

ROSA CALDERAZZI

Professore associato di Diritto dell'Economia presso il Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'Impresa dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro

rosa.calderazzi@uniba.it

LA DECISIONE E LE SCELTE ECONOMICHE OLTRE I CONCETTI TRADIZIONALI DI POTERE E AUTONOMIA PRIVATA

THE DECISION AND THE ECONOMIC CHOICES OVER THE TRADITIONAL CONCEPTS OF POWER AND PRIVATE AUTONOMY

SINTESI

Il tema della decisione presenta profili interessanti nell'ambito del diritto privato del rischio e del gioco e della scommessa. Il contenuto della decisione nel diritto privato è stato tradizionalmente identificato nella manifestazione della volontà delle parti. Sennonché nell'evoluzione complessiva del diritto privato la libertà contrattuale ha cominciato a muoversi entro confini diversi, anche in conseguenza della emersione di interessi nuovi. Il paradigma dell'autonomia non è più quello della volontà libera, ma di una decisione contornata di regole che intervengono dall'esterno e che servono alla protezione di interessi, diversi dagli interessi del soggetto che decide.

In questa prospettiva, nei mercati finanziari, nella protezione dei consumatori, nel gioco e nella scommessa, l'intera disciplina che si fonda sul rapporto dialettico autonomia privata / intervento pubblicistico, vede un superamento del concetto tradizionale di autonomia privata, in considerazione degli interessi da tutelare.

Si crea un rapporto libertà – autorità nel quale l'autonomia privata viene regolata e spesso limitata dalle regole amministrative.

La regolazione diventa il criterio ordinatore sia dell'autorità che della libertà: di qui il diffondersi dei poteri di *soft law* che invadono gli spazi di autonomia e libertà delle parti, con la finalità di rispettare il principio di legalità.

La decisione, nel diritto privato del rischio, non è più sempre e solo governata dalla volontà, ma appare contornata da norme autoritative che intervengono per tutelare non solo pretese individuali, ma dimensioni collettive, con uno spostamento dalla sfera individuale a quella sovraindividuale.

Anche nella disciplina del gioco, la decisione non è più il risultato di una volontà che decide il contenuto dell'accordo, ma il consenso regolato dallo strumento della concessione, in considerazione della necessità di tutelare il giocatore.

La decisione non si presenta più solo come libera volontà delle parti o come estrinsecazione del potere dell'autorità: il consenso viene regolato da strumenti di regolazione in quanto vi sono dimensioni collettive, e il punto di unificazione

è dato dai diritti che vengono prima della legge.

ABSTRACT

The topic of the decision has interesting profiles within the private law of risk, gambling and bet. Traditionally, the content of the decision in private law was identified in the manifested will by the parties. However, in the overall evolution of private law, contractual freedom began to move within different lines, even as the result of the appearance of new interests. The paradigm of autonomy is no longer that of free will, but of a decision outlined by rules coming from outside and serving for the protection of interests, different from those of the person who decides.

From this point of view, the whole discipline based on the dialectical relationship between private autonomy and public intervention, in the financial markets, consumer protection, gambling and bet, sees overcoming the traditional concept of private autonomy, taking into account the interests to be protected.

A relationship of freedom - authority in which private autonomy is regulated and often limited by administrative rules is created.

Regulation becomes the authoritative criterion both of authority and of freedom: hence the spread of soft law powers invades the spaces of autonomy and freedom of the parties with the aim of respecting the principle of legality.

The decision, in the private law of risk, is no longer always and only governed by the will, but it is outlined by authoritative rules to protect not only individual claims, but also collective interests, with a shift from an individual to an over-individual sphere.

Even in the discipline of gambling, the decision is no longer the result of a will deciding on the content of the agreement, but it is the consensus governed by the instrument of the concession, given the need to protect the player.

The decision no longer appears just as the free will of the parties or as the extrinsic power of authority: the consensus is governed by regulation instruments as there exist some collective interests, and the point of unification is given by the rights that come before the law.

PAROLE CHIAVE: decisione, autonomia privata, potere, gioco, regolazione.

KEYWORDS: decision, private autonomy, power, gambling, regulation

INDICE: 1. Le ragioni dell'indagine. – 2. Il concetto tradizionale dell'autonomia privata e il suo superamento. – 3. Il diritto privato del rischio: considerazioni generali. – 4. Il caso del gioco e della scommessa. – 5. La decisione nelle scelte economiche: ricostruzione.

1. Le ragioni dell'indagine

Il tema dell' ἐκλέγειν, nel diritto dell'economia, assume connotazioni interessanti, in quanto la fisiologica confluenza – in tale settore – del diritto privato e del diritto pubblico diventa un osservatorio privilegiato per valutare, attraverso

un'indagine sull'evoluzione del rapporto tra autonomia privata e autorità, il contenuto delle decisioni economiche¹.

Il diritto privato e il diritto pubblico, che nel tempo si sono evoluti attraversando percorsi diversi, partono da un principio comune: il principio di uguaglianza del giusnaturalismo seicentesco che, sul versante privatistico, si identifica nella libertà delle parti, su quello pubblicistico diventa manifestazione del potere dello Stato che lo esercita attraverso la sovranità.

Tutti sono uguali di fronte alla legge, ma esiste il potere del sovrano di disporre della legge e di amministrare in base alla legge, cioè il comando dell'autorità²; la decisione diventa comando, controllo, espressione del potere e della sovranità.

Nel diritto privato le decisioni sono tradizionalmente ricondotte alla manifestazione della volontà, all'esercizio di una autonomia privata (dal greco *αὐτο* e *νόμος*, capacità dei soggetti di autovincolarsi al rispetto di una disciplina), che consente di decidere liberamente della propria sfera giuridica, personale e patrimoniale³, quindi la decisione è volontà, accordo.

Nella prospettiva della individuazione del contenuto della decisione nel diritto dell'economia, diventa un osservatorio privilegiato, in quanto consente

¹ Per uno studio recente sull'intervento pubblico nell'economia, cfr. AA.VV., *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno, F. Manganaro, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, Firenze, University Press, 2016. G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 104, evidenzia che indagare sulle due categorie, cioè assumendo una posizione binaria, significa muovere da posizioni preconcepite, occorre, al contrario, muovere da una visione complessiva della problematica, imponendo così all'interprete di «revocare in dubbio - salvo poi sciogliere il dilemma in senso confermativo - che sia logico, opportuno o addirittura necessario postulare la distinzione».

² N. BOBBIO, M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano, Il Saggiatore, 1979.

³ Vastissima la bibliografia, si citano, *ex multis*, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1986, p. 126 (per il quale l'autonomia è «volontà produttiva degli effetti rispetto all'ordinamento»); F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, Giuffrè, 1950, p. 449; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, Utet, 1950, p. 520 (entrambi collocano l'autonomia nell'ambito della libertà contrattuale, tra i diritti fondamentali; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1980; ID., *Negoziio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, 1991, p. 289 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, Cedam, 1994; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 229 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, Utet, pp. 517 ss.; ID., *Contratto, autonomia, mercato*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il Contratto*, in *Trattato dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2005, pp. 16 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1993; S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 14 (l'autonomia «nel significato più ampio e generico, indica ogni possibilità di autodeterminazione e, quindi, le capacità attive, i poteri, i diritti soggettivi. Nel significato più specifico ... indica soggettivamente la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé»).

un ripensamento dei concetti tradizionali e apre la strada a possibili ricostruzioni alternative, l'istituto del gioco e della scommessa: esso rappresenta un fenomeno storico nel quale si crea una confluenza di regolazione privatistica e pubblicistica. Infatti, fino ad oggi, gioco e scommessa sono stati indagati – dai privatisti – alla luce delle ridotte norme codicistiche, oppure collegati a recenti strumenti finanziari; per lato loro, i pubblicisti li hanno esaminati sul versante della concessione (che rende lecito il loro esercizio come attività industriale) e della regolazione. Tuttavia, i giochi (e con essi le scommesse) presentano paradigmi di regolazione del mercato, attraverso i quali diventa possibile ripercorrere i rapporti tra autonomia privata e autorità dello Stato e collegare i due approcci, traendone indicazioni ulteriori.

Nemmeno può essere trascurato il fatto che i giochi leciti regolati costituiscono un imponente settore industriale e finanziario nelle economie avanzate, fitto di disciplina (sia pubblicistica che contrattuale) del processo economico.

2. Il concetto tradizionale dell'autonomia privata e il suo superamento

Se tradizionalmente il contenuto della decisione nel diritto privato è stato identificato nella manifestazione della volontà delle parti, per capire se e in che misura ci sia stata un'evoluzione, occorre muovere dal concetto di autonomia privata, con l'avvertenza che la distinzione tra autonomia privata e volontà, che pure meriterebbe approfondite discussioni, ai fini della presente indagine diventa irrilevante⁴.

Per un verso l'autonomia negoziale e le sue regole appaiono legati indissolubilmente al sistema socio economico⁵, per l'altro il problema dell'autonomia

⁴ L'autonomia privata, come è stato efficacemente osservato da S. PUGLIATTI, (*voce*) *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 366 ss., «sarebbe una qualificazione analitica, una esplicazione discorsiva dell'essenza della volontà. Nel contempo costituirebbe un criterio di individuazione e distinzione da ogni entità che, priva di quella qualità, sarebbe da designare come eteronoma».

⁵ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, Giuffrè, 1945, ricorda la necessità di muovere dalla storicità degli istituti giuridici; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 391; L. RAISER, *La libertà contrattuale oggi*, in *Il compito del diritto privato*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, Giuffrè, 1990, p. 55, afferma che la libertà contrattuale rappresenta un principio portante dell'ordinamento giuridico e va di pari passo con l'economia del mercato; F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Dir. ec.*, 1956, p. 1213; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969; M. S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 882 s. ritiene che l'autonomia privata attiene all'elemento della plurisoggettività degli ordinamenti, cioè alla determinazione della posizione dei soggetti di un ordinamento, di fronte all'organizzazione e alla formazione dell'ordinamento stesso; «è pur sempre impossibile che l'intera libertà del soggetto sia soppressa

privata finisce per confondersi, sotto il profilo privatistico, con il problema più generale dei rapporti tra Stato e cittadini⁶, della dialettica autorità – libertà, diventando un problema sociale e politico, prima ancora che giuridico⁷.

Il resto è libertà, autonomia privata, esercizio della libera volontà delle parti; nel diritto privato tutto è improntato all'autonomia, l'unica componente eteronoma è la legge, nell'ambito dell'autonomia si esercita la volontà⁸.

L'autonomia privata è un diritto di libertà⁹, attraverso il quale il soggetto sceglie la soluzione migliore per tutelare i propri interessi, nella maniera più efficace; le parti, infatti, possono liberamente determinare il contenuto del contratto, nei limiti imposti dalla legge, e concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, secondo quanto dispone l'art. 1322 c.c., nonché regolare ogni altro aspetto della propria sfera giuridica, personale e patrimoniale.

L'accordo rappresenta lo strumento di applicazione dell'autonomia privata, giacché, non potendo il soggetto disporre della sfera giuridica altrui, necessita del consenso dell'altra parte. Quindi l'autonomia privata rappresenta il principio che giustifica la rilevanza giuridico – sociale del negozio¹⁰, la disposizione è posta in essere dalle parti, trova la sua fonte nel loro accordo, inteso quale atto di esercizio della loro autonomia privata e l'ordinamento riconosce efficacia giu-

dall'organizzazione dell'ordinamento, l'intero suo comportamento sia regolato dalla formazione dell'ordinamento. L'autonomia privata è quindi una “posizione necessaria” di libertà e di autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento. E per la varietà e relatività degli ordinamenti, essa è a sua volta varia e relativa, e quindi storica».

⁶ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 188.

⁷ V. ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-atti-giuridici_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, ricorda come il principio dell'autonomia privata costituisca un portato della moderna società borghese e liberale, modellata dal capitalismo, così come le teorie del negozio giuridico e del contratto, nate per strumentare quel principio. Le corrispondenti regole e costruzioni giuridiche riflettono gli stessi valori fondamentali che informavano quella società e le filosofie create per legittimarla: il valore dell'individuo; il valore della volontà; il valore della libertà da ingerenze pubbliche.

⁸ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 103: l'autonomia privata è il potere riconosciuto dall'ordinamento giuridico ai privati di autoregolare i propri interessi.

⁹ Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2188, ricorda come l'autonomia contrattuale dei singoli rappresenti uno strumento di esercizio di libertà costituzionalmente protette.

¹⁰ Il concetto di autonomia privata è più ampio rispetto a quello di autonomia negoziale, in quanto concerne anche gli atti giuridici non negoziali: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Es, 2004, p. 84; U. MAJELLO, *Rapporti e fatti giuridici. Situazioni giuridiche soggettive*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 76 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 5 e ss., ritiene che vi sia perfetta coincidenza del problema dell'autonomia privata con quello del negozio giuridico.

ridica vincolante al negozio nella misura in cui rappresenti lo strumento attraverso il quale le parti decidono dei loro affari¹¹.

La disciplina legislativa del contratto non fa dipendere la rilevanza giuridica dell'atto dalla reale volontà interna delle parti, l'accordo rileva quale atto decisionale, mediante il quale le parti costituiscono, estinguono o modificano un rapporto patrimoniale: ha valore negoziale l'atto imputabile come atto di autonomia privata, cioè come atto decisionale del soggetto in ordine alla sua sfera giuridica.

Tale concetto, in considerazione della sua storicità e relatività, si è, nel tempo, evoluto¹².

L'autonomia privata sotto l'influsso della scuola giusnaturalistica e dell'Illuminismo diventa espressione del principio egualitario di fronte alla legge, ma anche espressione della volontà individuale che configura un diritto naturale, preesistente allo Stato, in quanto tale, intangibile.

L'evoluzione ottocentesca conferma l'idea che solo agli individui spetta il potere di regolamentare i propri affari, il singolo agisce come un "legislatore decentrato"¹³, sulla base del presupposto che ci sia un'automatica corrispondenza tra libertà del mercato (quindi del contratto) e conseguimento del massimo benessere economico e collettivo¹⁴. Si ritiene che l'uguaglianza giuridica delle parti sia sufficiente ad assicurare rapporti giusti; gli unici limiti all'autonomia privata sono legati all'esigenza di evitare di turbare la circolazione giuridica dei beni.

L'autonomia privata del singolo diventa il motore del nuovo sistema¹⁵.

Senonché l'evoluzione complessiva del diritto privato (che si è espressa in una diversa e inversa direzione rispetto al diritto pubblico), ha portato al risultato che il diritto non viene più considerato solo se posto, costituito e sostituito da essere umani attraverso atti e decisioni consapevoli e deliberate o com-

¹¹ M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 23.

¹² Per una ricostruzione de concetto di autonomia privata, v. P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, c. 113; D. GIORDANO, *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1 e ss.

¹³ L'espressione è utilizzata in *Diritto civile. Fatti atti giuridici*, vol. I, t., 2, Torino, 1999, p. 476, a cura di L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli.

¹⁴ F. LUCARELLI, *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Padova, Cedam, 1990, p. 262, il quale sottolinea che la proprietà e l'autonomia privata simboleggiano nei codici ottocenteschi l'elemento emblematico di liberazione dai privilegi feudali, dalle discriminazioni personali, poteri accentrati nelle classi nobili e nel clero.

¹⁵ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. III, Padova, Cedam, 1963, pp. 152 e ss., ricorda come l'individualismo economico fu poi sostituito da un pluralismo economico nel quale i conflitti di interessi individuali sono continuati da gruppi collettivi di interesse. Ciò porterà all'inizio della politica di interventzionismo statale nell'economia.

portamenti umani, la libertà contrattuale comincia a muoversi entro confini diversi, anche in conseguenza della emersione di interessi nuovi¹⁶.

Il principio della intangibilità della *lex contractus*, della dogmatica tradizionale civilistica comincia a sfaldarsi e ad aprire spazi a condizionamenti di tipo esterno: le esigenze di massa e gli interessi collettivi¹⁷.

La sacralità della volontà individuale cede di fronte alla esigenza di ripristinare l'uguaglianza causata da una disparità socio-economica tra i contraenti: il principio di autonomia privata non è sufficiente ad assicurare rapporti giusti; non è più esercizio di un potere che il singolo può esercitare incondizionatamente.

Lo sviluppo dell'economia porta a fenomeni di massificazione e standardizzazione: l'economia di massa induce bisogni standardizzati che, a loro volta, determinano standardizzazione dei beni e servizi e standardizzazione dei contratti¹⁸. Il fenomeno della standardizzazione implica la predisposizione unilaterale e l'adesione: il testo contrattuale non costituisce il frutto di una trattativa tra le parti, ma il risultato di una disuguaglianza tra le parti che costringe una parte ad aderire al contratto proposto dall'altra, menomando la volontà, per lo meno da un punto di vista sostanziale.

Le risposte tradizionali sono offerte dal codice civile, proponendo al contraente menomato nella volontà, la possibilità di cancellare il contratto con i vizi della volontà.

Le risposte più moderne sono contenute nella legislazione speciale, in particolare nella normativa sulla regolazione del mercato, dove la menomazione del ruolo volitivo della parte deriva dalla fisiologia delle relazioni, dalla sua appartenenza a una categoria socio – economica¹⁹.

Ciò determina un declino della autonomia contrattuale: la libertà di determinazione del contratto conserva la sua integrità, ma concretamente uno dei contraenti non è in grado di esercitarla. Di qui la necessità di trovare rimedi, diversi da quelli individuali, che consentano alle parti una tutela.

¹⁶ L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Esi, 2003, p. 71, sottolinea come il diritto privato emergente sia "condizionato dal mercato in quanto rivolto alla regolamentazione di quest'ultimo e mediatizzato dalla società, portatrice di propri interessi giuridicamente protetti".

¹⁷ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. III, Padova, Cedam, 2003, pp. 20 e ss.

¹⁸ V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 42.

¹⁹ G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 55 e ss., ricorda le tappe dell'evoluzione dell'autonomia privata, dalla crisi del liberismo economico al superamento del modello dirigistico. Sul tema, v. V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 44; G. B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 22 e ss.

Il declino della autonomia privata, secondo la dottrina²⁰, può indicare tre fenomeni: 1) la pubblicizzazione del contratto: si restringe il ruolo dell'accordo di fronte alla regolamentazione imperativa del contratto (c'è una limitazione pubblicistica alla libertà contrattuale, giustificata dall'esigenza di subordinare tale libertà all'utilità sociale); 2) la oggettivazione del contratto: si restringe il ruolo dell'accordo di fronte al significato oggettivo del rapporto; il contratto è un fatto sociale determinato con criteri obiettivi; 3) la standardizzazione del contratto: si restringe il ruolo dell'accordo di fronte alla disciplina unilaterale del predisponente nei contratti di massa.

In generale, emerge la necessità di indicare rimedi diversi da quelli individuali, per i casi di disuguaglianza di potere contrattuale delle parti che consentano una tutela attraverso il controllo sostanziale della "giustizia" del rapporto²¹.

Rappresenta, dunque, un risultato acquisito – sul piano del diritto positivo – il superamento del dogma della autonomia privata.

Possiamo allora affermare che, nell'evoluzione complessiva di un perimetro inizialmente consegnato alla autonomia privata, emerge una disciplina che contiene due elementi significativi: 1) la limitazione dell'autonomia privata, nei contratti tra privati, per ragioni attinenti a profili di interesse generale (i modi di manifestazione della volontà non sono tutti leciti, occorre ripristinare un'uguaglianza tra le parti o tutelare beni superiori); 2) la scoperta che nella volontà possono non esserci decisioni libere.

Ragionando in tal senso, si avverte che il paradigma dell'autonomia non è quello della volontà libera, ma di una decisione contornata di regole che intervengono dall'esterno e che servono alla protezione di interessi, diversi dagli interessi del soggetto che decide.

3. Il diritto privato del rischio: considerazioni generali

In questa prospettiva, assume un ruolo privilegiato il diritto privato del rischio²², dove, in ragione dei soggetti che operano sul mercato, delle attività e

²⁰ M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 35.

²¹ Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 34; A. DI MAJO, *Contratto e negozio*, in AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 106.

²² Sul tema, G. ALPA, (voce) *Rischio contrattuale (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1144; A. BALDASSARRE, (voce) *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 600; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; P. SAVONA, *Il governo del rischio*, Napoli, Esi, 2013; M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.

degli atti che si compiono, emergono *i*) l'insufficienza delle norme di diritto comune, *ii*) la necessità dello strumento della regolazione; *iii*) l'interesse pubblico in relazione all'asimmetria delle posizioni soggettive private²³.

Nei mercati finanziari²⁴, nella protezione dei consumatori²⁵, nel gioco e nella scommessa, l'intera disciplina si fonda sul rapporto dialettico autonomia privata / intervento pubblicistico, ma, in considerazione degli interessi da tutelare, si avverte un superamento del concetto tradizionale di autonomia privata.

Nell'acquisto di un prodotto finanziario l'accordo contrattuale non costituisce il risultato di una contrattazione tra le parti, la parte che sottopone la proposta nega il dialogo, le negoziazioni si svolgono in condizioni di asimmetria informativa e colui che acquista un prodotto finanziario, normalmente, trasferisce una somma attuale di danaro, a fronte di un'aspettativa che spesso appare legata al comportamento di colui che deve soddisfare l'aspettativa stessa²⁶.

La predisposizione di una proposta preconfezionata non serve, ma domina l'incontro delle parti²⁷: l'acquisto del prodotto finanziario da parte del ri-

²³ Per un'analisi del rapporto tra autonomia privata e intervento legislativo nell'economia, v. T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in *Diritto dell'economia*, 1956, p. 1238, secondo il quale «il problema sollevato dalle contrapposizioni fra autonomia privata e intervento legislativo nell'economia non è intellegibile se non in relazione alla portata delle varie misure e in un determinato momento storico».

²⁴ Sulla regolazione dei mercati finanziari e gli interessi sottesi, cfr. *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Padova, Cedam, 2015; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, Cedam, 2010; ID., *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MIFID. Profili sistematici*, Padova, Cedam, 2008; *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. Amoroso, Milano, Giuffrè, 2014; *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di F. Galgano, G. Visintini, Padova, Cedam, 2006; F. ZATTI, *La vigilanza tra regolamentazione e controllo. Contributo allo studio della regolazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 2012; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, 2011, in http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/11/Torchia_Regolazione_mercato.pdf.

²⁵ G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 515, sottolinea l'esigenza che il controllo pubblico si estenda secondo i parametri di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità.

²⁶ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2016; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2015.

²⁷ Così, si esprime Irti, a proposito dei moduli e formulari, in N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347; ID., «È vero, ma» (*Replia a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 273 e ss., il quale ricorda come il contratto per adesione inauguri il declino dell'*homo loquens* e dissolva il dialogo nella solitudine di due decisioni individuali. Secondo Irti, la parte che adotta moduli e formulari rifiuta e nega l'accordo: fa un'unica domanda e attende un'unica risposta, esaurendo la propria volontà comunicativa, in un'espressione che consuma e annulla il dialogo. Di contro, l'aderire non è un risultato dialogico, ma soltanto un'impossibilità di sciogliersi. Moduli e formulari non servono, ma dominano l'incontro delle parti. Destinati a soddisfare bisogni di massa, i contratti per adesione, uniformi e ripetitivi, rinunciano a ciò che la massa non può né vuole svolgere: il personale e faticoso dialogare. Su posizioni critiche si pone G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 525 e ss.

sparmiatore non è un risultato dialogico, ma è caratterizzato dalla standardizzazione e uniformità del suo contenuto.

Tale approccio – che nega il contraddittorio tra le parti – rende insufficienti le norme di diritto comune: il rispetto del principio di buona fede nella contrattazione tra le parti, secondo le norme codicistiche, comporta un riscontro e un contraddittorio dei contraenti, lo strumento privatistico risarcitorio richiede una valutazione della situazione individuale di colui che invoca tutela; nel campo del mercato finanziario, per un verso viene a mancare una mediazione dialogica, essendoci un'accettazione di una parte alle condizioni dell'altra, per altro verso gli interessi coinvolti non sono più solo interessi dei singoli, ma di una pluralità spersonificata di soggetti.

La dimensione “impersonale” produce un duplice effetto: *a)* impone una disciplina che prescinde dalla situazione individuale del singolo investitore, non nel senso di disattenzione nei confronti delle ragioni degli azionisti, ma nella direzione di uno spostamento dalla sfera individuale a quella sovraindividuale; *b)* connota il diritto dei mercati finanziari di accentuati profili pubblicistici.

Trasparenza, informazione, stabilità diventano obiettivi di interesse pubblico, perché pubblico è l'interesse al funzionamento dell'intermediazione finanziaria, pubblica la corretta allocazione delle risorse, pubblica la tutela della massa dei risparmiatori²⁸.

Di fronte alla crisi dell'autonomia privata dei soggetti coinvolti che si collocano su posizioni diverse sul piano informativo, economico e organizzativo, interviene l'autorità con lo strumento della regolazione.

L'intervento incisivo del regolatore sull'attività d'impresa di intermediazione mobiliare, per il quale la normativa secondaria diventa sempre più capillare e pervasiva, ha, certamente, la finalità di superare il problema delle asimmetrie informative, dei rischi sistemici, ma porta – come conseguenza – la perdita della libertà delle parti, nella contrattazione e nella autonomia negoziale e organizzativa.

Si crea un rapporto libertà – autorità nel quale l'autonomia privata viene regolata (non governata, ma spesso limitata) dalle regole amministrative.

La regolazione diventa il criterio ordinatore sia dell'autorità che della libertà: di qui il diffondersi dei poteri di *soft law* che invadono gli spazi di autonomia e libertà delle parti²⁹, con la finalità di rispettare il principio di legalità.

²⁸ Sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *I mercati finanziari*, in *Diritto amministrativo*, a cura di G. Carloti e A. Clini, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 463.

²⁹ N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 732; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008.

La decisione, nel diritto privato del rischio, non è più sempre e solo governata dalla volontà, ma appare contornata da norme autoritative che intervengono per tutelare non solo pretese individuali, ma dimensioni collettive, con uno spostamento dalla sfera individuale a quella sovraindividuale.

4. Il caso del gioco e della scommessa

Anche analizzando gli istituti del gioco e della scommessa diventa possibile ripercorrere i rapporti tra autonomia privata e autorità dello Stato e collegare i due approcci, traendone indicazioni ulteriori³⁰.

Indipendentemente dall'evoluzione storica più risalente della disciplina³¹, a noi basterà muovere da quando il fenomeno sociale del gioco ha acquistato un trattamento giuridico attraverso la sua proibizione e regolazione delle forme lecite. In tal senso il codice penale (artt. 718-723 c.p.) punisce il gioco d'azzardo quando c'è un coinvolgimento pubblico; il codice civile consente al vincitore di trattenere il pagamento in caso di adempimento spontaneo del giocatore perdente nel gioco tra privati; l'esercizio dell'attività di gioco è subordinata ad una autorizzazione statale se organizzata e diretta ad una pluralità di destinatari.

Dall'analisi del gioco e della scommessa emerge che la disciplina, benché diversa, costituisce – in tutte le ipotesi di gioco giuridicamente rilevanti – il risultato di una valutazione comune: il giocatore non ha la libertà di far valere le proprie ragioni, non è in grado di amministrarsi autonomamente, dunque la re-

³⁰ Per un approfondimento dell'istituto del gioco e della scommessa, M. PARADISO, *Gioco, scommessa, rendite*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2006, p. 72; AA.VV., *Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, a cura di A. Battaglia, B.G. Mattarella, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; C. BEDELLI, E. VEDOVA, *Giocchi e scommesse tra diritto comunitario e diritto nazionale*, Milano, Giuffrè, 2008; T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 3141 ss.; S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli* (Relazione alla tavola rotonda su “I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico: il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato”), in <http://archive.forumpa.it/forumpa2004/convegni/relazioni/810-sabino-cassese/810-sabino-cassese.pdf>; L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, 2012, p. 309; D. MAFFEIS, *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata* (art. 1935 c.c.), in *Contratto e impresa*, 2014, p. 835; F. MASCHIO, *Alea iacta est – La disciplina delle scommesse on-line ed il dialogo istituzionale sulla libertà di concorrenza e la regolazione del mercato*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 126; F. MARTINES, *Il gioco d'azzardo e il mercato comune: spazio di autonomia e scelte di valori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 849 ss.

³¹ v. U. GUALAZZINI, (voce) *Giocchi e scommesse (storia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 30 ss.

golamentazione del fenomeno non può essere demandata, in via esclusiva, all'autonomia privata.

Di qui la necessità *i)* di approntare una normazione che prenda atto della crisi della autonomia dei privati, nell'ambito del contratto di gioco, e *ii)* di individuare strumenti alternativi, volti a tutelare gli interessi del giocatore.

L'ulteriore conseguenza che deriva dall'adesione alla predetta impostazione è che, ai fini dell'indagine, diventa irrilevante per l'indagine *a)* la distinzione tra la fattispecie del gioco e quella della scommessa; *b)* la disquisizione sulla natura contrattuale dei giochi tollerati; *c)* la distinzione tra obbligazioni naturali e debiti di gioco.

Ciò in quanto, indipendentemente dalla scelta alla quale si ritiene di dover aderire, rimangono immutati i termini della questione, ossia il rapporto tra autonomia privata e intervento dell'autorità e tra crisi della volontà ed eteronormazione.

Il codice civile dedica al gioco e alla scommessa gli articoli 1933, 1934 e 1935.

Dal punto di vista del diritto privato, il gioco e la scommessa assumono rilievo per quanto concerne l'accordo e l'adempimento all'esito del gioco o della scommessa.

Sono tradizionalmente annoverati tra i contratti aleatori, in quanto subordinati ad un evento futuro e incerto: questo evento costituisce l'alea del contratto, ma, a differenza degli altri contratti aleatori nei quali il rischio preesiste alla conclusione del contratto, nel gioco il rischio viene creato artificialmente dalle parti, in quanto sono le parti che creano la possibilità di una vincita o perdita, o subordinano all'esito della partita e della gara il conseguimento di un determinato guadagno³².

Se il rischio esiste *in rerum natura* ed influisce direttamente sul patrimonio di determinate persone, il contratto concluso per eliminare o attenuare le conseguenze dannose è pienamente tutelato, in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela (assicurazione o rendita vitalizia); viceversa se il rischio viene creato artificialmente dalle parti, si avverte una diffidenza e reazione dell'ordinamento.

L'art. 1933 c.c. recita: «Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti», quindi non è ammessa l'azione per il pagamento di un debito di gioco e di

³² L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa* (artt. 1933-1935), in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1959, pp. 19 e ss.

scommessa; il 2° comma aggiunge «il perdente tuttavia non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace».

Alla categoria delle scommesse innocue, tollerate dalla legge perché considerate socialmente non pericolose, l'ordinamento presta, quindi, il riconoscimento indiretto della *soluti retentio*, mentre l'adempimento dei debiti di gioco e scommessa viene configurato come semplice dovere sociale (sempre che non vi sia frode o incapacità del giocatore).

La regola della *soluti retentio* viene dalla dottrina³³ giudicata un buon compromesso tra l'esigenza di salvaguardare gli individui dai rischi connessi ai giochi e alle scommesse nei quali venga assunto l'impegno, in caso di perdita, di eseguire una prestazione patrimoniale, e l'imperativo d'onore e di coscienza generalmente avvertito dal perdente con riferimento al pagamento della vincita.

Il legislatore, rispetto alle ipotesi di gioco familiari, occasionali, nelle quali normalmente le poste in palio sono modeste, lascia pertanto l'adempimento dell'obbligo del giocatore perdente alla spontaneità del comportamento dei consociati.

Se, dunque, l'autonomia privata rappresenta il principio che giustifica la rilevanza giuridica sociale del negozio, e per autonomia privata (e volontà delle parti) si intende il potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, ma anche un diritto di libertà (quindi un diritto fondamentale della persona), attraverso il quale il soggetto decide la scelta migliore per tutelare i propri interessi nella maniera più efficace, il legislatore, rispetto alle ipotesi di gioco familiari, occasionali, nelle quali normalmente le poste in palio sono modeste, lascia l'adempimento dell'obbligo del giocatore perdente alla spontaneità del comportamento dei consociati; l'ordinamento, cioè, sul presupposto che vi è – geneticamente – in quella fattispecie, un'attenuazione della volontà dei contraenti, tutela le ragioni del contraente debole, non rivestendo di giuridicità la relativa pretesa.

Impedendo forme di coazione dell'adempimento, il legislatore: *i)* richiede la spontaneità del pagamento che rappresenta una garanzia di piena libertà del volere, in quanto non condizionata da pressioni o fattori esterni; *ii)* esige che non vi sia frode che determina il venir meno di un elemento essenziale del contratto (il rischio) e la cui ricorrenza legittima la richiesta di ripetizione di quanto pagato;

³³ L. BALESTRA, *Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 665.

iii) chiede la piena capacità di agire in capo al *solvens* (sempre al fine di evitare la coazione).

La regola dell'art. 1933 non rappresenta più il principio generale al quale riferire la disciplina legislativa delle convenzioni aventi causa di gioco, giacché l'evoluzione del sistema dei giochi e delle scommesse, attraverso la creazione di nuove forme di scommessa, ha ampliato l'area del giuridicamente lecito e pienamente tutelato tali fenomeni, relegando ad una posizione marginale il 1° comma dell'art. 1933 c.c.

Quando l'attività ludica non viene considerata dal legislatore un mero svago tra privati, ma esercizio di un'attività industriale di organizzazione e gestione di giochi, con i quali si invita a partecipare una massa di persone, subentra una riserva allo Stato³⁴; a norma dell'art. 1935 c.c. le lotterie, a differenza delle scommesse relative a giochi sportivi, producono effetti civili solo «qualora siano state legalmente autorizzate»: l'autorizzazione rappresenta il presupposto indispensabile di validità della lotteria³⁵.

Il divieto – per i privati – di svolgere questo tipo di attività prescinde dal tipo di gioco, ma considera l'“organizzazione” e il coinvolgimento di un “pubblico” di giocatori o scommettitori.

Ai sensi del d.lgs. n. 496/1998: «L'organizzazione e l'esercizio di giuochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato». Lo Stato, dunque, è il solo legittimato a provvedervi.

Allo Stato è, altresì, consentito di gestire l'attività di gioco e scommessa indirettamente «per mezzo di persone fisiche o giuridiche, che diano adeguata garanzia di idoneità» (art. 2 d.lgs. n. 496/1948).

Il regime di monopolio viene ricondotto costituzionalmente dall'art. 43 Cost., avendo tra le sue giustificazioni principali quella di assicurare entrate finanziarie per l'erario. Chi, al contrario, non ritiene di poter inquadrare l'attività di gioco nell'art. 43, giustifica la riserva statale perché derivante da un divieto posto per ragioni di ordine pubblico, al fine di arginare il riciclaggio di danaro, il gioco clandestino, il fenomeno della ludopatia, favorire la protezione dei minori.

Il controllo statale si realizza o attraverso l'esercizio esclusivo di alcune attività di gioco da parte dello Stato o di altri enti pubblici, oppure consentendo

³⁴ Sul punto, v. M. MACCHIA, *L'organizzazione dell'amministrazione dei giochi*, in AA.Vv., *Le regole dei giochi*, cit., p. 103.

³⁵ A. BATTAGLIA, *Le lotterie*, in *op. ult. cit.*, p. 371.

ai privati l'esercizio dell'attività (non la sua legittimazione) grazie ad una concessione che non è esclusiva, ma consente la presenza di più di un privato: i privati non hanno libertà di iniziativa economica in ordine a questa attività, poiché possono svolgerla soltanto se hanno tale concessione, cioè possono accedervi grazie al possesso di una concessione.

Le ragioni dell'intervento statale che si rinvencono sono molteplici: *a)* l'ordine pubblico che potrebbe essere compromesso dalla pericolosità sociale insita nel gioco; *b)* l'interesse dell'erario al percepimento dei proventi; *c)* la prevenzione delle infiltrazioni criminali; ma anche *d)* la tutela del consumatore; *e)* la prevenzione dell'incitamento dei cittadini alla spesa eccessiva³⁶.

A livello comunitario, la Risoluzione del 10 marzo 2009 «sull'integrità del gioco d'azzardo *online*» sottolinea che i servizi di gioco d'azzardo devono essere considerati un'attività economica molto speciale in considerazione degli aspetti di ordine pubblico, sociale e di assistenza sanitaria correlati, e che, in conformità con il principio di sussidiarietà e con la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, gli Stati membri hanno l'interesse e il diritto di regolamentare e controllare i propri mercati del gioco d'azzardo, al fine di proteggere i consumatori dalla dipendenza, dalla frode, dal riciclaggio di denaro sporco e dal fenomeno di concordare il risultato delle partite nello sport.

La Risoluzione esorta, inoltre, gli Stati membri a cooperare strettamente al fine di risolvere i problemi di ordine pubblico e sociale derivanti dal gioco d'azzardo *online* transfrontaliero, quali ad esempio la dipendenza dal gioco e l'uso illecito di dati personali o di carte di credito; sollecita le istituzioni dell'Unione europea a cooperare strettamente con gli Stati membri nella lotta contro ogni offerta di servizi di gioco d'azzardo non autorizzata o illegale, a proteggere i consumatori e a prevenire le frodi.

La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha confermato che la fornitura di giochi di sorte o d'azzardo costituisce un'attività economica di natura particolare, in considerazione dei rischi che comporta per la tutela dei consumatori e la lotta alla criminalità organizzata; pertanto in relazione ad essa possono essere giustificate restrizioni per motivi di interesse generale prevalente come la tutela dei consumatori, la prevenzione delle frodi, il contrasto del riciclaggio di

³⁶ S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli*, cit., afferma che «si è in presenza di un'attività che può essere assunta, quanto all'esercizio, dallo Stato, oppure può essere conferita, con concessione, dallo Stato ai privati, i quali non hanno libertà di iniziativa economica privata in ordine a questa attività, poiché possono svolgerla soltanto se hanno tale concessione. In definitiva, i privati possono accedere grazie al possesso di una concessione. Poiché in questo settore diversamente da altri le concessioni sono "non esclusive", ne discende la presenza di più di un privato».

denaro e il mantenimento dell'ordine pubblico e della salute pubblica.

Queste considerazioni, tutte condivisibili, trovano la loro origine in un ragionamento più profondo che, ancora una volta, parte da una crisi dell'autonomia privata e dalla necessità di trovare una risposta dell'ordinamento (attraverso la protezione pubblicistica) ai diritti di cui sono portatori una massa di persone, il «pubblico» dei giocatori.

Il legislatore regola la fattispecie nella legislazione pubblica sulle concessioni e individua i principi ordinanti di regolazione di tutela del contraente che eccedono la sfera individuale e prescindono dalla volontà: di fronte alla insufficienza dell'autonomia privata ad assicurare rapporti giusti subentra un intervento pubblicistico. L'ordinamento rinviene un rilievo pubblico, una necessità di protezione che legittima l'intervento statale in quanto, nel disciplinare il rapporto intercorrente tra i giocatori, presume una debolezza dei contraenti sin dall'inizio del rapporto.

Rappresenta un risultato acquisito – sul piano del diritto positivo – il superamento del dogma della volontà: il paradigma dell'autonomia privata, come ordine del processo economico, entra in crisi.

Se si ragiona in tal senso, ne consegue che la disciplina della concessione non protegge il monopolio di Stato, né garantisce la teoria dell'obbligazione ma al contrario – in coerenza con la prospettiva adottata – appare giustificata da un'istanza democratica di protezione dei diritti delle persone: protegge i diritti individuali, giacché i destinatari dell'esercizio del potere pubblico sono i fruitori del gioco.

La decisione non è più il risultato di una volontà che decide il contenuto dell'accordo, ma il consenso regolato dallo strumento della concessione, in considerazione della necessità di tutelare il giocatore.

4. La decisione nelle scelte economiche: ricostruzione

L'evoluzione dell'autonomia privata, così come sin qui tratteggiata, ha evidenziato come il contenuto della decisione fondato sul meccanismo di espressione della volontà del soggetto e dell'esercizio del potere, abbia subito un cambiamento.

Nel diritto privato del rischio e nell'istituto del gioco, l'accordo costituisce il frutto di una regolazione che sopravanza tutte le volte in cui c'è un interesse sovraindividuale.

Nel diritto privato la decisione non è più solo e sempre manifestazione della volontà del soggetto, per altro verso nel diritto pubblico si assiste ad una

perdita della capacità dell'autorità di imporsi ai privati, tipica della crisi dello Stato e dell'autorità, che porta all'utilizzo di schemi privatistici (basti pensare alle concessioni, agli accordi tra p.a. e privati *ex art. 11 l. 241/90*), facendo riemergere il principio consensualistico (si dispone di servizi pubblici, del potere pubblico a favore del privato, nell'interesse pubblico, ma con uno strumento negoziale): l'amministrazione perde autorità e utilizza uno strumento privatistico per realizzare il consenso.

Quindi, emerge l'insufficienza del paradigma della volontà, ma anche l'insufficienza del paradigma della autorità e si avverte la necessità di ridefinire le categorie, in considerazione della mutata realtà sociale: la chiave di lettura tradizionale, fondata sui meccanismi di formazione della volontà del soggetto e dell'esercizio del potere, esige un ripensamento e la necessità di possibili ricostruzioni alternative.

Le alterazioni dell'autonomia privata sono regole pubblicistiche: il risparmiatore, il consumatore, il giocatore sono destinatari dell'esercizio del potere pubblico che viene esercitato a favore di tutti i soggetti che vantano quei diritti inviolabili e che legittimano l'intervento dell'autorità; per altro verso, il depotenziamento della sovranità porta, nel gioco, alla concessione che è uno strumento contrattuale o paracontrattuale³⁷.

I principi ordinanti di regolazione della tutela del contraente (vuoi nel caso della regolazione dei mercati finanziari, vuoi nella concessione nel gioco) eccedono la sfera del singolo e prescindono dalla autonomia, nel senso che l'autonomia cede il passo a protezioni pubblicistiche.

Se si condivide questa declinazione, ne consegue che, nel loro contenuto, i diritti del risparmiatore, del consumatore, del giocatore non possono essere classificati in base alla loro esposizione al potere dell'autorità, sicché la protezione dei diritti del risparmiatore, del giocatore non crea una contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato, in quanto quella «posizione soggettiva individuale contiene in tutto o in parte l'interesse pubblico»³⁸.

E allora, l'ἐκλέγειν, nel diritto dell'economia, porta ad un superamento della contrapposizione tra le posizioni assoggettate al potere dell'autorità e quelle che si manifestano nella relazione tra soggetti privati. Non si avverte una supremazia dell'autorità, una centralità del potere pubblico sul processo economico dell'attività del gioco o del mercato; il rapporto tra libertà e sovranità, autonomia

³⁷ Sulla natura della concessione, v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

³⁸ L. R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziali nell'unione europea*, in *Aida*, 2012, p. 352.

privata e potere, crisi della autonomia privata e crisi della sovranità, limitazione della libertà negoziale volontà e legittimazione del potere con decisioni eteronome, può essere ricostruito attraverso uno spostamento concettuale del paradigma che non rinviene più il principio hobbesiano dell'uguaglianza di tutti di fronte alla legge.

Le pretese individuali non sono destinate a vivere esclusivamente nello spazio libero dell'autonomia privata, l'esercizio dell'autonomia privata può essere limitato da una legittimazione del potere, attraverso decisioni eteronome.

La decisione non si presenta più solo come libera volontà delle parti o come estrinsecazione del potere dell'autorità: il consenso viene regolato da strumenti di regolazione in quanto vi sono dimensioni collettive. Questa soluzione viene giustificata se ci si pone nella prospettiva dei diritti delle persone, giacché il punto di unificazione è dato dai diritti che vengono prima della legge: in tal senso, acquista rilievo la dimensione normativa della persona che diventa portatrice di pretese proprie e di interesse generale, quindi elemento di ordine giuridico³⁹.

³⁹ Sul tema, v. L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 114.