondo degli affari e agli usi commerciali, vengono in mente le parole che Thomas Buddenbrook, nel romanzo di Mann, pronuncia a proposito della condotta del cognato: “Ed egli rispose: - Mah, cara mamma ... che vuoi che ti dica! Purtroppo è molto dubbio che le cose siano in perfetta regola. Ma che Weinschenk sia colpevole nella misura che certi pretendono, mi sembra altrettanto improbabile. Nell'odierno mondo degli affari, di stile più moderno, c'è qualcosa che si chiama “l'usanza” ... L'usanza, capisci, è una manovra non del tutto ineccepibile, che non si concilia perfettamente con le leggi scritte, e al profano sembra già disonesta, ma che tuttavia nel mondo degli affari è ammessa per tacito accordo. E' molto difficile tracciare un confine fra l'uso commerciale e qualcosa di più grave ... Comunque sia ... Se Weinschenk ha mancato, non ha agito probabilmente peggio di tanti suoi colleghi che l'hanno passata liscia. Tuttavia ... non garantisco affatto che il processo abbia esito favorevole. In una grande città forse lo assolverebbero; ma qui, dove tutto mette capo a cricche e a motivi personali ...” (T. MANN, *Buddenbrooks. Verfall einer Familie*, trad. it. I *Buddenbrook. Decadenza di una famiglia*, Torino, Einaudi, 1992, 479).

²⁷² Evidenziando che non si potrebbe auspicare un ritorno alla consuetudine, anche perché, secondo i principi costituzionali, non sembra potersi superare - tanto più nell'attuale fase di globalizzazione - l'istanza che collega il diritto ad un territorio, F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, cit., 399, osserva giustamente che la consuetudine “si produce solo in una comunità coesa e radicata attorno a tradizioni che assumono, a certe condizioni, forza normativa. Il ritrovato moderno di questa concezione non pare poter rinunciare all'esigenza della formalizzazione e, dunque,

Inoltre, se è vero che la mutazione continua delle regole elide la certezza del diritto e ne diviene fattore di oscurità e di instabilità²⁷³, il modello consuetudinario di *rule-making* non supera una tale obiezione, in quanto non tende a stabilizzare, di per sé e in misura maggiore rispetto all'attività legislativa ordinaria, le regole così poste, che possono mutare anche rapidamente seguendo lo stesso procedimento consuetudinario di produzione normativa.

Seguendo, invece, il modello di sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati si farebbe comunque riferimento ad un diritto formato dalla comunità di cittadini, quale sicuro collegamento tra norme e interessi della società o almeno di una parte di questa²⁷⁴, la cui mutevolezza sarebbe quantomeno filtrata e stabilizzata dall'attività di sussunzione - operata dal legislatore - delle regole create e condivise dai membri delle diverse istituzioni e della società in generale.

Il modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati appare preferibile anche rispetto al modello intermedio del *rule-making* "primario" effettuato da parte delle autorità di regolazione di settore, laddove la "vicinanza" eccessiva tra il regolatore e i soggetti regolati può spesso determinare il fenomeno che gli studiosi delle scienze economiche indicano con il nome di "cattura del regolatore", consistente nell'influenza determinante che hanno i *desiderata* dei regolati sulle scelte normative dei regolatori²⁷⁵.

di un'istituzionalizzazione sorretta dal potere obbligante della comunità politica".

²⁷³ Cfr. F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 71.

²⁷⁴ A.L. TARASCO, *La consuetudine nell'ordinamento amministrativo. Contributo allo studio delle fonti non scritte*, cit., 309.

²⁷⁵ Il fenomeno della cosiddetta "cattura del regolatore" (*capture of regulators* o *regulatory capture*) è stato indagato soprattutto dagli economisti della scuola di Chicago e della scuola di Tolosa. Al riguardo, con riferimento agli studi della scuola di Chicago v., almeno, G. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1971, 3 ss.; R. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, *ibidem*, 5, 1974, 335 ss.; S. PELZMAN, *Toward a more general Theory of Regulation*, in *The Journal of Law and Economics*, 19, 1976, 211 ss.; G. BECKER, *A theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence*, in *Quarterly Journal of Economics*, 98, 1983, 371 ss. Con riferimento agli studi della scuola di Tolosa v. J. TIROLE, *Hierarchies and Bureaucracies: On the Role of Collusion in Organizations*, in *Journal of Law, Economics and Organizations*, 2, 1986, 181 ss.; J.J. LAFFONT - J. TIROLE, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, in *Quarterly Journal of Economics*, 106, No. 4, November 1991, 1089 ss.; F. KOFMAN - J. LAWARREE, *Collusion in Hierarchical Agency*, in *Econometrica*, 61, 1993, 629 ss.; Id., *On the Optimality of Allowing Collusion*, in *Journal of Public Economics*, 61, 1996, 383 ss.; J.J. LAFFONT - D. MARTIMORT, *Separation of Regulators against Collusive Behaviour*, in *RAND Journal of Economics*, 30, 1999, 232 ss. Per l'applicazione della teoria della cattura del regolatore all'analisi economica dei meccanismi del consenso politico v. J.P. KALT - M.A. ZUPAN, *Capture and Ideology in Economic Theory of Politics*, in *American Economic Review*, Vol. 74, 1984, no. 3, 279 ss. Per l'applicazione della teoria al governo societario v. H. GERARD, *On-Going Board Reforms: One Size Fits All and Regulatory Capture*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 21, no. 2, 2005, 269 ss. nonché, per altre applicazioni a settori e casi specifici, v. P.L. MARIN URIBE - R. SICOTTE, *Does the Separation of Regulatory Powers Reduce the Threat of Capture? Evidence from the US Maritime Bureaucracy*, October 2003, in www.cepr.org; S.D. BARRETT, *Regulatory Capture, Property Rights and Taxi Deregulation: A Case Study*, in *Economic Affairs*, Vol. 23, Issue 4, December 2003, 34. Con riferimento, in particolare, alla regolazione dei mercati finanziari osserva T. PADOA-SCHIOPPA, *Self vs. public discipline in the financial field*, *Lecture* tenuta il 20 maggio 2002, consultabile in www.ecb.int, che "... there are two crucial problems which need to be kept in mind when assessing the effectiveness of public control in such circumstances. Self-disciplinary regimes can fail (and have failed) because of two main reasons. The first is that only public authorities can ultimately take due account of the possible problems caused by negative externalities. The second is that regulation may be captured for the benefit of the industry itself. The developments in the regulatory framework described earlier in this lecture can exacerbate the two problems, as the influence of the industry on its own governance is enhanced. This applies both in the national and international dimensions, while - as I will comment in a moment - the international dimension has its own specific concerns.". In tema v. già G.W. SCHWERT, *Public Regulation of National*

La cattura delle agenzie di regolazione - pure teoricamente indipendenti - è più diffusa e “usuale” di quel che si creda, in diverse misure²⁷⁶, benchè spesso si tenda a non darne conto in modo esplicito neanche da parte della dottrina²⁷⁷. Non deve trarre in inganno, a questo proposito, il fatto che spesso il modello del *rule-making* mediante procedimenti delle *authorities* ottenga un alto consenso e sia addirittura promosso da parte dei soggetti regolati: consenso e promozione rischiano infatti di essere considerati, *prima facie*, come fattori utili e positivi ai fini della condivisione successiva della regolazione e, quindi, dell’effettività della stessa.

In realtà, si constata invece che spesso gli operatori privati vogliono essere regolati per ottenere dal regolatore il perseguimento dei loro interessi, come accade nei frequenti fenomeni di cattura degli apparati pubblici - anche connotati da un alto tasso di “indipendenza” - da parte delle imprese. Anche per questo il ruolo dello Stato si rivela insostituibile nel valutare in ultima istanza la bontà della regolazione primaria, evitando fenomeni di cattura delle autorità di settore da parte dei soggetti regolati.

La regolazione espressa in condizioni di cattura non potrebbe, del resto, ricevere l’accettazione sociale generale - da parte, cioè, di tutti i consociati nei confronti dei quali esplica effetti anche indiretti, e non solo da parte dei destinatari diretti - che è condizione essenziale perchè le si possa riconoscere una piena “legittimazione” anche sostanziale. Nel raggiungere tale legittimazione sociale sostanziale, riveniente dal riconoscimento alla *good regulation* degli attributi della *transparency*, dell’*accountability*, del *targeting*, della *proportionality* e della *consistency*²⁷⁸, un ruolo importante va invece assegnato, nel modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati, alla previsione e alla corretta esecuzione di appropriate procedure di analisi di impatto della regolamentazione²⁷⁹.

D’altra parte, con riguardo al modello di *rule-making* “partecipato” delle autorità di settore, è opinione condivisa che la pur opportuna partecipazione dei destinatari della regolazione al procedimento, che apportano il loro contributo di conoscenze in modo tale da instaurare il contraddittorio tra interessi contrapposti quale strumento per

Securities Exchanges: A Test of the Capture Hypothesis, in *The Rand Journal of Economics*, Vol. 8, No. 1, Spring 1977, 128 ss.

²⁷⁶ Sulla possibilità di “testare” il grado di cattura del regolatore v. ad esempio, con riguardo alla privatizzazione delle *utilities*, A. DNES, *Post-Privatization Performance – Regulating Telecommunications in the U.K. Testing for regulatory capture*, in The World Bank, *Public Policy for the Private Sector*, October 1995, note no. 60, secondo il quale “... one way to test whether a regulatory package has been captured is to compare the stock market returns for a regulated company or group of companies over a long period with the returns for a comparable sample of firms non affected by the regulation. Abnormally high returns could indicate capture by the regulated industry if they can be associated statistically with changes in the regulatory environment (regulatory events). Lower-level capture would be reflected in an association between returns and individual regulatory events. A cumulative effect from all regulatory events is consistent with top-level capture (bear in mind that some events will have a positive effect, and some negative). Standard statistical techniques exist for testing for association between regulatory events and abnormal returns while controlling for the effect of other possible influences ...”.

²⁷⁷ Al riguardo v. il saggio, interessante in quanto “anormalmente” esplicito, di S.E. WOODWARD, *Regulatory Capture at the U.S. Securities and Exchange Commission*, relazione alla *Milken Institute Conference on Capital Market*, 16 marzo 1998, Santa Monica, California, che fornisce una descrizione “cinica” (secondo la definizione della stessa Autrice) della cattura cui viene esposta e assoggettata la *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), nel suo ruolo di regolatore e di controllore pubblico del mercato degli strumenti finanziari statunitense.

²⁷⁸ Cfr., *ex multis*, C. HASKINS, *The Challenge to State Regulation*, in J. BLUNDELL - C. ROBINSON, *Regulation without the State ... The Debate Continues*, Readings 52, Institute of Economic Affairs, London, 2003, 60.

²⁷⁹ Così C. KIRKPATRICK - D. PARKER, *Regulatory Impact Assessment and Regulatory Governance in Developing Countries*, Centre on Regulation and Competition, IDPM, London, 2003.

superare, almeno parzialmente, le asimmetrie informative eventualmente esistenti²⁸⁰, non riesce comunque a compensare la carenza di legittimazione politico-rappresentativa.

La partecipazione all'eteronormazione, cioè, non può valere come surrogato delle ordinarie procedure in cui si concreta la sovranità popolare, dovendosi distinguere - quali concetti diversi e affatto simili - la rappresentanza politica²⁸¹ e la rappresentanza degli interessi²⁸². Affinchè la regola si possa imporre *erga omnes* non è infatti sufficiente che vi sia stata, nel procedimento formativo della norma, la rappresentanza di interessi del singolo settore, ma deve intervenire una forma di rappresentanza politica generale che può essere svolta solo dall'ordinario circuito di rappresentanza democratica previsto dalla Costituzione.

12. Considerazioni conclusive.

L'auspicio di una piena valorizzazione in futuro, nell'ambito delle fonti di produzione del diritto, dello schema della sussunzione legislativa di regole formate dai privati come esaminato trova una prima conferma a conclusione dell'analisi che si è condotta in queste note.

A livello della struttura costituzionale, la valorizzazione di tale schema si iscrive e risulta conforme alla forma di democrazia rappresentativa parlamentare che sta alla base del nostro ordinamento²⁸³ ed il cui prodotto normativo si concreta nella legge statale. Ciò nella convinzione che la democrazia rappresentativa, a Costituzione vigente, costituisce tuttora la base dei meccanismi decisionali pubblici, laddove la configurazione di forme di democrazia deliberativa ovvero di democrazia partecipativa ha carattere solo aggiuntivo, potendo contribuire solo a migliorare la qualità della democrazia rappresentativa²⁸⁴ e ad arricchire così il tasso di democrazia dell'ordinamento²⁸⁵.

In particolare, lo schema di sussunzione legislativa di regole formate dai privati, la cui valorizzazione ci appare un'opportuna esplicitazione attualizzata dei principi recati agli artt. 1, 2, 3, comma 2, e 118, comma 4, della Carta costituzionale, si innesta

²⁸⁰ Cfr. in tema M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 12 ss. nonché, nell'ambito del diritto comunitario, F. BIGNAMI, *Participation rights in European Administrative Proceedings*, atti del seminario *Administrative Procedure in European Law*, Università "La Sapienza" di Roma, 8 aprile 2003. Sul modello statunitense della cosiddetta *regulatory negotiation* v. G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 273 ss.

²⁸¹ Sulla quale v., *ex multis*, C. ROSSANO, *Partiti e Parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972; D. NOCILLA - L. CIAURRO, voce *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 542 ss. nonché, più di recente, G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 20 ss.

²⁸² Così, da ultimo, G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, cit., 61. Sulla rappresentanza degli interessi v., di recente, la ricordata monografia di G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati, Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, cit.

²⁸³ Sul fatto che la nozione di sovranità popolare oggi consolidata negli Stati comunemente ritenuti democratici sia consegnata alle forme della democrazia rappresentativa v., da ultimo, M. OLIVETTI, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, I, Torino, 2006, 20. E' noto peraltro come, sebbene la Costituzione riconosca la prevalenza degli istituti di democrazia rappresentativa (pur non prevedendo la concentrazione di tutto il potere nell'assemblea dei rappresentanti del popolo e nel governo espresso dalla maggioranza di questa: V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 89), i sistemi di democrazia rappresentativa e quelli di democrazia diretta costituiscano entrambi forme di esercizio della sovranità popolare che possono integrarsi a vicenda: cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 47.

²⁸⁴ Cfr. P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006, 17.

²⁸⁵ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, cit., 6.

nel previsto modello costituzionale generale di democrazia rappresentativa, costituendone una virtuosa specificazione, non potendo essere inteso come a questo alternativo, poiché altrimenti la sussunzione rischierebbe di veicolare in norme solo le regole verso cui mostrano interesse solo determinati gruppi di cittadini mediante una previa autoregolamentazione, magari in ambiti meramente locali, non tenendosi così nella dovuta considerazione l'interesse generale come si manifesta a livello dell'intero territorio dello Stato.

La ricognizione che si è effettuata, pure per cenni, di esempi tratti dal diritto positivo che configurano una sussunzione *per legem* di regole formate dai privati non pretende, naturalmente, di essere sintomatica di un'applicazione generalizzata, al momento, di tale modello regolatorio a livello dell'ordinamento generale. Purtuttavia, questi esempi normativi costituiscono pur sempre - a mio avviso - degli indici sintomatici che militano, per un verso, a favore della funzionalità strutturale della modalità di collegamento fra polo statale e polo sociale che si è individuata; per altro verso, essi sono comunque indicativi di una "inclinazione" positiva ed auspicabile del legislatore ad utilizzare la sfera esperienziale già elaborata dalle autonomie sociali. E ciò coerentemente con l'atteggiarsi degli ordinamenti costituzionali contemporanei, caratterizzati da processi di positivizzazione del diritto basati su un rapporto aperto, continuo e circolare tra ordinamento giuridico e complessiva struttura sociale²⁸⁶.

I limiti connaturati alla ricerca che si è condotta non escludono, quindi, la possibilità di trarre alcune implicazioni di ordine generale, consentendo di proporre come valida l'ipotesi che si è configurata sulla modalità di collegamento fra Stato e società nella realtà attuale. Una simile ipotesi può essere avanzata - lo si ripete - solo in senso problematico, considerati i limiti dell'indagine svolta, che ha riguardato solo alcuni riferimenti empirici di schemi di regolazione che si possono ascrivere al modello. I prossimi sviluppi dell'ordinamento potrebbero, ad esempio, testimoniare l'applicazione privilegiata solo ad alcuni settori della vita associata, piuttosto che ad altri.

Tale modello appare preferibile in particolare per la regolazione del "mercato", caratterizzata da una necessaria neutralità dall'indirizzo politico, riservandosi lo Stato solo la valutazione di corrispondenza e compatibilità con il dato assiologico di volta in volta rilevante, che unifica e rende compatibile la regolazione elaborata dai privati con i valori che informano e regolano l'ordinamento superiore dello Stato e dell'intera comunità statale²⁸⁷, mediante la "legge nuova"²⁸⁸ intesa quale strumento regolatore del pluralismo istituzionale negli attuali processi di *governance* normativa diffusa.

In ogni caso, anche nella multiformità dei possibili schemi di regolazione, la ricerca deve indirizzarsi ad un risultato che - a mio avviso - va coerentemente perseguito: un collegamento più stretto fra polo statale e polo sociale, finalizzato a produrre una maggiore effettività del diritto, entro il quale la valorizzazione della persona nell'ordinamento esige che ogni cittadino diventi "produttore" di diritto, mediante una partecipazione più effettiva ai modi di formazione della volontà generale²⁸⁹.

²⁸⁶ Per cui v., di recente, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., *passim*, ma part. 216 ss.

²⁸⁷ Superando così il dilemma descritto da G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, cit., 215, secondo cui "... o le autorità private sono libere nei fini, e allora non saranno partner sulle quali lo Stato possa contare per l'implementazione delle sue *policies*, perché le autorità private potranno formularne di proprie, la cui compatibilità con quelle pubbliche potrà essere solo occasionale. Oppure, operano a fianco dello Stato, ma allora le loro regole saranno necessariamente sensibili alle ragioni della politica, anche se a discapito di quelle sociali del settore di riferimento."

²⁸⁸ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 12.

²⁸⁹ Secondo l'auspicio - pur nella diversità degli effetti configurati - formulato fra gli altri da Antonio

Ciò nell'ottica di un inveramento del principio costituzionale di sussidiarietà, secondo il quale è al livello inferiore, dotato di una sua propria legittimazione, che compete il primato d'agire rispetto al livello superiore, il quale a sua volta deve motivare l'eventuale ampliamento della sua sfera d'azione a danno dell'altro. Se le norme giuridiche e quelle relative alle competenze si differenziano in base al contenuto e alla loro specifica validità, tuttavia esse hanno nel principio di sussidiarietà - che ricorre a diversi livelli, assumendo una forma particolare a seconda delle rispettive strutture di regolazione - una comune *ratio legis*: come afferma Isensee, la sussidiarietà va intesa come un filo rosso, il filo conduttore (*der rote Faden*) che percorre differenti norme e sistemi normativi²⁹⁰.

L'indicazione che si può trarre dagli esempi esaminati è che la sussunzione delle regole formate dai privati va sempre intermediata e garantita dalla legge, che potrebbe in questo modo recuperare il suo ruolo tipico di strumento di regolazione *erga omnes*, essendo in tale modello a ciò legittimata dal fatto che essa provvede a sussumere un'esperienza già formata e condivisa dai privati, con i conseguenti vantaggi in termini di effettività dell'ordinamento²⁹¹. Del resto, la dottrina recente appare consapevole che, nell'identificazione degli «spazi» che lo Stato apre alla partecipazione di altri mondi istituzionali, l'incedere degli apparati autorganizzativi espressi dalla realtà sociale trova concreta possibilità di attuazione nel raccordo con il criterio della giuridicità, che "segna il limite qualitativo e dimensionale" della forza regolativa dello Stato nei collegamenti tra sistema istituzionale statale e realtà sociale²⁹².

E' sotto gli occhi di tutti che lo Stato, inteso quale *machina machinarum* deputata alla produzione di regole eteronome e artificiali presenta, nella realtà attuale, molteplici guasti, ha bisogno di riparazioni ed esige probabilmente il ricambio di pezzi²⁹³. Ciò è tanto più vero se l'ordinamento viene riduttivamente inteso come un insieme di regole imposte dalla volontà statale - pure espressione di meccanismi e procedure in cui si dovrebbe rispecchiare la sovranità popolare - che mancano di corrispondenza con il dato fattuale, di cui pretendono di approntare la disciplina normativa.

Pigliaru: "... il fatto che la democrazia moderna, anzi contemporanea, sia caratterizzata (dal punto di vista delle istituzioni) dalla ricerca sempre più urgente e tuttora aperta di nuove forme di partecipazione effettiva al governo dello Stato e della società di tutti gli uomini assieme ... non è che la conseguenza diretta di questa specie di rovesciamento effettuato dalla democrazia contemporanea, per cui la partecipazione al governo dello Stato e della società non è più semplicemente un diritto, ma propriamente un dovere. Un dovere-diritto che pone a ciascun uomo in prima persona l'obbligo di partecipare con tutti gli altri alle scelte politiche di fondo, di essere insomma in ogni momento della vita civile soggetto attivo e responsabile (e non più solo oggetto) della sovranità popolare - in una parola: di essere produttore responsabile e non solo consumatore di quella che i teorici chiamano la "volontà generale", e che, come vedremo, non è altro che lo stesso esercizio concreto della libertà." (A. PIGLIARU, *Le parole e le cose. Alfabeto della democrazia spiegato alla radio*, cit., 59).

²⁹⁰ J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, cit., 370.

²⁹¹ La formazione delle regole da parte degli stessi destinatari assicura infatti, almeno tendenzialmente, che tali soggetti siano anche in grado di eseguirle concretamente. Osserva al riguardo G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione*, Bologna, 1989, che un ordine normativo può non riuscire nel suo intento anche per l'incapacità dei soggetti che lo ricevono a eseguirlo: "...c'è uno "spazio" per la disobbedienza soltanto ove sia possibile l'obbedienza. E l'obbedienza è possibile soltanto ove vi sia l'abilità a fare la cosa richiesta." (166).

²⁹² Così P. DE CARLI, *L'emersione giuridica della società civile*, Milano, 2006, *passim*, che analizza il tema sia con riferimento all'emersione delle norme di regolazione del mercato (57 ss.) sia con riferimento all'utilizzo del principio di sussidiarietà orizzontale (63 ss.).

²⁹³ N. IRTI, *Lo Stato: machina machinarum*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 315.

In tale contesto, la configurazione di modelli regolativi basati sulla sussunzione da parte della legge delle regole formate dai privati, alla luce del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, pare poter produrre una maggiore rispondenza delle norme ai fatti della vita che si intendono regolare e una maggiore, conseguente effettività delle stesse. Pertanto, entro uno schema procedurale dialettico²⁹⁴, nel quale la sfera esperienziale delle autonomie sociali si confronta con i valori fondanti dell'ordinamento del consorzio civile e trova una forma di sintesi nell'intervento del legislatore, l'intervento delle istituzioni statali rimane così sussidiario rispetto alle regole individuate *ab origine* dalla società ma, nel contempo, si palesa sempre necessario.

La sussunzione delle regole formate dai privati entro gli schemi della legge sembra, in definitiva, inscrivere in quel “*New Public Law Order*” configurato dalla letteratura anglosassone²⁹⁵ quale risposta al fenomeno della depoliticizzazione cui si è assistito nell'ultimo periodo storico, sotto l'attacco combinato dei principi di razionalità economica e degli impegni a informare la *governance* pubblica a spesso esasperati criteri di efficienza, e a cui si vuole rispondere con l'adozione di nuove forme di istituzionalizzazione e giuridificazione, volte a riaffermare il *power of law* e ad assicurare i diritti dei singoli²⁹⁶. In tale contesto, la valorizzazione di un modello di sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati potrebbe consentire di ripensare anche il ruolo svolto dallo Stato, che passa nella realtà odierna dall'essere regolatore diretto al duplice ruolo di “disegnatore di sistema” e di controllore di ultima istanza della legalità sostanziale²⁹⁷: e ciò senza voler ridefinire il rapporto pubblico-privato mediante una lettura riduttiva della sfera di competenze pubbliche²⁹⁸,

²⁹⁴ Come osserva F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2005, 46-47, se l'autonomia rappresenta il “germe” dell'ordinamento giuridico, la controversia ne costituisce lo “schema”, in quanto la controversia non venga intesa come conflitto ma come misura dialettica.

²⁹⁵ M. EVERSON, *Accountability and Law in Europe: Towards a New Public Legal Order?*, in 67 *The Modern Law Review*, 2004, 124 ss.

²⁹⁶ Nota infatti M. EVERSON, *Accountability and Law in Europe: Towards a New Public Legal Order?*, cit., 136, che “as politics has retreated under the combined pressures of economic rationality and governance commitments to abstract principles of efficiency, the institutional precepts of the regulatory state, together with the power of law to secure individual rights and oversee regulatory institutions have stepped in to fill the legitimacy gap. Whether these be in the form of the mutual control and oversight of, say, regulatory agencies with overlapping competences, or in the guise of judicial scrutiny of executive functions against the demands of individual rights or the standards of efficient administration, institutionalisation and juridification - albeit in more modern guise than was found in the Welfare State - they are the inexorable flip side to depoliticisation”.

²⁹⁷ Come rileva, con riferimento all'esperienza inglese, G. DE MINICO, *L'esperienza di autoregolazione nel Regno Unito*, in *Pol. dir.*, 2002, 4, 711. L'Autrice ribadisce di recente tale impostazione (G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, cit., 6) osservando che si potrebbe pensare a “... un sistema meno strutturato e rigidamente definito negli elementi che lo compongono, nel quale il punto di equilibrio è di volta in volta dinamicamente individuato dal decisore politico. Un disordine creativo, questo, che rimanda necessariamente all'esistenza di uno Stato, e nel quale parimenti può trovarsi una simmetria tra liberismo giuridico e liberismo economico. Lo Stato, infatti, come è pronto a correggere le asimmetrie dell'economia di mercato, così interviene nei processi giuridici, come architetto di sistema e regolatore di ultima istanza. Al liberismo eterodiretto, in via preventiva con la disciplina antitrust, e in via successiva con la regolazione correttiva dei fallimenti del mercato, corrisponderebbe, in termini di ordine giuridico, un sistema reticolare di governi di interessi: spazi di autonomia pubblica e privata, distribuiti su più piani, reciprocamente complementari, con riserva allo stato del ruolo di responsabile ultimo del nuovo ordine giuridico.”.

²⁹⁸ Dalla quale mettono in guardia G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della p.a.: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 2, 661 ss. e D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 77, secondo cui, in modelli che prevedono il ricorso all'assunzione delle responsabilità di svolgimento di attività di interesse generale aventi contenuto economico da parte dei cittadini, rischia di transitare verso il privato la titolarità stessa del servizio, non rispondendo tale tendenza al quadro costituzionale della sussidiarietà e alle esigenze di garanzia degli

dovendosi piuttosto intendere il nuovo modello come una diversa modalità di esplicazione del “pubblico”.

La valorizzazione, nella prassi della normazione, di schemi di sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati potrebbe costituire pertanto una risposta alla crisi dello Stato, intesa come scollamento fra la normazione pubblica e le istanze di tutela dei privati, in quanto verrebbero salvaguardate sia l'autonomia dei privati nell'elaborazione di regole autoprodotte e condivise - secondo una tipica sussidiarietà orizzontale - sia la competenza del legislatore a legittimare, sulla base di una valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti dai privati, coincidenti con quelli pubblici, l'esercizio di poteri privati.

In tale ricerca di integrazione fra polo sociale e polo statale, da condursi nel prisma dell'effettività e della certezza del diritto, la normazione delle istituzioni particolari presenti nella società viene sussunta dall'ordinamento dell'istituzione superiore - lo Stato - dopo il compimento, da parte del legislatore, di una valutazione assiologica che valga ad accertare la compatibilità con i valori dell'ordinamento statale dei valori e della *ratio* espressi dalla regolazione formata dai privati che si va a sussumere nell'ordinamento statale. Si può tentare di giungere così, per tale via, ad un risultato “sistematizzante”, che riduce ad unità l'ordinamento statale e gli ordinamenti delle istituzioni particolari mediante la sussunzione proceduralizzata e assiologica dei contenuti prescrittivi creati dai consociati, pur nella consapevolezza che risulta prematuro considerare se la valorizzazione di un tale modello, non applicabile a tutte le tipologie di norme²⁹⁹, possa rappresentare l'espressione di una linea di tendenza durevole dell'ordinamento.

Se si nota, già da tempo, un incremento del livello di proceduralizzazione in conseguenza del livello crescente di complessità sociale³⁰⁰, la configurazione di un modello regolativo basato sulla sussunzione *per legem* delle regole formate dai privati vale a realizzare anche una sintesi opportuna fra il diritto dei contenuti e il diritto delle forme. Infatti la distinzione fra prescrizioni “riflessive”, che inducono l'autodisciplina dei sistemi mediante la configurazione di apposite procedure decisionali, e prescrizioni “sostanziali”, che individuano invece direttamente i contenuti delle decisioni³⁰¹, potrebbe trovare una sintesi in un modello nel quale la sussunzione proceduralizzata dei contenuti prescrittivi creati dai consociati avviene nel prisma di una necessaria valutazione assiologica del legislatore, che vale a fondere in unità l'ordinamento statale e gli ordinamenti delle istituzioni particolari, e i relativi valori.

Di guisa che, in tale processo costante e circolare di osmosi tra Stato e società, le determinazioni dei consociati potrebbero costituire la nuova linfa legittimante

interessi “a soddisfazione necessaria”.

²⁹⁹ Appaiono, ad esempio, *prima facie* escluse le norme di incentivazione, le norme che erogano finanziamenti, le norme di spesa, le quali, più che porre una regola di convivenza sociale, presuppongono un intervento finanziario di una istituzione (generalmente lo Stato o le autonomie territoriali) a favore di propri membri, di un'altra istituzione o di soggetti appartenenti a un'altra istituzione. Così come appaiono pure escluse le metanorme ovvero le norme sulle fonti che regolano la produzione di altre norme, le quali, in quanto disciplinanti il procedimento di sussunzione *per legem* delle regole, sono da tale procedimento presupposte. Sempre ad un primo esame, il modello, poiché presuppone comunque la sussunzione della regola formata dai privati da parte della legge, appare applicabile nella disciplina delle materie coperte da riserva di legge.

³⁰⁰ Osserva N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, IX, che “nel naufragio dei tempi, il diritto ha afferrato il salvagente della forma”, essendo ormai le procedure produttive di norme l'ambito posta del giuoco politico e sociale, in quanto chi ne prende possesso ha in mano la tecnica per il dominio coercitivo delle altrui volontà: in questo senso, il formalismo porgerebbe attualmente l'autentica immagine del nichilismo giuridico.

³⁰¹ G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, 81 ss.

dell'autorità legislativa statale³⁰², che ad esse conferirebbe, dal canto suo, la necessaria forza tipica del comando normativo *erga omnes*.

³⁰² Risultando ormai, nella complessità dei sistemi politico-amministrativi dell'età contemporanea, come rileva da ultimo M. MORISI, *Prolusione. Come studiare il Parlamento italiano ... e perché*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari - Seminario 2004*, Quaderno n. 15, Torino, 2005, 11, "... in completa e conclamata desuetudine qualunque pretesa giuspositivistica di racchiudere ed esaurire il fabbisogno di legittimazione dell'autorità statale e dell'obbligazione pubblica e privata su cui essa si fonda, nella sola razionalità formale e tecnologica del comando giuridico e nel suo eterno ancoraggio a una qualche *voluntas* sovrana di hobbesiana o parlamentaristica o partitocratica memoria."