

Gustavo Olivieri

Dal mercato delle cose al mercato delle idee

SOMMARIO: 1. La rilevanza della parola “mercato” per i giuscommercialisti. – 2. Il mercato delle cose e le sue istituzioni: le origini del diritto commerciale. – 3. Dalla rivoluzione francese alla rivoluzione industriale: la mano invisibile del mercato e quelle (visibili e rapaci) delle grandi *corporations*. – 4. Democrazia politica e democrazia economica: tutela della concorrenza e dei consumatori, incentivi all’innovazione. – 5. Internet e i nuovi mercati digitali: potere di mercato e *big data*. – 6. Mercati delle idee e libertà di pensiero: quando la regolazione dei mercati incide sui diritti fondamentali (libertà di espressione, *privacy*).

1. *La rilevanza della parola “mercato” per i giuscommercialisti*

In una riflessione comune sulle parole del diritto commerciale, non poteva mancare uno spazio dedicato alla parola “*mercato*”, da intendersi qui in senso metonimico come sistema di regole – o, per dirla con Natalino Irti, quale *locus artificialis* creato dal diritto¹ – la cui conformazione appare in grado di racchiudere e sintetizzare, anche sul piano storico, oltre che lessicale, il senso di una esperienza di studio e – perché no – di una identità culturale. Riflettere oggi sull’ordine giuridico del mercato e sulle sue evoluzioni significa infatti, a ben vedere, interrogarsi anche sul ruolo e sui confini attuali del diritto commerciale, che proprio intorno a fiere e mercati dell’età comunale è nato e si è sviluppato a partire dal XII secolo².

Nello svolgere questo compito non mi soffermerò, dunque, sui singoli istituti né tanto meno sulle diverse discipline che, nel corso del tempo, han-

¹ N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 13.

² G. CASSANDRO, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, 1978, p. 1.

no contribuito a formare la materia del diritto commerciale, per come noi oggi la intendiamo, quanto – piuttosto – sul rapporto esistente, in un dato momento storico, tra lo sviluppo economico dei mercati e la risposta fornita dall'ordinamento per regolare le attività ed i rapporti giuridici che in quei luoghi si intrecciano. Se infatti, come autorevolmente sostenuto, “*il mercato è la legge, che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative*”³; non può sfuggire come decisioni politiche e scelte normative siano direttamente influenzate dalla necessità di offrire soluzioni adeguate al mutamento delle tecniche di produzione e circolazione della ricchezza. Da qui la proposta di ragionare di mercati, e dunque di leggi (o di sistemi normativi) che li governano, partendo dai beni (in senso economico) che in essi vengono prodotti e scambiati, seguendo un metodo di analisi già sperimentato⁴ e condiviso anche dagli storici del diritto⁵.

Nel far ciò, e me ne scuso in anticipo, procederò inevitabilmente per salti e successive approssimazioni, la prima delle quali si coglie già nel titolo del mio intervento, dove si allude, forse in modo un po' criptico, alla progressiva evoluzione da un mercato delle cose ad un mercato delle idee. Come ciò sia avvenuto e come tale trasformazione abbia influito sull'ordine giuridico dei mercati interessati è il compito, certo non agevole, che mi accingo a svolgere nel tempo a mia disposizione.

2. *Il mercato delle cose e le sue istituzioni: le origini del diritto commerciale*

Partirei dunque da dove tutto è cominciato, ovvero dalle fiere e dai mercati dell'Italia comunale del XII secolo e dalla prima “rivoluzione commerciale” che ne è seguita⁶, interrogandomi su quali fossero le istituzioni che regolavano quei mercati.

È noto come le merci che in essi venivano scambiate fossero principalmente (anche se non esclusivamente) prodotti dell'attività di artigiani e

³ N. IRTI, *op. cit.*, p. 12.

⁴ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1976; M. LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in AA.VV., *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO, vol. 3, Padova, 1979.

⁵ G. CASSANDRO, *op. cit.*; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, III ed., Torino, 1998.

⁶ S. CRISANTE-F. FILOTICO, *Le grandi fiere medievali e l'origine della merce moderna*, in *Journal of Communication*, 2015, pp. 97-112.

come i mercanti avessero il controllo di quella produzione. I primi, gli artigiani, lavoravano normalmente su commessa dei secondi, i mercanti, i quali s'incaricavano poi di collocarne i prodotti sul mercato. La compera per rivendere costituiva il baricentro di quel sistema, nel quale i mercanti, che tale attività svolgevano "per professione abituale", dettano le regole del gioco e le impongono agli altri protagonisti dello scambio anche grazie all'influenza dominante che la classe mercantile conquista all'interno delle città italiane, dove spesso "è la sola detentrica del potere politico"⁷.

Dal punto di vista giuridico, questi mercati sono governati dalle corporazioni di arti e mestieri, le quali controllano l'accesso, la produzione e gli sbocchi di ciascuno di essi ponendosi al tempo stesso come fonte di nuove regole e come strumento di risoluzione delle controversie alternativo al diritto comune.

Le corporazioni sono, per definizione, "allergiche" ad ogni forma di concorrenza fra i propri iscritti, che infatti viene vista con sfavore e punita severamente.

L'innovazione di prodotto o di processo non è contemplata ed anzi apertamente osteggiata.

I marchi non indicano la provenienza di un prodotto da una determinata bottega, ma servono piuttosto a garantire la conformità del bene alle regole di produzione fissate dalla corporazione e sono pertanto considerati un segno distintivo obbligatorio.

Nei mercati delle cose, dunque, ciò che conta non è prevalere sui concorrenti, ma assicurare la stabilità quantitativa e qualitativa della produzione insieme a "decorosi" guadagni per ciascun membro della corporazione⁸. Ed è appunto in questo contesto storico e normativo che il diritto commerciale, inteso come corpo normativo autonomo, muove i suoi primi passi adattando alla bisogna strumenti antichi come il contratto e ponendo le basi per lo sviluppo di istituti giuridici nuovi come le società, i titoli di credito e il fallimento.

⁷ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 32.

⁸ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 341.

3. *Dalla rivoluzione francese alla rivoluzione industriale: la mano invisibile del mercato e quelle (visibili e rapaci) delle grandi corporations*

È opinione largamente condivisa, non solo tra gli storici del diritto commerciale, che il punto di svolta del modello di mercato di stampo corporativo sin qui sommariamente descritto e degli istituti giuridici necessari al suo funzionamento sia rappresentato dalla rivoluzione industriale e dall'avvento del capitalismo concorrenziale⁹. Come lucidamente avvertito da Ascarelli nella sua prolusione romana del 1953, dedicata alla “*Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*”, il “*trionfo della produzione industriale di massa e la conseguente trasformazione di tutta la nostra vita*” si riflettono inevitabilmente sulle categorie privatistiche utilizzate dal diritto commerciale, “*quasi tutte ispirate alla premessa di una economia anteriore alla produzione industriale di massa*”¹⁰.

Non meno rilevanti appaiono le conseguenze prodotte, sul piano degli assetti istituzionali e di mercato, dalla rivoluzione francese in Europa e da quella americana nel nuovo mondo. Entrambe, sia pure con modalità diverse, contribuiscono ad amplificare gli effetti, già di per sé dirompenti, derivanti dall'applicazione delle invenzioni tecniche alla produzione di massa smantellando il sistema corporativo ed affermando il principio di libertà anche in campo economico.

Nel vuoto normativo che si viene in tal modo a creare si assiste, intorno alla metà del XIX secolo, ad una fase di accumulazione capitalistica senza precedenti che vede proprio negli Stati Uniti l'affermazione di un nuovo modello di mercato basato sulla concorrenza e sulla innovazione. Un mercato che – secondo la vulgata del pensiero liberista – si autoregola e, guidato da una “mano invisibile”, riesce a soddisfare la crescente domanda di prodotti e servizi di un intero continente.

Concorrenza e innovazione, tuttavia, da sole non bastano. Ad alimentare la crescita del mercato e gli investimenti necessari per realizzare le infrastrutture di trasporto da una costa all'altra degli Stati Uniti servono capitali ingenti, che le grandi *corporations* raccolgono in borsa offrendo su quel mercato le proprie azioni. Non più cose, dunque, ma beni di secondo grado in-

⁹ M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 346.

¹⁰ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 42.

corporati in documenti destinati alla circolazione in mercati regolamentati, dove il valore dei titoli si forma in modo alquanto indipendente dal valore delle cose effettivamente prodotte e vendute dalle società emittenti. E se all'inizio la funzione di questi mercati "artificiali" è quella di reperire risorse finanziarie da mettere a disposizione delle attività industriali primarie, a partire dal XX secolo essi cominciano a vivere di vita propria, ad incrementare la propria offerta con nuovi "prodotti" finanziari sempre più sofisticati, fino a coinvolgere nelle loro alterne vicende e nelle ricorrenti crisi sistemiche (quella del 1929 prima, quella del 2008 poi, solo per citare quelle più gravi) interi comparti dell'economia reale e persino il debito di Stati sovrani, come magistralmente narrato nel grande affresco di Stefano Massini dedicato ai Lehman Brothers ed alla loro trasformazione da mercanti di cotone dell'Alabama a "*venture capitalist*"¹¹.

4. *Democrazia politica e democrazia economica: tutela della concorrenza e dei consumatori, incentivi all'innovazione*

Già sul finire del XIX secolo, tuttavia, appare chiaro come il mercato non si regoli affatto da solo e come i suoi "spiriti animali", se lasciati liberi di operare, non generino benessere per la collettività ma solo per una ristretta cerchia di oligopolisti, di cui accrescono a dismisura il potere economico e in pari tempo il peso politico. Inoltre, l'esperienza dei trusts fra le principali imprese petrolifere americane rende evidente come la concorrenza fra imprenditori non sia una condizione "naturale" che orienta in modo automatico le loro scelte di mercato, ma una condizione "artificiale" che va stimolata e, se necessario, imposta dall'alto anche a costo di violare il sacro recinto dell'autonomia privata e della libertà d'iniziativa economica.

Allo stesso modo, gli investimenti in ricerca e innovazione, in assenza di norme adeguate, rischiano di essere scoraggiati da una concorrenza selvaggia e da pratiche di *free riding* volte ad appropriarsi dei risultati dell'attività intellettuale altrui senza sostenere i relativi costi.

Da qui una serie d'interventi normativi che, quasi contemporaneamente, pongono le basi dei nuovi istituti giuridici che caratterizzeranno nel corso del secolo successivo il funzionamento dei mercati nati dalla rivoluzione industriale e dalle rivoluzioni politiche di fine '700.

¹¹ S. MASSINI, *Qualcosa sui Lehman*, Milano, 2016, p. 529.

Si allude, per un verso, alla disciplina antimonopolistica introdotta negli Stati Uniti dallo Sherman Act del 1890 per tutelare consumatori e piccoli imprenditori contro lo strapotere di mercato delle *grandi corporations*¹²; per altro verso, alle Convenzioni internazionali di Parigi e di Berna con le quali, nello stesso torno di tempo, vengono poste le basi di una disciplina comune in materia di proprietà industriale e intellettuale, segni distintivi e concorrenza sleale.

La evoluzione di questi istituti sulle due sponde dell'Atlantico seguirà poi percorsi in parte diversi, in ciò condizionata dalle notevoli differenze esistenti tra i rispettivi sistemi economici e politici; ma non è inutile ricordarne in questa sede la comune origine e la fondamentale funzione che essi hanno svolto (e continuano a svolgere) nelle moderne economie di mercato anche quando ad esse non corrisponda, sul piano politico, una forma di governo autenticamente democratica.

5. *Internet e i nuovi mercati digitali: potere di mercato e big data*

Un secondo momento di forte discontinuità nella evoluzione storica dei mercati e delle regole giuridiche che presiedono al loro funzionamento paragonabile, per intensità ed effetti, a quello prodotto dalla (prima) rivoluzione industriale si è determinato, ad avviso di molti, con l'avvento di Internet e l'utilizzo del Web come piattaforma per lo sviluppo dei nuovi mercati digitali.

Non occorre spendere parole per descrivere la rivoluzione (tuttora in corso) di Internet ed il suo impatto sui modelli di business, oltre che sulla produzione e vendita di nuovi beni e servizi. Esiste ormai una vasta letteratura, non solo economica, al riguardo, alla quale è sufficiente fare rinvio.

Le ripercussioni di questa rivoluzione sulla nostra vita quotidiana sono sotto gli occhi di tutti. Il programma Watson di IBM è l'avanguardia dell'intelligenza artificiale: è capace di rispondere alle nostre domande facendo connessioni di idee che per un uomo sono assolutamente impensabili. Ha accesso a 200 milioni di pagine di contenuti e impiega 4 terabyte di memoria. Nel giro di dieci anni, secondo Jerry Kaplan, professore di Intelligenza artificiale a Stanford, avremo questa tecnologia a nostra disposizione in un

¹² G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, p. 12.

dispositivo mobile. Potremo rivolgergli ordini vocali per farci arrivare una macchina «autoguidante» o fargli fare la spesa semplicemente elencando ciò che ci serve di modo che venga consegnata a casa in tempo per il nostro ritorno. Nel giro di dieci anni faremo un salto tecnologico incomparabile rispetto a quello fatto in tutto il secolo scorso. La velocità con cui si sta evolvendo la tecnologia è impressionante e, soprattutto, in continuo aumento.

Non a caso, nel linguaggio del legislatore comunitario, si è giunti ad individuare nel “Mercato Unico Digitale” (o *Single Digital Market*) un obiettivo politico prioritario della Unione il cui conseguimento richiede una serie di modifiche normative che interessano direttamente il giurista di diritto positivo.

La strategia che è stata annunciata nel maggio del 2015 dalla Commissione UE in un’apposita Comunicazione dedicata al tema prevede, infatti, la creazione di un mercato potenziale di oltre 500 milioni di persone “*in cui, quale che sia la loro cittadinanza o luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all’accesso e all’esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali. La realizzazione del mercato unico digitale consentirà all’Europa di mantenersi tra i leader mondiali dell’economia digitale, sostenendo la crescita delle imprese europee su scala mondiale*”.

A questo fine la Commissione indica tre direttrici di azione, corrispondenti ad altrettante aree sulle quali si concentrerà nei prossimi anni lo sforzo riformatore delle autorità comunitarie:

- i) migliorare l’accesso online ai beni e servizi in tutta Europa per i consumatori e le imprese;
- ii) creare un contesto favorevole affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi;
- iii) massimizzare il potenziale di crescita dell’economia digitale europea.

Altrettanto ambizioso è il piano degli interventi normativi progettati per realizzare gli obiettivi sopra richiamati, in molti casi attraverso l’aggiornamento o la integrazione di direttive e regolamenti già in vigore.

Cercare in questa sede di fornire un elenco dettagliato delle materie interessate dal processo riformatore che va sotto il nome di Mercato Unico Digitale sarebbe dunque scarsamente utile, e comunque poco interessante, considerata, da un lato, la estrema eterogeneità delle proposte avanzate; dall’altro, il lungo cammino che esse devono ancora percorrere prima di trasformarsi in diritto vigente.

Tuttavia, nell'analisi diacronica qui prescelta, qualche considerazione può essere svolta anche in relazione a queste nuove forme di mercato ed agli istituti che ne dovrebbero governare il funzionamento.

In primo luogo, potrebbe essere utile domandarsi se esiste davvero un mercato digitale unico o se non si tratti di una mera astrazione, una sorta di metafora per indicare un insieme di mercati tra loro distinti, anche se collegati e reciprocamente interagenti.

Dal punto di vista del diritto della concorrenza, non si può seriamente dubitare che la risposta più corretta sia la seconda. Sotto questo profilo, anche le statistiche riferite alla crescita del "mercato digitale" nel suo complesso (v. da ultimo i dati Assinform 2016) evidenziano come all'interno di tale aggregato macroeconomico siano presenti diversi comparti, ciascuno dei quali corrisponde, per il diritto della concorrenza, ad un autonomo mercato, o più esattamente ad un insieme di mercati.

Secondo una classificazione recentemente proposta in dottrina¹³, i mercati di Internet (o mercati digitali) possono essere utilmente pensati come un sistema a strati sovrapposti così composto:

- Dispositivi e sistemi (hardware);
- Software e soluzioni ICT (accesso alla rete, programmi);
- Servizi navigazione in rete (piattaforme, motori ricerca, ecc.);
- *Advertising* (Google);
- *E-commerce* (Amazon).

All'interno di ciascuno di questi strati sono poi a loro volta individuabili distinti mercati dal punto di vista merceologico e concorrenziale. Risulta infatti evidente come – ad esempio – Booking non possa essere considerata un concorrente diretto di Uber o di Airbnb, pur collocandosi tali imprese tutte all'interno del medesimo segmento dell'e-commerce.

La prima indicazione che si ricava da tale analisi è, dunque, che anche per il giurista non esiste il mercato digitale, ma *i* mercati digitali.

Tale conclusione è confermata dall'esame della catena del valore che caratterizza ciascuno di questi mercati e dallo studio delle loro reciproche interrelazioni.

In questa sede, può essere utile ricordare come l'immagine più frequentemente evocata dagli economisti per rappresentare questo fenomeno sia quella dell'ecosistema digitale (*Internet web ecosystem*), ovvero un sistema nel quale ciascuno degli strati di cui esso si compone interagisce con gli al-

¹³ P. CELLINI, *Economia digitale*, Roma, 2012.

tri in base a dinamiche influenzate in pari misura dalla evoluzione tecnologica e dal comportamento dei consumatori.

Le principali caratteristiche di questo ecosistema digitale e dei mercati in esso operanti (in particolare di quelli *advertising* e *e-commerce*) sono:

- a) la presenza di effetti di rete molto rilevanti (*network effects*);
- b) la struttura economica a più versanti;
- c) la notevole riduzione dei costi di produzione e dei c.d. *sunk costs*.

Tali caratteristiche influiscono sulla struttura dei mercati digitali, favorendo lo sfruttamento degli effetti di rete anche in mercati apparentemente diversi e distanti da quelli in cui l'impresa digitale originariamente si è affermata, come dimostrano gli esempi di Google e di Amazon.

Secondo dati recenti, Apple e Google nel 2015 controllavano oltre 2 miliardi di utenti attraverso le loro piattaforme mobili iOS e Android. Entrambe stanno strategicamente riducendo il ruolo delle imprese di telecomunicazioni a quello di "fornitori di connettività" (CELLINI, 60). Esse non competono per i ricavi dei servizi di telecomunicazione, ma per il controllo dei punti chiave della catena del valore digitale, con modelli di business che abbracciano l'elettronica di consumo, l'*online advertising*, l'e-commerce.

All'interno dell'ecosistema digitale si afferma dunque un nuovo modello rappresentato dalle piattaforme *multi-sided*, che utilizzano l'innovazione tecnica (le famose *app*) come primario strumento di competizione e di attrazione della clientela. L'esempio di Facebook rappresenta una ulteriore conferma di questa tendenza già in atto, che incide non solo sulla definizione di mercato rilevante, ma anche, al vertice, sulla nozione stessa di potere di mercato, una volta preso atto che tale potere dipende sempre di più dalla quantità di dati di cui un'impresa può disporre per orientare le scelte, non solo economiche, dei suoi potenziali clienti.

Se è vero dunque che i mercati digitali sono tra loro distinti, appare non di meno evidente come l'economia digitale imponga di aggiornare lo strumentario classico utilizzato dagli economisti e dai giuristi per valutare le dinamiche concorrenziali nei mercati tradizionali, a cominciare dal ruolo di *gatekeeper* che può essere esercitato dai gestori delle cennate piattaforme *multisided* (c.d. "giganti del Web" come Google, Facebook, Amazon). Questi ultimi, infatti, sono oggi in grado di competere efficacemente con gli operatori di telefonia (fissa e mobile) offrendo ai propri clienti servizi di comunicazione voce, dati, messagistica e contenuti fruibili in mobilità sfruttando Internet senza dover sostenere i costi della infrastruttura né essere assoggettati alla regolamentazione di settore.

Secondo la Commissione UE, “alcune piattaforme sono in grado di controllare l’accesso ai mercati online e di influire pesantemente sulla remunerazione dei diversi operatori del mercato” (*Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, p. 6).

In questa chiave si spiega allora, da un lato, il processo d’integrazione conglomerale tra imprese di TLC e media company (come Vivendi/Telecom Italia e AT&T/Time Warner); dall’altra, la richiesta sempre più pressante rivolta al legislatore comunitario di un intervento normativo che detti regole comuni per gli OTT (Over-the-Top) e le Telco (Telephone company) o che quanto meno riduca le più evidenti asimmetrie regolamentari tuttora esistenti tra le due categorie.

Non meno rilevanti appaiono le sfide che i nuovi mercati digitali costituiscono per la proprietà intellettuale e per i diritti degli autori, interpreti ed esecutori. Tuttavia, non sembra che la risposta più appropriata sia quella indicata dal legislatore comunitario nei suoi recenti interventi a tutela del *copyright* sulle reti digitali. Non è moltiplicando i diritti di esclusiva su tutto ciò che ha valore sulla rete che si risolve il problema di una equa remunerazione di tali soggetti.

6. *Mercati delle idee e libertà di pensiero: quando la regolazione dei mercati incide sui diritti fondamentali (libertà di espressione, privacy)*

Infine, non è inutile rilevare come l’evoluzione dell’ecosistema nel quale si sono sviluppati i mercati digitali che ho sommariamente descritto in precedenza appare caratterizzata da una sostanziale anomia (o assenza di regole *ad hoc*), situazione che, secondo Durkheim, si può riscontrare solo in periodi di grave crisi, ovvero – ed è questo, parrebbe il caso di Internet – di boom economico, durante i quali la rapidità del mutamento sociale non consente alle norme di tenere il passo con le molteplici sollecitazioni e istanze emergenti nel sistema sociale¹⁴.

Un concetto da intendersi qui non come mancanza assoluta di regole, bensì come rifiuto di disciplinare il fenomeno Internet nel suo complesso e in quanto tale.

Questa consapevolezza dovrebbe, secondo alcuni, continuare a guidare le scelte di *policy* del legislatore e gli interventi delle autorità di concorren-

¹⁴ E. DURKHEIM, *Le suicide. Etude de sociologie*, Paris, 1897, p. 306.