

## INTRODUZIONE



Andrea Zoppini

*Le domande che ci propone l'economia comportamentale  
ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*

1. Cos'è 'razionale'?

Questa pagina prova a rintracciare i confini della riflessione che ispira il volume curato da Giacomo Rojas Elgueta e da Noah Vardi e a segnalare i quesiti che gli studi di economia comportamentale – da cui poi la *Behavioral Law and Economics* (d'ora in avanti *BLE*) – pongono, mettendone così in esponente la curvatura di ordine metodologico<sup>1</sup>.

Si tratta, in sostanza, di valutare se il modello di razionalità sotteso al diritto privato, quindi il paradigma del comportamento 'normale', esiga d'essere revocato in dubbio e poi, in una prospettiva dichiaratamente neosistemica, eventualmente sostituito da un nuovo modello di riferimento.

(Al fondo, che il problema esista lo dimostra il fatto che nel paradigma del «buon padre di famiglia» può leggersi in filigrana un modello di normalità ideologicamente non neutrale in termini di genere, di attitudini comportamentali, di ceti sociali, argomento che ha indotto il legislatore francese a cancellare il sintagma dal codice civile e a sostituirlo con il lemma «ragionevolmente»<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> La *BLE* non costituisce per i giuristi continentali, e poi per quelli italiani, una novità assoluta, il che consente di tentare, se non un bilancio, una valutazione compiuta e articolata; v. gli studi raccolti da R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008; nella letteratura tedesca si v. in part. H. FLEISCHER e D. ZIMMER (a cura di), *Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, Frankfurt am M., Verlag, 2011. E per una lettura critica v. ora R. BUBB e R. H. PILDES, *How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why*, in *Harvard Law Review*, 127 (2014), p. 1593 ss., nonché L. E. WILLIS, *When Nudges Fail: Slippery Defaults*, in *University of Chicago Law Review*, 80 (2013), p. 1155 ss.

<sup>2</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1663/AN/249.asp>; J. HUET, *Adieu bon père de famille. Relation d'un cauchemar suivie d'observations sur les mots en droit, et d'autres choses encore*, in Dalloz, 2014, p. 505 ss.

Se il compito del giurista teorico è quello di mettere costantemente in discussione il proprio sapere, di guardare negli angoli bui del sistema per provare a vedere cosa in essi si nasconde – come ama ripetere nelle sue lezioni Guido Calabresi –, di anticipare e antevere problemi futuri, la *BLE* ben si presta a questo esercizio teorico, ma di cui è immediatamente agevole rappresentarsi anche le ricadute pratiche.

La riflessione della *BLE* muove dall'assunto – suscettibile di verifica empirica – che il comportamento dell'attore privato, quando pure inteso a massimizzare il proprio benessere individuale, è intrinsecamente limitato nelle proprie scelte, conformato nei propri processi cognitivi e decisionali, sorretto da elementi impulsivi ed emotivi, condizionato da giochi strategici competitivi o cooperativi: dunque, decisamente *irrazionale* negli esiti<sup>3</sup>.

Merita mettere in esponente il fatto che, ben lungi dal proporsi come un teorema astratto o ideologico, l'economia comportamentale muove dal dato materiale e dai comportamenti osservabili.

Già accettare il confronto con gli studi sperimentali è tutt'altro che frequente per chi interpreta il diritto positivo, e il diritto codificato dei privati in particolare: ciò postula, infatti, che la cifra ermeneutica d'un determinato elemento strutturale del fatto giuridico non è dedotta dalla norma, ma indotta da una frequenza statistica (e su questo punto tornerò più avanti).

Gli studi sperimentali dimostrano che le persone fisiche hanno un'incapacità valutativa nella dimensione diacronica, e segnatamente una tendenza a scontare eccessivamente il beneficio futuro (c.d. *hyperbolic discounting*) e a sottovalutare il rischio futuro (c.d. *optimism bias*). Inoltre, gli individui si avvalgono sistematicamente di scorciatoie mentali (c.d. *heuristics* e *bias*), fra cui esemplarmente l'‘ancoraggio’ e l'effetto ‘cornice’: come a dire che la determinazione cui si arriva dipende, il più delle volte, dalle premesse da cui si muove o dal contesto nella quale essa è inquadrata, che non dal merito intrinseco della medesima.

Questi fallimenti cognitivi, se (e in quanto) connaturati al comportamento della persona fisica, nella prospettiva normativa possono essere

---

<sup>3</sup> Si leggano esemplarmente D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011 e i saggi raccolti da M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, il Saggiatore, 2012; nella letteratura giuridico-economica cfr. C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 e F. PARISI e V. SMITH, *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford, Stanford University Press, 2005, mentre sull'interdipendenza dei comportamenti e le conseguenti scelte strategiche degli individui v. D. G. BAIRD, R. H. GERTNER e R. C. PICKER, *Game Theory and the Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1994, e C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, Princeton, Princeton University Press, 2003.

trattati alla stregua di fallimenti del mercato, in quanto impediscono di attingere a un equilibrio paretiano efficiente; ciò che dischiude, conseguentemente, il problema di un intervento correttivo della mano pubblica.

In questa traiettoria logica, l'economia comportamentale propone una chiave di lettura e formula una proposta significativamente diversa rispetto a quella rintracciabile nell'economia dell'informazione, che risolve il fallimento del mercato in termini di asimmetria informativa, e nell'economia neo-istituzionale, che guarda al gioco strategico delle istituzioni e ai costi transattivi<sup>4</sup>.

Per altro verso, la proposta giuspolitica della *BLE* s'iscrive all'interno delle tesi che oggi rivalutano il ruolo positivo dell'intervento pubblico – soprattutto dopo la crisi economica degli intermediari privati prima e dei debitori pubblici poi<sup>5</sup> – e si propongono di rifondare sul piano teorico una giustificazione all'imposizione di limiti all'autonomia privata che non si ponga in contrasto con il paradigma dell'efficienza, e che continui quindi ad essere radicata nella manifestazione di preferenze individuali (dunque una posizione *anti*-antipaternalistica potremmo dire)<sup>6</sup>.

## 2. *L'homo oeconomicus, un'ipostasi ideologica*

Volendo procedere con ordine, non è difficile rendersi persuasi che gli studi di economia comportamentale revocano in discussione più d'uno degli *a priori* profondamente imbricati nelle pietre angolari del diritto privato classico.

Il codice civile e in particolare il suo archetipo, il *Code civil* di Napoleone, assume quale elemento costitutivo l'unità del soggetto di diritto, pensato e poi disciplinato quale attore razionale che opera in un mercato perfettamente concorrenziale<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Per un confronto tra modelli con riguardo al diritto dei consumatori si v. F. RISCHKOWSKY e T. DÖRING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics*, in *Journal of Consumer Policy*, 31 (2008), p. 285 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *La correzione del mercato e la tutela del consumatore nell'approccio behavioral*, in corso di pubblicazione nell'*Annuario di Diritto dell'energia 2015*, Bologna, Il Mulino.

<sup>5</sup> R. A. POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009.

<sup>6</sup> Lo studio più recente e documentato è senz'altro quello di K. U. SCHMOLKE, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht. Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

<sup>7</sup> Per una discussione sia consentito rinviare al mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e*

Costituisce un segmento essenziale che descrive la traiettoria del diritto privato liberale quello sotteso ai principi della libertà formale, declinati nei termini della autodeterminazione e della autoresponsabilità. Il soggetto del diritto privato, proprio perché autodeterminato, si comporta (e *quindi* ha l'onere di comportarsi) razionalmente: l'in sé del suo essere è costituito dall'agire in modo responsabile delle proprie azioni e determinazioni.

Compendia questo tipo ideale la formula *homo oeconomicus* ovvero l'acronimo REMM, che si decodifica in «resourceful, evaluating, maximizing man».

Per tale modello di riferimento, la cura razionale e ordinata dei propri interessi, definiti sulla base di preferenze stabili, postula un dover essere che precede la norma, in quanto conforme alle leggi naturali, e ne condiziona e determina i significati per così dire dall'esterno.

Si definisce così una prospettiva assiologica, e poi ermeneutica, fondata sull'assunto del comportamento razionale, che pone all'indice quei processi decisionali che non sono coerenti con il paradigma ipostatizzato dal diritto borghese (basti qui il richiamo all'incapacità naturale, pensata come stato patologico transeunte che rileva solo nella dimensione patrimoniale).

È agevole comprendere, leggendo nella filigrana del dibattito e della contrapposizione delle idee, che in realtà l'*homo oeconomicus* è un segmento del programma ideologico connesso alla rivoluzione industriale. Parimenti, in termini di scelte collettive, la razionalità dell'attore economico finisce con l'essere un portato e la conseguenza di un modello – storicamente e ideologicamente determinato – di organizzazione sociale, piuttosto che l'*a priori* del contratto sociale.

Queste elementari considerazioni postulano un dato che mi pare debba essere chiaramente indicato.

L'economia neo-classica sottende un modello (che si assume) conforme alla *Natur der Sache*, l'attore razionale. Quando tale assunto è trasposto sul piano normativo e diviene un presupposto del comporsi della fattispecie di diritto privato, esso si trasforma in una prescrizione, nel senso che finisce con l'imporre un modello di dover essere, una regola di azione e poi di relazione.

Non è però solo il diritto privato classico – quello espressione della società liberale – a essere messo in discussione.

Assumere il tema della razionalità comportamentale quale elemento prescrittivo è, per taluni aspetti, uno degli elementi fondanti l'analisi economica del diritto. La dottrina giuseconomica, in particolare della scuola

---

*Antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 3 ss.; cfr. anche, seppure in una diversa prospettiva, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

di Chicago, postula una ancora più accentuata semplificazione strutturale della fattispecie e – facendo premio sull'obiettivo di massimizzare il benessere collettivo – impone una aggregazione forzata di preferenze e modelli di comportamento<sup>8</sup>. In tale prospettiva, la *BLE*, come anche per altri versi la teoria dei giochi – proprio perché patrocinano un'interpretazione «orientata alle conseguenze» – introducono nel modello di analisi economica del diritto un fattore di correzione e si pongono alla ricerca di punti di equilibrio che sappiano conciliare la libertà di scelta con l'intervento ortopedico dell'ordinamento<sup>9</sup>.

### 3. La revisione di un modello di precomprensione, nel diritto privato generale

La *BLE* ci rivolge, dunque, un quesito: se il paradigma comportamentale dell'attore razionale non è un elemento naturale, e rappresenta invece un'opzione ideologica dell'interprete che si sovrappone al diritto positivo, a quali condizioni e in quali limiti esso può essere preservato; poi, ancora, quali correttivi possono giustificarsi.

Quello che viene disvelato e reso riconoscibile è un tipico meccanismo di *Vorverständnis*, di *cultural software* – volendo usare le espressioni evocative di Hans-Georg Gadamer e di Jack Balkin – che (ci) impone inconsapevolmente una chiave di lettura del reale giuridico.

Il comportamento razionale elevato a dogma dell'economia neo-classica è divenuto fonte di produzione di regole giuridiche implicite. Il problema che si pone, allora, è di non assumere tale archetipo come un dato della realtà, quanto piuttosto di verificare le regole che ne presidiano le condizioni d'uso e, poi, le conseguenze allocative che si determinano.

Provo a indicare talune implicazioni di quanto appena detto, sia per quanto concerne il diritto privato generale, sia per quanto concerne il diritto privato regolatorio.

Inizio dal diritto privato generale, volendo così indicare non solo le

<sup>8</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 13 ss.

<sup>9</sup> C. ENGEL *et alii* (a cura di), *Recht und Verhalten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007; si v. anche C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, in *University of Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1159 ss.; C. F. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, T. O'DONOGHUE e M. RABIN, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 151 (2003), p. 1211 ss.

norme materialmente contenute nel codice civile, ma l'insieme delle regole che oggi riteniamo applicabili a tutti i rapporti di diritto privato e/o che riteniamo comunque suscettibili di applicazione analogica ancorché dettate in contesti specifici<sup>10</sup>.

(i) Intanto, assumere che il comportamento razionale non costituisca un dato naturale postula una prima rilevante implicazione pratica: non offre un modello predittivo di comportamenti materiali (si pensi al concetto di «prevedibilità» declinato dal codice, che potrebbe essere riletto alla luce dell'*overoptimism*, che caratterizza taluni processi decisionali).

(ii) In secondo luogo, il modello razionale deve trovare riscontro nella norma positiva.

Ciò ha un'implicazione rilevante, atteso che il paradigma dell'agente razionale dovrebbe costituire un coelemento della fattispecie normativa e non, invece, assunto implicitamente quale presupposto della produzione di effetti. Ad esempio, si pensi all'indicazione proposta nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette che fa riferimento al consumatore «medio», volendosi così sottendere il comportamento di un consumatore normalmente informato che agisce in modo ragionevolmente avvertito e attento (cfr. il Considerando 18 della Dir. 2005/297/CE; e gli artt. 5, co. 2, lett. b); 6, 7 e 8, della stessa direttiva, che il nostro legislatore poi ha trasfuso negli artt. 18, lett. e); 20, co. 2 e 3; 21, co. 1 e 2; 22, co. 1 e 2; 24, co. 1, c. cons.)<sup>11</sup>.

(iii) Infine, la BLE ci sollecita a ripensare sistematicamente talune fattispecie nelle quali rileva la deviazione cognitiva.

Provo a proporre un esempio con riguardo ai vizi della volontà, istituti dei quali spesso l'interprete ignora – con maggiore o minore consapevolezza – la sostanziale irrilevanza nel diritto giurisprudenziale, indice evidente dell'inesistente protezione che per questa strada – come pure attraverso i vizi della cosa compravenduta – il codice garantisce alla volontà del dichiarante (e che, non a caso, ha dato luogo a una lunga teoria di itinerari alternativi di stampo causale e/o legati all'equilibrio contrattuale).

---

<sup>10</sup> Esemplarmente V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011<sup>3</sup>, p. 65 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; ID., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss.

<sup>11</sup> A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, p. 297 ss.



L'errore, quale vizio della volontà, è tradizionalmente visto quale patologia del traffico giuridico, suscettibile d'essere rappresentato nei termini della scusabilità (nella disciplina del primo codice unitario), della tutela dell'affidamento incolpevole generato, dell'allocatione del rischio e del costo dell'informazione.

Si rammenti il dibattito inerente all'errore sul valore dell'altrui prestazione – come nel caso classico in cui compro un violino fatto da Stradivari e ritenuto da chi vende un liuto dozzinale – che può essere concettualizzato – nella prospettiva della dogmatica classica – nei termini dell'errore riconoscibile in astratto o riconosciuto in concreto: ponendosi allora il problema se, per la fattispecie descritta dall'art. 1431 c. c., rilevi solo il primo o anche il secondo; ovvero, alla stregua dell'analisi economica, nei termini dei costi inerenti al reperimento dell'informazione sulla propria e sull'altrui prestazione oggetto dello scambio.

Le letture appena richiamate, in chiave di *Interessenjurisprudenz*, inducono a interrogarsi se il costo del reperimento delle informazioni gravi integralmente su chi agisce, che ha l'onere di acquisire a proprie spese le informazioni di cui necessita, di comprenderle e di utilizzarle nel proprio interesse<sup>12</sup>.

Nella logica sottesa all'economia dell'informazione, si ritiene che, quando l'asimmetria informativa deriva dal differente potere di mercato di cui si avvantaggia una delle parti, al fine di riequilibrare il rapporto è sufficiente imporre alla parte forte taluni obblighi d'informazione, che da soli sarebbero sufficienti a riequilibrare il rapporto e a consentire al mercato di funzionare<sup>13</sup>.

A risultati sostanzialmente opposti perviene la riflessione ispirata dalla *BLE* e i risultati interpretativi da questa patrocinati, se si assume(ss) che l'informazione precontrattuale, anche quando comunicata correttamente, può essere irrilevante e non recepita del tutto se il momento in cui è trasmessa è tardivo, in quanto interviene dopo la determinazione psicologica d'acquisto, ed è (*rectius* può essere) insufficiente a riorientare i comportamenti in modo razionale<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> G. VILLA, *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quad.*, 1988, p. 286 ss.; S. SHAVELL, *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Economic Exchange*, Harvard Law School, Program in Law and Economics, Discussion Paper, 1991, n. 4.

<sup>13</sup> N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. LIPARI e I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, Laterza, 2000, p. 59 ss., a p. 65.

<sup>14</sup> Molto chiaramente, seppure nella letteratura tradizionale, B. GRUNEWALD, *Aufklärungspflichten ohne Grenzen?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 190 (1990), p. 609 ss.

#### 4. ... e nel diritto regolatorio

Vengo ora a talune considerazioni per quanto concerne il diritto privato regolatorio, che s'identifica in quell'insieme di norme che assumono, quale premessa, che sussista un fallimento del mercato che richiede un intervento conformativo dell'ordinamento e che si attua, per lo più, attraverso la produzione normativa delegata ad agenzie indipendenti<sup>15</sup>.

Per il modello compendiabile nel sintagma dello Stato regolatore, il mercato, ben lungi dal costituire il luogo della libertà e dell'autodeterminazione individuale, costituisce un'inevitabile necessità, talora negatrice della stessa libertà individuale<sup>16</sup>. In tale contesto, gli atti e le scelte compiute dagli attori privati non sono isolate e irrelate manifestazioni della volontà individuale, ma debbono essere apprezzate in ragione degli effetti sociali aggregati che producono<sup>17</sup>.

L'intervento regolatorio, che si attua sia con norme imperative sia con norme suppletive, mima gli effetti allocativi di un mercato che nel caso concreto non esiste, selezionando – tra le possibili – le scelte capaci di garantire un equilibrio ovvero previene e reprime gl'esiti inefficienti che derivano dai comportamenti che si allontanano dai paradigmi concorrenziali.

È evidente che, in questa prospettiva, la prevedibilità dei comportamenti e i modelli di scelte razionali assumono un valore centrale. La regolazione esige, infatti, il governo degli effetti in termini allocativi che l'intervento normativo genera e, conseguentemente, che sia preventivamente valutato come esso modifichi il comportamento dei singoli<sup>18</sup>.

Emblematico di tale tipo di attitudine è l'esigenza – che evidentemente

---

<sup>15</sup> Sia consentito rinviare al mio *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in V. ROPPO e P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 378 ss. ove ulteriori riferimenti; per un'analisi critica F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 95 ss.

<sup>16</sup> Seppure in una diversa prospettiva indaga il tema del modello di razionalità sotteso alla disciplina privatistica M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generali per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino - L. Facco, 2008.

<sup>17</sup> U. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Recht des Ordoliberalismus*, Tübingen, Mohr, 1971.

<sup>18</sup> Ad es. per i mercati finanziari N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale*, *Quaderni di finanza della Consob*, 2010, n. 66; per i mercati dell'elettricità v. A. BIANCARDI e C. BRINDISI, *Consumers' Behaviour and Energy Regulation in Europe*, in *Econ. intern.*, 2013, p. 1 ss.

non può essere assolta dalla norma imperativa che sia meramente conformativa di un determinato rapporto giuridico – di conciliare protezione e libertà di scelta, regole procedurali e garanzia di un assetto dinamico di mercato (secondo un modello che può racchiudersi nella sintesi, che propone un'apparente antinomia, del «paternalismo libertario»)<sup>19</sup>.

Provo a segnalare possibili ricadute teoriche e sistematiche di quanto ho appena affermato, con riguardo a due distinte fattispecie che, pur iscrivendosi a pieno titolo nel diritto privato regolatorio, sollecitano riflessioni per il diritto privato generale.

a) La prima riguarda la modalità di assolvere agli obblighi di informazione che, nell'ambito di un rapporto asimmetrico, consentano una scelta consapevole alla parte debole. Qui il modello di riferimento è senz'altro costituito dalla disciplina del credito al consumo<sup>20</sup>.

Segnatamente, l'art. 125-*bis* T.U.B. (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) impone all'operatore professionale di trasmettere l'informazione in modo «chiaro e *conciso*», il che sottende che, nel modello cognitivo assunto dal legislatore, il numero di informazioni che il consumatore può realisticamente comprendere, elaborare e recepire è naturalmente esiguo e limitato.

Parimenti, l'art. 124 T.U.B. prevede che gli intermediari forniscano alla clientela, anche sulla base delle «preferenze espresse», «le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole»<sup>21</sup>. Il che significa che ciò che rileva sono (*solo*) le informazioni sulle quali si appunta l'attenzione del consumatore, in quanto idonee a consentirgli l'adozione di una scelta di consumo comparativamente consapevole<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008 (trad. it. Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009).

<sup>20</sup> L. DI DONNA, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2010, p. 223 ss.; L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 785 ss.

<sup>21</sup> Ma cfr. anche il mercato della telefonia mobile, l'art. 71, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, che attribuisce all'Autorità Garante delle Comunicazioni il compito di incoraggiare la comunicazione di informazioni comparabili, cui l'autorità ha dato attuazione con delibera n. 126/07/CONS recante «Misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato ai sensi dell'articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259».

<sup>22</sup> Cfr. E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far «comprendere»: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca borsa*, 2011, I, p. 246 ss.; EAD., *Abitudini e preferenze di consumo. Nuove forme di disclosure per la tutela del consumatore*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, p. 393 ss.

Dal combinato delle disposizioni appena richiamate se ne ricava che:

(i) le informazioni rilevanti sono solo quelle necessarie a consentire un confronto tra proposte alternative, sulle quali effettivamente si concentra la decisione del contraente;

(ii) la trasmissione di informazioni concise e facilmente comprensibili postula che, all'interno di un rapporto asimmetrico, la parte che deve informare deve farsi carico di sintetizzare e selezionare le informazioni capaci di orientare la scelta della controparte.

Nulla di più distante dall'informazione completa ed esaustiva: si tratta, invece, di una informazione sintetica e non analitica, selettiva in relazione alla scelta che il contraente opera e non fondata sul presupposto di una generale e autonoma capacità valutativa<sup>23</sup>.

Ci si può allora chiedere, nella prospettiva che accoglie i presupposti della *BLE*, se e a quali condizioni e limiti, chi trasmette l'informazione ha l'onere di selezionare, tra le possibili, quelle effettivamente rilevanti nel processo decisionale e essenzialmente su quelle richiamare l'attenzione della controparte contrattuale. (Tra i molteplici esempi possibili, per proporre un caso il più distante dalla materia di cui si è sin'ora discusso, si pensi al socio imprenditore di controllo in una società organizzata su base capitalistica 'chiusa', e agli obblighi informativi dovuti nei confronti del socio esterno investitore).

b) Un secondo piano di riflessione concerne la prova dell'adempimento degli obblighi informativi e, segnatamente, il fatto che l'idoneità delle informazioni trasmesse e, più in generale, la correttezza della controparte contrattuale si prova facendo riferimento all'inferenza statistica delle conseguenze che si determinano.

Merita a questo riguardo leggere le parole, assai perspicue, d'una nota delle istruzioni di vigilanza redatte dalla Banca d'Italia, là ove si afferma che non si «[...] richiede agli intermediari di assicurare assistenza al cliente fino al punto di individuare, in ogni caso, l'offerta più adeguata, bensì di adottare procedure organizzative che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente non adatti»<sup>24</sup>. Dunque, chi informa non deve sostituirsi al cliente, né farsi carico di selezionare l'offerta più conveniente e, tuttavia, deve dotarsi di procedure strutturate in maniera tale che si prevenga il

---

<sup>23</sup> Cfr. O. BEN-SHAHAR e C. E. SCHNEIDER, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

<sup>24</sup> Cfr. il Provvedimento Banca d'Italia 20 giugno 2012, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, in particolare, la sezione XI § 2.

rischio che il cliente sia indirizzato verso prodotti non convenienti.

La prova dell'efficacia di tali procedure si desume non dalla valutazione formale e statica delle informazioni trasmesse nel singolo rapporto contrattuale, ma dagli effetti aggregati che si producono, che per l'autorità di vigilanza divengono stregua del corretto adempimento.

Così, ad esempio, quando due contratti sono offerti separatamente e in modo chiaramente distinto (si pensi al contratto di credito al consumo e al contratto, accessorio ma del tutto autonomo e separato, di assicurazione), una scelta operata dai consumatori che costantemente abbini i medesimi prodotti – in particolare scegliendo sempre la stessa polizza assicurativa – può essere l'indice di un comportamento e di procedure inidonee, anche se formalmente le informazioni offerte sono corrette e adeguate ad assumere una decisione.

Ecco che l'inferenza dalle conseguenze assume un ruolo dirimente al fine di valutare la correttezza delle informazioni trasmesse e dal comportamento statisticamente rilevante dei consumatori può trarsi una prova delle capacità selettive dell'informazione trasmessa.

##### 5. La razionalità d'impresa e dei gruppi organizzati (cenni)

Un'ultima notazione a chiusura di questa sommaria ricognizione perimetrale.

La *BLE* costituisce un rilevante argomento contro ogni proposta di semplificazione strutturale della fattispecie.

La conseguenza più immediata di quanto appena affermato consiste nel fatto che la *BLE* consente di argomentare una recisa separazione tra il modello dell'autonomia individuale e quello dell'autonomia d'impresa. Altre sono infatti le norme a presidio della cura autonoma degli interessi individuali, altre sono le norme che assistono e che limitano l'autonomia azione dell'impresa sul mercato<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> G. B. PORTALE, *Il diritto commerciale italiano nel nuovo millennio*, Testo della *lectio doctoralis*, Heidelberg, 24 ottobre 2004, e ID., *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *Banca borsa*, 1984, I, p. 14 ss.; soprattutto M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia di impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, Il Mulino, 2012, I, p. 33 ss.; per una discussione cfr. anche G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849 ss.

Strettamente collegato a quest'affermazione, può considerarsi che l'analisi comportamentale e la razionalità dei gruppi organizzati è rilevantemente diversa da quella della persona fisica.

La razionalità del gruppo si declina in ragione dell'oggetto sociale e degli obiettivi che il gruppo persegue, soprattutto si risolve nelle procedure interne che presiedono alla formazione delle decisioni da assumere. Diviene allora fondamentale valutare attraverso quali regole e istituti sia possibile incidere sui processi decisionali dell'impresa, sollecitando una risposta efficiente in termini di processi di autoregolazione e di controllo<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Molto chiaramente G. TEUBNER, "Corporate Responsibility" als Problem der Unternehmensverfassung, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 1983, p. 34 ss., e cfr. specificamente D. LANGEVOORT, *Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause Other Social Harm)*, in [*University of Pennsylvania Law Review*, 146 (1997), p. 101 ss. ed ora parzialmente riprodotto in] C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, cit., p. 144 ss. È con riguardo ai problemi di azione collettiva v. A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008.