



OLTRE IL SOGGETTO RAZIONALE

Fallimenti cognitivi e razionalità limitata
nel diritto privato

A cura di

Giacomo Rojas Elgueta e Noah Vardi

Introduzione di Andrea Zoppini

Studies in Law and
Social Sciences **1**

Studies in Law & Social Sciences

1



Roma TrE-Press
2014

Oltre il soggetto razionale

Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato

a cura di

Giacomo ROJAS ELGUETA e Noah VARDI

introduzione di

Andrea ZOPPINI

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI • PIETRO RESCIGNO

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Salvatore Mazzamuto; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich; Andrea Zoppini.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrePress Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Secondo l'approccio della *Behavioral Law and Economics*, il volume si propone di indagare le ricadute sistematiche che la considerazione di un nuovo paradigma di individuo ha sul diritto privato patrimoniale e regolatorio.

Valorizzando i risultati cui è pervenuta la psicologia cognitiva, la *Behavioral Law and Economics* contribuisce alla costruzione di un modello di individuo più realistico e 'umano' rispetto a quello astratto e semplificato dell'*homo oeconomicus*.

Il giurista dispone così di un metodo che gli consente di anticipare, in modo più attendibile rispetto all'analisi economica del diritto tradizionale, le risposte dei singoli alle norme giuridiche.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, dicembre 2014
ISBN: 978-88-97524-16-8

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Sommario

INTRODUZIONE

ANDREA ZOPPINI, <i>Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»</i>	11
---	----

PARTE PRIMA

DIRITTO PRIVATO PATRIMONIALE E MODELLI DI RAZIONALITÀ

VINCENZO ROPPO, <i>I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto</i>	25
--	----

RAFFAELE CATERINA, <i>Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale</i>	47
---	----

GIUSEPPE GRISI, <i>Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi</i>	59
--	----

AURELIO GENTILI, <i>Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali</i>	75
---	----

LUCA NIVARRA, <i>Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato</i>	103
--	-----

GIORGIO RESTA, <i>Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e 'irrazionali'</i>	121
--	-----

MARIA ROSARIA MARELLA, STEFANIA CATANOSI, <i>Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale</i>	163
---	-----

GIULIO NAPOLITANO, <i>Autorità pubblica e (ir)razionalità privata</i>	191
---	-----

PARTE SECONDA

DIRITTO PRIVATO REGOLATORIO E DISCIPLINA DEI MERCATI

IL MERCATO BANCARIO

UMBERTO MORERA, <i>Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela</i>	201
--	-----

PAOLA SOCCORSO, <i>La centralità dell'informazione nella relazione intermediario-cliente</i>	211
--	-----

I MERCATI FINANZIARI

ANDREA GUACCERO, <i>I comportamenti irrazionali nelle offerte pubbliche e le risposte del diritto positivo</i>	229
--	-----

IL MERCATO ASSICURATIVO

ALBERTO MONTI, *Euristiche, bias e regole di governo del mercato assicurativo* 241

FABIANA DI PORTO, *Scienze cognitive e assicurazioni. Spunti in tema di regolazione* 247

IL MERCATO DELL'ENERGIA

ALBERTO BIANCARDI, *I principi dell'economia cognitiva e la regolazione del mercato energetico* 261

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 metodologico¹.

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»²).

¹ 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.

² <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 esiti³.

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

³ 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 transattivi⁴.

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 poi⁵ – 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)⁶.

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 concorrenziale⁷.

⁴ 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.

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

⁶ 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.

⁷ 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 comportamento⁸. 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'ordinamento⁹.

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

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

⁹ 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 specifici¹⁰.

(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.)¹¹.

(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).

¹⁰ 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, 2011³, 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.

¹¹ 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 interesse¹².

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 funzionare¹³.

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 razionale¹⁴.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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 indipendenti¹⁵.

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 individuale¹⁶. 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 producono¹⁷.

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 singoli¹⁸.

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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ U. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Recht des Ordoliberalismus*, Tübingen, Mohr, 1971.

¹⁸ 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»)¹⁹.

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 consumo²⁰.

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»²¹. 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 consapevole²².

¹⁹ 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).

²⁰ 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.

²¹ 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».

²² 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 valutativa²³.

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»²⁴. 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

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

²⁴ 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 dell'impresa sul mercato²⁵.

²⁵ 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 controllo²⁶.

²⁶ 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 Misperceive 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.

PARTE PRIMA

DIRITTO PRIVATO PATRIMONIALE
E MODELLI DI RAZIONALITÀ

Vincenzo Roppo

I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto

1. Premessa

Non sono in alcun modo un cultore professionale di *Behavioral Law and Economics*. E quindi nel mio scritto non applicherò gli specifici strumenti concettuali che stanno nel *toolbox* dell'esperto di *BLE*; mi limiterò bensì a svolgere qualche ragionamento più generale, che spero tuttavia non troppo estraneo agli orizzonti tematici frequentati da questo metodo di analisi.

2. Le qualifiche soggettive implicate: due coppie eterogenee

Il titolo del mio scritto evoca tre qualificazioni soggettive, tutte (in vario modo) normativamente rilevanti. Al riguardo, osservo subito due cose.

La prima è che le qualifiche da considerare dovrebbero forse essere non tre ma quattro, combinate in due coppie di termini antagonisti: così come al 'consumatore' si associa per contrapposizione il 'contraente professionale' (il professionista), così al 'contraente debole' dovrebbe, per completezza, associarsi e contrapporsi il 'contraente forte'.

La seconda è che le due coppie così costruite non sono omogenee fra loro: consumatore e professionista sono qualifiche altamente formali, nel senso che dipendono dal possesso di requisiti soggettivi puntualmente identificati all'interno di una precisa definizione normativa, e accertabili con buona sicurezza nelle fattispecie concrete; invece contraente debole e contraente forte sono qualifiche non formalizzate, perché si legano a dati caratterizzanti meno definiti e univoci, più sfumati e frastagliati.

I termini delle coppie possono mescolarsi fra loro, in modi peraltro diversi. Il consumatore è per definizione contraente debole perché fronteggia un professionista, che a sua volta è, rispetto a lui, contraente per definizione forte. (Il consumatore si definisce in relazione al professionista, e non si definirebbe al di fuori della relazione con lui: un soggetto con tutte le caratteristiche che secondo la definizione normativa identificano il consumatore, ma che in un dato rapporto contrattuale si trovi a fronteggiare un soggetto che non è un professionista, a sua volta non sarebbe, dal punto di vista normativo, un consumatore).

Di contro, il soggetto che presenti tutti gli elementi della definizione normativa di professionista può incrociare le qualifiche di contraente forte/debole in combinazioni più aperte e variabili. Quando fronteggia un consumatore, il professionista è, come detto, per definizione contraente forte. Quando fronteggia un soggetto che non è consumatore, può ugualmente porsi come contraente forte: ciò accade quando fronteggia una controparte che risulta debole per ragioni diverse da quelle che costituiscono la tipica debolezza del consumatore. Ma può anche trovarsi, benché professionista, nella condizione di contraente debole: il che si verifica quando egli entri in relazione con un altro professionista che per qualche ragione abbia, rispetto a lui, la caratteristica di contraente forte. E infine, la relazione fra due professionisti può essere relazione fra contraenti che non sono, l'uno rispetto all'altro, né deboli né forti, bensì sono neutri rispetto a tali qualifiche.

3. I due mondi dell'universo contrattuale: diritto comune dei contratti (contro i fallimenti dell'autonomia privata)

Adesso interreliamo nei vari modi possibili queste diverse figure soggettive: le diverse interrelazioni creano diverse classi di rapporti contrattuali, a cui corrispondono altrettanti regimi di diritto dei contratti. Su questa premessa, propongo una mappa del complessivo universo del diritto dei contratti, dove le diverse regioni corrispondono ai regimi definiti dalle varie possibili interrelazioni fra le figure soggettive appena indicate.

La mappa implica un assunto base, e cioè che l'universo contrattuale sia formato da due mondi diversi: il diritto comune dei contratti, definito dagli art. 1321 ss. c.c.; e il diritto dei contratti del mercato, definito dalle numerose e varieghe discipline di regolazione del mercato.

Nel diritto comune dei contratti non esistono né consumatori né professionisti; esistono bensì contraenti deboli e contraenti forti. I primi

sono deboli in quanto vittime di quelli che mi piace chiamare ‘fallimenti dell’autonomia privata’: cioè vittime di fattori che intaccano le condizioni soggettive per un regolare ed efficace esercizio dell’autonomia privata, dando luogo a pregiudizievoli asimmetrie che penalizzano il soggetto colpito nella sua relazione con controparte. Si tratta di fattori perturbanti, e di asimmetrie, che si manifestano su basi individuali e occasionali, non standardizzate né socialmente tipiche; e che si presentano come socialmente patologici rispetto alle fisiologiche condizioni soggettive di corretto esercizio dell’autonomia privata. A loro volta, i secondi sono contraenti forti proprio perché si trovano di fronte a una controparte debole, e sono quindi in condizione di poter profittare della sua debolezza.

È chiaro di cosa stiamo parlando: deficit psico-fisici (incapacità di agire), minorazioni delle potenzialità di cognizione e autodeterminazione (vizi della volontà, stati di pericolo o bisogno). Ed è altrettanto chiaro quali siano i rimedi tipici che il diritto dei contratti appresta a favore del contraente reso debole dall’incidenza di questi fattori di asimmetria: azioni di annullamento e di rescissione.

4. Segue: diritto dei contratti del mercato (contro i fallimenti del mercato)

Nel diritto dei contratti del mercato incontriamo i ‘fallimenti del mercato’, che sono in definitiva una sottospecie qualificata dei fallimenti dell’autonomia privata: al pari di ogni fallimento dell’autonomia privata, generano asimmetrie che pregiudicano l’agire razionale del soggetto che ne è vittima, rendendolo un contraente debole; ma rispetto ai fallimenti dell’autonomia privata contemplati dal codice civile, si connotano per il fatto di dipendere dalla struttura oggettiva del mercato, il quale – essendo strutturalmente esposto a fallimenti – pone alcuni dei suoi attori in posizione di forza e altri in posizione di debolezza nei rapporti reciproci.

In ragione di ciò, a differenza dei generici fallimenti dell’autonomia privata, gli specifici fallimenti del mercato hanno natura non di patologia ma di fisiologia sociale; non toccano singoli individui su basi di occasionalità, bensì investono stabilmente intere classi di soggetti; e li investono in ragione non di specifiche menomazioni soggettive, ma delle posizioni di mercato in cui essi si trovano oggettivamente collocati.

Alle asimmetrie che essi generano, il diritto dei contratti costruito dalle discipline di regolazione del mercato risponde offrendo al contraente debole un arsenale di strumenti ben caratterizzati: obblighi o vincoli

(specie informativi, ma non solo) a carico del contraente forte, presidiati essenzialmente col rimedio della nullità, che a sua volta si frastaglia nelle diverse tipologie di nullità speciali.

5. Le tre regioni del diritto dei contratti del mercato: relazioni B2C (contratti dei consumatori)

Lo spirito e l'orizzonte ideale del convegno suggeriscono di concentrare il focus sul mondo dei contratti del mercato. Proviamo dunque a mapparli, usando come coordinate primariamente le qualifiche soggettive considerate sopra: consumatori e professionisti; contraenti deboli e contraenti forti. Ne usciranno disegnate due regioni normative; a cui dovrà tuttavia aggiungersene una terza.

La prima regione normativa è popolata dai contratti fra un consumatore e un professionista (contratti *B2C*). Essa comprende: prima di tutto un regime generale dei contratti del consumatore (focalizzato sulle clausole vessatorie: artt. 33-38 c. cons.); e poi una pluralità di regimi specifici, costruiti in funzione di modalità tecniche della contrattazione (ad es. contratti negoziati fuori dei locali commerciali, contratti a distanza), o in funzione di particolari mercati (ad es. contratti di multiproprietà, contratti di credito ai consumatori, contratti per servizi di pagamento, contratti per servizi della società dell'informazione), o in funzione strumentale alla individuazione della disciplina sostanziale dei rapporti (ad es. le norme di diritto internazionale privato che definiscono la legge applicabile ai contratti dei consumatori). I regimi specifici non sono tutti concentrati nel c. cons., ma si trovano in parte lì e in parte disseminati in varie altre fonti.

La *ratio* sottesa al diritto (generale e speciale) dei contratti del consumatore è semplice: il consumatore, per la posizione e il ruolo che occupa nel mercato, si presenta in generale come contraente debole rispetto al professionista con cui entra in rapporto, e per questo merita protezione normativa.

6. Segue: relazioni B2B (contratti asimmetrici fra professionisti)

La seconda regione normativa comprende rapporti contrattuali fra professionisti (per questo siamo nel campo delle relazioni *B2B*), e precisamente rapporti contrattuali (asimmetrici, e cioè intercorrenti) fra un

professionista debole e un professionista forte.

Ai differenza dei contratti *B2C*, qui non c'è un fattore generale e omogeneo che determini la debolezza di una parte e la forza dell'altra, e spieghi in termini unitari la corrispondente *ratio* di tutela. C'è invece una pluralità di fattori eterogenei che in relazione a diverse classi di relazioni *B2B* appaiono agli occhi del legislatore, per ragioni volta a volta diverse, tali da porre un professionista in posizione di debolezza rispetto al professionista sua controparte; e anche la ragione della tutela normativa si frammenta così in una pluralità di *rationes* specifiche in qualche modo diverse l'una dall'altra, da cui si generano regimi normativi a loro volta differenziati e non immediatamente riconducibili a unità. Il quadro è dunque meno lineare e omogeneo, più articolato e variegato rispetto a quello dei contratti *B2C*.

Basti richiamare qualche esempio.

I professionisti che forniscono a credito beni o servizi a professionisti acquirenti sono strutturalmente deboli nei confronti di questi ultimi, perché esposti al rischio di ritardi nei pagamenti, suscettibili di pregiudicarne l'equilibrio finanziario: di qui la specifica protezione loro accordata dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (adesso rivisto in profondità con il d.lgs. n. 9 novembre 2012, n. 192) mediante un regime – unilateralmente inderogabile - dei termini di pagamento e del tasso degli interessi moratori per i crediti commerciali¹.

Gli agenti che promuovono la distribuzione dei prodotti o servizi per conto delle imprese produttrici soffrono, nella loro relazione con le imprese preponenti, della debolezza strutturale indotta da una posizione di mercato che (nonostante siano formalmente professionisti, e precisamente imprenditori) risulta per molti aspetti simile a quella che caratterizza i lavoratori dipendenti rispetto ai datori di lavoro: di qui un regime di protezione (art. 1742 ss. c.c.) che sotto diversi profili mima il regime del rapporto di lavoro subordinato.

E considerazioni analoghe potrebbero svolgersi per altre classi di relazioni *B2B*, dove sono altrettanto chiare le ragioni di mercato che, nei vari casi, inducono asimmetria fra un contraente (professionale) forte e un contraente (professionale) debole; e altrettanto chiara è la *ratio* delle corrispondenti discipline contrattuali, calibrate caso per caso sulle specifiche ragioni di debolezza, e sulle specifiche esigenze di tutela, dei professionisti

¹ Anzi, meglio dovrebbe dirsi 'regimi' al plurale, visto che la normativa di protezione si biforca in due discipline alquanto differenziate a seconda che il professionista acquirente-debitore sia un'impresa o una pubblica amministrazione: nel quale ultimo caso, anziché di generiche relazioni *B2B* potrebbe parlarsi in modo più puntuale di relazioni *B2G* (dove 'G' sta per *Government*).

deboli. Stiamo parlando di discipline come quella della subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192), votata a proteggere il professionista subfornitore nella sua dipendenza economica e tecnologica dal professionista committente. O del *franchising* (l. 6 maggio 2004, n. 129), che - con le sue regole sugli obblighi di informazione precontrattuale e di trasparenza contrattuale a carico del *franchisor*, e su durata e scioglimento del rapporto - vuole essenzialmente tutelare gli investimenti specifici del *franchisee* contro il rischio di vederli ingiustamente frustrati (vuoi per un difetto di potenzialità commerciale dell'impresa affiliante, che si riveli inferiore alle aspettative; vuoi per una durata del rapporto troppo breve per consentire a quegli investimenti di generare adeguati ritorni). O delle forniture di prodotti agricoli e agro-alimentari, introdotta più di recente dall'art. 62, co. 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, con l'obiettivo di proteggere l'imprenditore agricolo nei suoi difficili rapporti con il monopsonio della grande distribuzione organizzata, da cui dipende per trovare sbocchi alla sua produzione.

Vorrei sottolineare un dato. Al legislatore intento alla regolazione del mercato i contratti *B2C* interessano sempre e comunque, perché sono sempre e comunque - per definizione - toccati da fallimenti del mercato, e cioè colpiti da asimmetrie fra soggetti di mercato deboli e soggetti di mercato forti. Questo non vale per i contratti *B2B*, che possono essere essi pure asimmetrici nel senso appena detto, ma possono anche essere non asimmetrici, e cioè svolgersi fra professionisti nessuno dei quali - in ragione delle rispettive posizioni di mercato - ha particolare ragione ed esigenza di essere protetto nei confronti dell'altro. Ebbene, il punto da fissare è che la regolazione del mercato si interessa delle relazioni *B2B* solo nella misura in cui siano relazioni asimmetriche, dove si riflettono fallimenti del mercato. Invece le relazioni *B2B* non asimmetriche sfuggono al diritto dei contratti del mercato, e più in generale alla regolazione del mercato², per ricadere nel diverso mondo del diritto comune dei contratti: esattamente come le relazioni fra parti contraenti 'neutre' rispetto a qualsiasi qualificazione basata su posizioni e ruoli di mercato (le parti contraenti del codice civile).

² Con una notevole eccezione: quella della disciplina antitrust, che quando si occupa ad esempio delle intese e degli accordi restrittivi della concorrenza, si occupa di relazioni contrattuali fra imprese non necessariamente caratterizzate da reciproca asimmetria. Al tema avevo già dedicato cenni in V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *Venti anni di antitrust*, Torino, Giappichelli, 2010, II, p. 1185 ss., nonché in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 16 ss. (e - con titolo leggermente diverso - ora anche in *Id.*, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 125 ss.).

7. *Segue: relazioni S2C*

Ma la somma della regione dei contratti *B2C* con la regione dei contratti *B2B* asimmetrici non esaurisce il mondo del diritto dei contratti di mercato, investiti da fallimenti del mercato e perciò soggetti alla regolazione del mercato. C'è, a mio avviso, una terza notevole regione che si aggiunge alle prime due: quella in cui abitano le relazioni fra un professionista qualificato dall'operare sul mercato come fornitore di beni o servizi, e il soggetto che acquista da lui i beni o servizi offerti: soggetto, quest'ultimo, del quale non rileva la qualifica di consumatore o professionista (può avere l'una oppure l'altra, o anche nessuna delle due), bensì rileva la posizione di acquirente del bene o del servizio, in una parola di cliente (del professionista fornitore).

L'asimmetria fra le parti della relazione deriva dalle rispettive posizioni di mercato, che collocando il fornitore sul lato dell'offerta gli consentono di dominare la prestazione caratteristica del contratto, di cui è l'*insider*, mentre il cliente collocato sul lato della domanda è *outsider* rispetto alla prestazione caratteristica, e come tale non in grado di dominarla organizzativamente o tecnicamente. E chi domina la prestazione caratteristica del contratto è in condizione di dominare, da vari punti di vista, la relazione contrattuale. (Per esempio: è proprio il dominio del prodotto fornito che consente ai fornitori di realizzare in danno dei clienti politiche di 'obsolescenza programmata' del prodotto stesso, progettandolo e costruendolo in modo che cessi di funzionare regolarmente subito dopo che si sia chiusa la finestra temporale della garanzia legale o convenzionale, e così costringendo il cliente all'acquisto di un nuovo esemplare).

Questa asimmetria è un fallimento del mercato, che richiede al regolatore del mercato misure di protezione del cliente verso il fornitore, calibrate sull'obiettivo di neutralizzare le potenzialità pregiudizievoli insite nel dominio del fornitore sulla prestazione caratteristica: e la protezione si dirige al cliente come tale, essendo irrilevante – per il bisogno e il fine di tutela – che si tratti di consumatore che acquista il bene o il servizio per ragioni della sfera personale, o di professionista che lo acquista per i fini del suo *business*, o di soggetto non qualificabile né come consumatore né come professionista. Discipline come quelle dei contratti bancari, dei contratti di assicurazione, dei contratti del mercato finanziario, dei contratti per servizi di pagamento, dei contratti per la fornitura di servizi della società dell'informazione, dei contratti delle *utilities* per l'erogazione di servizi a rete, ecc. ne costituiscono esempi. E il loro impressionante

espandersi nella fase più recente (soprattutto sull'onda della legislazione europea) sembra giustificare la domanda se non sia in atto, nel sistema della regolazione del mercato, una certa qual transizione dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente³. L'itinerario percorso, nel sistema delle fonti, dalla disciplina dei contratti turistici potrebbe leggersi precisamente in questo senso⁴.

Resta da trovare un nome per questa terza regione. Potrebbe essere, di nuovo, *B2C*: dove 'B' starebbe per *Business*, visto che il fornitore è per definizione un professionista; e 'C' questa volta per *Customer*. Ma per evitare sovrapposizioni conviene trovare un altro acronimo, che potrebbe essere *S2C*: da intendere come *Supplier to Customer* (e cioè, appunto, fornitore-cliente).

8. Contratto asimmetrico e terzo contratto: il senso delle due posizioni

La mappatura del mondo del diritto dei contratti del mercato, tentata nelle pagine precedenti con la definizione delle tre regioni che lo compongono, può aiutare a orientarsi nel dibattito tra fautori del contratto asimmetrico (nelle cui file sono da tempo arruolato⁵) e fautori del terzo contratto.

³ Considerazioni che avevo già svolto, più ampiamente, in V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, pp. 314-327, ma anche in V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., pp. 131-133; e, con riferimento alla disciplina di un settore specifico, in V. ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? professionisti? clienti?*, in M. RISPOLI et alii (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 287 ss.

⁴ La vicenda è nota. La parte protetta nei contratti per la vendita di pacchetti turistici era in origine definita 'consumatore', e la relativa disciplina era collocata nel c. cons. Poi sono cambiate sia la collocazione sia la denominazione: la disciplina è fuoriuscita dal c. cons. per confluire nel c. turismo (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79); e la parte protetta non si chiama più 'consumatore' ma 'turista' (la cui definizione – art. 33, co. 1, lett. c) – è tale, da coprire soggetti che possono essere consumatori, ma anche non esserlo). Sicché la disciplina in questione non può più dirsi disciplina di contratti del consumatore, ma deve dirsi piuttosto disciplina dei contratti del turista, e cioè del cliente di *tour operator* e agenzie di viaggio.

⁵ In un percorso che comincia con V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss., prosegue con V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, *ivi*, 2007, p. 669 ss. (entrambi adesso anche in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 65 ss. e rispettivamente p. 91 ss.), e si sviluppa più compiutamente con V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, cit., p. 304 ss.

Sono categorie concettuali che riflettono due diversi modi di ‘leggere’ lo stato e le prospettive di evoluzione del sistema del diritto dei contratti del mercato. Sarebbe però riduttivo concepirle come mere invenzioni teoriche, funzionali solo a soddisfare sterili capricci definitivi o pulsioni classificatorie; o peggio come slogan lanciati l’uno contro l’altro per puro compiacimento accademico. Ci sarà anche un po’ di questo, ma non c’è solo questo. C’è qualcosa di normativamente più sostanzioso.

In estrema sintesi. L’idea⁶ del contratto asimmetrico implica che alle discipline dei contratti *B2C*, dei contratti *B2B* asimmetrici e dei contratti *S2C* sia sottesa una *ratio* in larga misura comune, da identificarsi nell’esistenza di significative asimmetrie di mercato che collocano una parte in posizione di debolezza rispetto all’altra, e nell’esigenza di una disciplina contrattuale orientata a proteggere la parte debole: implica, in sostanza, che possa immaginarsi un diritto contrattuale dei fallimenti del mercato, come corpo normativo apprezzabilmente unitario costruibile appunto intorno alla categoria del contratto asimmetrico. Di contro, la tesi del terzo contratto: prima di tutto ignora l’area dei contratti che qui si sono chiamati *S2C*, e con essa il ‘cliente’ come figura di mercato normativamente rilevante (ancorché non riducibile alle categorie del consumatore e del professionista, bensì trasversale ad esse); e quanto alle aree dei contratti *B2C* e dei contratti *B2B* asimmetrici, ne assume la reciproca irriducibilità (al modo che ‘terzo’ è irriducibile a ‘secondo’) così sul piano empirico come su quello normativo.

Questa diversità di approccio ha conseguenze in termini non solo di ricostruzione dell’architettura del sistema, ma anche di concreto trattamento delle fattispecie. La tesi del terzo contratto tendenzialmente esclude o almeno restringe in modo molto severo la possibilità del ricorso all’analogia, proprio perché vede le due diverse aree del diritto dei contratti del mercato (il ‘secondo’ e il ‘terzo’ contratto) come comparti separati da radicali differenze di *rationes* delle rispettive discipline di protezione del contraente debole, che impedirebbero alle regole scritte per un campo di trasferirsi in via analogica all’altro campo. Al contrario la tesi del contratto asimmetrico, implicando che contratti *B2C*, contratti *B2B* asimmetrici e contratti *S2C* possano riflettere ‘casi simili o materie analoghe’ (art. 12 disp. prel.), apre spazi più ampi all’estensione analogica delle regole da un campo all’altro. Estensione – è appena il caso di dirlo – da produrre in modo non meccanico né indiscriminato, bensì mirato e selettivo: solo dopo avere verificato che nella fattispecie (ad esempio *B2B*) priva di copertura normativa diretta, effettivamente ricorrano situazioni di interesse e

⁶ Dire ‘teoria’ mi parrebbe un eccesso di ambizione, che trovo saggio evitare.

conseguenti esigenze di tutela giuridica assimilabili a quelle sottese alla norma direttamente dettata per altra fattispecie (ad esempio *B2C*).

9. Nuovi spunti per il dibattito: ancora sull'analogia

Non ripercorro certo qui i passaggi di un dibattito noto, o comunque già consegnato alle pagine dei libri e delle riviste. Per quanto mi riguarda, vi ho preso parte con una serie di scritti: ora impegnati a esplorare in termini più generali le ragioni e i fondamenti di una categoria come quella del contratto asimmetrico⁷; ora più puntualmente rivolti a replicare alle obiezioni di chi quelle ragioni e quei fondamenti si sia studiato di contestare⁸.

Vorrei qui, piuttosto, aggiornare quel dialogo con nuovi elementi e argomenti. L'occasione mi è offerta dalla recente pubblicazione di un'ambiziosa opera collettanea, dedicata a una materia che in larga misura coincide con quella (per riprendere il termine proposto qui) dei contratti del mercato⁹. Diversi contributi raccolti in queste pagine mi suggeriscono infatti una serie di considerazioni: alcune più puntuali e specifiche, altre di portata più generale.

La prima considerazione ha bisogno di una premessa: con *I contratti per l'impresa* siamo decisamente nel giro del terzo contratto, molto più che del contratto asimmetrico; e già lo si capisce, vedendo i nomi dei curatori e degli autori¹⁰. Ciò premesso, mi soffermo sulla snella ma pregnante nota introduttiva, che delinea qualcosa come il manifesto metodologico nel quale curatori e autori evidentemente si riconoscono; e confesso che leggendola mi sono trovato a chiedermi se per caso non aleggiasse lì l'ombra di una certa contraddizione. La proposizione centrale di quelle pagine è

⁷ V. in particolare quelli citati sopra, alla nt. 5.

⁸ E qui richiamo il dialogo idealmente intrecciato con Andrea Zoppini, ai cui argomenti ho dedicato 'cinque repliche': V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., pp. 140-144.

⁹ V. G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, Il Mulino, 2012, I e II.

¹⁰ Per dire: fra i curatori figura Gregorio Gitti, che aveva in precedenza curato il volume che delle elaborazioni favorevoli alla prospettiva del terzo contratto costituisce un po' la *summa*: G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, Il Mulino, 2008; e uno dei principali contributi (su cui si verrà fra breve) è di Roberto Pardolesi, che addirittura è l'inventore della formula (v. la sua *Prefazione* a G. COLANGELO, *Abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. XIII-XIV).

molto forte, e in qualche modo eccentrica rispetto al pensiero oggi forse dominante: essa oppugna il ricorso alle clausole generali e alla conseguente discrezionalità del giudice come mezzo privilegiato per costruire la regola del caso concreto, contro le quali valorizza con estrema decisione le puntuali scelte del legislatore, incorporate nelle norme positive; e indica nell'analogia lo strumento principe per fondare sul diritto scritto, piuttosto che su principi o standard creativamente applicati dai giudici, l'*adjudication* dei casi concreti.

Ecco dunque l'ombra della contraddittorietà: perché abbiamo appena visto che proprio l'uso dell'analogia, in materia di relazioni contrattuali del mercato, trova terreno fertile e propizio nella visione del contratto asimmetrico, tanto quanto rischia di essere impedito o frenato dal pensiero sotteso alla teoria del terzo contratto!

10. Segue: su un rilievo di Roberto Pardolesi (richiamando il valore del diritto positivo)

Si è ricordata in precedenza la nuova disciplina dei contratti per fornitura di prodotti agricoli o agroalimentari (art. 62, co. 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27), Nel suo contributo all'opera collettanea in discorso, anche Roberto Pardolesi ricorda questa normativa, e la valorizza a favore della teoria del terzo contratto, contro la teoria del contratto asimmetrico: considerando che essa regola relazioni (asimmetriche) *B2B*, egli afferma infatti di ricavarne «Un messaggio, piaccia o no, scritto nella lingua del terzo contratto»¹¹.

E sia pure. Ma perché dimenticare (o tacere) che, in quello stesso d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, l'art. 7, co. 2 modifica l'art. 19 c. cons. per estendere a favore di una certa classe di imprese (le microimprese) quella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, che in origine era destinata a proteggere esclusivamente i consumatori? Forse perché si sarebbe dovuto riconoscere che questa novità legislativa, assimilando le posizioni di consumatori e professionisti deboli in ragione dell'asimmetria di cui entrambi soffrono di fronte a controparti forti, è invece inequivocabilmente 'scritta nella lingua' del contratto asimmetrico? E ammettere che essa ha una

¹¹ R. PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 120.

portata sistematica enormemente superiore a quella delle nuove regole per le forniture di prodotti agricoli e agro-alimentari, posto che con essa il c. cons. cessa di essere codice per i soli consumatori¹²?

E qui, sull'onda del rilievo circa la mancata registrazione di un'importante novità legislativa, non resisto alla tentazione di introdurre una considerazione più generale circa le modalità di questo nostro dibattito (sul rapporto fra discipline contrattuali *B2B* e *B2C*, sulla crescente equiparazione normativa fra consumatori e imprese deboli sul mercato, sull'espansione delle discipline di tutela non del consumatore ma del cliente, sulla contrapposizione fra simmetrie socialmente patologiche e asimmetrie socialmente fisiologiche, e su quante altre questioni diano corpo al confronto fra sostenitori del terzo contratto e fautori del contratto asimmetrico).

Ora, nel proporre le mie posizioni all'interno del dibattito, io mi sono sempre sforzato di partire dal dato positivo: piuttosto che affermare senz'altro una posizione o soluzione astrattamente preferibile ai miei occhi, ho cercato prima di tutto di cogliere gli oggettivi sviluppi del sistema normativo, e solo dopo mi sono spinto a esprimere al riguardo un giudizio di adeguatezza/inadeguatezza sul piano concettuale, o di desiderabilità/indesiderabilità sul piano politico¹³. E vorrei continuare a farlo anche in questa sede: in particolare ricordando la recente novità legislativa in tema di sistemazione delle crisi di sovraindebitamento dei debitori non fallibili¹⁴; e ponendo la questione se in essa non possa vedersi un ulteriore fattore di convergenza fra regimi giuridici pensati per le imprese e regimi giuridici applicabili ai consumatori¹⁵.

Con sprezzo del rischio di essere tacciato di giuspositivismo volgare,

¹² Deve peraltro rilevarsi come la redazione del testo normativo non sia forse all'altezza di una così notevole portata sistematica, se è vero che essa non manca di aprire incertezze interpretative: ad es., la formula per cui la disciplina si applica «*alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese*» significa che essa si applica solo nei rapporti fra una microimpresa e un professionista che non sia microimpresa (come parrebbe suggerire la ratio sostanziale dell'innovazione), o anche nei rapporti fra microimprese (come potrebbe sostenersi in base al dato formale che una microimpresa è, per definizione, un professionista)?

¹³ Che la mia ricerca si muova «*non tanto sul terreno della desiderabilità 'politica', quanto piuttosto su quello di una obiettiva ricognizione del dato normativo*» avevo già avuto occasione di chiarirlo: V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, cit., p. 107.

¹⁴ Art. 6 ss. della l. 27 gennaio 2012, n. 3.

¹⁵ Tanto più dopo le profonde modifiche che la disciplina, a pochi mesi dalla sua introduzione, ha subito con la l. 17 dicembre 2012, n. 221: la quale introduce un regime specifico per il sovraindebitamento dei debitori che abbiano più specificamente qualifica di consumatori (e cioè persone fisiche i cui debiti non si colleghino all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta).

penso infatti che per il giurista sia buon metodo – per non dire dovere professionale – non trascurare mai la realtà delle norme vigenti (da assumere ovviamente nel suo complesso, e non in termini parziali o unilaterali). Ebbene, mi si lasci dire che non sempre trovo lo stesso metodo applicato dagli altri protagonisti del dibattito. E così la mia sincera curiosità di sapere se gli altri interlocutori condividono oppure no l'idea che mi sono formato (non solo e non tanto sui modelli concettuali o sulle opzioni politiche preferibili, ma) sugli effettivi movimenti e direzioni di sviluppo del nostro sistema normativo domestico ed europeo, per come si è venuto costruendo nella realtà della legislazione recente¹⁶, è una curiosità che resta ancora in larga misura inappagata.

11. Segue: su alcune affermazioni di Francesco Denozza (discutendo fra l'altro di 'vaghezza' dei concetti giuridici)

Il primo volume de *I contratti per l'impresa* ospita anche un contributo di Francesco Denozza, che pure contiene spunti pertinenti al nostro dibattito.

Vi si trova un'affermazione che sembra negare il presupposto stesso su cui si regge l'ipotesi del contratto asimmetrico: là dove considera in termini scettici, se non apertamente negativi, «l'idea [...] di poter impostare i problemi in termini di maggiore o minore equiparazione tra le imprese e i consumatori [...] anche quando riferita alle imprese di minori dimensioni» e ciò perché nel sistema «il rispettivo ruolo delle due categorie di soggetti è troppo dissimile per poterli assimilare sotto la comune rubrica di agenti razionali più o meno deboli»¹⁷. Argomenta questa posizione dapprima con il rilievo che mentre esiste un interesse del sistema all'efficienza delle imprese, che spinge per l'eliminazione delle imprese inefficienti, analogo interesse e analoga spinta non esistono riguardo all'efficienza del consumatore; e poi, soprattutto, traendo argomento dall'area di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette: di cui si sottolinea le

¹⁶ A suo tempo scrivevo: «l'idea che ho avanzato scaturisce da una prima, e certo superficiale, ricognizione di dati normativi... Ma sono disposto a cambiare idea, ascoltando ragioni contrarie», basate anch'esse su dati normativi: V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, cit., p. 121.

¹⁷ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 88.

relazioni *B2C*, con esclusione delle relazioni *B2B*¹⁸.

Ebbene: proprio quest'ultimo argomento si presta a qualche risposta, che mi pare possa rafforzare la tesi sostenuta in queste pagine.

Una prima risposta è di diritto positivo, e può ridursi a poche righe. L'assunto-base di Denozza (circa l'area di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, limitata ai rapporti con consumatori) era vero quando Denozza scriveva ma non è più vero oggi, alla luce della recente innovazione legislativa con cui si estende tale disciplina anche alle relazioni *B2B*, quando coinvolgono una microimpresa¹⁹: e cadendo l'assunto base, cade l'argomento.

Denozza potrebbe tuttavia replicare che il dato non è probante, perché l'estensione della disciplina originariamente riservata ai consumatori avviene solo in favore delle microimprese, mentre – come egli osserva – «se l'eliminazione di scelte distorte fosse l'obiettivo centrale, [...] non si vede perché non si dovrebbero proteggere anche i professionisti [...] grandissimi», che certo non sono «per loro natura infallibili»²⁰. Se questa fosse la replica, mi sarebbe facile opporre il richiamo a un punto di fondo della mia ipotesi ricostruttiva: la distinzione fra asimmetrie socialmente fisiologiche (perché radicate in obiettive e generalizzate posizioni di mercato) e asimmetrie socialmente patologiche, che si legano a condizioni (non generali e oggettive, ma) idiosincratiche del singolo soggetto, cui individualmente e occasionalmente precludono il razionale esercizio dell'autonomia privata; e l'idea di un corrispondente riparto del sistema dei rimedi, in ragione del quale alle asimmetrie del primo tipo si addicono i rimedi offerti dalle discipline di *market regulation* (come tipicamente quella delle pratiche commerciali scorrette, e le altre di cui si parla qui), mentre alle asimmetrie del secondo tipo sono vocati a rispondere i tradizionali rimedi di diritto comune che il codice civile predispone contro le minorazioni psico-fisiche, i vizi della volontà, lo sfruttamento del pericolo e del bisogno in cui si trovi a versare il contraente²¹. E in coerenza con ciò, a Denozza risponderci: se il professionista 'grandissimo' è stato, come egli ipotizza, ingannato in una particolare contrattazione, ebbene faccia valere contro l'ingannatore i rimedi per il dolo ex artt. 1439-1440 c.c.!

Il punto è precisamente quello detto poco sopra, e cioè la polarità di fisio-

¹⁸ *Ibidem*, p. 89.

¹⁹ Sopra, nt. 10.

²⁰ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 89.

²¹ Sopra, nt. 3 e 4.

logia e patologia sociale: che le microrimprese (come pure i consumatori) soffrano di asimmetrie verso le imprese con superiore potere di mercato, è un dato fisiologico e strutturale del mercato stesso; che una impresa (micro, piccola, media, grande o grandissima che sia) resti vittima di inganno ad opera di una controparte sleale, è invece un dato congiunturale e patologico.

C'è infine un altro rilievo – a metà fra epistemologico e di tecnica normativa – con cui Denozza implicitamente scredita il possibile significato operativo della categoria del 'contratto asimmetrico': il rilievo per cui essa non potrebbe costruirsi in modo appropriato intorno a fenomeni come «irrazionalità, coercizione, disinformazione ecc. perché manca una loro precisa definizione concettuale in grado di sostenerne una generalizzata disciplina»²². A questo rilievo mi sento di replicare: forse che la nozione di 'asimmetria informativa' (affinata con quella enorme e specifica elaborazione scientifica da cui il legislatore – consapevole o no che ne sia – la ricava per sottenderla a tante discipline di regolazione del mercato) è così terribilmente più vaga e più fumosa, dal punto di vista semantico, di quanto lo sia una nozione come ad esempio 'errore', pur così controversa e contendibile fra discipline psicologiche, categorie filosofiche e *hard science*, eppure da tutti tranquillamente assunta come base concettuale per applicare gli artt. 1428 e ss. c.c. senza che nessuno ne lamenti il difetto di univoca definizione concettuale?²³

12. Contratto asimmetrico e terzo contratto: il comune presupposto di una regolazione diretta a rimediare i fallimenti del mercato per ripristinare le condizioni dell'agire razionale dei soggetti

Concludo la mia relazione con un ultimo ordine di considerazioni: che non vorrei fosse percepito come sgradevolmente destabilizzante.

I ragionamenti che ho svolto fin qui hanno un chiaro presupposto, che in qualche modo è già stato indicato ma che conviene adesso riprendere in termini più espliciti: la regolazione del mercato, e in particolare

²² F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, p. 77, alla nt. 22.

²³ Analogo argomento avevo già speso (per così dire in prevenzione, ove mai la tesi del contratto asimmetrico si fosse attirata la critica di determinare un'inammissibile «perdita della fattispecie») in V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, cit., p. 124.

la disciplina dei contratti del mercato, ha lo scopo di reagire ai fallimenti del mercato, nella misura in cui questi pregiudicano l'agire razionale degli operatori (che in assenza di tali fallimenti potrebbe efficacemente dispiegarsi), e quindi offre rimedi per prevenire *ex ante*, o rimediare *ex post*, i fattori di disturbo di questo agire razionale.

Nel contesto definito da questo assunto di base, possono esserci discussioni specifiche e anche contrasti di merito, quando si tratta di valutare se determinate discipline legali – che si presentano come ispirate alla *ratio* di politica legislativa che quell'assunto sottende – siano adeguate o inadeguate rispetto alla *ratio* e alle finalità perseguite.

Solo un paio di esempi. Uno dei filoni dominanti della recente legislazione sui contratti del mercato è quello centrato sulle 'regole informative', che consistono essenzialmente nell'imporre al contraente forte l'obbligo di fornire – principalmente in fase precontrattuale – una serie articolata e complessa di informazioni sulla materia del contratto, così da offrire al contraente debole (e debole, spesso, proprio perché vittima di asimmetrie informative) un'adeguata conoscenza di dati rilevanti per le sue valutazioni di convenienza, che altrimenti non avrebbe. Ora, molti vedono in apparati normativi siffatti uno strumento molto utile ed efficace per porre rimedio ai deficit di razionalità cognitiva del contraente debole. Ma è ben possibile che qualcuno non sia d'accordo, rilevando che spesso questo genere di previsioni ha un valore astratto, simbolico e in definitiva declamatorio, molto più di quanto garantisca davvero ai suoi beneficiari l'effettività di una reale e sostanziale tutela²⁴.

Ancora. Chi mai – avendo a cuore gli interessi del soggetto di mercato vittima di quel particolare deficit di razionalità cognitiva che deriva dal firmare i contratti standard predisposti unilateralmente dalla controparte più forte, senza prima leggerli (come tipicamente accade al consumatore che contratta col professionista) – non vedrebbe con favore ogni dispositivo legale finalizzato a promuovere tale preventiva lettura? Nessuno, verrebbe da dire. E invece c'è qualcuno che (non senza qualche manifestazione di compiacimento per il carattere provocatorio della propria tesi) sostiene

²⁴ È quanto ho provato ad argomentare in uno scritto nel quale descrivo (criticamente) questa linea di legislazione come un esempio di 'manierismo informativo': V. ROPPO, *Formation of Contracts and Pre-contractual Information from an Italian Perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law)*, in S. GRUNDMANN e M. SCHAUER (a cura di), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 283 ss. specie pp. 296-299 (lo scritto si legge anche in traduzione italiana: *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss., specie pp. 760-764).

che incentivare la lettura del contratto da parte dell'aderente (per usare il linguaggio dell'art. 1341 c.c.) non solo è inutile ma addirittura rischia di risultare pregiudizievole per i suoi interessi²⁵.

Ma sia chi sostiene questa tesi iconoclasta, sia coloro che all'opposto condividono il più tradizionale favore per la preventiva lettura dei contratti da parte degli aderenti, sono accomunati dalla ricerca del modo migliore per rimediare ai deficit di razionalità cognitiva del soggetto di mercato debole. E la stessa ispirazione di fondo accomuna, rispetto alle regole informative che si affollano nella recente disciplina dei contratti del mercato, gli osservatori che pure si dividono – nel giudizio di merito – fra apologeti e scettici.

Perfino i militanti dei due partiti del contratto asimmetrico e rispettivamente del terzo contratto – divisi nel modo che sappiamo circa l'evoluzione del sistema del diritto dei contratti del mercato – si riconciliano nel dare entrambi per pacifico che tale sistema abbia, e non possa non avere, la funzione di rimediare ai fallimenti del mercato e ai conseguenti deficit di razionalità cognitiva e comportamentale degli operatori. E ciò sul presupposto che siffatti *market failure* esistano, e possano e debbano essere contrastati.

13. Una diversa prospettiva teorica, e le possibili ricadute politiche: fra ultraliberismo antiregolatorio e interventismo strutturale

Ebbene, se si allarga l'orizzonte del dibattito politico-culturale sulla regolazione del mercato, ci si avvede che questo presupposto non è affatto pacifico, bensì è messo in discussione, anzi apertamente sfidato da una prospettiva diversa. Una prospettiva prima di tutto teorica, che ha poi ricadute di ordine politico: ma non secondo un'unica linea di azione, bensì divaricandosi, un po' paradossalmente, in *policy* fra loro radicalmente antagoniste.

Alludo alla prospettiva teorica alternativa secondo cui – in estrema sintesi – non esiste o comunque non è rilevante la razionalità soggettiva degli agenti del mercato, insidiata da fallimenti del mercato; bensì esiste o comunque è rilevante solo la razionalità oggettiva del mercato, nelle sue strutture e nei suoi modi di funzionamento come suol dirsi 'inintenzionali' (che cioè prescindono dalle intenzioni e ancor prima dalle cognizioni

²⁵ O. BEN-SHAHAR, *The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 1 ss.

soggettive degli attori del mercato). E sembra di poter dire che a questo prospettiva teorica non è estranea la linea di pensiero della *Behavioral Law and Economics* (o almeno una certa sua declinazione): se non altro nella misura in cui assume che la razionalità del soggetto non è limitata dai fallimenti del mercato, bensì è limitata strutturalmente dagli intrinseci meccanismi della psiche (e quindi non ripristinabile con politiche di contrasto dei *market failure*).

Sull'assunto teorico generale per cui non esiste la razionalità dei soggetti che operano sul mercato, ma solo l'oggettiva e 'inintenzionale' razionalità del mercato, si innestano poi i giudizi di valore sulla 'qualità' di quest'ultima. E qui partono le divaricazioni politiche.

Su un fronte si schierano gli apologeti estremi della razionalità oggettiva del mercato, quelli i quali pensano che tutto ciò che accade nel mercato sia per definizione buono e giusto e sacro, e perciò rifiutano qualsiasi intervento correttivo delle sue naturali dinamiche. Per essi, i c.d. fallimenti del mercato, che pregiudicherebbero la pretesa (ma comunque irrilevante) razionalità soggettiva degli operatori, non sono affatto fallimenti, e non devono essere contrastati. È una pattuglia che attraversa l'alfabeto: dalla A di Alesina alla Z di Zingales, passando per la mediana della M di Mingardi (recentissimo autore, quest'ultimo, di un *claim* che la dice tutta come «Il mercato ha ragione anche quando ha torto»²⁶).

Sul fronte opposto stanno coloro i quali pensano che la razionalità oggettiva del mercato possa essere qualche volta una razionalità perversa o almeno discutibile, e che il suo funzionamento 'inintenzionale' possa causare effetti socialmente indesiderabili, che è politicamente opportuno e doveroso contrastare. Per incontrare una manifestazione di questa linea non occorre andare lontano: basta riprendere lo scritto recente, già citato poco sopra, di Francesco Denozza. Lì l'assunto di base è proprio la centralità della struttura oggettiva del mercato concorrenziale, e delle sue dinamiche 'inintenzionali', che fanno premio sulla razionalità soggettiva degli operatori²⁷. Ed è sorprendente la convergenza teorica, sotto questo profilo, con le posizioni dell'ultraliberista Mingardi²⁸. Ma Denozza non è

²⁶ A. MINGARDI, *L'intelligenza del denaro. Il mercato ha ragione anche quando ha torto*, Venezia, Marsilio, 2013.

²⁷ F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., I, specie p. 85 ss. (dove il par. 6 si intitola, significativamente, «Dalla razionalità degli agenti alla razionalità inintenzionale del sistema»).

²⁸ Solo qualche citazione, fra le tante e tante possibili: «Il 'mercato' è un processo[...] Una trama infinita di relazioni nella quale gli errori delle singole parti non inficiano, ma anzi

un ultraliberista, e quindi è ovvio che alla convergenza teorica si associ una profonda divergenza politica. Egli patrocina infatti interventi pubblici per correggere le distorsioni del mercato: più di preciso, interventi strutturali diretti a incidere (in una logica ‘oggettiva’) sugli assetti e sulle dinamiche del mercato concorrenziale; non invece interventi diretti – secondo una logica ‘soggettiva’ da lui ritenuta inefficace – a correggere le asimmetrie cognitive o altri consimili fallimenti del mercato, in funzione di garantire o recuperare le condizioni di un agire razionale degli operatori.

L’avversione alle politiche puntate a rimediare i fallimenti del mercato è condivisa con gli ultraliberisti: la differenza è che questi le avversano sull’assunto che contrastare i fallimenti del mercato sia indesiderabile, mentre la posizione ora in discorso assume che contrastare i fallimenti del mercato sia inutile.

14. Nel campo della regolazione: ‘contro l’autonomia’ o ‘spinta gentile’?

Proviamo adesso a scomporre e poi ricomporre il panorama delle opzioni teoriche e politiche in campo. E facciamo mettendo fra parentesi i talebani del mercato (gli ultraliberisti che rifiutano qualsiasi intervento regolatorio), per concentrare l’attenzione sul terreno dove s’incontrano tutti coloro per i quali una qualche misura e un qualche genere di regolazione del mercato è possibile e desiderabile.

Il punto diventa adesso: quale regolazione? E qui il campo di chi patrocina politiche di *market regulation* rischia di dividersi in due: da una parte i fautori di una regolazione dolce, temperata, e soprattutto orientata a rispettare e promuovere l’autonomia dei giocatori ‘deboli’ che l’autorità regolatrice punta a proteggere contro i giocatori più forti; dall’altra parte i fautori di una regolazione più dura e aggressiva, per i quali la salvaguardia e la promozione dell’autonomia dei soggetti da proteggere non è un fine significativo, e anzi il sacrificio della loro autonomia viene visto come

rendono possibile il successo del sistema nel suo complesso. Il mercato è una torta impastata da milioni di inconsapevoli pasticciere» (p. 16); «*Gli operatori economici sono sempre ignoranti*»: ma non importa, perché «*Le imprese imparano le une alle altre*» (p. 17); «*In regime di libero mercato, l’ordine è un effetto inintenzionale, un’esternalità*» (p. 63). L’adesione all’idea di un’assoluta ‘inintenzionalità’ del funzionamento dei meccanismi di mercato è così forte, da spingere Mingardi a criticare perfino Adam Smith per la sua metafora della ‘mano invisibile’, che avrebbe il torto di suggerire che dietro la mano possa esserci qualche mente impegnata in una guida intenzionale del processo.

inevitabile prezzo della protezione. Per dirla in slogan: protezione *tramite* l'autonomia vs. protezione *contro* l'autonomia.

Le due linee trovano espressione paradigmatica in due recenti libri americani, che da subito hanno preso ad animare il dibattito giuridico-politico-economico negli Stati Uniti. Il primo sposa la linea della regolazione *soft*, orientata primariamente a salvaguardare e recuperare spazi di autonomia per i beneficiari della regolazione: la parola che lo intitola – *nudge* – significa appunto qualcosa come piccola pressione o stimolo leggero che si esercita su qualcuno per aiutarlo a orientarsi verso le scelte che appaiono più coerenti con il suo interesse, ma senza obbligarvelo e quindi senza precludergli scelte diverse se nonostante il *nudge* egli le preferisce²⁹. Il secondo libro dichiara la propria tesi di fondo, in modo che più netto non si potrebbe, fin dal titolo: «*Against Autonomy*»³⁰. Muove dal presupposto che noi uomini siamo spesso così irrazionali nel prendere decisioni che le nostre scelte autonome sovente ci impediscono di attuare i nostri stessi fini; i quali potrebbero invece essere aiutati a realizzarsi, se la pubblica autorità ci impedisse di agire in base alle nostre decisioni. Nei testi dell'uno e dell'altro libro si trovano due autodefinizioni delle linee rispettivamente proposte, che si richiamano l'un l'altra per contrapposizione: lo stesso sottotitolo del libro della Conly tesse l'elogio del *coercive paternalism*; nel libro di Thaler e Sunstein si sponsorizza apertamente un'opzione di (quasi un ossimoro!) *libertarian paternalism*³¹.

Dichiaro apertamente la mia inclinazione. Se paternalismo deve essere (ma perché non evitare un termine sempre un po' sgradevole, e non dire semplicemente 'regolazione?'), in generale preferisco che sia di tipo «libertario» piuttosto che 'coercitivo'. Di un tipo, cioè, che non comprima ma al contrario espanda l'autonomia dei soggetti tutelati, ripristinandone quelle

²⁹ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008. Il primo autore è un economista dell'Università di Chicago; il secondo (giurista della *Law School* nella medesima Università per ventisette anni e oggi professore della *Harvard Law School*) è stato nominato dal presidente Obama a capo dell'*Office of Information and Regulatory Affairs*.

Il libro è uscito anche in Italia, dove «*nudge*» è stato tradotto con «spinta gentile»: R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009.

³⁰ S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

³¹ R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, cit., p. 10. Il confronto 'a distanza' fra le due linee si è fatto dialogo diretto nell'inverno del 2013, con la recensione molto polemica che Cass Sunstein (uno degli autori di *Nudge*) ha dedicato al libro di Sarah Conly nelle pagine della *New York Review of Books*.

condizioni di razionale ed efficace esercizio contro i fattori di disturbo (le asimmetrie e i deficit cognitivi) che nella realtà del mercato spesso le pregiudicano. Traduciamolo nei termini del dibattito di casa nostra: è, in definitiva, la *policy* perseguita da quanti – sostengano l’ipotesi del contratto asimmetrico, o facciano il tifo per il terzo contratto – sono accomunati nella simpatia per la *Privatrechtsgesellschaft* e nel pensiero che la migliore regolamentazione del mercato sia quella che vuole rimediarne i fallimenti, per recuperare il massimo possibile di razionalità dell’agire degli operatori, e così in definitiva per rafforzare e valorizzare la loro autonomia.

Ma torniamo al cuore tematico del nostro convegno, e domandiamoci: rispetto alla *policy* appena elogiata (che qualcuno potrebbe definire ‘ordoliberal’), come si pongono gli assunti di *Behavioral Law and Economics*? Non pretendo minimamente di dare risposte nette e decise (se lo facessi, contraddirei la professione di relativa incompetenza che ho fatto all’inizio), e mi limito a prospettare sommessamente un dubbio. Il dubbio che certe accezioni o declinazioni dell’analisi di *BLE*, per il fatto stesso di svalutare il paradigma del soggetto razionale (pronto come tale al migliore esercizio della propria autonomia), finiscano per svalutare l’idea stessa di autonomia, e le politiche dirette a promuoverla. Le formule che si sono scelte per intitolare il convegno non dissipano il dubbio, se mai lo consolidano. Se i soggetti hanno – per definizione, strutturalmente – ‘razionalità limitata’, se quindi le politiche di regolazione del mercato devono andare ‘oltre il soggetto razionale’, non è peregrino pensare che questo ‘oltre’ possa finire per situarsi in territori frequentati da interventi di ‘paternalismo coercitivo’ piuttosto che di ‘paternalismo libertario’, interventi fatti non di ‘spinte gentili’ ma più probabilmente di meccanismi imperativi operanti anche ‘against autonomy’³².

Se questo dubbio dovesse avere qualche fondamento, e se più in generale si aprisse un significativo terreno di confronto/scontro fra queste due opposte opzioni strategiche, il contrasto fra la tesi del contratto asimmetrico e quella del terzo contratto degraderebbe a piccola scaramuccia tattica. E i duellanti dovrebbero piuttosto, in una prospettiva più strategica, fare fronte comune contro chi nega la possibilità e la desiderabilità di una regolazione del mercato diretta a rimediarne i fallimenti per recuperare condizioni di razionalità degli agenti di mercato, e così valorizzarne e promuoverne l’autonomia.

³² E infatti la Conly sembra ispirare la sua linea di pensiero precisamente a postulati di *BLE*: nella stessa scheda di presentazione del libro, proposta nel sito ufficiale della Cambridge University Press, si legge infatti che l’autrice ha basato i suoi argomenti «on sources from behavioral economics and social psychology».

Raffaele Caterina

Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale

1. Premessa

Quello dell'incompletezza del contratto (e specularmente delle regole di *default*) è diventato un tema classico della letteratura giuseconomica (in tutte le sue incarnazioni). Qui si tenterà di tracciare un percorso di lettura, necessariamente ridotto al minimo.

Questo percorso parte da quella che si può considerare l'impostazione tradizionale di *Law and Economics* sul problema. Registra le radicali alterazioni di questa impostazione a seguito di una serie di critiche, in parte, ma non esclusivamente, riconducibili agli approcci di *Behavioral Law and Economics*, che hanno condotto ad un modello certamente ispirato da un'analisi realistica del comportamento dei contraenti ed insieme più vicino al diritto positivo di molti ordinamenti. Infine, giunge a qualche considerazione critica su quest'ultimo modello, anch'essa ispirata dal tentativo di guardare in modo realistico ai processi cognitivi e decisionali dei contraenti.

2. L'approccio tradizionale

L'impostazione per così dire 'classica' di *Law and Economics* sul nostro tema è consolidata, almeno nei suoi tratti fondamentali¹.

Innanzitutto, nell'individuare la causa dell'incompletezza contrattuale: i

¹ Si può partire da R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown & Company, 1992⁴, p. 92 ss.; R. COOTER *et alii*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I. Fondamenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 151 ss. Particolarmente chiaro sul punto C. J. GOETZ e R. E. SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, in *Virginia Law Review*, 69 (1983), pp. 971-972.

costi transattivi. I contratti sono incompleti perché prendere in considerazione tutte le eventualità, e poi negoziare e scrivere le clausole destinate a regolarle, comporta costi transattivi, e sarebbe irrazionale per le parti affrontare questi costi quando quelle eventualità sono remote o di importanza secondaria.

Già a questo livello, se vogliamo, affiora la consapevolezza dei limiti cognitivi degli esseri umani, quando si parla di lacune involontarie: le parti semplicemente possono non pensare a determinate eventualità perché le loro risorse cognitive sono limitate. Ma le lacune possono essere anche volontarie; le parti, pur astrattamente consapevoli che certe eventualità potrebbero realizzarsi, possono decidere comunque che non valga la pena di regolarle: ad esempio perché un rischio troppo remoto potrebbe non giustificare i costi che le parti dovrebbero affrontare per negoziare e redigere le clausole relative alla sua allocazione.

È dunque necessario che il diritto predisponga regole per colmare queste lacune contrattuali: le regole di *default*, che si applicano solo se le parti non hanno previsto altrimenti. Se la letteratura classica di *Law and Economics* converge nell'individuare la causa delle lacune, converge anche nell'individuare il criterio fondamentale per colmarle: le regole di *default* devono corrispondere al contratto ipotetico, ossia alle regole che le parti presumibilmente si sarebbero date se avessero preso specificamente in considerazione quella eventualità. Solo in questo modo il diritto svolge la funzione di ridurre i costi transattivi. Infatti, quanto più vicine sono le regole di *default* al contratto ipotetico, tanto meno le parti hanno bisogno di negoziare: qualunque scelta diversa significa, in sostanza, costringere le parti a negoziare clausole diverse.

Il discorso si complica quando si tratta di definire in modo più preciso cosa sia il contratto ipotetico: bisogna mirare ad un *majoritarian default*, cioè alle regole che la maggior parte dei contraenti si darebbe, oppure le regole di *default* devono essere *tailored*, ossia su misura, devono corrispondere alle regole che quei contraenti, in quelle specifiche circostanze, si sarebbero dati se avessero preso in considerazione una determinata ipotesi?

Nei termini della nostra tradizione giuridica, la scelta per regole di *default* che siano *tailored* implica il ricorso a clausole generali, e dunque ad una valutazione discrezionale del giudice: il giudice dovrà, ad esempio, applicare soluzioni che siano 'ragionevoli' in quelle particolari circostanze.

Su questo punto, le risposte non sono necessariamente nette. Ad esempio, se i costi transattivi sono comunque alti, potrebbe essere preferibile ricorrere a regole di *default tailored*. Tuttavia, *prima facie* l'analisi giuseconomica sembra propendere per regole *majoritarian*. Infatti, in termini generali i costi transattivi sono più bassi quando le posizioni di partenza

sono chiare e più alti quando sono ambigue. Le regole *tailored*, introducendo un elemento di discrezionalità del giudice, e dunque di incertezza, aumentano i costi transattivi. Dunque è preferibile disegnare regole accettabili per la maggior parte dei contraenti, e comunque capaci di fornire una 'base di lavoro' facilmente emendabile per molti altri (che potranno, ad esempio, assai facilmente decidere se accorciare o allungare un termine di decadenza stabilito in maniera chiara dalla legge).

Sempre in termini generali, secondo un approccio giuseconomico tradizionale sarebbe preferibile mantenere i costi transattivi bassi, e dunque rendere relativamente facile alle parti derogare alle regole di *default*. Anche da questo punto di vista, le soluzioni possono essere articolate; sul piano dei costi amministrativi, soprattutto in vista di future controversie, potrà essere opportuno stabilire determinati requisiti formali per le deroghe (in modo da renderle più facilmente documentabili e certe nel loro contenuto). Dunque l'esigenza di mantenere bassi i costi transattivi non sarà necessariamente l'unica da tenere in considerazione; ma certamente in termini generali l'obiettivo del diritto dovrebbe essere rendere possibili e non ostacolare le deroghe.

Secondo l'approccio tradizionale di *Law and Economics*, in assenza di costi transattivi particolarmente alti di altra origine, è opportuno mettere a disposizione regole di *default* chiare e precise, e ragionevolmente vicine alle preferenze della maggioranza dei contraenti; esse elimineranno, in molti casi, i costi di negoziare e scrivere le clausole del contratto; laddove non gradite, potranno essere facilmente derogate. Se poi i contraenti non si preoccupano nemmeno di sapere quali sono le regole di *default* relativamente ad un certo aspetto del contratto, vuole dire che questo ha per loro un'importanza modesta.

3. *Le cose si complicano*

In questa materia, come in molte altre, l'impostazione tradizionale di *Law and Economics* è tanto chiara, e ragionevole dati certi assunti teorici, quanto lontana dalla realtà dei comportamenti dei contraenti e dallo stesso atteggiamento dei legislatori. E su di essa si sono venute accumulando critiche da più fronti.

Innanzitutto, e senza uscire dai confini della tradizione di analisi economica *mainstream*, si è rilevato che i costi transattivi non sono l'unica e neppure necessariamente la principale causa di incompletezza dei contratti.

Ad esempio possono esistere ragioni strategiche: se uno dei contraenti ha informazioni maggiori dell'altro, potrebbe non aver interesse a contrattare per non rivelarle; in questo caso, pur producendo un contratto nel complesso inefficiente, la sua particolare posizione potrebbe uscirne migliorata. Così ad esempio accade quando solo uno dei contraenti è consapevole di determinati rischi, e non vuole rivelarli all'altro o quanto meno portare la sua attenzione sul tema. In questo caso, piuttosto che a regole di *default majoritarian* potrebbe essere opportuno fare ricorso a regole di *penalty default*: cioè applicare deliberatamente, nel silenzio delle parti, le regole meno favorevoli alla parte che ha presumibilmente maggiori informazioni, al fine di indurla a contrattare esplicitamente sul punto².

Guardando per un momento al nostro diritto, è facile notare che moltissime regole dispositive si spiegano molto bene come *penalty default*; naturalmente, in molti casi è d'altronde difficile valutare se esse corrispondano o meno a ciò che farebbe la maggior parte dei contraenti in assenza di costi transattivi. Al limite questo può valere anche per la garanzia per vizi nella vendita, che (corrisponda o meno al *majoritarian default*) certo si spiega molto bene anche come soluzione penalizzante per chi è meglio in condizione di prevedere certi rischi e preferisce non regolarli insieme all'altra parte.

Venendo alle critiche che si pongono nella prospettiva di *Behavioral Law and Economics*, il primo e principale punto di attacco all'impostazione tradizionale, sia per quanto riguarda la sua analisi della realtà, che per quanto riguarda l'efficacia delle ricette proposte, è che esso sottostima radicalmente la limitatezza della razionalità umana.

Da un lato, se siamo consapevoli dei limiti cognitivi umani, iniziamo a renderci conto dell'enorme importanza delle lacune involontarie. È chiaro che l'analisi tradizionale funziona meglio se pensiamo ad eventualità di cui i contraenti sono almeno vagamente consapevoli, ma che decidono di non regolare perché sarebbe troppo costoso; ed è meno convincente in assenza di una seppure vaga consapevolezza.

Ma il problema principale dell'analisi tradizionale è un altro. Essa immagina che i contraenti prendano consapevolezza delle regole di *default*, e decidano se possono andare ragionevolmente bene o se devono sopportare i costi necessari a modificarle. Ora, se si è consapevoli dei limiti cognitivi umani diventa perfettamente chiaro che, per quanto le regole di *default* siano chiare e precise, è semplicemente assurdo pensare che i contraenti possano impegnarsi a prenderne conoscenza, fuorché per i contratti più

² Cfr. I. AYRES e R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts. An Economic Theory of Default Rules*, in *Yale Law Journal*, 99 (1989), p. 87.

importanti o conclusi ripetutamente. I contraenti di solito non hanno la minima idea di quali regole dispositive si applicheranno, e perciò dedurre dalla mancata deroga un qualche giudizio tacito di adeguatezza è completamente arbitrario. Anzi (ed anche a prescindere da quanto diremo fra poco sulle condizioni generali di contratto) stabilire regole dispositive chiare e precise, che il giudice non può adattare al caso concreto, vuol dire conferire un vantaggio strategico al contraente professionale o comunque abituale in un dato settore, l'unico che ragionevolmente di quelle regole può essere a conoscenza.

Ma le analisi *behavioral* sollevano una ulteriore, ed ancora più forte, ragione di critica verso l'analisi tradizionale.

Essa presuppone che le preferenze degli individui siano completamente indipendenti dalle regole di *default*. Ad esempio la parte potrebbe, a seconda della sua propensione al rischio, preferire acquistare un bene con una garanzia più lunga ad un prezzo superiore oppure un bene con una garanzia più corta ad un prezzo inferiore, e sulla base di queste sue preferenze dovrebbe valutare l'adeguatezza delle regole di *default* in vigore.

Tuttavia, sembra assai solida l'ipotesi che le regole di *default* influiscano sulle preferenze dei contraenti. Si è parlato di una *inertia theory* della contrattazione³. Essa si connette, a sua volta, a fenomeni ben noti all'analisi *behavioral*, come lo *status quo bias* e la *regret aversion*. La letteratura ha da tempo documentato una sistematica deviazione degli individui verso lo *status quo*: il semplice fatto che uno stato di cose corrisponda allo *status quo* sembra accrescerne il gradimento rispetto ad altri possibili stati di cose. Questo fenomeno è in parte spiegato con la *regret aversion*: gli individui sembrano provare (e prevedere) un rimorso molto maggiore se un evento negativo è stato il frutto della loro azione che non se è stato il frutto di un'omissione (ad esempio, ci si pente molto di più se ad andare male sono le azioni che si sono recentemente acquistate, che non le azioni che si ha da tempo e si è deciso di conservare, pur avendo la possibilità di venderle).

Questo fa sì che si sviluppi una preferenza sistematica per le regole di *default*: ad esempio, una volta che a livello di *default* è prevista una certa garanzia, il compratore sarà estremamente restio a rinunciare ad essa, e vi attaccherà un valore ben maggiore di quello che sarebbe stato disposto a pagare per ottenerla se la regola di *default* fosse stata diversa.

Le regole di *default* guidano dunque, in qualche misura, le stesse preferenze dei contraenti, e di conseguenza sono *sticky*, appiccicose: è difficile

³ Cfr. R. KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, in *Cornell Law Review*, 83 (1998), p. 608; ID., *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, in *Vanderbilt Law Review*, 51 (1998), p. 1583.

che i contraenti si convincano a cambiarle.

Su un piano che non è neppure più di *Behavioral Economics*, ma se vogliamo di psicologia sociale, si è poi osservato che esistono altri fenomeni che possono rendere le regole di *default* ancora più *sticky*.

Insistere per cambiare una regola di *default* può trasmettere un segnale negativo all'altro contraente⁴. Può suggerire l'idea che la parte sia a conoscenza di fatti che sta tacendo alla controparte; oppure più semplicemente può trasmettere l'immagine di una persona rigida, propensa alle discussioni, poco fiduciosa nella controparte e nella possibilità di risolvere in modo amichevole eventuali controversie; di una persona che tratta pensando già all'ipotesi di un conflitto giudiziale.

Dunque per molte ragioni le regole di *default* sono *sticky*: sono difficili da cambiare.

A questo punto si deve osservare che molte delle considerazioni che si sono spese a proposito delle regole di *default* valgono anche per le condizioni generali di contratto. Anche in questo caso, i limiti cognitivi umani impediscono che i contraenti che non le hanno predisposte possano nella gran parte dei casi prendere consapevolezza delle clausole destinate a regolare il contratto. Anche in questo caso gioca lo *status quo bias*, che funziona non solo a favore di regole dispositive legislative, ma anche di moduli o formulari, pur predisposti da privati, che comunque fungano da punto di partenza per le trattative⁵.

Questo comporta che, se le regole di *default* sono *sticky*, lo stesso diritto possa decidere di rendere ancora più difficile la deroga, attraverso meccanismi volti a garantire una certa consapevolezza da parte di chi si trova a concludere un contratto sulla base di condizioni predisposte da altri; meccanismi che nel nostro ordinamento vanno dalla specifica sottoscrizione di cui all'art. 1341 c.c. alla specifica trattativa del codice del consumo, e che di fatto, contrariamente ai dettami del modello tradizionale di *Law and Economics*, aumentano i costi transattivi nel momento in cui si vuole derogare alle regole dispositive.

Più in generale, la letteratura sta prendendo consapevolezza dell'importanza ma anche della complessità della disciplina volta a «regolare l'opt-out»⁶: il diritto non può prendere e non ha mai preso come unica

⁴ Cfr., ad esempio, O. BEN-SHAHAR e J. A. E. POTTOW, *On the Stickyness of Default Rules*, in *Florida State University Law Review*, 33 (2006), p. 651.

⁵ Cfr. R. KOROBKIN, *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, cit., p. 1583.

⁶ Cfr. I. AYRES, *Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules*, in *Yale Law Journal*, 121 (2012), p. 2032.

direttiva quella di mantenere bassi i costi transattivi; i meccanismi per derogare alle regole di *default* possono presentare volutamente un certo livello di complessità, per garantire la consapevolezza e la riflessione dei contraenti; o addirittura possono entrare in gioco considerazioni di paternalismo in senso forte, che consigliano di rendere molto difficile la deroga alle regole (che diventano così 'quasi-imperative').

Il modello che esce da questo insieme di riflessioni è molto diverso da quello disegnato dalla *Law and Economics* tradizionale.

Le regole di *default* sono destinate a governare gran parte dei contratti.

Innanzitutto gran parte dei contraenti non le conosce ed è normale che non si preoccupi di conoscerle, né tanto meno di alterarle, a meno che non si tratti di contratti molto importanti o conclusi ripetutamente.

Quando invece entrambe le parti conoscono le regole di *default*, meccanismi di varia natura (dallo *status quo bias* al timore di trasmettere messaggi negativi alla controparte) funzioneranno come un serio ostacolo alla loro modificazione.

Quando, infine, è verosimile che vi sia un dislivello di conoscenza e di competenza fra le parti, è lo stesso diritto a porre in essere meccanismi che rendono più difficile la deroga, a tutela della parte che potrebbe accettarla in modo poco consapevole.

Questa diversa analisi della realtà conduce anche a diverse considerazioni sul piano normativo.

Le regole di *default*, lungi dall'essere quell'innocua base di partenza, offerta alla libera valutazione delle parti, immaginata dal modello tradizionale, sono in realtà uno strumento con cui il diritto può guidare senza imporre, stabilendo i modelli a cui di fatto si adeguerà gran parte dei contratti.

Il punto più interessante riguarda però l'alternativa tra regole di *default majoritarian* e regole *tailored*. Se le regole di *default* sono destinate a governare gran parte dei contratti, se molte parti sono destinate a restare prigioniere delle regole di *default*, allora l'idea che siano preferibili regole chiare e precise, per quanto inadatte ad un numero consistente di contratti, perde attrattiva. È meglio lasciare al giudice un certo spazio di discrezionalità per adeguare le regole ad ogni caso concreto, attraverso il ricorso a clausole generali (e il rinvio alla ragionevolezza, alla buona fede, etc.).

Si è rilevato anche che le clausole generali, non individuando uno *status quo* capace di influenzare le parti, sarebbero meglio capaci di far emergere le loro autentiche preferenze: «le regole di *default* contrattuali non possono essere neutrali – esse devono favorire alcune clausole rispetto ad altre – ma i *tailored defaults* possono velare le preferenze del diritto al tempo della contrattazione»⁷.

⁷ R. KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, cit., p. 673.

4. Le clausole generali, tra delega al giudice e rilevanza degli accordi taciti

Fino a questo punto è stato disegnato il quadro (certamente più realistico rispetto al comportamento dei contraenti, ed insieme meglio adatto a spiegare il diritto in vigore) che emerge dalle critiche mosse all'analisi giuseconomica tradizionale.

Si tratta di un quadro in cui: il fenomeno dell'incompletezza contrattuale è ancora più importante, ed ha cause più articolate; le regole di *default* sono più rilevanti, perché meno facili da derogare; uno spazio più ampio, nel costruire soluzioni adatte al singolo caso concreto, è lasciato ai giudici.

Questo quadro a sua volta solleva alcuni problemi.

Alcuni sono sollecitati ancora una volta dalle scoperte della psicologia cognitiva e dell'economia comportamentale.

I giudici non sono certamente dotati di razionalità olimpica. L'idea che tocchi a loro, di fatto, decidere discrezionalmente il contenuto del contratto non è del tutto rassicurante.

Sappiamo che anche gli esperti non sono immuni dall'*overconfidence* (cioè dalla tendenza a sovrastimare l'accuratezza dei propri giudizi). In molti casi, poi, i giudici non possono nemmeno considerarsi degli esperti; quando chiamati a colmare le lacune di un contratto, essi tenderanno a sovrastimare perfino la loro stessa comprensione delle questioni in gioco, soprattutto di fronte a contratti di una certa complessità.

I giudici sono, ovviamente, soggetti all'*hindsight bias*: cioè alla tendenza a sovrastimare la prevedibilità *ex ante* degli eventi una volta che essi si siano realizzati. Al giudice sembrerà spesso che i rischi fossero prevedibili (e magari prevenibili), mentre avrà difficoltà a calarsi nella obiettiva situazione di incertezza in cui è avvenuta la contrattazione.

Su un piano diverso, si deve riconoscere che il modello descritto registra un netto ridimensionamento dell'autonomia privata. Si prende atto che gran parte dei contraenti non sa e non vuole nulla rispetto a gran parte del contenuto del contratto. Quei contraenti professionali che sarebbero meglio attrezzati a disegnare consapevolmente le clausole contrattuali, anche in deroga rispetto alle regole dispositive, sono scoraggiati dal farlo ogni volta in cui trattino con un contraente debole. In generale, la tecnica delle clausole generali apre al giudice la possibilità di riscrivere parti del contratto, alterandone l'equilibrio.

Senza voler necessariamente fornire una risposta a questi problemi, sembra interessante evidenziare come l'analisi dei processi cognitivi dei contraenti potrebbe essere arricchita alla luce della crescente consapevolezza del fenomeno della conoscenza tacita.

Si può partire da un lungimirante spunto offerto da Lon Fuller, proprio occupandosi di sopravvenienze contrattuali. Fuller registrava la «inappropriatezza del linguaggio usato per descrivere certe verità psicologiche elementari». Parole come «intenzione», «aspettativa» e «comprensione» sembrano tutte «implicare uno stato conscio che coinvolge una consapevolezza delle alternative e una scelta deliberata fra di esse». È tuttavia chiaro che esiste uno stato psicologico che può essere descritto come una «assunzione tacita», che «non implica una consapevolezza delle alternative». Il professore distratto che esce dal suo ufficio nella hall mentre legge un libro «assume» che il pavimento della hall sarà lì a riceverlo⁸.

L'intuizione di Fuller è stata confermata dagli studi delle scienze cognitive. Da Michael Polanyi in poi, molta attenzione si è concentrata sulla conoscenza tacita: la conoscenza che non sappiamo di avere, che non affiora alla nostra consapevolezza ma che ci guida nelle nostre interazioni con il mondo⁹. Oggi abbiamo evidenze importanti di quanta parte delle nostre conoscenze e delle nostre decisioni rimangano al di sotto della soglia della coscienza. Guidando distrattamente l'automobile, applichiamo conoscenze e prendiamo numerose decisioni senza mai prestare attenzione a ciò che stiamo facendo. In realtà, molte di quelle conoscenze neppure sapremmo verbalizzarle, se non in maniera parziale e imprecisa (come quella che ci dice di quanto è necessario sterzare il volante per svoltare). Per quanto riguarda le decisioni, in molti casi non sapremmo neppure ricordarle con precisione una volta passati pochi minuti; ciò nondimeno esse sono nostre, e in qualunque momento la mente cosciente potrebbe riprendere il controllo ed anche impartire un contrordine (anche se qualche volta il contrordine arriva in ritardo: ad esempio quando ci accorgiamo troppo tardi che abbiamo svoltato seguendo il nostro percorso abituale anche se quel giorno abbiamo una diversa meta).

Certamente, se concepiamo le aspettative e le intenzioni come stati mentali consapevoli, allora l'idea che i contraenti comprendano i termini dei contratti e abbiano la volontà di accettarli sembra largamente illusoria, almeno per la grande massa dei contraenti, e ovviamente salvo il nucleo fondamentale dell'oggetto del contratto (la cosa o il servizio acquistati, il prezzo). Lo scetticismo che, almeno dagli anni Trenta del secolo scorso, si respira in molti ordinamenti intorno all'idea di assunzioni tacite condi-

⁸ L. L. FULLER e M. A. EISENBERG, *Basic Contract Law*, St. Paul (Minn.), West Publishing, 1981⁴, p. 849 (la prima edizione è del 1947).

⁹ La letteratura è vasta. Per una prima introduzione, si può leggere A. POZZALI, *Dall'individuale al collettivo: la dimensione sociale della conoscenza tacita*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 17.

visive dai contraenti, di accordi impliciti, sembra muovere in buona parte da questa prospettiva. Esso conduce a ritenere che il giudice dovrebbe semplicemente riempire il contratto secondo quello che a lui sembra più efficiente, o più giusto.

Però le scienze cognitive ci dicono che è del tutto plausibile che i contraenti agiscano sulla base di assunzioni tacite, che le parti condividono ma che restano per così dire sullo sfondo, non sono mai oggetto di una riflessione consapevole e deliberata. La realtà dei contratti della vita quotidiana è intessuta di questa condivisione implicita di assunti sul mondo e di programmi, a cui le parti stesse prestano poca o nessuna attenzione.

Questa condivisione non si deve dare per scontata. Naturalmente non si può dedurre dalla mancata modifica di regole dispositive o condizioni generali di contratto (di cui effettivamente, e ragionevolmente, gran parte dei contraenti non ha alcuna conoscenza); si ricava invece dal comportamento complessivo, dalle prassi seguite in passato dalle stesse parti ed almeno in qualche misura (quando effettivamente le parti appartengono allo stesso ambiente sociale) da quelle abitualmente seguite dagli altri soggetti appartenenti alla comunità. E, naturalmente, alla fine il giudice potrà pur sempre convincersi che questa condivisione non vi è stata: che magari le parti hanno agito sulla base di assunti e obiettivi inespressi, ma questi non coincidono; e allora si dovrà, semmai, ragionare in modo diverso, e chiedersi se una delle parti ha fatto qualcosa per indurre e giustificare una certa errata rappresentazione nell'altra.

Ora, è forse utopistico pensare che il giudice possa cercare di ricostruire quegli assunti e quei programmi taciti che le parti hanno condiviso; è forse inevitabile che il giudice, consapevolmente o inconsapevolmente, filtri e riscriva il contratto secondo un suo modello di razionalità. Però almeno possiamo dire che, in sé, l'idea di un accordo tacito, perfino inconsapevole non ha niente di irrealistico.

Nell'ordinamento giuridico italiano, gli strumenti per valorizzare gli assunti taciti condivisi dalle parti certamente non mancherebbero.

Innanzitutto, si deve richiamare lo stesso art. 1362 c.c., con il suo riferimento al 'comportamento complessivo' delle parti. Il comportamento è altamente rivelatore di ciò che le parti non hanno detto, e neanche esplicitamente pensato, ma è stato sullo sfondo del loro accordo; e, almeno là dove non entrino in gioco aspettative di terzi, deve poter essere valorizzato anche contro quello che nel contratto è esplicitamente scritto.

Un secondo utile strumento è costituito dagli usi, normativi o negoziali (ammesso che la distinzione abbia un senso). Gli usi in quanto prassi formatesi tra quegli specifici contraenti, ma anche gli usi in quanto prassi

sviluppate tra gli operatori di un determinato settore, ben presenti ad entrambi i contraenti, dicono molto sugli assunti impliciti che stanno sullo sfondo della conclusione di un determinato contratto.

La legge italiana fa largo spazio agli usi nell'interpretazione e nell'integrazione del contratto. Il dato, ben noto, che gli usi abbiano nella pratica un ruolo piuttosto marginale¹⁰, e che al contrario sia cresciuto nel tempo il ruolo delle clausole generali, è forse una spia di come gli interpreti italiani preferiscano sovrapporre propri modelli normativi al contratto, piuttosto che sforzarsi di ricostruire il contesto (fatto di relazioni, di assunti e di obiettivi condivisi) in cui il contratto si pone.

Delle clausole generali non si può fare a meno, nemmeno a livello di regole dispositive. Ma le clausole generali non devono essere necessariamente lette come un invito al giudice a scrivere il contratto come gli sembra più giusto oppure efficiente; esse possono essere lette anche come un richiamo a norme sociali o ad assunzioni tacite, condivise dalle parti. Sarebbe ingenuo pensare che il giudice possa, nella ricostruzione di questi dati così complessi e impalpabili, prescindere dalle proprie personali concezioni; ma non è necessario autorizzarlo in partenza a sovrapporre alle scelte delle parti.

¹⁰ Cfr. ad esempio E. DEL PRATO, *Fonti legali ed usi*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 515. Per una diversa lettura del fenomeno, cfr. R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in G. ALPA, P. G. MONATERI e A. GUARNERI, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Dir. Civ. Sacco*, Torino, UTET, 1999, p. 15 ss.

Giuseppe Grisi

Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi

1. I fallimenti cognitivi e il diritto

Siamo chiamati a discutere di *Behavioral Law and Economics* (più semplicemente *BLE*, per comodità, in appresso). Cominciamo, allora, col dire che la *BLE* è, nel contempo, un approccio e un elemento funzionale alla costruzione di un nuovo paradigma di individuo¹. Ergo, non è solo un metodo (un canone utile da impiegare per far approdare la riflessione a risultati di qualche pregio), ma una chiave di lettura della realtà e una traccia per una strategia di intervento.

Se ci chiediamo, poi, in che consista la *BLE*, possiamo trovare una sintetica, quanto efficace, risposta guardando alle origini. La *BLE* costituisce sviluppo della *Law and Economics* ed è oggetto di scientifica attenzione da una trentina d'anni. La troviamo associata alla *Game Theory* (contrattazione, strategia) e alla *Public Choice Theory* (che è studio dei processi decisionali collettivi). Alla base, c'è l'economia comportamentale, che è *mix* di economia e psicologia; il fondamento, anzi, è psicologico e si connette alla *Prospect Theory* elaborata negli anni '70 del secolo scorso da Kahneman e Tversky², psicologi entrambi. Col passare degli anni, le contaminazioni e le interferenze con altri ambiti scientifici si accentuano.

L'economia comportamentale studia le scelte e le decisioni individuali e le distorsioni cognitive (difetti sistematici nel processo decisionale, fallimenti

¹ Ciò che, peraltro, è bene evidenziato nella locandina di presentazione del convegno nell'ambito del quale mi è stata offerta l'opportunità di svolgere la relazione che, rielaborata, è trasfusa nel presente contributo.

² D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 47 (1979), p. 263. Si segnala anche, tra i molti saggi costituenti sviluppo della ricerca condotta dagli stessi autori: ID., *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 5 (1992), p. 297.

sistematici nell'agire nel proprio interesse). Ci troviamo nel campo delle scienze cognitive³ che, privilegiando un approccio inter-disciplinare allo studio della mente che coinvolge *in primis* la psicologia, la medicina, la filosofia, la sociologia, la matematica, l'informatica e le scienze naturali in generale, cercano risposte alle seguenti domande: come prendiamo le decisioni? quale modello decisionale determina le nostre azioni? quali effetti uno specifico stile decisionale ha sulla nostra vita e su quella degli altri?

Inutile dire che l'indagine sui presupposti della decisione interessa anche il diritto.

Si constata che l'*homo oeconomicus* razionale è una favola, perché la realtà rivela che l'individuo agisce quasi sempre irrazionalmente, in balia di distorsioni cognitive che sovente inducono scelte assurde e/o controproducenti. La razionalità limitata è la normalità e, ciò nondimeno, bisogna porsi l'obiettivo di eliminare o ridurre al minimo l'influenza negativa di dette distorsioni: echeggia la *pars destruens* di baconiana memoria⁴, *mutatis mutandis* ovviamente⁵. Può, allora, recuperarsi la razionalità, dare il là - avrebbe detto Sir Francis Bacon - alla *pars construens* che, imperniata sul procedimento induttivo, consente di raggiungere la conoscenza. La BLE, facendo tesoro del metodo baconiano, si alimenta della consapevolezza che il diritto può grandemente agevolare il compimento di questo percorso.

³ Quale nota di colore, può segnalarsi come il richiamo alla cognizione sia oggi assai diffuso - lo si può definire 'di moda' - anche in contesti che propriamente scientifici non sono. Nell'aprile 2013 Fabrizio Barca, Ministro per la Coesione territoriale durante il Governo Monti, si è iscritto al PD e, nel cercare di far intendere a che tipo di partito miri, è ricorso - nel libro *La Traversata. Una nuova idea di partito e di governo*, Milano, Feltrinelli, 2013, p. 79 ss. - all'immagine di un partito che «persegue, accanto all'obiettivo tradizionale [...] di selezionare classe dirigente [...], l'obiettivo nuovo della mobilitazione cognitiva» (espressione ripresa da M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, Einaudi, 2013), che bene rende l'idea di un partito-palestra «mobilitatore di conoscenze», intento a promuovere e riempire di contenuti gli strumenti dello «sperimentalismo democratico». Si invoca la mobilitazione cognitiva per evidenziare, in soldoni, che ciò che realmente conta, più e al di là dell'adesione, è la partecipazione consapevole e critica al partito, è far lavorare il cervello e non dar retta alla pancia, agli umori e a ciò che l'istinto comanda di fare. Queste, riferite in modo spiccio, sono anche le coordinate di riferimento della BLE.

⁴ Ricondata a Sir Francis Bacon, illustre filosofo, politico, saggista e giurista inglese (Londra 1561, Londra 1626), è l'elaborazione del noto metodo, utile all'acquisizione della conoscenza certa di un fenomeno, articolato in due distinte parti fondamentali: la *pars destruens* e la *pars construens*. La prima - come si evince dal noto *Novum Organum*, considerato l'opera principale del Nostro, risalente al 1620 - consiste, per l'appunto, nel far tabula rasa degli *idōla* e delle antiche conoscenze errate che, penetrati nell'intelletto umano fissandosi in profondità dentro di esso, assediano le menti in modo da ostacolare l'accesso alla verità

⁵ Basti rilevare che Francis Bacon faceva riferimento alla comprensione dei fenomeni fisici.

Occorre mettere gli individui in condizione di riconoscere il pericolo perché possano evitarlo; e siccome non può pensarsi che essi, da soli, ce la facciano, ecco che la *BLE*, vocata allo studio delle implicazioni giuridiche delle distorsioni cui prima si accennava, è lì a fornire loro un contributo essenziale. Se, poi, si riflette sul costo sociale che gli errori individuali comportano, si scopre che, ad avvantaggiarsi, non è soltanto l'individuo, ma la società.

Sono l'egoismo e il tornaconto individuale, nella gran parte dei casi, a muovere il soggetto ad assumere determinate scelte e decisioni e, là dove i confini del lecito non risultino valicati, è bene che l'ordinamento di ciò prenda atto e faccia valere il principio secondo cui ciascuno è responsabile delle decisioni e delle scelte che liberamente assume e, di esse, prenda in carico le conseguenze, positive e/o negative che siano, rispondano o meno alle aspettative e ai propositi che ne hanno motivato l'adozione. Questo atteggiamento appare logico e razionale al cospetto di scelte e decisioni individuali che non prospettano implicazioni, ricadute e costi di ordine sociale, ma quando così non è la razionalità va recuperata ad altro livello, identificando un parametro di *benessere* e facendo sì che ad esso si riportino - per quanto possibile - le scelte e le decisioni individuali.

Si corrono, inevitabilmente, rischi operando in questa direzione⁶, ampiamente compensati però dai vantaggi - sociali e individuali - conseguibili. L'ordinamento non è insensibile a questa prospettiva, mostra anzi interesse per la promozione dell'agire razionale, ma poco si cura dei bisogni, dei desideri, delle aspirazioni del singolo individuo. L'idea di un 'diritto sartoriale', calibrato 'su misura', trova rari concreti riscontri⁷, mentre radicata è la tendenza ad ancorare la razionalità alla rispondenza a modelli astratti ed oggettivi (diligenza del buon padre di famiglia o *professionale*, correttezza, buona fede, ecc.) e a dar solo peso alla sussistenza

⁶ I problemi maggiori - è superfluo rilevarlo - si addensano intorno all'identificazione del parametro di benessere cui si accenna. Quali scelte, insomma, sono da considerare irrazionali? Si risponde: quelle che non migliorano le condizioni di vita di chi le fa. E quelle che le migliorano nell'immediato e le peggiorano a più lungo termine? Sono anch'esse irrazionali? Una bella mangiata è irrazionale? Un buon sigaro al momento giusto è irrazionale? Una vacanza in una bella località esotica distrae dal risparmiare (dall'accantonare in vista della magra pensione) ed è perciò irrazionale? Se, poi, si punta più decisamente sulla dimensione sociale per dar consistenza al parametro di cui trattasi il problema permane e, forse, si ingigantisce, essendovi *in primis* da scongiurare il pericolo che tra esso e ciò che l'individuo è portato a considerare il meglio per sé sussista una divaricazione tanto netta da essere apprezzata quale indice di sopraffazione della libertà individuale.

⁷ Può segnalarsi, al fine, l'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto nel codice civile ad opera della l. 9 gennaio 2004, n. 6.

o meno di tale corrispondenza. La *BLE* si propone di andare oltre questo modello, giudicato più che inutile inadeguato in quanto non consente di cogliere e valutare dati - il riferimento non è esclusivo a quelli che solo l'apprezzamento della natura umana nella sua complessità e nelle sue mille sfaccettature rende percepibili - riconosciuti di essenziale rilievo nell'economia del processo decisionale individuale, nelle scelte di autonomia.

2. *L'informazione nel processo decisionale*

Si è parlato, a ragion veduta, di processo decisionale. La dimensione procedimentale è, infatti, immanente ad ogni decisione, quand'anche istintivamente o avventatamente adottata. Nello svolgersi di questo processo sono ben distinguibili momenti giuridicamente rilevanti: attività, atti e condotte cui il diritto riconosce significato e che talora, più o meno puntualmente, disciplina. Si inserisce in questo quadro, in posizione di primissimo piano, l'informazione, che - inutile dirlo - è presupposto indispensabile di ogni decisione che aspiri ad essere razionale. In ottica *BLE*, la conclusione da trarre sembra ovvia: l'informazione è fattore efficace di prevenzione e cura delle distorsioni cognitive.

L'esito cui siamo pervenuti è condivisibile e rassicurante, ma sarebbe ingenuo e semplicistico fermarsi ad esso. La realtà è più complessa e, non di rado, rivela che l'informazione è essa stessa fonte di distorsioni cognitive.

C'è, al fondo, immanente e ineliminabile, l'ambiguità del linguaggio⁸; e la valutazione va, poi, operata tenendo conto che ci sono informazioni e informazioni e che sono tutt'altro che indifferenti in relazione all'obiettivo dato il mezzo utilizzato per trasmetterle e le modalità concrete della comunicazione. Senza pregiudizi, va quindi ampliato il raggio della riflessione: ciò che è indispensabile ai fini della trattazione del tema che ho l'onere di affrontare, il quale, avendo diretto ed esclusivo riferimento agli obblighi di informazione⁹, più di altri consente di verificare l'importanza,

⁸ Interessanti, al riguardo, le considerazioni espresse da R. VIALE, *Diversità culturale e cognizione*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008, p. 221 ss. D'altronde, gli *idōla* da Francis Bacon ritenuti più pericolosi sono quelli del foro, in quanto basati sul presupposto che la ragione sia in grado di dominare le parole, mentre queste in realtà distorcono le facoltà razionali. Trattansi degli errori delle «reciproche relazioni del genere umano», del linguaggio che è convenzionale ed equivoco.

⁹ Per una delimitazione dei confini propriamente riferibili a quest'ambito sia consentito

non tanto e non solo dell'informazione in sé, ma della quantità e qualità dell'informazione resa.

3. L'obbligo di informazione come 'rimedio'

Nel solco sin qui tracciato, l'interrogativo cui dobbiamo dare risposta può così formularsi: quando, come e in che misura gli obblighi informativi costituiscono un rimedio efficiente ai fallimenti cognitivi? Ci si perdoni l'impiego disinvolto del termine 'rimedio', che tuttavia bene rispecchia il concetto che si vuole esprimere e che, forse, potrà apparire non proprio inconferente ove si consideri che «sulla prospettiva *rimediale* giova intendersi perché su di essa incombono interpretazioni e letture diverse»¹⁰.

Se - come si è visto - con le distorsioni cognitive occorre fare i conti, tre sono le opzioni prospettabili: lasciare che esse operino dovendosi in ogni caso far salva la libertà del soggetto di autodeterminarsi¹¹, impedire *ab ovo* la scelta irrazionale mediante l'introduzione di regole proibitive, trovare una strada che consenta di neutralizzare (*in toto* o in parte) le distorsioni senza limitare la libertà di scelta.

La seconda tra le risposte ipotizzate è la più improbabile, per tante ragioni tutte agevolmente intuibili e, fondamentalmente, perché è illusorio credere che le distorsioni cognitive possano essere (in questo o in altro modo) eliminate. E ammesso si possa impedire all'individuo di scegliere, sarebbe folle pensare che questa via sia praticabile su larga scala¹². Non va, ciò nondimeno, escluso che una così drastica soluzione possa rivelarsi in qualche sporadico caso utile e giustificata, per cui - alla fin fine - non è da scartare la coesistenza delle tre alternative poc'anzi prospettate, che è, anzi, in qualche misura, auspicabile, ferma restando l'esigenza di dare ad

il rinvio a G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 595 ss.

¹⁰ Così A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 299.

¹¹ Utile e interessante, al riguardo, è la lettura di J. WRIGHT e D. GINSBURG, *Free to Err? Behavioral Law and Economics and its Implication for Liberty*, in www.libertylawsite.org. Si tende, in quest'ottica, ad assicurare un'offerta ampia di opzioni, a fronte della quale ognuno è libero di regolarsi come meglio crede. La logica del *laissez-faire*, tuttavia, non è inconciliabile con la possibilità di attivare *ex post*, presenti certe circostanze, una reazione tesa a riparare o a vanificare gli effetti della scelta adottata.

¹² Non c'è individuo che accetterebbe di buon grado di essere espropriato della libertà di assumere decisioni in piena autonomia e responsabilità.

ognuna il giusto peso, valutandone attentamente l'efficacia nello specifico dei casi considerati e alla luce delle circostanze di volta in volta presenti. È, perciò, ammissibile una risposta articolata al problema, perché una via può risultare praticabile e migliore delle altre in taluni casi, ma non in ogni evenienza. La *BLE* di ciò ha consapevolezza¹³, ma professa nel contempo la sua tendenziale preferenza per la terza delle opzioni descritte e - mi sembra di poter dire - saggiamente.

Se, dunque, trattasi di minimizzare la negativa influenza delle distorsioni senza sacrificare la libertà di scelta, non c'è che far leva su «interventi di regolazione»¹⁴ che, ove riferiti al fenomeno contrattuale, ne delineino una disciplina atta ad elevare al più alto livello le *chance* di realizzazione degli interessi coinvolti, cioè capace - per dirla con parole semplici che richi amino l'argomentazione dianzi svolta - di massimizzare il benessere dei soggetti interessati. Si può far leva, allo scopo, anche sulla previsione di obblighi di informazione, in linea peraltro con la prospettiva¹⁵ che all'informazione guarda come ad un momento chiave della regolazione del mercato¹⁶.

4. L'informazione, tra autodeterminazione e 'benessere'

Si è sempre per lo più valorizzata l'immagine dell'informazione al servizio dell'autodeterminazione, ma la *BLE* suggerisce che è forse giunto il momento di puntare i riflettori verso un'informazione al servizio del benessere. E se è vero - com'è vero - che libertà di scegliere (autodeterminazione) e benessere non sempre coincidono ed, anzi, spesso, collidono, negare di essere al cospetto di un passaggio significativo diventa, francamente, difficile. È mestieri, allora, vagliare il dato normativo per verificare

¹³ Si veda C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50 (1998), p. 1471 ss..

¹⁴ E il «regolatore» - per dirla con R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009, p. 9 (il volume reca la traduzione, ad opera di A. Olivieri per i tipi di Feltrinelli, di *Nudge. Improving Decision about Health, Wealth, and Happiness*, celebre libro pubblicato da Yale University Press nel 2008) - altri non è che un «architetto delle scelte», un soggetto che ha «la responsabilità di organizzare il contesto nel quale gli individui prendono decisioni».

¹⁵ Non nuova, risultando da tempo delineata soprattutto a seguito dell'intensa produzione normativa di derivazione comunitaria a tutela dei consumatori.

¹⁶ Si veda A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 1996, II, p. 489 ss.

se il nostro ordinamento sia pronto ad assecondare questo sviluppo.

C'è un'evoluzione che - al netto dell'approssimazione che l'esigenza di sintesi impone - dobbiamo provare a descrivere. Diversi dati inducono ad identificare nell'autodeterminazione il valore che, più di altri, orienta il nostro ordinamento privato.

Reprimere è meglio che prevenire, nel nostro sistema. Meglio conservare la libertà di sbagliare assicurando *ex post* la possibilità di accesso a rimedi che puntare ad evitare l'errore tramite l'imposizione di divieti o per via di conformazione 'forte' *ex ante* dell'agire dei soggetti. Ci si orienta in questa direzione in coerenza con indirizzi liberisti, di sviluppo dell'economia e della produzione. E ben si colloca, in questa logica, l'idea - e la sostanza - di un diritto imperniato più su regole di fattispecie che su regole di comportamento: ciò che si rispecchia, a tacer d'altro, nell'ordine gerarchico interno alla categoria dell'invalidità, ove campeggia in posizione apicale la nullità quale reazione ai vizi più gravi (quelli propri dell'atto negoziale). C'è l'annullamento - è vero - che guarda al comportamento nella fase di formazione dell'accordo, ma resta più importante concludere il contratto (benché annullabile) che evitarne la conclusione; e, poi, non è detto che l'annullamento intervenga, essendo dirimente la volontà della parte nel cui interesse è stabilito. In questo quadro, ove a dominare è il contratto che ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.), suona eccentrico, ma solo relativamente, l'art. 1337 c.c.: inizialmente raccordata, in via pressoché esclusiva, all'ingiustificato recesso dalla trattativa già in pratica approdata alla definizione dell'accordo, questa disposizione vedeva attenuata fortemente - se non castrata - la sua potenzialità eversiva.

È inutile sottolineare il peso, ridotto e marginale, dato all'informazione in questo contesto. Non si può dire che l'informazione sia priva di rilievo, ma dove questo emerge non si materializza un'informazione al servizio della conoscenza: sicché si dice che il rilievo è più formale che sostanziale. È emblematico l'art. 1341 c.c. C'è consapevolezza dello squilibrio di posizione tra i contraenti e della necessità di tutelare la parte debole: si condiziona, allora, l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza o conoscibilità delle medesime, quindi all'informazione da parte del predisponente. Ma non si prevede che la conoscenza o la conoscibilità debbano essere assicurate prima della conclusione del contratto; ciò che conta è che «al momento della conclusione del contratto» esse siano rese conoscibili. Sarebbe tacciato di ipocrisia chi dicesse che qui l'informazione è veicolo di conoscenza; e basta osservare ciò che di consueto accade, nella pratica, quando un contratto per adesione è concluso, per averne conferma.

Si cambia registro una trentina di anni fa, allorché si fa strada una lettura dell'art. 1337 c.c. non contrattocentrica e tesa ad esaltarne le potenzialità applicative ben al di là del recesso ingiustificato dalla trattativa. È così che prende corpo, in stretto nesso con questa disposizione, la riflessione sull'obbligo precontrattuale di informazione, che anch'io all'epoca mi sforzai di compiere¹⁷ avendo di mira la dimostrazione di un assunto che, al giorno d'oggi, e non per mio merito, nessuno credo avrebbe l'ardire di revocare in dubbio: lo potrei sinteticamente rappresentare identificando nell'art. 1337 c.c. la disposizione che rivela «che l'ordinamento non solo tiene acché il consenso non sia viziato, ma ha a cuore altresì la formazione di un consenso effettivo e consapevole», sicché non «interessa [...] solo l'atto, ma anche ciò che precede e segue l'atto e senza che abbia peso dirimente [...] che alla conclusione di quest'ultimo si addivenga»¹⁸.

L'attrazione della logica della fattispecie si attenua e si assiste, dunque, ad una sorta di rivincita delle regole di comportamento: l'informazione ha un ruolo fondamentale in questo sviluppo¹⁹. Anche l'omessa o inesatta informazione precontrattuale dà luogo a responsabilità ed è fonte di un'obbligazione di risarcimento²⁰. Resta ben salda la regola 'meglio reprimere che

¹⁷ Sia consentito rammentare G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990.

¹⁸ I due passi l'un dopo l'altro riportati tra virgolette sono tratti da G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, cit., p. 599 ed ispirati da G. VETTORI, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104 ss.

¹⁹ Sviluppo, che in qualche modo si collega all'approccio materializzante, ovvero alla tendenza – bene messa a fuoco anche dalla nostra dottrina – a prestare attenzione «agli interessi 'materiali' dei soggetti e ciò al di là del rispetto di regole 'formali' (..) che, per gran parte dei casi sono regole di fattispecie o di procedura» [A. DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 800]. Tra i segnali che inducono a dibattere della fattispecie come «di un concetto morente», N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 43 segnala il fenomeno che vede le parti non esporre «più al giudice eventi riducibili a casi, 'stati di fatto contrari al diritto' e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, ma 'operazioni economiche', posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese»; ma la crisi della fattispecie – Egli precisa – non è crisi della decisione, solo che essa, «spoglia di contenuti formali e di sequenze sillogistiche, esprime ormai un giudizio di valore, ossia di consenso o dissenso rispetto a una situazione della vita» (N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 44).

²⁰ Sicché – nota C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 26 – «con la generalizzazione dell'obbligo di trattare in buona fede, contenuto nell'art. 1337, il nostro legislatore ha inteso significare che la violazione degli obblighi di informazione dà adito a responsabilità anche quando essi non riguardino l'invalidità del contratto, cioè al di là di quanto previsto dall'art. 1338».

prevenire', ma è ormai attivato il contatto della buona fede precontrattuale con logiche di prevenzione del rischio contrattuale.

Si dirà - a ragione - che l'obbligo precontrattuale di informazione è ancora tecnica in funzione dell'autodeterminazione e non del benessere. In effetti, al di là del ruolo comunemente riconosciuto all'informazione precontrattuale quale fattore di riequilibrio dell'asimmetria informativa, è difficile negare che essa miri a consentire che si espliciti con pienezza la libertà di scelta e di decisione del soggetto. Io ti informo perché tu possa essere messo in condizione di sapere e, quindi, di scegliere in piena consapevolezza. Nessun incentivo affinché tu scelga in un certo senso invece che in un altro. Ecco perché, a fronte dell'imposizione di obblighi precontrattuali di informazione, si è parlato, giustamente, di intervento conformativo del mercato di tipo morbido, non ruvido ed invasivo quale quello realizzantesi per via di prescrizioni di tipo imperativo incidenti sul piano del contenuto del contratto²¹; sicché, certamente, raffrontata «con il principio della libertà contrattuale, quella dei doveri (contrattuali) di informazione è la tecnica al limite meno incoerente»²², pur se non necessariamente la più efficace (ed adeguata in relazione al fine) in ogni contesto²³.

Anche l'informazione del consumatore, che pur innegabilmente presenta motivi di discontinuità rispetto al passato ed aspetti peculiari, non sembra emanciparsi da quest'ottica. Una montagna di dati devono essere in tempo utile comunicati; poi, che siano effettivamente conosciuti dal consumatore poco importa (tanto, al limite, questi può liberamente pentirsi e, senza andare incontro a costi o penalità, liberarsi del contratto 'sgredito'). Ma una novità importante va segnalata nell'informazione che potremmo - per mera convenienza - definire 'consumeristica': la pone in luce il richiamo alla trasparenza che, se non stesse ad indicare la necessaria tensione dell'informazione alla conoscenza reale ed effettiva, sarebbe pleonastico e privo di valore atteso che non vediamo come un'informazione non trasparente, ovvero oscura o criptica, possa propriamente dirsi un'informazione²⁴.

Si può, dunque, affermare che l'attenzione rivolta alla trasparenza è sintomo del superamento dell'approccio formalistico, «in favore di un modello che, mirando a garantire l'espressione di un consenso meditato e

²¹ Si veda S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 257 ss. e, in particolare, p. 278 ss.

²² A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 19.

²³ Vedasi V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 763 ss.

²⁴ Si rinvia, al riguardo, a G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Treccani, 2006, p. 17 ss.

consapevole, guarda all'informazione quale tramite per l'effettiva conoscenza e strumento di reale comprensione»²⁵.

L'obiettivo è ambizioso e solo raggiungibile se tra chi l'informazione rende e chi la riceve si crea un'alleanza, sulla falsariga di quella che ispira e conforma il consenso informato nel rapporto medico-paziente. All'alleanza terapeutica ha fatto pure richiamo la S.C. in una nota sentenza²⁶, ove trapela consapevolezza del fatto che detta alleanza, per passare dalle parole ai fatti, ha bisogno, non solo e non tanto di un'informazione freddamente volta alla trasmissione di dati utili alla decisione, quanto di un'informazione capace di orientare il paziente verso la scelta che meglio asseconda l'esigenza di benessere del medesimo²⁷.

Con parlare figurato e un po' onomatopeico, si può, semplicemente, dire che la trasparenza segna il passaggio da un'informazione 'fredda' ad un'informazione 'calda', consacra così la fuoriuscita dal terreno dell'autodeterminazione 'pura' e la contaminazione con la sfera del 'benessere'.

Ben si comprende, in siffatto contesto, quanto possa essere importante la valutazione d'impatto delle distorsioni cognitive, perché esse sono in grado di ostacolare quel passaggio e pregiudicare l'accesso del soggetto all'effettiva comprensione. L'elaborazione della *BLE* diventa, allora, più che utile: la definirei un punto di riferimento obbligato²⁸.

Non è reciso il legame con l'autodeterminazione, ma quest'ultima viene - per così dire - declinata²⁹: anche al riguardo, ci si può rifare all'alleanza terapeutica, che «non è in conflitto con l'autodeterminazione, ma contribuisce anzi a definirne l'essenza» dovendo esprimersi attraverso «il

²⁵ *Ibidem*, p. 7.

²⁶ Trattasi di Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201, con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*.

²⁷ Aiuta a riflettere sull'importanza della scelta così assunta anche la lettura del seguente passo, tratto dalla sentenza citata nella nota che precede: «Viene [...] in rilievo la considerazione del turbamento e della sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate. L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perché inevitabile. Il paziente che sia stato messo in questa condizione - la quale integra un momento saliente della necessaria 'alleanza terapeutica' col medico - accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico».

²⁸ Si veda G. PELLEGRINO, *Consenso informato e distorsioni cognitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 637 ss.

²⁹ Con espressione sintetica ed efficace, si può parlare di autodeterminazione assistita.

condizionamento indulgente e non invadente che sia di pungolo all'adozione della scelta che [...] renda la vita più lunga e migliore»³⁰.

5. Considerazioni conclusive

Echeggia, nelle considerazioni appena svolte, il paternalismo libertario teorizzato da Thaler e Sunstein³¹, l'idea della «spinta gentile» che, nel rispetto della libertà (anche di compiere scelte non convenienti o controproducenti), promuove l'assunzione di decisioni tese a massimizzare il benessere. È sempre percorribile questa strada?

C'è chi consiglia, senza mezzi termini, di evitarla, ispirato dalla convinzione che il paternalismo, ancorché libertario, è fonte di insidie ben maggiori di quelle che intende scongiurare. Non è una sindrome di onnipotenza a motivare questo atteggiamento, né si ritiene infallibile e in grado sempre di scegliere per il meglio colui che avversa il paternalismo. È vero, anzi, il contrario: con una buona dose di fatalismo egli prende atto che è umano comportarsi in modo irrazionale, che l'errore va messo in conto ed è utopia pensare di estirparlo, che l'irrazionalità è nella natura umana e che essa è, anzi, il sale della vita³². So, dunque, di poter sbagliare, ma chi mi assicura che i pungoli siano nel mio interesse? Ci si può fidare dei 'regolatori'? La BLE entra - e non certo di soppiatto - nella dialettica tra mercato e libertà³³ e la lezione che traiamo dall'osservazione dei rapporti di mercato giustifica lo scetticismo. Anche il mercato dà spesso pungoli, ma per assecondare le debolezze umane (onde trarne profitto) e non per sradicarle. Ci si può fidare del mercato, ancorché regolato? O non è meglio farsi del male da soli? Di qui a dire che è sempre meglio autodeterminarsi il passo è breve.

³⁰ I due passi l'un dopo l'altro riportati tra virgolette sono tratti da G. GRISI, *Autodeterminazione, consenso informato e previsione del rischio*, in G. SPOTO (a cura di), *La protección de la persona y las opzione ante el final de la vida en Italia y en España*, Murcia, edit.um, 2013, p. 346

³¹ Autori dell'opera *Nudge. Improving Decision about Health, Wealth, and Happiness*, già citata (v. *supra*, nt. 14). Segnalo anche, degli stessi autori., il saggio dal titolo, *Libertarian Paternalism Is Not an Oximoron*, in *University of Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1159 ss..

³² Un noto aforisma di George Bernard Shaw così recita: «La bellezza, dopo tre giorni, è tanto noiosa come la virtù».

³³ Si veda A. SEN, *Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms*, in *Oxford Economic Papers*, 45 (1993), p. 519 ss. e in <www.cs.princeton.edu>.

Altri, ispirati da una visione meno mitica dell'autodeterminazione, sono indotti a credere - ancorché non ad occhi chiusi - nella «spinta gentile». Lontana è l'idea di un mondo dove le scelte adottate non siano guidate da incauto ottimismo o da *overconfidence*³⁴ o non risentano fortemente dei condizionamenti - più o meno (o per nulla) percepibili - che il contesto esercita e della tendenza (sovente inconsapevole) a seguire il gregge, a fare senza pensarci troppo ciò che gli altri fanno. Questi fattori di perturbazione operano, che lo si voglia o no, e sfuggire alla loro influenza è sforzo sovrumano. Ma il paternalismo libertario può, talora, neutralizzarli e, comunque, attenuarne l'aggressività: può, in pratica, contribuire a limitare i danni. Non bisogna, però, esagerare. L'eccesso di paternalismo - taluni obiettano - induce pigrizia nell'individuo e un individuo pigro è fatalmente portato ad allentare la guardia e a non investire per non cadere in errore: la storia e l'esperienza personale insegnano che tali e tanti sono i pericoli legati all'assuefazione a lasciarsi guidare da rendere inutile, qui, un'emplificazione.

E anche chi guarda con favore al pungolo garbato e non invasivo è pronto a riconoscerne, in più di un caso, l'inefficacia: ad ammettere, allora, la necessità di misure dure e a tal punto draconiane da giustificare la privazione della possibilità di scelta. Sintomatica è la vicenda dei *derivati* - segnata dai tanti guai procurati a sottoscrittori ignari dell'elevato tasso di rischio dell'operazione - che sono in molti a pensare non possa risolversi altrimenti che con la loro eliminazione. In questa prospettiva, l'informazione è posta ai margini. Ma, guardando alla stessa vicenda, c'è chi dubita che passi il no inflessibile l'ottimizzazione del benessere e auspica, invece, sia comunque e sempre conservata la possibilità di scegliere (magari lavorando con le regole di *default* per instillare prudenza nella decisione da adottare e instradarla verso la direzione più consona). Se si percorre questa via, l'informazione acquista un ruolo decisivo; non dell'informazione 'fredda' parliamo, ma di quella 'evoluta', trasparente, capace di incentivare - e, quindi, pungolare, ma senza costrizioni di sorta - le scelte.

Conta, poi, valutare le scelte da operare, la loro natura e le circostanze che ne accompagnano l'assunzione. È dimostrato che non sempre le persone preferiscono scegliere (basti pensare a quanti pedissequamente seguono le indicazioni di una guida turistica, magari prestata da un amico o acquistata a caso fra le tante, quando debbono individuare un albergo

³⁴ Il termine - come segnala R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 205 - sta ad indicare «una delle condotte euristiche maggiormente studiate dalla letteratura comportamentale», e si rapporta alla sovrastima, che sovente le persone nutrono, delle proprie capacità e del controllo che si è in grado di esercitare sugli eventi.

o un ristorante dove andare): spesso sono felici che qualcuno scelga per loro e, siccome non c'è ragione di costringerle a scegliere, il problema è far sì che i pungolatori siano *super partes*, competenti ed onesti. D'altro canto, ci sono scelte e scelte. Non si può negare, ad esempio, che una cosa è scegliere una bevanda, tutt'altra è scegliere un prodotto finanziario. Del pari, la scelta tra poche alternative non è assimilabile a quella tra opzioni molto numerose e, magari, non chiaramente differenziate. Ci sono, poi, scelte refrattarie all'intervento di un regolatore 'esterno' - si pensi a quella relativa al partito da votare - che non ammettono intromissione alcuna, nella forma della spinta ancorché gentile o di altro stampo.

Dunque, fino a dove può arrivare la *BLE*?

Non gli si possono affidare missioni impossibili. Per esemplificare scendendo sul terreno pratico, chi può pensare che il ricorso ad essa avrebbe evitato il prodursi della crisi economica e finanziaria che stiamo attraversando³⁵ o ne avrebbe anche solo circoscritto le dimensioni o reso meno devastanti le ricadute di ordine sociale? La domanda è retorica. Se non è nel torto chi, nell'analizzare la crisi, registra, non solo e non tanto l'irrazionalità delle scelte di investimento operate, ma anche - e soprattutto - la latitanza della politica e «il dominio dei mercati finanziari sull'economia reale e, dunque, sulle nostre vite»³⁶, se questo è lo scenario, viene spontaneo giudicare un'arma, se non inutile, spuntata lo studio della mente e dei comportamenti e pienamente giustificato, quindi, lo scetticismo associato all'idea che la *BLE* basti o sia in grado di offrire un apporto determinante alla soluzione di problemi di tale caratura.

Diverso è il parere manifestato da Thaler e Sunstein, proprio con riferimento alla crisi finanziaria del 2008³⁷; ma, con tutta franchezza, non crediamo che, su questo fronte, risultati tangibili e duraturi possano ottenersi se non facendo riemergere dalla palude la politica e l'economia reale, unico freno all'espansione incontrollata e sregolata del mercato

³⁵ Quella del 2008, contrassegnata dalle note vicende emblematicamente legate ai mutui *subprime*, all'uso eccessivo e all'abuso dei derivati e così via dicendo.

³⁶ Il dato emerge chiaro dalla pregevole ricerca condotta da G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, Cedam, 2011, avente quale obiettivo - dall'A. dichiarato in Prefazione - di tracciare «una pista teorica di prima approssimazione, dotata di senso esplicativo delle dinamiche intercorse dall'abbandono di Bretton Woods fino all'attuale crisi finanziaria dell'Eurozona».

³⁷ A loro dire, non «riusciremo a proteggerci dalle crisi future se ci scagliamo contro l'avidità, la corruzione e la malversazione senza guardarci allo specchio e provare a comprendere gli effetti potenzialmente devastanti della razionalità limitata, dei problemi di autocontrollo e delle influenze sociali» (R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 254).

finanziario. Passa per questa via l'approntamento di regole capaci di (dare o) restituire centralità al benessere sociale.

Ci sono, tuttavia, settori in cui l'incontro – o, meglio, il dialogo – tra diritto e scienze cognitive si è realizzato e via via sviluppato con esiti non disprezzabili: ne segnaliamo due, quello della tutela dei consumatori e quello della tutela degli investitori. In questi ambiti, l'apporto della *BLE* è tutt'altro che insignificante³⁸, ma molte sono ancora le potenzialità inespresse, sicché si ha l'impressione che esista un *gap* da colmare e che il dato normativo stenti ad assorbire – o non riesca appieno a recepire – le indicazioni provenienti dalla riflessione comportamentale.

Se si guarda il C. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) ciò si palesa evidente. È sintomatica la relazione introduttiva ad esso, che ne ancora la giustificazione anche all'esigenza di tener conto dei «principi di analisi sociologica e psicologica nella più generale teoria del consumatore». Sta di fatto, però, che nel concreto detta esigenza non sembra aver trovato compiuta traduzione sul piano normativo.

Il legislatore del C. cons ha affidato centralità all'educazione e all'informazione del consumatore³⁹, che sono fattori sicuramente importanti e capaci di orientare in una certa direzione il modo d'essere del mercato; su di essi il consumatore aveva ragione di far conto per veder assicurato – come recita l'art. 169 del TFUE – «un livello elevato di protezione», ma chi, all'atto pratico, potrebbe, a cuor leggero, affermare che questa *mission* sia stata con successo realizzata?

Si è scelto di introdurre regole tese a moralizzare l'agire del contraente forte – a ciò mira principalmente la disciplina delle pratiche commerciali scorrette⁴⁰ – ma non sarebbe stato anche (e, forse, ancor più) necessario

³⁸ Per averne contezza, basti esaminare i contributi raccolti in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit. Può aggiungersi il richiamo a F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it e al *working paper* di M. C. MARTINENGO, *Consumatori, fiducia e web*, in <http://workingpapers.iuse.it>, quest'ultimo perché consente di apprezzare l'apporto che la *BLE* può dare in contesti di negoziazione non tradizionali – si pensi a quello delle vendite *on line* – dove la presenza di un consumatore più consapevole, sicuro e fiducioso nella bontà delle decisioni assunte, sgombrato il campo dai rischi che si annidano nelle modalità di contrattazione *de quibus*, è *condicio sine qua non* dell'espansione e del potenziamento del mercato.

³⁹ Si vedano i Titoli I e II della Parte II, nonché nella Parte III le disposizioni del Titolo III, largamente rimaneggiate – in attuazione della Dir. 2011/83/UE – per effetto del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

⁴⁰ Sia consentito, al riguardo, rinviare a G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 2 ss.

orientare l'attenzione verso le strategie di marketing e sulle tecniche impiegate per la comunicazione, nell'ottica del consumatore⁴¹?

Questi quesiti muovono ad una riflessione che investe certo la *BLE* ma che si spinge oltre, su un diverso piano, suscitando un ulteriore interrogativo, che è difficile dire se sia madre o figlia dei primi: siamo proprio certi che il codice del consumo sia il codice dei consumatori? Molte cose dipendono dalla risposta e, forse, anche la prospettiva giusta dalla quale apprezzare il *gap* cui prima si è accennato.

⁴¹ Molti i limiti su questo terreno. Basti raffrontare l'art. 35 c. cons. e l'art. 166 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (recante il c. assicurazioni) per registrare la presenza, solo in quest'ultimo, di una regola tesa a disciplinare le modalità espressive da impiegare nella redazione di particolari clausole del contratto. La legge può essere animata dalle migliori intenzioni quando impone alla parte professionale di rendere informato il consumatore su una miriade di dati e circostanze, ma forte è il rischio che l'eccesso di informazione si riveli un boomerang, mentre sarebbe assai più efficace agevolare il consumatore nell'individuazione del set - possibilmente non troppo ampio - di informazioni 'salienti' nell'economia dell'affare negoziato. La tensione dell'informazione alla conoscenza è giocoforza frustrata, quando la prima è somministrata in modo confuso, in un *mix* indifferenziato insieme a numerose altre non in egual misura rilevanti. Può, allora, servire l'evidenza grafica, che è profilo non adeguatamente considerato nella disciplina a protezione del consumatore, al quale, invece, andrebbero specificamente dedicate regole chiare ed esplicite.

Aurelio Gentili

Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali

1. Razionalità assiologica e forme della razionalità economica

Il reale è razionale?

A chi lo sostenne capitò di scriverlo proprio in un libro di (filosofia del) diritto¹. Lecito, dunque, domandarsi se la realtà del diritto sia razionale. È facile rispondere che, lo sia o no, *deve* esserlo: basta considerare che *ex contradictione quodlibet* per convincersi che un *ordinamento* (già il nome lo dice) *debba* possedere razionalità, pena la disfunzione.

La storia del pensiero giuridico ci conferma che la razionalità del sistema giuridico è stata una preoccupazione costante. Il giusnaturalismo è stato essenzialmente il diritto della *recta ratio*. E il giuspositivismo delle codificazioni il tentativo pragmatico di attingerla² con i caratteri dell'oggettività e della certezza. Ma la razionalità in questione era razionalità assiologica: diritto equo, diritto giusto. La razionalità del dover essere. Altra cosa la razionalità dell'essere. Che, in pratica, è la razionalità economica³ del diritto: la sua efficienza.

¹ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin, In der Nicolaischen Buchhandlung, 1820.

² M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 34 ss.

³ Per un esame critico, da varie prospettive, v. M. GODELIER, *Rationalité et irrationalité en économie*, Paris, Maspero, 1969 (trad.it. *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, Feltrinelli, 1970); G. B. RICHARDSON, *Economic Theory*, London, Hutchinson University Library, 1964 (trad. it. *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, F. Angeli, 1968, pp. 25-56); G. S. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1978 (trad. it. *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, Il Mulino, 1998, *passim*, ma spec. p. 447 ss.); cfr. C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; A. SEN, *Rationality and Freedom*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 2002 (trad. it. *Razionalità e libertà*, Bologna, Il Mulino, 2005); D. MCFADDEN, *Razionalità per economisti?*, in M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica*

Per lungo tempo i giuristi non si sono posti il problema della razionalità economica del diritto: l'hanno data per scontata, o per secondaria. E comunque riferita agli atti, più che alla legge. Oggi l'atteggiamento è mutato. E il discorso sulla razionalità economica del diritto viene inteso nella sua accezione più lata, che comprende le attività giuridiche e le loro discipline: fatti e norme. Anche in questo ambito, tuttavia, la questione è fortemente controversa.

Si propongono così due domande:

- ha il diritto una sua razionalità economica?
- se sì, quale?

Constatare se l'abbia però non si può senza entrare nel merito della seconda domanda e dei diversi modelli di razionalità che essa sottende. Si fronteggiano infatti (con estrema semplificazione) quantomeno tre modelli principali:

- quello dell'economia neoclassica,
- quello dell'analisi economica del diritto,
- quello dell'economia cognitiva e comportamentale.

La tuttora dominante *tesi neoclassica* nella sua versione moderna⁴ assume che, anche in condizioni di incertezza, e restando irrilevanti i gusti, i comportamenti di un agente che dispone di razionalità assoluta (*Homo oeconomicus*), consistenti in scelte economiche (scelte giuridicamente rilevanti, e come tali atti giuridici), perseguano la massimizzazione del suo vantaggio, e lo conseguano, nei limiti delle alternative disponibili, alla sola condizione (la cui mancanza è solo un accidente individuale) che egli abbia un sistema coerente e stabile di preferenze.

La diffusa *tesi giuseconomica*⁵ assume anch'essa che, anche in condizioni di incertezza, e restando irrilevanti i gusti, i comportamenti di un agente che dispone di razionalità assoluta (*Homo oeconomicus*), consistenti in scelte economiche (rilevanti come atti giuridici), perseguano la massimizzazione del suo vantaggio, e lo conseguano, nei limiti delle alternative

della ragione economica, Milano, il Saggiatore, 2005, p. 25 ss.; D. KHANEMAN, *Mappe di razionalità limitata. Indagine sui giudizi e le scelte intuitivi*, *ivi*, p. 77 ss.; M. PIATTELLI PALMARINI e M. MOTTERLINI, *Galleria degli errori economici*, *ivi*, p. 233 ss.

Gli studi sulla razionalità sono notoriamente sterminati anche a prescindere dal concetto di razionalità economica. Per una prospettiva sociologica C. A. MARLETTTI, *Razionalità e valori. Introduzione alle teorie dell'azione sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

Cfr. inoltre S. LATOUCHE, *Le défi de Minerve : rationalité occidentale et raison méditerranéenne*, Paris, Fayard, 2003 (trad. it. *La sfida di Minerva. Razionalità occidentale e ragione mediterranea*, Torino, Bollati Boringhieri, 2007).

⁴ Per indicazioni bibliografiche v. *infra*, § 3.

⁵ Per indicazioni bibliografiche v. *infra*, § 4.

disponibili, e sempre a condizione (la cui mancanza è solo un accidente individuale) che egli abbia un sistema coerente e stabile di preferenze; ma obietta che ciò è possibile solo nella misura in cui si riesca ad abbattere i costi transattivi, sociali o naturali (che sono invece un accidente oggettivo).

La più recente *tesi di economia cognitiva*⁶ (e con essa la *Behavioral Law and Economics*⁷) assume invece che, in condizioni di incertezza, e restando irrilevanti i gusti, un agente dispone di una limitata razionalità, e che i suoi comportamenti consistenti in scelte economiche (rilevanti come atti giuridici) perseguono una soluzione non ottimale ma semplicemente soddisfacente, non scevra al caso da scopi altruistici, e la conseguano, nei limiti delle alternative disponibili, e sempre a condizione (la cui mancanza è un accidente comune) che egli abbia un sistema coerente e stabile di preferenze, attraverso semplificazioni comportamentali (*Heuristic*) che incappano sistematicamente in errori (*Bias*), nonché solo nella misura in cui si riesca ad abbattere i costi transattivi, sociali o naturali (che sono invece un accidente oggettivo).

L'uno, l'altro, più d'uno di questi modelli sono presenti o possono essere immessi nel diritto?

Una risposta di ordine generale è possibile solo in termini di teoria generale del diritto. Se invece si vuole darla in concreto occorre dirigere il discorso ad un concreto sistema giuridico. E poiché qui si intende appunto parlarne in concreto, oggetto di indagine sarà *il diritto dello scambio* applicabile in Italia, e – per economia del discorso – quella sua parte che disciplina l'*invalidità* o *inefficacia* dei contratti di scambio.

2. L'invalidità come strumento giuridico delle teorie economiche liberiste e interventiste succedutesi nella vicenda dei diritti nazionali e del diritto comunitario

La delimitazione del campo di indagine, cioè dell'ordinamento di leggi e atti della cui razionalità economica ci si interroga, richiede qualche premessa.

Una disciplina dello scambio è presente da sempre nei sistemi giuridici⁸.

⁶ Per indicazioni bibliografiche v. *infra*, § 5.

⁷ C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, cit.

⁸ Ma non universalmente condivisa. O meglio: contestata da coloro che ritengono che il mercato si autoregoli e dunque non abbia bisogno di regole legali. Per la piena formalizzazione di questa posizione, notoriamente, F. K. A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1978 (trad. it. *Legge, legislazione, libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, il Saggiatore, 1986).

Ma filosofie diverse l'hanno tempo per tempo connotata⁹, e non hanno mancato di influenzare i legislatori. Come esiste più di una teoria dello scambio, così esiste più di un diritto dello scambio¹⁰.

Se i fini differiscono, gli strumenti sono invece comuni. In positivo il diritto dello scambio si esprime nel riconoscimento dell'autonomia privata. Ciò significa validità giuridica dei contratti. In negativo, in un variegato strumentario di freni, fra cui l'invalidità o inefficacia (in diverse forme) degli atti di scambio.

Per le ragioni anzidette, oggetto di esame è qui il diritto dello scambio applicabile in Italia. Ma inteso come effetto nazionale di quel concorso tra diritto interno e comunitario cui la dottrina allude con la formula *diritto privato europeo*¹¹. Di esso vanno subito sottolineate la composita struttura¹²

⁹ Per una ricostruzione essenziale dei diversi atteggiamenti W. J. BARBER, *A history of economic thought*, London, Penguin books, 1991 (trad. it. *Storia del pensiero economico*, Milano, Feltrinelli, 1993); A. RONCAGLIA e P. SYLOS LABINI, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, Roma-Bari, Laterza, 1995; P. D. GROENEWEGEN e G. VIAGGI, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, Roma, Carocci, 2007; E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, Roma, Carocci, 2007.

¹⁰ Anche se, nei fatti, il fenomeno della globalizzazione, del quale qui si intende non sopravvalutare l'importanza, va uniformando prassi e regole, e nei concetti talune costruzioni finiscono per fare premio su altre. V. comunque in tema dal punto di vista giuridico M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

¹¹ Sul senso della nozione N. LIPARI, *Introduzione*, in *Diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 1997, I, p. 1 ss.; N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, *ivi*, p. 21 ss., p. 90 ss.; A. TIZZANO, *Presentazione*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, I, p. V ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, Cedam, 1998, p. 10 ss. In tema G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, cit. p. 14 ss., p. 18 ss.; e con particolare riferimento al diritto contrattuale, F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti*, Padova, Cedam, 2003; da un punto di vista di politiche legislative v. J. S. BERGÉ e S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, 2008, p. 74 ss.

¹² È evidente anzitutto la sua struttura composita; i diritti interni consolidatisi in un risalente passato, in altri contesti storici sociali ed economici, e il diritto comunitario dominato dapprima dallo scopo della creazione del mercato unico (cfr. ancora J. S. BERGÉ e S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, cit., p. 271 ss.) e poi della costruzione europea, hanno sensi differenti. Ma il diritto privato europeo non si esaurisce neppure nella sintesi della normativa comunitaria con ciascun diritto interno. Con l'istituzione, accanto alla Comunità europea, dell'Unione europea il quadro è fortemente mutato. Triplicemente. Anzitutto, alle finalità meramente economiche della Comunità, concentrate essenzialmente nella creazione del mercato interno, si sono aggiunte finalità esplicitamente politiche: progresso economico e sociale, difesa dell'occupazione, sviluppo sostenibile, tutela dei diritti individuali, libertà sicurezza e giustizia (cfr. l'art. 2 del

e la mista funzione¹³ frutto della diversa ispirazione delle normative che vi

Trattato di Maastricht). Inoltre, è stato codificato lo sviluppo del c.d. *acquis* comunitario (cfr. l'art. 3, co. 1, del Trattato di Maastricht). Infine, è stata riconosciuta l'esistenza di principi giuridici comuni agli Stati membri, in materia di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali, dello stato di diritto e dei diritti fondamentali, quali risultano non solo dalla Convenzione di Roma del 1950 ma anche dalle tradizioni costituzionali degli stati membri. È stato statuito che essi tutti siano *principi generali del diritto comunitario* (cfr. l'art. 6, co. 1 e 2, del Trattato di Maastricht).

All'origine di quella struttura composita sta la pluralità delle fonti (v. R. ADAM, *Le fonti comunitarie*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, cit., I, p. 43 ss.) a fondamento, la diversità delle ispirazioni e degli scopi legislativi.

¹³ Alla base di queste funzioni diverse (non necessariamente inconciliabili) sta un diverso sguardo sul reale. Che (traducendo una tradizionale distinzione dell'economista) si potrebbe definire macrogiuridico per il diritto comunitario e microgiuridico per i diritti interni. Se si vuole un lessico più familiare, si può dire che il diritto comunitario dello scambio regola il mercato, laddove il diritto interno dello scambio regola il contratto. La sostanziale identificazione di economia e mercato, il carattere originario di questo, sono contestati (ed il testo non intende prendere posizione): cfr. K. POLANYI, *The Great Transformation*, New York, Farrar & Rinehart, 1944 (trad. it. *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 1974, *passim*); *contra* O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975, p. 20. Per i fini del discorso si può omettere di approfondire il punto.

Il concetto di mercato, il suo ruolo nell'economia meriterebbero approfondimenti qui impensabili. Comunque non esiste un'unica nozione di mercato. A livello semantico esso rivela almeno quattro significati: mercato come luogo, come ideologia, come istituzione, come paradigma di azione sociale (M. R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 20 ss.).

Se la prima accezione è la più antica, come luogo il mercato ha cessato da tempo di essere significativo.

Molto più significativa l'accezione ideologica. La storia delle dottrine politiche vede il mercato protagonista di un'alternata fortuna: sviluppatosi nella prospettiva liberale e liberista come utile alternativa alla preponderanza del principe, e perciò intrecciato alle libertà politiche e all'eguaglianza A. O. HIRSCHMANN, *The Passions and the Interests. Political Arguments For Capitalism Before Its Triumph*, Princeton, Princeton University Press, 1977 (trad. it. *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Milano, Feltrinelli, 1979); M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962 (trad. it. *Efficienza economica e libertà*, Firenze, Vallecchi, 1967), nel corso del tempo il mercato appare ad altri luoghi invece di disuguaglianza e costrizione, che sollecita l'intervento correttivo del potere politico [oltre – ovviamente – la critica marxiana, v. A. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, Reislad, 1887 (trad. it. *Comunità e società*, Milano, Comunità, 1979); R. TAWNEY, *Eguaglianza*, in F. FERRAROTTI (a cura di), *Opere*, Torino, UTET, 1975, p. 706 ss.; R. DAHL, *Preface to Economic Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1985 (trad. it. *La democrazia economica*, Bologna, Il Mulino, 1989); W. RÖPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, Bologna, Il Mulino, 2004; J. P. FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, Paris, Editions Grasset & Fasquelle, 2004 (trad. it.

La democrazia e il mercato, Milano, Feltrinelli, 2004); L. BERTI, *Il mercato oltre le ideologie*, Milano, EGEA, 2006; H. J. CHANG, *Cattivi samaritani. Il mito del libero mercato e l'economia mondiale*, Milano, Università Bocconi Editore, 2008)]. Per gli uni la concorrenza è la forma pacifica per comporre un fecondo conflitto e per ottimizzarne l'esito. Per gli altri quel conflitto, lungi dall'autoregolarsi, data la sproporzione delle forze, deve essere regolato, con uno sguardo politico alla più giusta distribuzione di risorse scarse.

Come istituzione poi il mercato rivela di assolvere non soltanto ad una funzione di allocazione delle risorse disponibili, ma anche di conseguente conformazione dei rapporti sociali che coinvolge valori non esclusivamente economici. E così propone una domanda non solo sull'efficienza ma anche sulla correttezza dell'allocazione e conformazione, e sul criterio - economico, giuridico o etico - per sceglierla [A. SEN *On Ethics and Economics*, Basil Blackwell, Oxford, 1987 (trad. it. *Etica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2000); nella letteratura italiana una incisiva visione critica in E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, Il Mulino, 2006; v. anche i saggi raccolti in P. D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), *Mercato ed etica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009].

Del mercato come paradigma di azione - l'accezione più rilevante nella prospettiva di queste pagine - si dice nel testo. Su questo suo aspetto, e la sua preminenza, L. VON MISES, *Human Action: a Treatise on Economics*, San Francisco, Fox & Wilkes, 1996, p. 257 ss.: «The market is not a place, a thing, or a collective entity. The market is a process, actuated by the interplay of the actions of the various individuals cooperating under the division of labour. The forces determining the – continually changing – state of the market are the value judgements of these individuals and their actions are directed by these judgements».

Il mercato esprime dunque piuttosto una serie di problemi che di meri fatti. Da che una pluralità di teorie politiche, sociologiche, etiche, ma soprattutto giuridiche o economiche sugli scambi, come avvengono, quali forze li generano, quali leggi li reggono (schematicamente, S. SAGNOTTI, *Le teorie del mercato*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 2 e *passim*, le suddivide in economiciste, eticiste, giuridiciste).

Ovviamente la distinzione tra regolazione del mercato e del contratto non è netta: intendo solo dire che l'accento cade sull'uno o sull'altro. Vi sono anzi alcuni aspetti della disciplina del contratto (come la forma: in tema ampiamente S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, ETS, 2009) sui quali la normativa europea è intervenuta incisivamente. Ma sempre nell'ottica delle dinamiche economiche.

Nella letteratura giuridica italiana il rapporto contratto/mercato è raramente affrontato per sé (un recente tentativo ambizioso in questo senso mi sembra lo studio di 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). Solitamente vengono affrontate, talvolta con ambizioni di sistema, le singole discipline che la Comunità ha emanato per il comune scopo della creazione del mercato unico, con preminente riguardo al problema delle asimmetrie informative e quindi dell'informazione (cfr. M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, Cedam, 2002; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; G. SICCHIERO (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2005; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2002; R. CALVO, *Contratti e mercato*, Torino, Giappichelli, 2006; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche

confluiscono, e la conseguente difficoltà di tradurla in regole specifiche¹⁴. Questa diversità nasce dalla diversità di scopo e quindi di metodo dei legislatori comunitario ed interno.

Rispetto al fenomeno dello scambio le moderne codificazioni manifestano l'iniziale accettazione dei principi liberali e liberisti¹⁵. Ma già nel tardo ottocento sopravvennero atteggiamenti interventisti, rimasti dominanti fino all'ultimo quarto del novecento¹⁶. A superarli però ha molto

Italiane, 2008; M. DE POLI, *Liberio mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 757 ss.).

Si fa infine rilevare che non è il mercato, ma il sistema di mercati interdipendenti, e indipendenti da regolamentazioni esterne, a costituire l'oggetto della teoria economica neoclassica: P. STEINER, *La sociologie économique*, Paris, La Découverte, 1999 (trad. it. *Economia, mercati, società*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 40). E che un sistema di scambi può essere realizzato invece che (all'esterno) dal mercato anche (all'interno) dall'impresa [sul punto L. MARENGO e C. PASQUALI, *Il mercato, l'impresa e il primato della conoscenza*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, Milano, Il sole-24 ore, 2005, p. 53 ss.; per la superiorità dell'impresa come strumento allocativo L. SCANDIZZO, *Il mercato e l'impresa: le teorie e i fatti*, Torino, Giappichelli, 2002, e *ivi* bibliografia].

¹⁴ Un esempio pratico renderà più chiaro il problema. La ben nota direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori con le imprese tutela il mercato o il singolo (o entrambi: di *Janus-faced ideology* parlano tra altri G. G. HOWELLS e T. M. WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, Dartmouth, Ashgate, 1997, p. 89). Conseguentemente, lo statuito loro carattere 'non vincolante' deve tradursi in nullità assoluta, o nullità relativa, o annullabilità, o inefficacia? (sono note le oscillazioni del nostro legislatore passato dall'inefficacia dell'art. 1469 *quinquies* c.c. alla nullità 'di protezione' dell'art. 36 del c. cons.). E più in dettaglio: sono coerenti o incoerenti la legittimazione assoluta, la sanabilità, la rinegoziazione, la prescrizione?

¹⁵ Che conducevano a vedere nell'autonomia privata, esercitata attraverso il semplice consenso, purché liberamente manifestato, anche un migliore sistema economico, ma prima di tutto un'irrinunciabile garanzia di libertà: F. WIEACKER, *Privatgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1952 (trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1980, I, p. 524); G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1970, III, p. 21; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 35. Centrale il rapporto tra proprietà e libertà teorizzato da Locke e dagli illuministi francesi. Per la sua teorizzazione moderna v. i saggi di von Mises, ora raccolti in L. VON MISES, *Proprietà e libertà*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-L. Facco, 2007.

¹⁶ Si deve come noto a J. M. KEYNES, *The general theory of employment, interest and money*, London, Macmillan, 1957 (trad. it. *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, UTET, 2005) la sistemazione teorica del ruolo dell'intervento pubblico. Che - è importante notarlo - , non era tanto critica al mercato, quanto alle distorsioni introdotte dal sistema capitalistico.

Per un inquadramento del capitalismo: M. BEAUD, *Histoire du capitalisme*, Paris, Éditiones Du Seuil, 2000² (trad. it. *Storia del capitalismo, dal Rinascimento alla New Economy*, Milano, Mondadori, 2004); F. JAMESON, *Postmodernism, or The Cultural Logic*

contribuito la costruzione europea. Che ha subito imposto, del credo liberista, l'elemento della difesa della libera concorrenza¹⁷. E poi (a partire dalla metà degli anni ottanta) ha edificato un diritto liberista dello scambio armonizzato, e (dagli anni novanta), programmato anche interventi di politica sociale¹⁸.

Tutto ciò ha fatto evolvere il diritto contrattuale nazionale, e quindi le sue regole di validità. Ma è difficile dire se in senso soprattutto liberista o soprattutto sociale¹⁹. Lo si vede soprattutto nella politica consumeristica²⁰.

of Late Capitalism, Durham, Duke University Press, 1991 (trad. it. *Postmodernismo, ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, Roma, Fazi, 2007); P. BOWLES, *Capitalism*, Edinburgh, Pearson Education, 2007 (trad. it. *Il capitalismo*, Bologna, Il Mulino, 2009). Per la critica al capitalismo, a parte ovviamente il marxismo, e limitandosi a visioni più moderne, F. BRAUDEL, *Afiterthoughts on Material Civilization and Capitalism*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1977 (trad. it. *La dinamica del capitalismo*, Bologna, Il Mulino, 1988); S. LATOUCHE, *Petit traité de la décroissance sereine*, Paris, Mille et Une Nuits, 2007 (trad. it. *Breve trattato della decrescita serena*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008); Z. BAUMAN, *Capitalismo parassitario*, Roma-Bari, Laterza, 2009. È ben noto che dopo il predominio neoliberista degli anni novanta e dell'inizio dell'attuale secolo, e per effetto della crisi economica in corso, il ruolo dello Stato va riguadagnando terreno e consenso. Sul tema: J. STIGLITZ, *The Economic Role of the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1989 (trad. it. *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 1992). Nella prospettiva interna e dal punto di vista giuridico: M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008; cfr. *Il governo dell'economia e delle istituzioni*, Atti del convegno in ricordo di Giovanni Spadolini (Milano, 10-11 maggio 1996), Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁷ E di questo sono state strumento anche plurime comminatorie di invalidità: degli atti costitutivi di cartelli (ora gli artt. 81 ss. del TCE.), o attuativi di concentrazioni restrittive della libera competizione (cfr. soprattutto il Reg. 139/2004/CE, del 20 gennaio 2004).

¹⁸ Riavvicinandosi così alle Costituzioni, come nota S. POLIDORI, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1 ss., p. 8.

¹⁹ È possibile infatti interpretare i documenti comunitari tanto nel senso che l'incremento di efficienza era l'obiettivo economico perseguito per se stesso, sia pure nella consapevolezza che avrebbe giovato anche alla società, quanto nel senso che con l'evoluzione dell'ispirazione legislativa comunitaria circa il governo degli scambi, siano subentrate intenzioni politiche di riconoscimento di diritti civili e di protezione di contraenti 'deboli', giustificate anzitutto da necessità di efficienza ma *anche* dalla loro dignità e debolezza. In tema R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 145 ss. Un dibattito sul punto si legge in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, Cedam, 1996. Vale forse anche qui la tesi della *Janus-faced ideology* di cui parlano G. G. HOWELLS e T. M. WILHELMSSON, *EC consumer Law*, cit., p. 89.

²⁰ Divenuta politica comunitaria ufficiale solo con l'Atto Unico del 1985, essa esprime in questa prospettiva un approccio 'neocapitalistico' secondo il quale il miglior funzionamento del mercato non può prescindere dalla protezione dei diritti fondamentali di consumatori e utenti. In tema (ma la letteratura è amplissima) tra altri G. GHIDINI, *I*

La protezione dei consumatori, anello finale della catena distributiva, ha effetti di incentivazione economica, perché l'elevazione degli standard qualitativi dei beni o servizi²¹ produce un miglioramento dell'offerta, e quindi un incentivo all'efficienza delle imprese. Ma al contempo è uno strumento di politica sociale, che eleva il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori²². I trattati comunitari oggi ci offrono, se non una compiuta scelta di sistema, almeno una formula intesa ad esprimerne il senso generale: *economia sociale di mercato*²³.

diritti dei consumatori come civil rights del mercato, in L. KLESTA DOSI (a cura di), *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP, 2000, p. 43 ss., p. 44; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 2006; ID., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, , Laterza, 2007.

²¹ Quando per esempio dispone che non possano essere imposte clausole vessatorie, che debbano essere garantiti prodotti che non infliggano danni, che debbano essere garantite qualità e conformità della prestazione.

Su tutto ciò S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss.

²² La conferma è nella nozione di consumatore adottata dal diritto europeo. Buona parte della dottrina, sospinta da assonanze, vi ravvisa un contraente debole (alla stessa stregua dei lavoratori, dei conduttori di immobili urbani, dei coltivatori diretti e simili). Vi è del vero: la disparità di forza contrattuale. Ma sui punti di contatto prevalgono le differenze. Come detto quella di consumatore *non* è una condizione sociale ma un ruolo. La sua debolezza è tecnica: non sapere, non avere alternative; non politica. È giusto dire che nel moderno diritto ai fini dell'applicazione di un diritto speciale rilevano, come qui, gli status; ma qui lo status è giuridico, non di ceto. Per questo non può essere seguita l'idea che la protezione dei consumatori sia tutela di una classe non agiata, in tal senso debole e per tal fine protetta (V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss., p. 718. *Contra* G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 22 ss.), da commisurare in base ai bisogni. Il *favor* per il consumatore è – e per ora resta – della stessa natura del favore per il debitore. Del resto, se così non fosse non avrebbe senso la definizione ormai tralatizia del consumatore, che lo coglie non per le sue capacità o per i suoi bisogni, ma per gli scopi non professionali del negozio. In piena contraddizione con la sua presunta debolezza sociale, che sussisterebbe anche nelle negoziazioni professionali (si pensi al lavoratore), e in perfetta coerenza al ruolo, di acquirente non professionale, che non gli consente di sopportare pari costi di informazione.

Una costruzione generale di *favor* per il contraente debole è ora in A. P. SCARSO, *Il contraente "debole"*, Torino, Giappichelli, 2006 e *ivi* ulteriore bibliografia.

²³ Anche l'interprete più fervente europeista non può non notare che in prima lettura la formula è un ossimoro: mercato e economia sociale sono prospettive storicamente per lo più alternative. Maliziosamente, questo ossimoro pare una di quelle formule vaghe che proprio perché tali possono andar bene a tutti. E che ognuno interpreta a suo modo. In seconda lettura la formula è il motto di una visione ordoliberal intesa a conciliare l'intoccabile libertà economica con l'irrinunciabile giustizia sociale, facendo intervenire lo Stato, come regolatore, più spesso che come attore, solo laddove il mercato fallisce.

In questa lunga vicenda si sono andate consolidando le forme canoniche – nullità assoluta, nullità relativa, nullità parziale, «non meritevolezza di tutela»²⁴, annullabilità, rescissione, inefficacia, *fictio juris* di non

Come noto, la formula risale alla Scuola di Friburgo, ed agli studi (tra altri) di W. Eucken, e poi di W. Röpke, ed in generale al pensiero ordoliberal. Quel che è certo è l'influenza che sulla scelta europea ha avuto il peso della Germania, in cui la tesi si è soprattutto formata ed ha conosciuto il maggior successo. Quel che è dubbio, e non può essere approfondito qui è fino a che punto l'intenzione dell'Unione europea denominata economia sociale di mercato coincida con il concetto ordoliberal di economia sociale di mercato. In tema di recente F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Roma, Lateran University Press, 2009.

Una prospettiva che, almeno quanto alla sua attuazione europea, ha suscitato un critico *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto* (leggibile in *European Law Journal*, 10 (2004), p. 653 ss. In tema A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 75 ss.) in cui si lamenta soprattutto il difetto di legittimazione democratica dei legislatori europei, l'esclusiva concentrazione sul solo problema delle asimmetrie informative a fronte di ben altre cause di debolezza negoziale, l'indifferenza per lo sfruttamento e l'esclusione sociale, la necessità per una vera giustizia sociale di interventi eteronomi sul contenuto dei contratti, la necessità di una solidarietà anche 'orizzontale' (e cioè direttamente tra le parti dello scambio e non solo da parte dello Stato verso il c.d. contraente debole) come quella sanzionata in molte Costituzioni europee, e quindi – in sintesi – l'incapacità del diritto contrattuale europeo di redistribuire ricchezza, in luogo di fermarsi a credere che il consumatore una volta informato possa fare da sé un contratto giusto (oltre il *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, cit., v. anche T. WILHELMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 10 (2004), p. 726 ss.; ID., *The abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 27 (2004), p. 317 ss.)

²⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 191 ss.: «La liceità è bensì condizione necessaria, ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere anche ad un'esigenza durevole della vita di relazione, ad una funzione d'interesse sociale». Sull'ispirazione ideologica di questa posizione lo stesso A. non lasciò dubbi: E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss. Nella scia, oggi F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 795.

La disposizione dell'art. 1322 c.c. è stata disinnescata dalla dottrina e dalla prevalente giurisprudenza.

Per la dottrina v. L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981; M. COSTANZA, *Meritevolezza dell'interesse ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 428; S. VITALE, *Ordinamento sportivo e meritevolezza dell'interesse*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 186 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 32 ss.; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, UTET, I, 1999, p. 535 ss.; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 121

apposizione di clausole, loro sostituzione *ex lege*, diritto di ripensamento, e quant'altro – che ancor oggi sono usate dai legislatori come mezzo di governo degli scambi. Con esse la teoria dell'invalidità ha soddisfatto le diverse ideologie dello scambio succedutesi, traducendole in regole. Lo strumento non è stato solo l'invalidità, ovviamente²⁵, ma ad essa si è fatto largo ricorso.

In termini giuridici, la scelta legislativa liberista si traduce nella insindacabile validità (e quindi coercibilità) degli accordi di scambio *voluti* dalle parti per i loro interessi; la seconda nella parziale o totale invalidità (e quindi incoercibilità) degli accordi difformi da un interesse ritenuto preminente²⁶. Così, ad esempio, le nullità strutturali da difetto di elementi essenziali, e quindi di utilità, sono coerenti al liberismo perché ciò compromette la valutazione di utilità individuale; le nullità contenutistiche da illegalità o illiceità delle regole private, espressive dell'ordine pubblico, cioè del pregiudizio all'utilità generale; le nullità antitrust da violazione delle regole della concorrenza, proprie di un ordine pubblico economico di direzione;

ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 187 ss.; G. GORLA, *IL contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 199 ss.; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss., nonché ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1 ss., in chiave di critica a F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss.; G. STOLFI, *Luci ed ombre nell'interpretazione della legge*, in *Jus*, 1975, p. 145; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1999, XIII, pp. 93-100; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, UTET, I, 1993, p. 693 ss.; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 425. Nello stesso senso A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 221 ss.

Per la giurisprudenza a parte una timida eccezione in App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss., con nota critica di G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*; per l'orientamento assolutamente dominante rinvio alla rassegna di M. R. URCIOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 764 ss., ed alla nota di commento a Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, di F. SBORDONE, *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 849 ss.

²⁵ Così G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 38 ss.; e di recente S. POLIDORI, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, cit., p. 6.

²⁶ Validità ed invalidità delle transazioni non sono per la verità l'unico strumento legale di governo degli scambi: importante è anche la tecnica inversa, ovunque praticata, dell'integrazione del contratto allo scopo di correggerne i vincoli. Ma validità ed invalidità sono sempre state lo strumento primario della scelta legislativa sugli scambi, fosse essa in senso liberista o dirigista.

e le nullità che difendono dall'abuso dell'altrui debolezza tipiche dell'ordine pubblico economico di protezione. Alla diversità di *ratio* consegue diversità di disciplina.

Si tratta allora di comprendere se quelle diverse forme di invalidità ed inefficacia siano anche traduzione in termini giuridici dell'irrazionalità economica. E in caso affermativo, di quale modello di razionalità economica.

3. *Il paradigma neoclassico e il diritto contrattuale dei codici*

La teoria economica liberista dimostra *che lo scambio è fonte di arricchimento*. Già Adam Smith teorizzò²⁷ che non solo la produzione ma anche lo scambio produce ricchezza; per gli individui, e per le nazioni (la fortunata metafora della mano invisibile²⁸). Gli economisti 'classici' l'hanno seguito²⁹. Ma è stato il marginalismo³⁰ a spostare definitivamente l'attenzione dalla

²⁷ L'opera celeberrima di A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, scritta tra il 1767 e il 1773 fu pubblicata nel 1776, (l'ed. qui cit. è *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, George Bell & Sons, 1892).

La letteratura su Smith è amplissima. Qui mi limito a ricordare alcune opere di carattere storico: W. J. BARBER, *Storia del pensiero economico*, cit., p. 21 ss.; A. RONCAGLIA e P. SYLOS LABINI, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, cit., p. 17 ss.; P. D. GROENEWEGEN e G. VIAGGI, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, cit., p. 115 ss.; E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, cit., p. 94 ss.

²⁸ In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, Roma-Bari, Laterza, 1999, *passim*; A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, Laterza, 2005, *passim*.

²⁹ Come noto per economia classica si intende la corrente la corrente che si personifica soprattutto nei nomi di D. Ricardo, T. R. Malthus, J. B. Say, J. S. Mill, K. Marx.

Quell'indirizzo, soverchiato per un secolo dall'economia neoclassica di cui si dice subito appresso, ha conosciuto una rivalutazione: per tutti P. SYLOS LABINI, *Torniamo ai classici. Produttività del lavoro, progresso tecnico e sviluppo economico*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

³⁰ Fondamentali i contributi di L. WALRAS, *Elements d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Lausanne, Corbaz, 1874-77; C. MENGER, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, Wien, Braumüller, 1871 (trad. it. *Principi fondamentali di economia politica*, Bari, Laterza, 1925, p. 131 ss., p. 214 ss.) e W. S. JEVONS, *The Theory of Political Economy*, Macmillan, London, 1871 (trad. it. *Teoria dell'economia politica*, Torino, UTET, 1952, p. 57 ss., p. 80 ss.).

In tema A. RONCAGLIA e P. SYLOS LABINI, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, cit., p. 31 ss.; W. J. BARBER, *Storia del pensiero economico*, cit., p. 151 ss.; P. D. GROENEWEGEN e G. VIAGGI, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, cit., p. 187 ss.; E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, cit., p. 213 ss.

ricchezza al *valore*: scambiando ciascuno perviene, conseguendo beni la cui utilità è per lui maggiore di quelli che cede, ad un incremento di valore³¹, a parità di beni disponibili.

Per misurare le singole convenienze ci vuole un unità di misura: questa fu offerta dapprima dalla nozione di utilità marginale³². Un'utilità però solo *soggettivamente avvertita*³³, anche se *rivelata* dal prezzo pagato. Espressa in esatte misure matematiche da Edgeworth,³⁴ poi depurata dell'originario psicologismo da Pareto³⁵, l'utilità è stata infine tradotta da Samuelson da valutazioni in fatti, sostituendole la *preferenza rivelata*³⁶, e su tale base assiomatizzata da J. von Neumann e O. Morgenstern³⁷ nella

³¹ R. B. WILSON, *Exchange*, in J. EATWELL, M. MILGATE e P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of money and Finance*, London, MacMillan, 1992, I, p. 808 ss.

In tema, nella letteratura giuridica, da ultimo R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, Cedam, 2003, p. 23 ss.

³² Negli stessi anni della pubblicazione dell'opera economica di Mill, Gossen elaborò la nozione di utilità marginale: H. H. GOSSEN, *Entwicklung der Gesetze der menschliche Verkehrrs und der daraus fliessenden Regeln für menschliche Handeln*, Braunschweig, F. Vieweg, 1854. La denominazione rimasta in uso si deve però ad un allievo di Menger, F. von Wieser. Ma la sua opera rimase sconosciuta per almeno un quarto di secolo, fino a che l'idea fu diffusa da Jevons in Inghilterra e da Menger in Austria.

³³ Al rischio di soggettivismo che la nozione introduce, la dottrina economica ha reagito teorizzando con strumenti matematici una situazione ideale. Secondo l'insegnamento di Walras, una volta tradotti in un sistema di equazioni i gusti dei consumatori, i costi di produzione, la necessità che per ogni bene la domanda complessiva pareggi l'offerta, e che domandanti ed offerenti scelgano in modo da massimizzare il loro utile individuale, in una situazione di concorrenza perfetta e in condizioni rese economiche dalla scarsità, lo scambio risponde necessariamente alle leggi della domanda – al rincaro – e dell'offerta – al ribasso – destinate ad incontrarsi su un prezzo di equilibrio che le soddisfa entrambe

³⁴ F. Y. EDGEWORTH, nel 1881, nello studio su *Mathematical Psychics. An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, New York, A. M. Kelley, 1961. In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, cit., p. 105, p. 124, pp. 279-280; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, Cedam, 2000, p. 25 ss.

³⁵ Da V. PARETO, ai primi del novecento nel *Manuale di economia politica*, Roma, Bizzarri, 1965. In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, cit., p. 117, p. 120, p. 124.

³⁶ Fondamentali sul punto gli studi di P. SAMUELSON, a partire da *Social Indifferent Curves*, in *Quarterly Journal of Economics*, 52 (1938), p. 1 ss.; ID., *A Note on the Pure Theory of Consumer's Behaviour*, in *Economica*, 17 (1938), p. 61 ss.

³⁷ Da J. VON NEUMANN e O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944. In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, cit., p. 167 ss., nonché, per gli sviluppi recenti, P. L. SACCO e L. ZARRI, *Teoria dei giochi comportamentali e preferenze sociali*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 135 ss.

teoria dei giochi. In tal modo la visione neoclassica ha finito per *perdere qualunque aggancio alla psicologia da cui era partita*.

In tale prospettiva conosce la sua massima e più completa elaborazione il modello di perfetta razionalità strumentale dell'*homo oeconomicus*, base della perfetta razionalità funzionale del mercato. Nonostante le revisioni ed obiezioni di cui si dirà, esso costituisce tuttora un modello consolidato e imprescindibile³⁸. Ma, si badi, un modello *normativo*³⁹. Che cioè indica

³⁸ Infatti neppure le revisioni critiche di cui si dà conto più oltre nel testo ne prescindono (così anche G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 31). In economia per un riesame critico A. SEN, *Razionalità e libertà*, cit., 2005, p. 25 ss., che nota molto lucidamente il doppio senso (utilità come massimizzazione e utilità come benessere) in cui incorrono le dottrine economiche una volta sostituite le preferenze rivelate all'utilità soggettiva (p. 35).

³⁹ Nel pensiero economico è prevalsa per un po' l'idea (risalente soprattutto a M. FRIEDMAN, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, ora in *Metodo, consumo, moneta*, Bologna, Il Mulino 1996; su ciò F. GUALA, *Filosofia dell'economia: modelli, casualità, previsioni*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 70 ss.), che sebbene queste leggi, ed in specie quella della razionalità strategica per la massimizzazione del profitto siano fittizie, comunque sono valide in quanto occorre studiare il ciclo economico come se così fosse, perché gli operatori sono indotti dalla concorrenza a comportarsi così, sicché solo a questa stregua è possibile, non già spiegare, ma predire il loro comportamento. Altri ha osservato che ciò che spinge ad agire in tal modo gli operatori sono le istituzioni esistenti.

Queste teorie descrittive hanno in realtà un notevole carattere normativo [J. ELSTER, *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 (trad. it. *Come si studia la società. Una cassetta degli attrezzi per le scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 12; A. SEN, *Etica ed economia*, cit., 2000, p. 41 ss.)]. Da un lato perché, piuttosto che dalla neutra osservazione dei fatti deducono i loro presupposti da una assunzione di premesse; dall'altro perché, formando un modello del reale, formano un modello al reale: affermando infatti che *così è*, implicano che *così deve essere*. Quantomeno nel senso che esse trasformano un fatto - il modo di funzionare del mercato - in un valore - l'efficienza -. Non si tratta di un valore neutrale, né scientificamente né ideologicamente. Infatti, escludendo altre leggi che le leggi «naturali» dell'economia, queste dottrine tendono ad escludere qualsiasi conformazione dall'esterno del mercato, ispirata ad altro che l'agevolazione di ciò che le forze che agiscono sul mercato mostrano di voler fare.

Evidente la fallacia teorica dell'argomento: mentre è indubbio l'acume con cui vengono indicati i modi di perseguire l'obiettivo di una maggiore efficienza economica del sistema, non può essere accettata teoricamente l'impostazione intesa ad accreditare alla teoria economica una (falsa) neutralità e sue (pretese) necessità intrinseche, tali da trasformarla in una sorta di metafisica [G. MYRDAL, *The political Element in the development of economic theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1965 (trad. it. *L'elemento politico nello sviluppo della teoria economica*, Firenze, Sansoni, 1981, p. 23); ID., *Objectivity in Social Research*, New York, Pantheron Books, 1969 (trad. it. *L'obiettività nelle scienze sociali. L'illusione della "neutralità" della scienza*, Torino, Einaudi, 1973); R. M. UNGER, *Illusions of Necessity in the Economic Order*, in *American Economic Review*, 68 (1978), p. 369]. La violazione della

cosa dovrebbe essere, non cosa di fatto è.

Del resto, e sul piano descrittivo, anche in questa prospettiva che lo scambio sia fonte di arricchimento è vero solo a certe condizioni non date come necessariamente vere: perché l'effettiva massima possibile soddisfazione dei bisogni implica una corretta rilevazione dei bisogni stessi, e dei mezzi disponibili per soddisfarli. Insomma *autenticità valutativa e informazione*. Le leggi dell'economia neoclassica sono *valide su questo presupposto*.

Sia avvenuto in modo intenzionale o casuale, il diritto ha interiorizzato questa prospettiva sulla razionalità economica, già sottesa alla cultura dei primi codificatori grazie all'opera di Jean Baptiste Say⁴⁰. Essa è stata tradotta nella nozione di un *homo juridicus*, di cui *si presuppone* che sia capace di *intendere e volere*⁴¹. Quel presupposto – una scelta negoziale razionale – è perciò nel tempo che va dall'*Ecole de l'Esegèse*⁴² alla prima Pandettistica anche il presupposto della validità delle regole private così create. A partire dal *Code civil* per effetto del solo libero consenso⁴³ la regola dello scambio, definita «uso pienamente libero della ragione»⁴⁴, ha forza di legge tra le

Legge di Hume, oltretutto su un falso dato, è evidente (in tema B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994).

⁴⁰ È all'opera di studiosi come Jean Baptiste Say (1767-1832) economista classico di indirizzo liberista il cui *Traité d'économie politique* precede di un anno il codice civile francese che si deve la diffusione delle idee liberiste di cui anche il codice è espressione.

⁴¹ Una riflessione critica sul punto è ora in A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris, Seuil, 2005 (*Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto* Milano, Mondadori, 2006, spec. p. 37 ss).

Che la razionalità dipenda dalla libertà è osservato nella teoria economica da A. SEN, *Razionalità e libertà*, cit., p. 9.

⁴² In realtà sarebbe più corretto includervi anche l'opera precorritrice di Domat e Pothier. Certo è che i commentatori del *Code civil* erano perfettamente consapevoli del senso economico del contratto: «Le convenzioni adunque stabiliscono un felice equilibrio tra i bisogni e i mezzi di soddisfarli» (A. DURANTON, *Corso di diritto francese secondo il codice civile*, Tipografia delle belle arti, Napoli, 1835, X, p. 7).

⁴³ Cfr. ad es. C. E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Bruxelles, P.J. de Mat, 1827 (trad. it. *Corso di codice civile*, Tramater, Napoli, 1828, VI, V, II, p. 70). Come noto, si derogava così all'antica tradizione romanistica [cfr. ad es. G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1841 (trad. it. *Corso delle istituzioni*, Napoli, Tipografia all'insegna del Diogene, 1854, I, § CCLXXI, p. 231); ma l'identificazione almeno concettuale del patto con il consenso è già in A. F. J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Jena, Mauke, 1803 (trad. it. *Sistema del diritto delle Pandette*, Napoli, Stamperia dell'iride, 1857, III, § 368, p. 341)].

⁴⁴ F. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil des hoitegen römischen Rechts*, Berlin, Bei Veit und Comp., 1840-49 (trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione Tipografica-Editrice, 1900, III, § 106, p. 23).

parti⁴⁵: pone cioè la forza a disposizione della volontà⁴⁶. La legge non fa che tradurre in vincoli giuridici la volontà⁴⁷, ovvero in diritti gli interessi⁴⁸, e quindi porre la forza a disposizione della libertà che si esprime nella promessa. Per comprendere appieno il sistema legale va però notato che in esso non rileva solo la razionalità individuale della scelta, ma anche la sua razionalità collettiva. Ordine pubblico, ordine pubblico economico di protezione, ordine pubblico economico di direzione, pianificazione, collettivizzazione, esprimono il sottinteso che in questi casi se anche non è compromessa l'utilità individuale è però compromessa l'utilità generale⁴⁹.

Si comprende allora facilmente che il difetto determini l'invalidità (in senso ampio) della scelta negoziale, purché la sua irrazionalità sia sufficientemente grave da travolgere l'utilità generale (nullità), o quella di una parte (sempre che questa non opponga una contropotesa più razionale: buona fede nell'annullabilità, nella rescissione, ecc.). Ed è significativo che in questa idea il *common law* coincida con la dottrina dei paesi di *civil law*⁵⁰.

Strumento è come si vede l'invalidità. Ma non sempre dello stesso

⁴⁵ Cfr. l'art. 1123 Cod. 1865, e oggi l'art. 1372 c.c.

⁴⁶ Se, infatti, il contratto è valido, l'ordinamento assiste con la coazione la sua esecuzione, e quindi garantisce la soddisfazione degli interessi cui è intesa la regola formata razionalmente dalle parti.

⁴⁷ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, Dusseldorf, Buddeus, 1862 (trad. it. *Diritto delle Pandette*, Torino, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1930, I, § 69, p. 203).

⁴⁸ Quasi superfluo ricordare la nozione di R. VON JEHRING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf, 1883 (trad. it. *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972, p. 60), del diritto soggettivo come interesse protetto. Più utile segnalare che da questo punto di vista essa non esprime nulla di diverso dalla nozione di potere della volontà di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit.

⁴⁹ Un esempio che rende l'idea sono certe nullità «sanabili», come quella delle cessioni immobiliari prive dell'esibizione della licenza edilizia, e simili. Il legislatore scoraggia con la nullità quel che non vuole consentire, ma poi consente la convalida dell'atto quando il motivo della sua avversione vien meno. Il problema è ben studiato da S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁵⁰ Cfr. la ricostruzione di F. POLLOCK, *Principles of Contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England*, London, Stevens and Sons, 1911, p. 1 ss.

Nella letteratura contemporanea v. nel diritto inglese P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1995; G. C. CHESHIRE, C. H. S. FIFOOT e M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 1996; G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1999; nel diritto statunitense J. P. DAWSON, W. B. HARVEY e S. D. HENDERSON, *Contracts*, New York, Foundation Press, 1998; A. ROSETT e D. J. BUSSEL, *Contract Law and Its Application*, New York, Foundation Press, 1999. Nella letteratura italiana v. per tutti U. MATTEI, *Common Law. Il diritto angloamericano*, Torino, UTET, 1992, p. 336 ss.

tipo, neppure quando la comminatoria è comunque la nullità. La varietà delle ragioni che giustificano l'intervento pubblico correttivo dello scambio si traduce infatti in varietà di forme e discipline⁵¹.

4. *Il paradigma giuseconomico ed il diritto contrattuale di derivazione comunitaria*

Con il tempo, sia il carattere normativo del modello di razionalità neoclassico, sia la sua incompletezza, sono divenuti espliciti.

Quanto al primo aspetto, il carattere normativo, nell'indirizzo noto sotto il nome di *Analisi economica del diritto*⁵² è dall'origine chiaro che: «il razionale massimizzatore dell'utilità della teoria economica non ha punti di contatto con l'uomo sul bus per Clapham o, veramente, con alcun uomo o donna su un qualunque bus»⁵³. Si teorizza però, ciò nonostante, che il *dover essere* espresso dai sistemi giuridici di fatto abbia storicamente ritenuto *giuste* (almeno in ambiente di *common law*) proprio le soluzioni

⁵¹ La distinzione fondamentale passa tra ragioni di correzione dello scambio che operano in modo indistinto rispetto ad entrambi i contraenti, e ragioni che operano nella specifica prospettiva di un contraente. Le prime sono di ordine pubblico politico o economico di direzione. Le seconde di ordine pubblico economico di protezione.

Alle prime si addice la tradizionale nullità assoluta, totale, eccepibile da chiunque, rilevabile anche d'ufficio. Analoga perciò a quella che stronca regole private del tutto irrazionali sul piano semantico. Ma non caratterizzata dalla stessa necessità. Come ragioni politiche ed economiche la giustificano, così possono limitarla. Ed allora sono possibili deroghe, sanatorie, adattamenti.

Alle seconde invece si addice una nullità relativa alla posizione del contraente protetto. In certi casi questo significa solo restringere a lui la legittimazione. In altri casi però il conseguente crollo dell'affare sarebbe ancor più disutile. In termini classici questo significa nullità necessariamente parziale: l'invalidità opera (con il lessico oggi usato dal legislatore europeo) solo a vantaggio del contraente protetto.

⁵² Su *Law and Economics*: D. D. FRIEDMAN, *Law's Order. What Economics Has to Do with Law and why it Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2000 (trad. it. *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004); S. SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, New York, Foundation Press, 2004 (trad. it. *Analisi economica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2007); L. A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003; R. COOTER *et alii*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino 1999, I e II; v. D. FABBRI, G. FIORENTINI e L. A. FRANZONI (a cura di), *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma, NIS, 1997.

⁵³ R. COASE, *The Firm, The Market and The Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 (trad. it. *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 44).

efficienti di cui è capace l'*homo oeconomicus*, e perciò debba ad esse conformarsi. Secondo questo indirizzo insomma non bisogna distinguere tra razionalità assiologica ed economica: il diritto deve adottare come *giuste* le soluzioni economicamente *efficienti*⁵⁴. A sostegno si invocano sostanzialmente tre argomenti: che il principio di utilità unico massimizza la ricchezza; che la massimizzazione della ricchezza è l'ottimo per la società; che per raggiungerla, laddove altre regole dello scambio sono ideologiche, quella della massima efficienza ha un senso scientifico⁵⁵.

⁵⁴ Ma anche R. A. POSNER, nel recente *A Failure of Capitalism: The Crisis of the '08 and the Descent into Depression*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009, non sembra alieno da ripensamenti.

⁵⁵ Tutti e tre gli argomenti sono contestabili. È utile mostrarlo nell'ordine inverso. È contestabile che laddove altre regole dello scambio sono ideologiche, quella della massima efficienza abbia un senso scientifico, e quindi oggettivo e neutrale (per un esame critico dal punto di vista epistemologico e metodologico P. CHIASSONI, *Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanea*, Milano, R. Cortina, 1999, p. 183 ss.; C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 40-42; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 141 ss.). In realtà non si tratta di un valore neutrale (v. ancora G. MYRDAL, *L'elemento politico nello sviluppo della teoria economica*, cit. p. 23; R. M. UNGER, *Illusions of Necessity in the Economic Order*, cit.). Infatti, escludendo altre leggi che le leggi 'naturali' dell'economia, e quindi qualsiasi conformazione dall'esterno del mercato, il liberismo in concreto accredita come giuste le situazioni sociali create dagli operatori di fatto preponderanti (la critica al rapporto tra mercato e libertà nella visione liberista è sviluppata oggi da A. SEN, *Razionalità e libertà*, cit., p. 345 ss.). In pratica funge da giustificazione pseudoscientifica del capitalismo: il sistema degli scambi è un ottimo paretiano perché incrementa la ricchezza collettiva arricchendo ulteriormente i più ricchi. Ma la storia dimostra che il capitalismo, con le sue crisi cicliche, non è sempre efficiente, e con le sue sperequazioni enormi, è raramente giusto (v. ancora Z. BAUMAN, *Capitalismo parassitario*, cit.).

È poi contestabile che la massimizzazione della ricchezza sia l'ottimo per la società. Già un economista marginalista ma anche sociologo, come Pareto, passando da una considerazione meramente economica ad una sociologica, denunciava che il criterio di utilità non indica una soluzione 'ottimale' univoca: supposta una collettività in condizioni tali che ci sia la scelta tra averla molto ricca con grande disuguaglianza di entrate dei suoi componenti, oppure povera con entrate quasi eguali, la ricerca del massimo di utilità *della* collettività conduce al primo stato, mentre la ricerca del massimo di utilità *per* la collettività al secondo (V. PARETO, *Trattato di sociologia generale*, Firenze, Barbera, 1920, p. 402). E lo spunto si può sviluppare: è proprio vero che sia un ottimo paretiano (per esempio) raggiungere un totale maggiore aggiungendo a chi ha molto, sia pure senza togliere ad altri, piuttosto che raggiungere un totale minore aggiungendo a chi ha poco, sempre senza togliere ad alcuno? Bisognerebbe vedere se l'utilità complessiva sia eguale, minore o maggiore (ammesso che confronti interpersonali siano possibili; ma è dimostrato il contrario: K. J. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York-London-Sidney, John Wiley & Sons, Inc., 1963): è infatti ovvio che ogni incremento valga molto per

Quanto al secondo aspetto, l'incompletezza del contratto, deriva dal fatto che la nozione neoclassica di razionalità, accolta normativamente, viene però integrata descrittivamente. Poiché infatti gli scambi individuali non avvengono nel vuoto, ma in un preciso contesto – il mercato⁵⁶ – anche l'eventuale irrazionalità del mercato vi influisce. All'occasionale irrazionalità individuale si aggiunge così nella teoria l'irrazionalità del mercato (e

chi ha poco e poco per chi ha molto come aveva notato già A. C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, London, Macmillan, 1924 (trad. it. *Economia del benessere*, Torino, Unione tipografica-editrice torinese, 1969, p. 237). Nello stesso senso – più recentemente H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2002 (trad. it. *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Roma, Fazi 2004, p. 61). Comunque, scegliere è politica, etica, filosofia; non scienza economica.

E soprattutto è basilaramente contestabile la prospettiva utilitarista che costituisce l'*homo* dell'economia neoclassica (per un quadro delle versioni classiche del pensiero utilitarista L. FONNESU, *Storia dell'etica contemporanea*, Roma, Carocci, 2006, p. 59 ss.; S. CREMASCHI, *L'etica del novecento: dopo Nietzsche*, Roma, Carocci, 2005, p. 149 ss. Per un quadro sintetico della critica all'utilitarismo v. di recente A. CAILLÉ, *Anti-utilitarismo*, in *Dizionario dell'altra economia*, sotto la direzione di J. L. Laville, A. D. Cattani, Roma, Sapere 2000, 2006, p. 52 ss.). Contro la tesi benthamiana della insindacabile scelta razionale del massimo proprio bene, resta valida a livello individuale l'osservazione di Hume che sia perfettamente razionale preferire la fine del mondo ad un graffio al proprio dito. E contro l'idea, sempre benthamiana, della possibilità di un'algebra morale per calcolare la massima felicità del maggior numero, resta valida a livello collettivo la dimostrazione moderna dell'incommensurabilità di confronti interpersonali di utilità. Questa questione come si sa è molto dibattuta. La moderna dottrina economica ha escogitato metodi alternativi, quali la ricordata teoria delle preferenze rivelate, per aggirare il soggettivismo della nozione di utilità. Ma contro la possibilità di confronti interpersonali di utilità sta l'autorità (fra altri) di uno dei massimi economisti del novecento: K. J. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, cit.: «The social good was in some sense to be a composite of the desires of individuals. A viewpoint of this type serves as a justification of both political democracy and laissez-faire economics (pp. 22-23)». «It requires a definite value judgement not derivable from individual sensations to make the utilities of different individuals dimensionally compatible and still a further value judgment to aggregate them according to any particular mathematical formula. If we look away from the mathematical aspects of the matter, it seems to make no sense to add the utility of one individual, a psychic magnitude in his mind, with the utility of another individual. Even Bentham had his doubts on this point (pp. 10-11)». Sotto il profilo etico il punto sulla questione dei confronti interpersonali è in R. E. GOODIN, *Utility and the Good*, in P. SINGER (a cura di), *A Companion to Ethics*, Oxfors, Blackwell, 1993, p. 241 ss., pp. 245-246.

A tacer del fatto che la teoria neoclassica ha utilizzato una versione di comodo dell'utilitarismo, come nota I. MUSU, *Pensiero economico e diritto: più teorie economiche, ma terreni comuni*, in P. CIOCCA e I. MUSU (a cura di), *Economia per il diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006, p. 46 ss., p. 56.

⁵⁶ Per quanto riguarda le teorie del mercato rinvio alla nt. 20 che precede. V. inoltre G. BERTOLA, *Il mercato*, Bologna, Il Mulino, 2006.

talvolta delle leggi che lo regolano): i fallimenti dello scambio sono dovuti ad una serie di ostacoli umani e naturali (distorsioni della circolazione di informazioni, fenomeni di selezione avversa, esternalità negative, oltre che cause naturali), che suscitano altrettanti ostacoli ad un regolamento contrattuale integralmente razionale. Già Durkheim del resto aveva osservato che i contraenti non potrebbero ogni volta negoziare tutte le condizioni del loro accordo e operano in realtà grazie ad istituzioni sociali e modelli prestabiliti da esse forniti⁵⁷. A partire da Ronald Coase questi ostacoli ad una piena razionalità dello scambio vengono riassunti nella nozione di *costi transattivi*⁵⁸. Costi spesso troppo elevati perché le parti possano assumersi per predisporre clausole che vi rimedino. Si consolida così l'idea che i contratti sono necessariamente regolamenti incompleti⁵⁹.

Si aprono allora due problemi: *prevenire*, e *rimediare*, le irrazionalità determinate dall'incompletezza imposta dai costi transattivi.

Quanto al prevenire, però, si discute se il corretto rimedio sia, come molti assumono, lasciare al mercato di autocorreggersi, o come pensano i neoistituzionalisti, fare delle istituzioni (ma quali? leggi? giurisprudenza? autorità indipendenti?) il modo per razionalizzare il mercato rimediando ai costi di transazione⁶⁰.

Quanto al rimediare, si riflette su dove e come reperire buone regole di *default*.

Se ora ci si domanda se il nostro diritto abbia interiorizzato questo diverso modello di razionalità, con particolare riguardo all'invalidità ed inefficacia dei contratti, la risposta è sostanzialmente negativa, anche se non sono mancate proposte di rilettura giuseconomica di casi di invalidità come la violenza morale o lo stato di pericolo⁶¹. In positivo si trova solo

⁵⁷ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Milano, Comunità, 1963. Sul punto P. STEINER, *Economia, mercati, società*, cit., p. 21.

⁵⁸ R. COOTER *et alii*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., I, p. 151 ss.

⁵⁹ A. SCHWARTZ e R. SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale Law Journal*, 113 (2003), p. 540 ss., spec. p. 594 ss.; D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, cit., p. 275 ss., spec. p. 305 ss.; S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, cit., p. 60 ss.; A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: an Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *Journal of Legal Studies*, 21 (1992), p. 271 ss.; G. K. HADFIELD, *Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts*, *ivi*, 23 (1994), p. 159 ss.; nella letteratura italiana L. A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, cit., p. 127 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit.; A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁶⁰ Cfr. ancora O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985 (trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, F. Angeli, 1987, spec. p. 155 ss).

⁶¹ D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, cit., p.

una vaga affinità in alcuni aspetti del diritto europeo dei contratti. Il diritto comunitario ha fatto propria l'idea che i contratti dei consumatori siano afflitti a causa dei costi di transazione da costante asimmetria informativa⁶², ed ha creduto di rimediare – a tutela del mercato prima ancora che del singolo⁶³ – estendendo a queste irrazionalità unilaterali, frutto sì di un limite alla capacità di intendere, ma non individuale come nei casi classici visti nel precedente paragrafo, bensì seriale, la comminatoria di invalidità (relativa e parziale). Ciò assevera il principio che il consenso vale almeno in questi casi solo se adeguatamente informato.

Inoltre, ma con approccio più neoistituzionalista che giuseconomista, si è disposto che almeno in certi settori circoli per volontà di legge – ma qui non a pena di invalidità delle transazioni - l'informazione da chi l'ha a chi non l'ha (come si impone agli intermediari finanziari e bancari con gli investitori⁶⁴, ai commercianti a distanza con le controparti).

289 ss., p. 291 ss.; v. anche S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, cit., p. 73 ss.

⁶² L'opera di riferimento obbligato è qui come noto G. AKERLOF, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84 (1970), p. 488 ss.

⁶³ Perché garantisce, come già da tempo è stato notato, il libero competere tra le imprese (N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 441 ss.) e quindi razionalità individuale e di mercato dell'offerta. Ma – e questo è il punto (senza di che il diritto europeo non avrebbe alcuna specificità rispetto ad un qualunque sistema di mercato e di difesa quindi della concorrenza), anche e soprattutto perché garantisce anche libera scelta dei consumatori, e quindi razionalità dal lato della domanda. La specificità sta perciò nel non affidare come di consueto la tutela degli interessi della domanda alla sola concorrenza nell'offerta (spesso insussistente, solo apparente o inefficiente). Questa linea è ovviamente rafforzata dalla introduzione di azioni collettive a tutela della domanda di beni e servizi.

⁶⁴ Cass., S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, p. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; e in *Contratti*, 2008, p. 229, con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*; e in *Soc.*, 2008, p. 449, con nota di V. SCOGNAMIGLIO *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S. U.*; e in *Corr. giur.*, 2008, p. 223, con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; e in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, con nota di V. ROPPO e F. BONACCORSI, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza "Rordorf"*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 432, con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi, e obiter dicta delle sezioni unite*; e in *Impresa*, 2007, p. 1733; e in *Mondo bancario*, 2008, p. 37, con nota di F. CAPRIGLIONE, *La tutela dell'investitore nell'orientamento della corte di cassazione*; e in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1175, con nota di n. A. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; e in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 604, con nota di F. BRUNO e A. ROZZI, *Le sezioni unite sciolgono i dubbi sugli effetti delle violazioni degli obblighi di informazione*;

e in *Guida. dir.* 2008, fasc. 5, p. 41, con nota di F. MAZZINI, *Valido il contratto d'investimento finanziario anche se è mancata l'informazione al cliente*: «Dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso»; Cass., S. U. 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, p. 221, con nota di V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti d'investimento dopo l'attuazione della Mifid*; e in *Giur. it.*, 2008, p. 347, con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*; e in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; e in *Resp. civ.*, 2008, p. 525, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La violazione di obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario: il rimedio risarcitorio*; e in *Corti sal.*, 2007, p. 840; e in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 17. «La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione; in nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, co. 1, c.c.»

La questione era stata rimessa alle S.U. con ordinanza Cass 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 999 ss., con nota di . SALANITRO. Per i precedenti di legittimità v. Cass 29 settembre 2005, n. 19024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 897 ss.; in *Giur. it.*, 2006, p. 1602 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; e in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO, G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

In dottrina, oltre gli scritti citt., R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 175 ss., p. 265 ss.; A. BOVE, *La violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2009, II, p. 143 ss.; V. CALDERAI, *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale di buona fede e dicotomie della giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 233 ss.; C. A. MARCHIANDI, *La*

5. Il paradigma dell'economia cognitiva ed il diritto contrattuale

Anche il modello giuseconomico però oggi non appare a tutti, nonostante le integrazioni, descrittivamente veridico.

La razionalità neoclassica dell'*homo oeconomicus*⁶⁵ che anche questo modello assume, almeno normativamente, presuppone come detto piena consapevolezza e libertà, di fatto limitate dai costi transattivi. Ma un diverso indirizzo di studi, che ritorna alla considerazione della psicologia, fa rilevare che in concreto negli scambi individuali i limiti alla razionalità non sono solo esogeni, come i costi transattivi, ma anche *endogeni*.

responsabilità degli intermediari nei confronti dell'investitore: il quadro giurisprudenziale, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 376 ss.; M. GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria tra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, *ivi*, 2009, I, p. 360 ss.; V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 485 ss.; A. A. DOLMETTA, *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, p. 80 ss.; F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cass., (S.U.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 2, p. 1 ss.; ID., *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 25 ss.; F. CALISAI, *La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari - il contratto di intermediazione davanti ai giudici fino alla tanto attesa (o forse no) pronuncia delle S.U. della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 155 ss.; F. AUTELITANO, *La natura imperativa delle regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, p. 1157 ss..

In generale sulla questione poi pervenuta alle S.U. v. anche M. TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni*, *ivi*, 2007, p. 363 ss.; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, Jovene, 2005, p. 8 ss.; G. MUCCIOLI, *Intermediazione finanziaria e strumenti di tutela degli investitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 1254; D. MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 575 ss.; F. FIMMANÒ, *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Soc.*, 2004, p. 401 ss.

Per la giurisprudenza di merito v. da ultimo Trib. Torre Annunziata, 27 giugno 2007, in *Contratti*, 2008, p. 5 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto*, (e *ivi* precedenti). Sulla giurisprudenza di merito v. anche V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.; S. RIZZINI BISINELLI, *Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica*, commento a Trib. Ferrara, 25 febbraio 2005, in *Soc.*, 2006, p. 203 ss.; E. M. NEGRO, *Regole di condotta degli intermediari finanziari: gli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 489 ss.; M. DELLA CASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1241 ss.

⁶⁵ La concezione tradizionale è quella neoclassica di cui si è detto nel testo. Ovviamente non si riduce al solo artificiale procedimento supposto da Walras, ma anche ai contributi della scuola austriaca e alla più realistica visione teorizzata da A. MARSHALL, *Principi di economia*, Torino, Unione tipografica torinese, 1959, p. 83 ss.

Quanto al volere non sempre si è guidati solo da *self interest* ma spesso anche da considerazioni *altruistiche* o almeno da considerazione degli altri, e quanto all'intendere i *limiti cognitivi* umani inquinano la razionalità della scelta. Nei fatti insomma l'*homo oeconomicus* è solo un mito e *la razionalità economica degli uomini è limitata*⁶⁶.

Nella scia di questo indirizzo la *Behavioral Law and Economics* dimostra sperimentalmente che la scelta è influenzata da propensioni psicologiche⁶⁷ come l'avversione al rischio, o da suggestioni nella presentazione delle alternative (*effetto framing*⁶⁸). E si dovrebbero a mio avviso aggiungere le suggestioni pubblicitarie⁶⁹, le pratiche sleali, aggressive o ingannevoli, e poi usi, costumi, relazioni personali, reti parentali e clientelari, che concorrono ad orientare sia la possibilità sia il contenuto degli accordi⁷⁰. E – non dimentichiamolo – il bisogno.

Lungi dall'essere un calcolatore perfetto e impassibile, dunque, l'agente contrattuale – anche professionale – è per lo più vittima di *bias* (cioè errori sistematici e pregiudizi), non evitati ma anzi spesso favoriti dalle *euristiche* (intuizioni, abitudini, supposizioni) solitamente praticate come scorciatoie per rimediare all'incertezza senza affrontare sforzi conoscitivi e valutativi eccedenti le forze⁷¹.

Solo in condizioni ideali domanda ed offerta si incontrerebbero nell'equilibrio ottimale. Ma nelle condizioni reali, la diversa capacità negoziale

⁶⁶ Sulla razionalità limitata H. A. SIMON, *Reason in Human Affairs*, Stanford, Stanford University Press, 1983 (trad. it. *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, Il Mulino, 1984); ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1985; J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979 (trad. it. *Ulisse e le sirene*, Bologna, Il Mulino, 1983); cfr. inoltre M. EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 173 ss., spec. p. 180 ss.

⁶⁷ Occorre infatti tener conto della concorrenza di motivazioni di indole psicologica (e per l'economia cognitiva v. R. VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 233 ss.) ovvero sociologica (P. STEINER, *Economia, mercati, società*, cit., p. 33).

⁶⁸ Si parla per questa influenza del modo di presentazione sulla razionalità della scelta, di *framing effect* (sul quale lo studio di riferimento è quello di D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, "Prospect Theory": *An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 47 (1979), p. 263 ss.

⁶⁹ L'opera di riferimento è qui, ovviamente, V. PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, Einaudi, 1958.

⁷⁰ Per tutto ciò (P. STEINER, *Economia, mercati, società*, cit., spec. p. 51 ss., p. 81 ss.

⁷¹ Sul punto l'opera di riferimento è A. TVERSKY e D. KAHNEMAN, *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in D. WENDT e C. A. VLEK (a cura di), *Utility, Probability and Human Decision Making*, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1975, p. 141 ss.

determinata da quei fattori condizionanti l'intendere e il volere⁷², spinge ad accettare quelli che la teoria economica chiama - molto pudicamente - equilibri subottimali, purché almeno *soddisfacenti*.

Se ora ci chiediamo se e quanto di questa prospettiva sulla realtà di fatto delle scelte negoziali sia compatibile con il nostro diritto dei contratti, la risposta è complessa, e richiede delle distinzioni: tra il discorso *de jure condito* e *de jure condendo*; tra il discorso sulle debolezze in senso stretto *cognitive* e quelle *valutative*.

De jure condito la legislazione recente di fonte comunitaria non manca affatto di interventi leggibili nell'ottica del governo legale delle debolezze cognitive (intendere) e valutative (volere).

Tra le prime (cognitive e relative al retto intendere) si possono citare (senza pretesa di completezza):

la disposizione dell'odierno art. 35 del c. cons. sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole dei contratti proposti dai professionisti ai consumatori per iscritto;

le disposizioni del t.u. banc. sul Tasso Annuo Effettivo Globale nel credito al consumo, laddove impone modalità informative conformate dalla Banca d'Italia in conformità alle delibere del CICR (spec. art. 123, co. 2), ovvero prescrive di fornire le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di consentire una decisione informata e consapevole (art. 124, co. 1), e i chiarimenti necessari, in modo che il consumatore possa valutare se il contratto di credito sia adeguato (art. 124, co. 5);

le disposizioni del t.u.f. sulla forma facilmente analizzabile e comprensibile del prospetto di offerta di strumenti e prodotti finanziari (art. 94, co. 1 e 2);

le disposizioni del c. cons. che inibiscono pratiche commerciali ingannevoli in quanto idonee a falsare cognitivamente il comportamento economico del consumatore medio (artt. 21 ss.);

Tra le seconde (valutative e relative al libero volere) si possono citare (ancora senza pretesa di completezza):

le disposizioni del c. cons. sulla comunicazione pubblicitaria intese a sfruttare la superstizione⁷³, o la paura, o a indurre comportamenti pregiudizievole

⁷² In tema C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, cit., *passim*; M. EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 173 ss.; P. LEGRENZI e R. RUMIATI, *L'economia e la psicologia*, *ivi*, p. 203 ss.; N. BONINI, *L'intuizione nelle decisioni economiche*, *ivi*, p. 221 ss.; R. VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, *ivi*, p. 223 ss.; e v. anche *infra*, e nt. 98.

⁷³ Ora in tema V. ZENO-ZENCOVICH, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv.*

(artt. 29-31);

le disposizioni del c. cons. che inibiscono pratiche commerciali aggressive in quanto idonee a falsare nella autenticità e indipendenza della scelta il comportamento economico del consumatore medio (artt. 21 ss.).

Chi legge potrebbe ben obiettare che è poco (soprattutto perché relativo ai soli contratti dei consumatori, laddove il problema della razionalità limitata si pone anche per le imprese ed in generale per gli agenti contrattuali), oltre che solo approssimativamente connesso alla prospettiva dell'economia cognitiva e comportamentale.

È poco infatti, ma non è tutto. C'è qualcos'altro. E molto importante. A mio giudizio – e inopinatamente – il più vistoso segno di presenza della tesi economico-cognitiva nel sistema del diritto dei contratti è proprio nel cuore dell'ispirazione legislativa di questo. E vi è da sempre.

È stato poco o nulla notato che – nonostante una (fosse pure inconsapevole) adesione dei codici in generale e del nostro in particolare al paradigma neoclassico – essi *mai* hanno preteso per la validità della scelta economica sottesa al patto quel che il paradigma neoclassico pretenderebbe: la massimizzazione del vantaggio. *Hanno sempre ritenuto sufficiente (in termini di validità) che la scelta economica tradottasi nel regolamento negoziale desse agli interessi una sistemazione soddisfacente.* Esattamente come assume sul piano descrittivo il paradigma della negoziazione in condizioni di razionalità limitata e anomalie cognitive.

Pochi esempi lo provano: l'errore non è causa di annullamento se non è essenziale (a prescindere dalla riconoscibilità). La minaccia non è causa di annullamento se crea solo disagio e non paura. La causa non è mai ritenuta mancante se il patto realizza in ragionevole misura gli interessi. I motivi non rilevano se non sono determinanti.

Scontato dunque che i legislatori del 1942 non si siano certo valse di studi della seconda metà del secolo XX, di fatto *essi, anticipando, hanno presupposto che la validità dei contratti (sempre in senso ampio): a) non è incisa dalla circostanza che l'utilità non sia massimizzata; b) non è incisa dal fatto che non sia equilibratamente ripartita.*

In altri termini: inconsapevolmente, ed appunto anticipando, i legislatori hanno stabilito che ciò che di fatto è – che cioè gli uomini negoziano con limitata razionalità – di diritto sia – che cioè queste loro negoziazioni, purché almeno *soddisfacenti*, valgano.

6. Conclusioni

È il momento di una valutazione. Che introduce l'alternativo discorso *de jure condendo*.

In breve: il sistema si è evoluto. E crea tensione il fatto che la razionalità limitata del consumatore sia piuttosto largamente tutelata e quella del piccolo imprenditore lo sia assai poco (o nulla, se riteniamo non riconducibili ad anomalie volitive regole come quelle sul cd. terzo contratto). Crea tensione il fatto che per il consumatore e l'utente dei servizi bancari e finanziari si richieda un consenso informato e per l'agente contrattuale civile valga ancora il principio *caveat emptor*. Crea tensione che la giurisprudenza ragioni secondo il paradigma neoclassico, per il quale il contratto determina il giusto equilibrio, ma poi, attraverso clausole come la buona fede, voglia introdurre un paradigma negoziale per cui il giusto equilibrio determina il contratto.

A me pare che alla base di tali tensioni stia un'aporia insoluta: il conflitto tra razionalità assiologica e razionalità economica del diritto. Non è un caso che tutte le prospettive economiche sul diritto (tradizionale, giuridoeconomica, cognitiva) adottino a livello normativo il paradigma neoclassico: quel che è pienamente efficiente è anche assolutamente giusto. Non è un caso che tutte a livello descrittivo pongano condizioni di fatto più o meno ampie e più o meno irreali della sua operatività: il modello nella realtà non è pienamente operativo né pienamente efficiente. Ed allora è evidente che non è nemmeno del tutto giusto.

In altri termini: si potrebbe probabilmente accettare, secondo buona logica deontica, la derivazione della conclusione prescrittiva circa la migliore regolazione legislativa dei contratti dalla premessa normativa circa la migliore maniera di fare scelte economiche. Ne verrebbe il seguente sillogismo:

‘la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il miglior modello praticabile di scelta economica,

il miglior modello praticabile di scelta economica è quello dell'*homo oeconomicus*,

la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il modello dell'*homo oeconomicus*'.

Ma se si riconosce, come riconoscono tutte e tre le prospettive ricordate, che quel modello vale solo per una perfetta razionalità, ma che nei fatti non è praticabile perché quel modello è solo normativo non reale, perché i costi di transazione ostano, perché le anomalie cognitive limitano, allora il sillogismo diventa:

‘la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il miglior modello

praticabile di scelta economica,

il miglior modello di scelta economica è quello dell'*homo oeconomicus* ma non è praticabile,

la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il modello dell'*homo oeconomicus*'.

Un cattivo sillogismo.

Se così è, *de jure condendo* non basterà infilare nelle leggi qua e là qualche disposizione *cognitive based*. Bisognerà scegliere con coerenza tra adeguare il dover essere all'essere (e allora *caveat emptor*, costi di transazione, e anomalie cognitive per tutti), e adeguare l'essere al dover essere (e allora consenso informato, chiarezza e comprensibilità senza reticenze, e nessuna pressione indebita per tutti).

Chi scrive preferirebbe la seconda.

Ma ricorda che già centocinque anni fa Jean Cruet, ha osservato che si è vista spesso la società rifare la legge, ma non si è mai vista la legge rifare la società⁷⁴.

⁷⁴J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908.

Luca Nivarra

Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato

1. Tre casi esemplari: la rappresentanza commerciale

Nell'affrontare il tema oggetto delle presenti riflessioni mi sono subito chiesto in che modo si atteggi il rapporto tra legge e autonomia privata nel momento in cui la prima decida di avvalersi di strumenti di regolazione come quelli che vanno sotto il nome di apparenza e di affidamento. Ovvero, se si preferisce un lessico meno tradizionale, mi sono domandato in quale contesto istituzionale si trovi ad operare il contratto allorché esso venga assoggettato a queste regole. Sono interrogativi che possono risultano perfino banali se ci si colloca nella prospettiva più familiare per un giurista uso a ragionare secondo una logica di sistema: tanto è vero che la nostra letteratura pullula di importanti contributi in materia, alcuni assurdi alla dignità di classici; e le nostre corti di giustizia usano dei due istituti con grande disinvoltura, forse troppa, come si vedrà più avanti¹. Non altrettanto può dirsi se il perimetro all'interno del quale ci si muove è quello della *Behaviorial Law and Economics* (d'ora in poi *BLE*), ossia di un modello teorico che, al pari della *Law and Economics*, muove dall'idea secondo cui il diritto interloquisce con gli individui: per consentire ad essi di trarre il massimo profitto possibile dal patrimonio di razionalità di cui sono naturalmente dotati, nel caso della *LE*; per correggerne le distorsioni cognitive, nel caso della *BLE*².

In effetti, se si prendono in esame le applicazioni canoniche di questi due nobili istituti del diritto civile, sembrerebbe proprio che qui la prospettiva

¹ V. *infra*, nt. 4.

² Per una messa a confronto, anche in chiave storica, della *LE* e *BLE* v., da ultimo, R. NATOLI, *Il contratto adeguato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 49 ss. Sulla *BLE* molto utile, per un'introduzione generale, R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008, *passim*.

dell'individuo, della sua razionalità e dei suoi fallimenti cognitivi sia, quanto meno, collocata sullo sfondo, se non apertamente trascurata. Ho scelto un esempio che mi sembra particolarmente significativo: quello della rappresentanza, nelle sue declinazioni, civile e commerciale. Cominciamo da quest'ultima. Come è noto, gli artt. 2206 – 2207 c.c. contemplano una serie di regole il cui senso può intendersi soltanto alla luce di quanto disposto dall'art. 2204, co. 1, cpv. 1 c.c., alla stregua del quale «l'instutore può compiere tutti gli atti inerenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura»³. Come si vede, questa regola è autosufficiente (specie ove la si consideri integrata dalla *contemplatio domini* dell'art. 2208 c.c. che pone a carico dell'instutore un vero e proprio obbligo di *disclosure*, limitatamente all'*an* della preposizione, e non anche al *quantum*, altrimenti la previsione di un onere pubblicitario risulterebbe incomprensibile), nel senso che essa ci fornisce il criterio in relazione al quale stabilire la latitudine dei poteri dell'instutore, criterio rappresentato dal riferimento all'attività di impresa. Il quadro si complica, però, nella misura in cui la legge contempla l'eventualità che i poteri dell'instutore siano limitati, modificati, revocati: infatti, proprio perché di tutto principio la rappresentanza è generale, la eventuale opponibilità ai terzi di un diverso suo contenuto (originario o successivo) è subordinato all'adempimento di un onere pubblicitario (iscrizione della procura presso il registro delle imprese), in difetto del quale si riespanderà la regola 'generale' a meno che non si riesca a provare la mala fede del terzo, ovvero che il terzo fosse comunque a conoscenza delle reali prerogative negoziali dell'instutore.

Ora, come può essere interpretata una regola che vincola taluno (l'imprenditore) ad un contratto che egli non ha effettivamente voluto (se l'avesse voluto lo avrebbe potuto ratificare *ex art. 1399 c.c.*)? Si potrebbe ragionare così. Posto che la soluzione più efficiente, ovvero quella che implica l'assenza di costi transattivi, è quella che sovrappone poteri dell'imprenditore e attività dell'impresa, il diritto la assume come regola, anche perché essa, all'interno di questo paradigma, è anche la regola razionale (infatti, nel modello della *LE* efficienza e razionalità sono grandezze coestensive, esattamente come il reale e il razionale nell'introduzione alla hegeliana filosofia del diritto). Lo scarto rispetto allo stato di cose ideale introduce un doppio costo di transazione riconducibile, per l'imprenditore, all'onere dell'iscrizione, e per il terzo all'onere di consultazione del registro delle imprese: ciò che, però, determina un significativo decremento del

³ Sul punto v. F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina del contratto*, in *ODCC*, 2012, pp. 14–15.

tasso di efficienza della regola e, quindi, anche un pregiudizio alla razionalità dell’agente, il terzo, che non potrà più confidare nella *vis* cognitiva dell’efficienza. Non si dimentichi, infatti, che l’efficienza sta alla razionalità dell’*homo oeconomicus* esattamente come il reale sta al razionale del filosofo: l’inefficiente, come l’irreale, non è suscettibile di essere appreso con il pensiero, può soltanto essere oggetto di una costosa indagine empirica (presso il registro delle imprese o presso un archivio, dove il filosofo, trasformatosi in un ben più modesto storico o filologo, andrà alla ricerca di ciò che è esistito ma non è più reale).

Ma perché tutto questo, perché questo rischioso divorzio dal binomio efficienza – razionalità? Il giurista comune, ad es., io, potrebbe rispondere che, in fin dei conti, al povero imprenditore si dovrà pure consentire, in nome delle prerogative che gli riconosce l’art. 1322 c.c. di strutturare la procura – che è pur sempre un atto di autonomia privata – nel modo che gli è più congeniale: però questo produce una serie di conseguenze indesiderabili – *rectius*, costi transattivi – che sono, come si è visto, l’onere dell’iscrizione, l’onere di consultare il registro delle imprese, l’onere di provare che il terzo fosse comunque a conoscenza della limitazione, della modificazione o della revoca, l’onere di vedersi imputato un atto non voluto. L’evidente irrazionalità di questo sistema è testimoniato, tra l’altro, anche dal moltiplicarsi delle fonti alle quali attingere per acquisire l’informazione cruciale, cioè quella relativa ai poteri del rappresentante: l’attività dell’impresa, il registro delle imprese, un universo di dati dai confini indeterminabili dal quale, quasi miracolosamente, il terzo venisse a sapere, in modo abbastanza casuale, come stanno davvero le cose in punto di poteri di rappresentanza.

Altra, inevitabile domanda. Di quali informazioni dispone il preponente quando decide di segmentare il contenuto della procura? In altri termini: si può dire che questa scelta sia una scelta razionale, ossia efficiente? Semmai potrebbe sostenersi che la regola per cui l’atto *ultra vires* posto in essere dall’instutore vincola comunque l’imprenditore è un tipico incentivo a non segmentare, mentre sarebbe assai più azzardato sostenere che essa incentivi una selezione accurata di tutte le informazioni necessarie ad effettuare una scelta razionale in ordine ai poteri da trasferire all’instutore perché qui i costi di ricerca si presentano, già *icto oculi*, esorbitanti.

E, infine, non si può non rilevare come questa complessa costruzione normativa – molto più complessa di quanto non potrebbe apparire d’acchito – incorpori l’eventualità che una delle due parti (il preponente) si ritrovi vincolato ad un contratto non voluto: soluzione certamente condivisibile dal punto di vista di un astratto parametro di giustizia retributiva,

ma parecchio ingarbugliata dal punto di vista di un paradigma analitico incentrato sull'economia dell'informazione e sulla razionalità dell'agente. A questo proposito si potrebbe supporre che la stabilità del contratto sia la sanzione posta a carico dell'imprenditore per avere violato, omettendo di iscrivere la procura nel registro delle imprese, un obbligo di informazione. In altri termini, quella che con il linguaggio aulico della nostra tradizione siamo usi chiamare inopponibilità al terzo contraente della procura (delle sue modificazioni, delle sue limitazioni, della sua revoca) altro non sarebbe che un rimedio di tipo reale conseguente all'inosservanza di una regola di condotta. Il punto, sul quale ritornerò successivamente, merita di essere sottolineato tanto più che, in dottrina e in giurisprudenza, da noi, negli ultimi anni, si è ragionato dell'ipotesi esattamente opposta, e cioè dell'eventualità che la violazione di un obbligo precontrattuale di informazione desse luogo alla nullità del contratto.

2. quella civile

Trasferendoci dalla rappresentanza 'commerciale' a quella 'civile', possiamo osservare che a) una fattispecie analoga a quella avuta presente dagli artt. 2204-2208 c.c. viene trattata in modo molto diverso: infatti, il *falsus procurator* sarà tenuto al risarcimento del danno patito dal terzo contraente per avere senza sua colpa confidato nella validità del contratto (art. 1398 c.c.). Questa regola, unanimemente considerata un'applicazione puntuale di quella, di portata più generale, contemplata dall'art. 1338 c.c. (conoscenza delle cause di invalidità), la quale, a sua volta, si riannoda alla *culpa in contrahendo* dell'art. 1337 c.c., pone a carico dello pseudo rappresentante un obbligo risarcitorio. Dunque, l'irrazionalità introdotta nel sistema a cagione della omessa informazione in ordine all'*an* e al *quantum* dei poteri rappresentativi viene 'punita' mediante un congegno che trasferisce in capo all'impostore i costi transattivi inutilmente sostenuti dalla controparte (nei limiti del c.d. 'interesse negativo')⁴.

⁴ È noto, tuttavia, che fin dai primi anni '50 del secolo scorso è andato prendendo corpo, nella giurisprudenza di legittimità, un orientamento che si lascia riassumere nella massima secondo cui «in tema di rappresentanza possono essere invocati i principi dell'apparenza e dell'affidamento incolpevole allorché non solo vi sia la buona fede del terzo che ha stipulato con il falso rappresentante, ma anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentato», Cass.

Si tratta di una soluzione molto lineare e anche del tutto coerente con gli equilibri interni alla disciplina della rappresentanza ‘civile’: qui, infatti, a differenza di quanto accade nella parallela materia della rappresentanza ‘commerciale’, non esiste, né potrebbe esistere, nulla di paragonabile alla *relatio* istituita dall’art. 2204 c.c. tra poteri dell’istitutore e attività dell’impresa, *relatio* che, come si è visto, individua la vera *Grundnorm* a partire dalla quale si instaura la dialettica con la procura, che, non a caso, è, almeno in linea teorica, strumento di impiego puramente eventuale. Viceversa, in ambito ‘civile’ la procura è la regina della rappresentanza: essa costituisce l’unico modo attraverso cui trasferire al *procurator* il potere di agire in nome e per conto del *dominus* e, fondamentalmente, è soltanto attraverso di essa che si determinano la misura e la qualità di quel potere. Questo è un aspetto decisivo ai fini del nostro discorso. La procura è un atto unilaterale della cui recettività è, a mio avviso, impossibile dubitare: e, comunque, il terzo contraente è, rispetto ad essa, veramente ‘terzo’: non ha nessuna possibilità di sapere come stanno effettivamente le cose, la legge non prevede alcuna *relatio* (e, ripeto, neppure potrebbe farlo, tenuto conto dell’indisponibilità di un riferimento accostabile all’ ‘attività

9 marzo 2012, n. 3787, in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Rappresentanza nei contratti*, n.2. Secondo l’interpretazione corrente (v., da ultimo, S. PALMA, *La rappresentanza apparente: una questione ancora aperta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 223 ss.), l’estensione della regola dell’apparenza al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge (art. 534 c.c.; art. 1189 c.c.: pagamento al creditore apparente) sarebbe in linea di principio giustificata là dove si tratterebbe di tutelare un affidamento incolpevole, donde la distinzione tra apparenza pura e apparenza colposa, la quale sarebbe caratterizzata dalla compresenza di tre elementi, ossia uno stato di fatto apparente che non abbia corrispondenza con un dato reale; un comportamento colposo che abbia determinato lo stato di apparenza; un convincimento in buona fede dei terzi sulla corrispondenza della situazione apparente ad un dato reale. Ora, a parte ogni altro rilievo in ordine al campo d’applicazione della regola in discorso., che, a mio avviso, è assai più esteso, deve poi ulteriormente osservarsi: a) è inconcepibile che l’ordinamento attribuisca rilevanza ad uno stato di cose giuridico difforme dalla fattispecie normativa, riconnettendo alla prima i medesimi effetti della seconda al di fuori di un disegno di tutela dell’affidamento incolpevole; b) non è vero che nell’apparenza pura non si riscontrino gli estremi di una condotta colpevole di colui che è destinato a subire le conseguenze dell’applicazione della regola. Da questo punto di vista, proprio il caso della rappresentanza commerciale è paradigmatico perché l’inopponibilità al terzo delle limitazioni, modificazioni e della revoca della procura discende dalla mancata sua iscrizione nel registro delle imprese. La verità è che qui la giurisprudenza consuma un autentico arbitrio (avallato dalla dottrina: sul punto v. i richiami in S. PALMA, *La rappresentanza apparente: una questione ancora aperta*, cit., p. 237 ss.) perché, come meglio si vedrà più avanti, le due discipline sottendono *rationes* diverse, che riflettono assetti normativi del mercato (anzi, proprio mercati) differenti: sicché un’eventuale commercializzazione della rappresentanza civile avrebbe richiesto la mediazione del legislatore.

d'impresa'), né un dispositivo di tipo pubblicitario: dunque, è del tutto ovvio che, in una situazione di questo tipo, caratterizzata da una vistosa asimmetria informativa, sul rappresentante gravi un obbligo di *disclosure*, l'inosservanza del quale genera, a suo carico, un obbligo di ristorare il danno subito dalla controparte. Il rimedio risarcitorio, come spesso accade alle *liability rules*, assicura la quadratura del circolo: la vittima viene reintegrata nella posizione originaria (e il limite dell'interesse negativo, tipico della *culpa in contrahendo*, dovrebbe scongiurare i rischi di *overcompensation*), la libertà contrattuale dello pseudo – rappresentato non subisce alcun *vulnus*, anzi, essa viene esaltata dalla previsione, molto razionale, che il *dominus* si appropri del contratto mediante ratifica (art. 1399 c.c.), mentre il *falsus procurator* pagherà la sua bravata, andando incontro ad una perdita secca (in effetti, qui il risarcimento, se si volesse ragionare nell'ottica della *LE*, ha una connotazione vagamente punitiva giustificata dal carattere fraudolento della condotta).

3. e la c.d. nullità di protezione

Quelli presi brevemente in esame individuano due modalità molto diverse di risolvere un problema nascente dalla cattiva circolazione delle informazioni. La prima, imperniata sul binomio apparenza/affidamento, è una modalità drastica che, sostanzialmente, si risolve nell'assoggettamento dell'imprenditore ad un contratto non voluto. Indipendentemente dalle ragioni che possono essere invocate allo scopo di giustificare questa scelta (autoresponsabilità, *cheapest cost avoider*, ecc.), resta il fatto che qui siamo in presenza di un contratto imposto, con grave sacrificio della libertà negoziale (chissà che Stolfi non avesse poi, in definitiva, un pizzico di ragione)⁵: un rimedio pesantissimo, molto invasivo, come sempre sono i rimedi reali.

La seconda modalità, imperniata sull'obbligo di risarcire il danno nei

⁵ Alludo, naturalmente, a G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, *passim*, opera nella quale, come è noto, contro le pulsioni sociali (in realtà, secondo l'A., autoritarie e statolatriche) che percorrono il codice civile del '42, viene riproposta una lettura del fenomeno negoziale ispirata ad un liberalismo tanto limpido quanto, almeno per l'epoca, un po' forzato. Altrettanto nota è la circostanza che a Stolfi replicò E. BETTI, *Il negozio giuridico in un'opera recente*, in *Giur. it.*, 1947, IV, p. 137 ss., con ciò tenendo a battesimo quella che poi è passata alla storia come la polemica Stolfi – Betti sulla quale v., da ultimo, 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, p. 118 ss.

limiti dell’interesse negativo, si presenta assai più rispettosa delle prerogative dell’autonomia contrattuale e, dal punto di vista del *quantum* di ricchezza sociale e della sua allocazione, essa, come ho già detto, implica una (meritata) perdita secca per lo pseudo – rappresentante, a meno che non si voglia supporre che questi abbia comunque lucrato il valore delle informazioni involontariamente trasmessegli dal terzo contraente: nel qual caso il lieto fine sarebbe assicurato, giacché la regola giuridica finirebbe anche qui per mimare uno scambio, in sé razionalissimo anche se non voluto dalle parti o, almeno da parte di uno di esse.

Il diritto privato europeo comune in elaborazione non distingue tra rappresentanza civile e commerciale, il che non può stupire alla luce del programma che ispira l’oramai consolidato movimento culturale di predisposizione di un diritto privato europeo: la prevalente preoccupazione di elevare il discorso, individuando un complesso sufficientemente omogeneo e ordinato di disposizioni in materia di contratto e di obbligazioni riconoscibili dalle diverse tradizioni giuridiche europee come comuni, così da approntare – a voler rimare nel perimetro delle categorie della tradizione – una vera e propria parte generale del diritto privato. Il diritto privato europeo si presenta però sul punto non solo inevitabilmente più povero rispetto ai diritti nazionali ma anche più rozzo perché abbandona la via di un modello puro, sia esso quello della *relatio* che genera apparenza e quindi affidamento oppure quello imperniato sulla procura e, dunque, più rispettoso dell’autonomia privata. La regolazione che ne emerge poggia per lo più sul modello della procura ma con una non pienamente giustificabile ibridazione con il modello fondato sull’apparenza. L’art. II – 6:103, co. 3, del *Draft Common Frame of Reference* adotta infatti un approccio comportamentista - tipico delle regole di condotta piuttosto che delle regole di efficacia - e vagamente sanzionatorio, assumendo la prospettiva del privato che ingeneri nel terzo di buona fede il ragionevole affidamento circa il conferimento ad un terzo del potere di rappresentanza relativo a determinati atti⁶. Il rimedio approntato è di natura reale e, dunque, assai costrittivo dell’autonomia privata, secondo un modello oramai divenuto frequente nella legislazione dell’Unione europea ma poco consoni ai pur costantemente ribaditi ideali liberali: l’imputazione a colui che genera l’apparenza degli atti posti in essere dal presunto rappresentante come se gli avesse conferito davvero i relativi poteri. L’art. II. – 6:107 soltanto in parte ricalca la regola sperimentata nell’art. 1398 c.c.: l’accomuna la

⁶ L’art. II – 6:103, co. 3, *DCFR* sancisce che «If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that the person has authorised a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative».

soluzione di non imputare al soggetto il cui nome è stato speso indebitamente gli effetti degli atti compiuti dal falso rappresentante e di ricorrere al rimedio del risarcimento per proteggere le ragioni del primo; ma lo differenzia la scelta, anche questa non condivisibile anche soltanto in un'ottica sistematica, di estendere la determinazione del danno oltre la linea dell'interesse negativo, assicurando al terzo ignaro un risarcimento pari ai valori che questi avrebbe acquisito qualora il potere di rappresentanza fosse esistito realmente, e, pertanto, commisurato all'interesse positivo⁷. Non può essere trascurata neppure l'ulteriore apertura all'apparenza che si registra anche in questa disposizione e peraltro in maniera abbastanza evidente nell'affiancamento alla spendita non autorizzata del nome di condotte genericamente evocative di uno stato non corrispondente alla realtà indicate con la formula «*otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal*».

Com'è noto, l'afflato per un diritto privato unitario si è mestamente smorzato⁸, il che peraltro costituisce la riprova, se mai fosse stata necessaria, della perdurante vocazione mercatista dell'Unione europea, e l'ambizioso progetto del *DCFR* si è ridotto ad una *Common European Sales Law* allegata ad una proposta di regolamento, che peraltro conferisce alla normativa natura opzionale (art. 3 Reg.)⁹. Il diritto comune della vendita transfrontaliera, pur riproducendo diversi contenuti del *DCFR*, sebbene restringendone l'ambito di applicazione al solo contratto di vendita, come, ad es., la disciplina della fase precontrattuale, delle informazioni, del recesso, della conclusione del contratto, delle clausole abusive, dell'interpretazione etc., non fa altrettanto con le disposizioni sulla rappresentanza ed anzi nell'introduzione esplicativa rinvia al riguardo ai diritti nazionali, sicché

⁷ L'art. II – 6: 107 *DCFR* stabilisce infatti che «(1) When a person acts in the name of a principal or otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal but acts without authority, the act does not affect the legal position of the purported principal or, save as provided in paragraph (2), give rise to legal relations between the unauthorized person and the third party. (2) Failing ratification by the purported principal, the person is liable to pay the third party such damages as will place the third party in the same position as if the person had acted with authority. (3) Paragraph (2) does not apply if the third party knew or could reasonably be expected to have known of the lack of authority».

⁸ È assai critico al riguardo, ma con piena ragione, C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 837 ss. nonché ID., *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, *ivi*, 2012, p. 289 ss. Certo non più lusinghiero è il giudizio espresso da S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. pp. 270–271.

⁹ COM(2011) 635.l.

nell’attuale regresso del processo di elaborazione del diritto privato europeo è sulle legislazioni nazionali che si deve continuare a concentrare l’attenzione.

Adesso voglio per un attimo allontanarmi dalla materia della rappresentanza e richiamare una terza tipologia di cura dell’asimmetria informativa, messa a punto là dove l’asimmetria informativa regna sovrana, ossia nei rapporti tra professionista e consumatore. Mi riferisco, in particolare, all’art. 23, co. 1, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (il T.U.F.) e all’art. 117, co. 3, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (il T.U.B.) i quali, entrambi, prevedono che, in caso di inosservanza della forma scritta (che qui è strumentale alla consegna di una copia del contratto, donde appunto, il nesso con l’obbligo di informare, ovvero di mantenere il controllo sull’informazione acquisita), il contratto medesimo sia nullo, anche se la nullità in questione è soltanto relativa, posto che unico soggetto legittimato a farla valere è il contraente ‘debole’ (art. 23, co. 3, T.U.F.; art. 127, co. 2 T.U.B.).

Sulla ‘nullità relativa di protezione’ sono stati scritti fiumi di inchiostro ed io mi guarderò bene dall’aggiungere una sola stilla. Semplicemente voglio richiamare l’attenzione sul fatto che, nelle ipotesi ora in esame, registriamo ancora una terza modalità di reazione ad un chiaro problema di asimmetria informativa, ovvero la nullità del contratto che rappresenta una soluzione molto invasiva, anche se meno irrispettosa della libertà contrattuale di quanto non lo sia quella alla quale si perviene attraverso il dispositivo apparenza – affidamento: anzi, si potrebbe dire che, dal punto di vista strettamente pratico, la circostanza che il rimedio sia nelle mani del consumatore avvicina questo modello alla ratifica dello pseudo – rappresentato, salvo che per la rilevabilità d’ufficio del vizio.

4. Tre modelli a confronto

Il fugace richiamo alla c.d. nullità di protezione serve a mettere in luce un aspetto del problema che non sempre viene adeguatamente preso in considerazione. Se si mettono a confronto le tre regole fin qui illustrate, viene fuori che in due casi l’ordinamento opta per una soluzione drastica rappresentata, rispettivamente, dalla conservazione (rappresentanza ‘commerciale’) e dalla eliminazione (nullità di protezione) del contratto, mentre nel terzo caso, quello della rappresentanza ‘civile’, la legge si limita ad addossare al *falsus procurator* l’obbligo di risarcire il danno, in nessun modo incidendo sull’autonomia privata e sulle sue concrezioni, né per conservarle né per rimuoverle. Eppure, sempre, in tutte e tre queste ipo-

tesi, siamo in presenza di un'asimmetria informativa, nel senso che sulla scena si muove un soggetto il cui potenziale di razionalità viene compromesso da un *deficit* di conoscenza di una serie di informazioni, appunti, indispensabili ai fini dell'adozione di una decisione razionale. Che cosa può spiegare questa varietà di risposte ad un problema che sembrerebbe presentarsi come unitario?

Nel tentativo di fornire qualche indicazione al riguardo, osserverei, in primo luogo, che dei tre dispositivi considerati, quelli che sembrano più avvicinarsi al modello ideale sono il risarcimento del danno e la nullità (relativa) del contratto: l'uno e l'altro, infatti, non contemplano ortopedie negoziali e nessuno degli attori rischia di vedersi invischiato in un'operazione che non è in linea con le sue previsioni e le sue aspettative. Il binomio apparenza – affidamento, viceversa, ha una portata decisamente eversiva dei canoni di razionalità privatistica, perché esso finisce per vincolare una delle parti ad un contratto che essa non avrebbe stipulato e, comunque, non a quelle condizioni. Come ho già detto, si tratta, in definitiva, di un contratto imposto: e, nel caso della rappresentanza 'commerciale' la sottrazione di sovranità patita dall'imprenditore appare particolarmente pesante perché qui ci troviamo comunque al cospetto di una positiva manifestazione di volontà (procura, sua modificazione, sua limitazione, sua revoca) totalmente o parzialmente divergente da quella che, poi, in concreto, risulterà vincolante per il *dominus* (ossia, il contratto stipulato dall'istitutore in conformità a quanto previsto dall'art. 2204, co. 1, cpv. 1 c.c.). Ora, è ben noto che la generalizzazione della tutela dell'affidamento ingenerato da uno stato di cose solo apparentemente conforme ad una fattispecie normativa rappresenti una delle principali novità del codice del '42: essa trova applicazione in una pluralità di ambiti (dagli acquisti a non domino, all'erede apparente, al pagamento al creditore apparente) ma il filo conduttore viene da sempre rinvenuto in un disegno giuspolitico ispirato al fine di promuovere e favorire la circolazione dei beni e, per usare un'espressione antica, la sicurezza e la stabilità dei traffici giuridici.

Insomma, è una banalità, ma è chiaro che queste regole sono regole di funzionamento di un'istituzione più complessa di quanto non sia il contratto, o l'autonomia privata, ossia il mercato, il luogo ideale della circolazione capitalistica, deputato alla misurazione e alla realizzazione dei valori di scambio delle merci. Nel caso specifico della rappresentanza 'commerciale', l'inattaccabilità del contratto stipulato dallo pseudo-istitutore discende anche dalla plateale inosservanza di un onere, quello pubblicitario, introdotto proprio allo scopo di consentire all'imprenditore di non restare schiacciato sulla sovrapposizione di attività dell'impresa e

latitudine dei poteri di rappresentanza.

5. *Olismo v. individualismo metodologico*

La regolazione del mercato pone sempre capo a dispositivi molto complessi ed è un fatto eminentemente politico, nel senso che essa presuppone scelte orientate dalle preferenze del decisore politico. Anche questa è una banalità, ma l’egemonia culturale del paradigma neoclassico ha contribuito in misura determinante ad imporre l’idea, a mio avviso abbastanza peregrina, secondo cui al centro della scena dell’economico sarebbe assiso l’agente razionale il quale opera spinto solo dall’obiettivo della massimizzazione del profitto, incontrando su questa strada i due dannati ostacoli dei costi di transazione e dell’opportunismo. Ora, il punto è che l’individualismo metodologico (il quale rappresenta il presupposto cognitivo del paradigma) è palesemente fuorviante, almeno lo è per il giurista, perché l’esperienza del legislatore storico rivela in modo inequivocabile come quest’ultimo si sia lasciato condurre da una percezione del reale molto più articolata e certamente irriducibile ad uno schema tanto primitivo.

Per meglio chiarire il mio pensiero al riguardo voglio ancora una volta richiamare la celebre chiusa della Introduzione alla *Filosofia del diritto* di Hegel: «tutto ciò che è reale è razionale, e tutto ciò che è razionale è reale». Che significa la famosissima e abusatissima formula se applicata alle questioni di cui ci stiamo occupando? Una cosa molto semplice, e cioè che il ‘reale’ – ossia il mercato, ossia l’insieme delle transazioni economiche attraverso le quali avviene la circolazione delle merci – è effettivamente ‘razionale’, non nel senso che il suo modo di funzionare e i risultati a cui esso pone capo rispondano ad un qualche parametro ideale di giustizia, di efficienza e via dicendo – ma nel senso, molto più profondo, della razionalità di ciò che è oggettivo, della razionalità di ciò che, appunto, è ‘reale’ e non semplicemente ‘esistente’¹⁰. La razionalità, dunque, intesa come principio d’ordine e criterio esplicativo del ‘reale’ è una proprietà di sistema e non certo un attributo individuale, se non nella forma di una

¹⁰ La distinzione tra ‘reale’ ed ‘esistente’ è, con grande semplicità ed efficacia, illustrata da F. ENGELS, *Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, Berlin, Dietz, 1951 (trad. it. *Ludwig Feuerbach e il punto di approdo della filosofia classica tedesca*, a cura di P. Togliatti, Roma, Editori Riuniti, 1972): «Ma per Hegel non tutto ciò che esiste è, senz’altro, anche reale. L’attributo della realtà viene da lui applicato solo a ciò che è, al contempo, necessario».

generica attitudine ad operare una valutazione razionale, ovvero non auto-lesionistica, dei propri interessi. Ora, il diritto e, in particolare, il diritto dei contratti, traduce questa razionalità di sistema, assolvendo così al suo importantissimo compito, che è quello di favorire il funzionamento dei mercati: esso è sempre la sintesi di due elementi, il primo costituito dalle 'tendenze' che il mercato rivela fundamentalmente in ragione del ciclo economico generale (il mercato, infatti, è, per quanto importante, soltanto un pezzo di quel complesso insieme che è il modo di produzione capitalistico); il secondo, rappresentato dall'assunto che i singoli attori siano in grado, salvo casi limite, di valutare, sia pure all'ingrosso, quali siano le cose più idonee da fare nel proprio interesse¹¹.

Per ragioni facili da intuire, la legislazione economica del capitalismo, nelle sue varie fasi, presenta un grado di permeabilità, rispetto ai processi reali regolati, incomparabilmente superiore a quella delle epoche precedenti. Infatti, il capitalismo individua un sistema economico caratterizzato dalla programmatica predominanza del mercato, in quanto luogo deputato alla realizzazione del plusvalore mediante lo scambio delle merci: infatti, senza un mercato organizzato, riconosciuto e regolato come tale, non sarebbe possibile, per il capitalista, pervenire alla valorizzazione del capitale investito nella produzione delle merci e, poiché, la produzione di merci è l'alfa e l'omega del capitalismo, ecco spiegata la centralità del

¹¹ A conclusioni non dissimili, sia pure muovendosi all'interno di un orizzonte analitico diverso, mi pare pervenga F. DENOZZA; *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina del contratto*, cit., spec. p. 27 ss. Il richiamo ad Hegel contenuto nel testo non è casuale: infatti, come è noto, esiste una tradizione di pensiero economico, la *Old Institutional Economics*, i cui esponenti più noti sono Veblen, Mitchell, Commons e Hamilton che programmaticamente si richiama alla Scuola storica, al materialismo storico e alla filosofia classica tedesca. L'idea di fondo a cui questo indirizzo di pensiero si ispira è che «le istituzioni non servono solo a spiegare le preferenze sulle cui basi si potrebbe poi applicare lo stesso il processo di massimizzazione della teoria neoclassica. Al contrario, le istituzioni, nell'apparato teorico della vecchia economia istituzionalista, aboliscono il meccanismo di massimizzazione, al quale sostituiscono quello istituzionale, in funzione del quale gli agenti agiscono. Le loro scelte sono determinate da regole ormai standardizzate, vincoli istituzionali, rapporti di fiducia, particolari relazioni, dentro una cornice istituzionale indipendente dai meccanismi di massimizzazione dell'utilità attesa [...]. L'agente economico, nel quadro economico della Vecchia Economia Istituzionalistica, tende a raggiungere una posizione di soddisfazione dei propri obiettivi piuttosto che di massimizzazione. In questo quadro, quindi, le istituzioni determinano tutte le relazioni economiche degli individui indipendentemente dai processi di razionalità e massimizzazione» (P. TRIDICO, *Istituzioni economiche e cambiamento istituzionale tra vecchi e nuovi istituzionalisti*, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Economia, Working Paper, 2006, n. 58, p. 21 a cui si rinvia per una ampia illustrazione dei vari orientamenti dell'istituzionalismo economico).

mercato. Neppure il legislatore capitalista, però, ha mai acceduto ad una lettura ipersemplificata di quest’ultimo, tarata cioè, sulla scala del singolo agente, orientandosi, viceversa, nel senso di una modellizzazione di massima che, ripeto, a seconda delle varie fasi storiche, ha incorporato obiettivi e perseguito *policy* differenti, pur nel quadro di un ovvio, inossidabile rispetto del protocollo di base, ossia la separazione dei produttori dai mezzi di produzione.

Può darsi che, nel corso di questa evoluzione, vi siano stati momenti nei quali l’efficiente funzionamento del mercato richiedesse una regolazione minima (mimetica, mi è capitato di dire altrove)¹² – ad es., il diritto civile protoborghese – ma questo non perché il legislatore fosse un fautore dell’individualismo metodologico, quanto piuttosto perché il livello di complessità del sistema consentiva (e, anzi, imponeva) che la regolazione giuridica esaurisse il suo compito nella individuazione delle condizioni di esercizio dell’autonomia privata. In prosieguo di tempo, il quadro si complica, le variabili delle quali è necessario tenere conto per evitare il fallimento del mercato si moltiplicano. E questo spiega l’emergere di una legislazione economica anticiclica, caratterizzata da una diffusa presenza dello stato in economia ma anche da un diritto civile apparentemente meno rispettoso delle prerogative individuali ma in realtà preoccupato di garantire la tenuta di un sistema troppo complesso perché la sua regolazione possa essere esaurita da un insieme di norme – cornice. Ad es., il codice civile del ’42, che attua l’unificazione della materia civile e di quella commerciale e che riserva alla tutela dell’affidamento l’ampio spazio di cui si è già detto, è un artefatto legislativo che risponde esattamente a questo tipo di esigenza: può darsi che la reazione suscitata nei settori più tradizionali della nostra cultura giusprivatistica spieghi perché, da Betti in poi, sebbene con varietà d’accenti, ne sia stata segnalata, talora con grande enfasi, una vocazione sociale: in realtà siamo solo in presenza di una intelligente, e tecnicamente molto sorvegliata, presa d’atto delle trasformazioni subite dal sistema e della necessità di generalizzare un paradigma filo - circolatorio che, confinato sino a quel momento entro il perimetro dei rapporti commerciali, viene ormai esteso a tutte le transazioni e ciò in piena sintonia con gli sviluppi di un sistema economico che ormai fa perno sul consumo di massa¹³.

Infine, nella fase attuale, nonostante la ben diversa intonazione dell’e-

¹² L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 22 ss.

¹³ Per una ricostruzione del dibattito civilistico in punto di autonomia privata v. F. MACARIO, *L’autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 119 ss..

gemone racconto liberista, di cui la dottrina neoclassica e l'individualismo metodologico, sono parti integranti e fondamentali, assistiamo (o, forse, dovremmo dire: abbiamo assistito, anche se, appunto, non è dato sapere se emergerà e si consoliderà un diritto civile della crisi) al prodursi di un'ondata regolatoria che si è abbattuta sulla 'fortezza' contratto modificandone in larga misura gli equilibri e obbligando a ripensare l'intera materia, sia sotto il profilo contenutistico sia sotto il profilo della sua collocazione sistematica. Mi riferisco, come ovvio, alla disciplina consumeristica che, nelle sue premesse giuspolitiche, sembrerebbe animata proprio dall'intento di porre rimedio alla drammatica asimmetria informativa che, costitutivamente, contraddistingue la relazione professionista – consumatore, ma che in realtà si salda alla fase precedente perseguendo, quale suo reale obiettivo, quello di promuovere la concorrenza, di talché l'oggetto della tutela non è il consumatore ma il consumo¹⁴.

Insomma, l'individualismo metodologico non è una prospettiva soddisfacente per spiegare la regolazione del contratto e, attraverso di essa, quella del mercato. Il legislatore economico privilegia, infatti, un approccio di tipo olistico che guarda al contratto e al mercato come a istituzioni fondamentali di cui, però, si prende cura muovendo da un assunto diverso da quello secondo cui il suo unico obiettivo sarebbe l'eliminazione dei costi di transazione o la riduzione delle asimmetrie informative. Non vi è assolutamente nulla di dirigistico in questo: semplicemente, il diritto, di volta in volta, assume i caratteri propri della corrispondente fase dello sviluppo capitalistico interpretandone e assecondandone le tendenze di fondo: ma il capitalismo è una gigantesca impresa sociale, soggetta all'influenza di innumerevoli variabili, che vanno ben oltre l'orizzonte dei singoli attori: ed è questa l'unica asimmetria informativa che lo stato, capitalista collettivo, si preoccupa davvero di colmare.

6. Conclusioni

Torniamo adesso ai nostri tre casi paradigmatici. Parliamo, in primo luogo della rappresentanza 'commerciale' partendo dalla fine, ossia dalla regola in virtù della quale limitazioni (della rappresentanza), modificazioni

¹⁴ Su questo mi permetto di rinviare a L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 211 ss.

e revoca (della procura) non sono opponibili al terzo contraente di buona fede se esse non sono pubblicizzate mediante l’iscrizione della procura medesima nel registro delle imprese. Questa regola cattura e rideclina nella lingua propria del diritto, una tendenza tipica dei mercati ‘commerciali’, ossia dei mercati più dinamici: quella a privilegiare la sicurezza dei traffici anche a discapito della piena corrispondenza tra il ‘voluto’ e il ‘dichiarato’ o, per meglio dire, tra il ‘voluto’ e il ‘vincolato’. Pazienza per il singolo, ma le ragioni del sistema sono pur sempre le ragioni del sistema. Ora, se dalla regola finale risaliamo a quella iniziale (fonte della rappresentanza – atto di preposizione; latitudine della rappresentanza coincidente con l’attività dell’impresa), passando per quella intermedia (onere pubblicitario), è facile rendersi conto della circostanza per cui vi è una perfetta solidarietà tra queste due regole e quella finale che fa applicazione dell’apparenza, nel senso che tutte e tre obbediscono alla medesima esigenza che è quella a promuovere un ambiente filocircolatorio. Se le cose stanno così, si può agevolmente concludere che la regola finale incentiva l’osservanza della regola iniziale, scoraggiando una segmentazione dei poteri rappresentativi e, in subordine, quella della regola intermedia, ovvero la scrupolosa osservanza degli oneri pubblicitari.

Un ragionamento del tutto analogo può ripetersi per la rappresentanza ‘civile’ allo stato puro (prima, cioè, che essa subisse un processo di ‘commercializzazione’ per via giudiziale)¹⁵. La regola finale è l’obbligazione

¹⁵ V. *supra*, nt. 3. Vorrei tornare sulla questione della ‘commercializzazione’ della rappresentanza civile per meglio chiarire il mio pensiero. Intanto, il caso, al di là dei suoi risvolti pratici, mi sembra interessante anche alla luce del dibattito svoltosi di recente in ordine al modo di atteggiarsi del rapporto tra diritto primo e diritti secondi (o tra diritto comune e diritto speciale) su cui v., *ex multis*, A. PLATA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, Milano, Giuffrè, 2008. Ora, è indubitabile (almeno per me) che, per restare all’interno di questo orizzonte categoriale, la disciplina dettata dagli artt. 2203 ss. c.c. individui una regola di diritto speciale (dove l’elemento di specialità è chiaramente identificato dalla qualità di imprenditore commerciale del rappresentato), mentre quella dettata dall’ art. 1387 ss. c.c. individui la regola di diritto comune. Ciascuna delle due regole, poi, obbedisce, come si è visto, a *rationes* differenti, né si può sostenere che il regime della rappresentanza civile sia afflitto da una lacuna di qualsivoglia tipo, configurando esso, viceversa, un dispositivo giuridico coerente e completo grazie al quale, come pure si è già detto, la tutela della libertà negoziale dello pseudo rappresentato convive armoniosamente con la tutela dell’affidamento del terzo: una tutela che, invece che nella forma invasiva della conservazione di un contratto altrimenti inefficace, si realizza nella forma, del tutto consequenziale, della imposizione al *falsus procurator* di un obbligo risarcitorio. I due modelli di tutela dell’affidamento si escludono reciprocamente e vengono utilizzati dal legislatore secondo un ordine di preferenze sistemico che l’interprete non può sovvertire, attribuendo *motu proprio* rilevanza

risarcitoria: la regola iniziale, qui, è composita: da un lato, essa, sia pure cripticamente, ribadisce l'intangibilità della sfera di autonomia dello pseudo - rappresentato, al quale non viene imposto alcun contratto, dall'altro promuove il rispetto della correttezza e della trasparenza nei rapporti interprivati. Sono queste, del resto, le 'tendenze' tipiche di mercati a basso

ad una condotta dello pseudo rappresentato civile in tesi idonea a generare un legittimo affidamento del terzo. Del resto, quando il legislatore ha inteso generalizzare il modello di tutela reale dell'affidamento, come, ad es., nel caso del pagamento al creditore apparente lo ha fatto e basta, senza chiedersi se il vero creditore avesse, o non avesse, dato spunto all'insorgere della situazione di apparenza. Tutto questo si può dire anche in un altro modo. La tutela dell'affidamento (incolpevole: precisazione a mio avviso superflua perché un affidamento colpevole non è genuino affidamento e, certamente, non merita tutela) ingenerato da una situazione di apparenza incarna un principio generale dell'ordinamento e, per la precisione, un principio problematico o dialettico (così L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV. (a cura di), *I principi generali del diritto*, Atti dei convegni lincei, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, p. 318 ss. su cui mi permetto di rinviare a L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto in Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 411 ss.). Secondo Mengoni, i principi problematici, a differenza dei principi dogmatici o assiomatici, non hanno «né la struttura né l'efficacia delle norme giuridiche». Essi, in altri termini, non forniscono soluzioni normative, ma argomenti o punti di vista per l'imbastitura e lo sviluppo del ragionamento dell'interprete. Al pari dei principi dogmatici inespressi, i principi dialettici sono ricavati da norme particolari ma sono «sprovvisti di argomenti idonei a generalizzarli come principi sistematici», rimanendo pertanto a livello di formule riassuntive della *ratio legis* delle disposizioni da cui sono tratti. Ne discende che «dai principi dogmatici, quando non siano immediatamente applicabili, si deducono norme particolari, sotto le cui fattispecie saranno poi sussunti i singoli casi. Dai principi problematici si traggono ragioni a favore o di una interpretazione di un testo normativo o dell'applicabilità di una certa norma per analogia (*legis*) o, infine, per individuare un nuovo principio dogmatico, che dovrà poi essere convalidato mediante controllo della sua coerenza sistematica». Il punto è che nel caso in esame, il principio dell'affidamento (della cui applicazione si era fatto carico il legislatore imponendo al *falsus procurator* l'obbligo di risarcire il danno) è stato utilizzato dalla giurisprudenza per un'operazione che, non essendovi alcuna lacuna da colmare, riveste una portata additiva, nel senso che essa si risolve nella creazione di una nuova regola (conservazione del contratto) che si aggiunge o, addirittura, si sostituisce a quella di conio legislativo. In altri termini, ci si è serviti di un principio dialettico per ricavare da esso una nuova norma, come se si trattasse di un principio dogmatico: ma poiché, appunto, siamo in presenza di una struttura dialettica e non di una struttura assiomatica, i giudici né si sono limitati a dedurre né hanno semplicemente promosso una interpretazione, tra quelle possibili, di una data norma ma hanno creato *ius novum*, nella sostanza azzerando la diversità di regime tra le due forme di rappresentanza. Si tratta, come ho già detto, di un arbitrio assoluto, consumatosi in danno della regola di diritto comune, a fronte del quale, solo per fare un esempio tratto dal dibattito recente, la postulata estensione all'abuso di dipendenza economica del regime della nullità consumeristica (su cui v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., p. 112 ss.) si rivela un'autentica inezia.

tasso di dinamismo circolatorio, nei quali, pertanto, l’esigenza di tutelare la stabilità delle negoziazioni è poco o punto avvertita: si tratta, o meglio, si trattava, del diritto civile proto borghese, tutto libertà contrattuale e *fair play* (oggi si chiama obbligo di informazione).

Infine, le nullità di protezione del T.U.F. e del T.U.B. Trattasi – ma l’osservazione può ripetersi per tutta la normativa consumeristica – di dispositivi volti ad incentivare la concorrenza tra imprese costringendole a predisporre un’offerta accurata, anche nel *packaging* normativo, dei loro prodotti. La prospettiva di rimanere nelle mani della controparte, e di un giudice, dovrebbe costituire un potente deterrente contro la tentazione di adottare comportamenti opportunistici: ed è chiaro che l’opzione a favore della relatività del rimedio consacra la sovranità del consumatore al quale è consegnata la scelta fra il rivolgersi ad altro operatore o confermare la preferenza iniziale. Meno chiara la *ratio* che sottende alla rilevabilità d’ufficio che può essere interpretata o nel senso di un sovraccarico di paternalismo o, come sarei più incline a ritenere, nel senso di un’anticipazione di quella governamentalità amministrativo/giudiziaria dei processi di mercato che è tipica di tutto l’ormai mastodontico *corpus* di regole a tutela della concorrenza. Del resto, proprio da questo ambito – ossia, dall’ambito consumeristico – ci viene un esempio di razionalità puramente sistemica: mi riferisco alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette tutta costruita sulla figura del consumatore medio¹⁶.

Insomma, per concludere. Il diritto dei contratti è un’istituzione fondamentale per i mercati, ma i mercati obbediscono, diacronicamente e sincronicamente, a *rationes* plurime, e sono queste *rationes* che il diritto contrattuale deve intercettare se vuole assolvere al suo compito. Sotto questo aspetto tanto la *LE* quanto la *BLE* propongono un approccio marcatamente riduzionista e, come spesso accade agli approcci iperideologizzati, propongono una lettura della realtà, e della razionalità che la innerva, troppo semplificata.

¹⁶ L’art.7, co. 2, d.l. 24 gennaio 2012, n.1 (poi convertito nella l. 24 marzo 2102, n. 27) ha esteso l’ambito di applicazione dell’art. 19 c. cons. ai rapporti tra professionisti e microimprese. Al riguardo v. le osservazioni di V. ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto*, in G. ALPA e V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 195 ss.

Giorgio Resta*

Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e 'irrazionali'

«Non c'è alcuna ragione
per supporre che la maggioranza
degli esseri umani siano impegnati
a massimizzare qualcosa che non sia
l'infelicità, ed anche questa
solo con parziale successo»

(R. Coase)

1. L'agire disinteressato è irrazionale?

Il titolo che è stato assegnato al presente intervento – «Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali» – riflette in maniera nitida la particolare complessità e delicatezza del tema sul quale si appunterà la mia attenzione. Il nesso ivi istituito tra le nozioni di (ir)razionalità e gratuità sembrerebbe suggerire, infatti, che l'agire non egoistico debba essere annoverato tra quelle «costanti deviazioni dal comportamento razionale», alle quali fa riferimento il manifesto metodologico del Convegno e che costituiscono il punto focale di interesse della *Behavioral Law and Economics*¹.

* Desidero ringraziare Giacomo Rojas Elgueta, Giuseppe Bellantuono, Raffaele Caterina, Antonio Fici e Michele Cangiani per la lettura del dattiloscritto e i preziosi commenti ricevuti.

¹ Per una prima informazione su tale corrente di studi v. C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN e R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50 (1998), p. 1471; R. B. KOROBKIN e T. S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 88 (2000), p. 1051, 2000; J. D. WRIGHT e D. H. GINSBURG, *Behavioral Law and Economics. Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*, in *Northwestern University Law Review*, 106 (2012), p. 1033; R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008.

Tale prospettiva sembrerebbe perfettamente coerente con il paradigma, oggi largamente diffuso non soltanto in economia, ma anche nell'ambito delle scienze giuridiche e della politica, che va sotto il nome di 'teoria della scelta razionale'². Difatti, uno degli assiomi fondamentali sui quali verte tale paradigma è quello per cui le persone scelgono in maniera razionale «if and only if they intelligently pursue their self-interest, and nothing else»³. Il che implica che, allorché i soggetti perseguono finalità diverse da quelle coincidenti con il proprio interesse egoistico, pongono in essere, per definizione, una decisione *non* razionale⁴.

È chiaro, e l'assunto non merita particolari approfondimenti, che l'utilità dei concetti scientifici può essere valutata soltanto in relazione alle particolari finalità e metodologie delle discipline che intendano farne uso⁵. Sicché non avrebbe molto senso, per un osservatore esterno, discutere fino a che punto sia 'razionale' per la scienza economica continuare a articolare le proprie categorie intorno a quello che Edgeworth, già nel 1881, aveva definito il 'principio primo' della scienza economica, ossia il principio per cui «ciascun agente è guidato soltanto dal proprio interesse»⁶ (salvo poi incorrere in notevoli difficoltà nello spiegare le dinamiche quotidiane della gratuità e del disinteresse, come ben testimonia il noto dibattito sulla 'perdita allocativa

² V. ad es. T. S. ULEN, *Rational Choice Theory in Law and Economics*, in B. BOUCKAERT e G. DE GEEST (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham–Northampton, E. Elgar, 2000, I, p. 790; S. HARGREAVES HEAP *et alii*, *Game theory. A Critical introduction*, London, Routledge, 1995 (trad.it. *La teoria della scelta. Una guida critica*, Roma-Bari, Laterza, 1996).

³ A. SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 2009, p. 179.

⁴ È opportuno ricordare, sulla scorta dell'analisi di R. B. KOROBKINE T. S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, cit., p. 1060 ss., che esistono diverse versioni della teoria della scelta razionale, le quali si collocano lungo una scala progressiva che va dalle teorie 'sottili' (che si limitano a presupporre che gli individui massimizzino la propria utilità attesa, senza definirne preliminarmente i contenuti) alle teorie 'spesse' (ove si assume, con maggior chiarezza, che oggetto della massimizzazione sia l'interesse egoistico o il benessere materiale del decisore). Le analisi sviluppate nell'ambito dell'analisi economica del diritto *mainstream* si ispirano in prevalenza alle teorie 'spesse', le quali sono in realtà le uniche in grado di offrire schemi univoci per la predizione dei comportamenti degli attori, al prezzo, però, di un maggior divario tra predizioni teoriche e realtà effettuale (*Ibidem*, p. 1065).

⁵ V. ad es. K. R. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London, Routledge, 1957 (trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 2008, p. 133 ss).

⁶ F. Y. EDGEWORTH, *Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, London, C. Kegan and Co., 1881, p. 16 [richiamato da A. SEN, *Sciocchi razionali: una critica dei fondamenti comportamentistici della teoria economica*, in ID., *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982 (trad. it. *Scelta, benessere, equità*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 147 ss.)].

secca dei regali di Natale')⁷. È invece più utile domandarsi se il modello di razionalità assunto dal giurista a fondamento delle proprie operazioni teoriche possa coincidere con quello fatto proprio dalle altre scienze sociali, ed in particolare dall'economia, oppure debba discostarsene sotto alcuni aspetti fondamentali⁸. Se è vero, infatti, che il diritto può essere concepito (anche) come un sistema di incentivi e disincentivi all'azione individuale⁹, è cruciale disporre di un modello teorico attendibile in grado di spiegare quali siano le risposte prevedibili degli attori sociali ai 'prezzi' imposti dalle norme¹⁰. Da questo punto di vista la prospettiva 'Behavioral' aperta dagli studi di Daniel Kahneman e Amos Tversky ha permesso di conseguire risultati importanti soprattutto sotto il profilo delle variabili 'cognitive', investigando il ruolo assunto da una serie eterogenea di vincoli sui processi valutativi e decisionali degli agenti¹¹. È rimasta invece maggiormente nell'ombra una seconda frontiera degli studi condotti nell'ambito delle

⁷ Uno dei problemi più difficili da spiegare dal punto di vista della scienza economica è perché gli individui propendano per doni in natura e non in moneta (la quale, dal punto di vista economico, costituirebbe il dono perfetto, poiché in grado di massimizzare le utilità del donatario, a fronte di un netto risparmio dei costi di transazione dal lato del donante). Su tale aspetto – generalmente definito come *inadequacy*– si sofferma un celebre articolo di J. WALDFOGEL, *The Deadweight Loss of Christmas*, in *American Economy Review*, 83 (1993), p. 1328, ove viene stimato che la perdita allocativa secca derivante dal ricorso a doni natalizi «in natura» varia tra 1/3 e 1/10 del valore del bene donato e ammonta in forma aggregata ad una somma compresa tra i 4 e i 13 miliardi di dollari per anno. Più di recente v. anche ID., *Scroogenomics. Why You Shouldn't Buy Presents for the Holidays*, Princeton, Princeton University Press, 2009. Sull'approccio economico all'altruismo e sull'idea del 'warm glow' v. per un ampio panorama, J. VAN DEN VEN, *The Economics of the Gift*, Discussion Paper 2000, n. 68, Tilburg University, accessibile all'indirizzo: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=244683>; C. F. CAMERER, *Gifts as Economic Signals and Social Symbols*, in *American Journal of Sociology*, 94 (1988), p. 1580.

⁸ In tema cfr. A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1105; in prospettiva più generale A. SUIPOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005.

⁹ V. ad es. R. B. KOROBKINE T. S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, cit., p. 1054; O. BAR-GILL, *Pricing Legal Options: A Behavioral Perspective*, in *Review of Law & Economics*, 1 (2005), p. 203.

¹⁰ H. EIDENMÜLLER, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics*, in *Juristenzeitung*, 2005, p. 216 ss.

¹¹ D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, *Choices, Values and Frames*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 2000; ID., *Prospect Theory: Un'analisi delle decisioni in condizioni di rischio*, in M. MOTTERLINI e F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, Milano, Università Bocconi, 2005, p. 61 ss.; importanti saggi di Kahneman e Vernon Smith possono leggersi in M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, il Saggiatore, 2005, p. 11 ss.

scienze comportamentali: quella attinente al profilo delle ‘motivazioni’ sottese alle azioni umane¹². Tale aspetto, benché intrinsecamente più sfuggente e delicato, è particolarmente importante, perché va al cuore della teoria della scelta razionale ed implica una rivisitazione critica dello stesso ‘principio primo della scienza economica’¹³, ossia l’assioma del *self-interest*.

È utile, pertanto, per il giurista iniziare a confrontarsi in maniera più sistematica con questa elaborazione, in modo da riflettere più consapevolmente, oltre che sui presupposti epistemologici della propria disciplina, anche sulle ricadute operative dei ‘prezzi’ imposti dalle norme giuridiche. Quello che poteva apparire, dalla lettura del titolo di questo scritto, come un postulato teorico da indagare in tutte le sue implicazioni (la gratuità e la solidarietà come deviazioni dallo *standard* di razionalità), merita invece di essere riformulato come un interrogativo, o meglio una serie di interrogativi, su cui riflettere criticamente: l’agire non egoistico può davvero essere considerato come una deviazione dal comportamento razionale, o non rappresenta, al contrario, una forma di razionalità non riflessa nei paradigmi utilitaristici? E ancora: qual è il ruolo delle emozioni nella spiegazione dei comportamenti che si discostano dall’attitudine ‘massimizzante’?

In questo scritto vorrei concentrare l’attenzione su due profili principali. Il primo, che verrà affrontato nella prima parte, è quello del modello di razionalità soggiacente alle norme e agli istituti giuridici in tema di atti gratuiti e liberali. Spendendo qualche rapida considerazione sui presupposti culturali e ‘comportamentali’ della disciplina in oggetto, si cercherà di argomentare che la logica giuridica e la sapienza cristallizzata nelle sue regole mettono a disposizione dell’osservatore un paradigma di razionalità ben diverso da quello utilitaristico fatto proprio dalla teoria economica ortodossa e potenzialmente ricco di insegnamenti anche per essa (§§ 2-3). Il secondo profilo sottende invece un processo analitico inverso. Si prenderanno, infatti, le mosse dalle ricerche condotte nell’ambito delle scienze comportamentali per verificare quali insegnamenti possa trarre il giurista dai risultati sperimentali raggiunti in punto di motivazioni disinteressate ed altruistiche dell’agire umano (§§ 4-9). In particolare, si rifletterà sul modo in cui la scala delle preferenze individuali sia influenzata dall’assetto istituzionale di riferimento e segnatamente dalla configurazione in chiave mercantile o non mercantile di determinati rapporti, anche al fine di ragionare sui compiti dell’ordinamento giuridico quale strumento di preservazione di ‘sfere di vita’ sottratte alla logica economicistica (§§ 10-12).

¹² Cfr. J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, in *Analyse & Kritik*, 27 (2005), p. 197 ss.

¹³ Cfr. *supra*, nt. 6.

2. La logica del dono e la razionalità giuridica

Diverse analisi sono state dedicate recentemente al tema degli atti gratuiti e liberali, talune condotte prevalentemente in una prospettiva di diritto interno¹⁴, altre in un'ottica di comparazione giuridica¹⁵. Pur nella diversità delle regole accolte nei vari ordinamenti, tali analisi convergono nel segnalare alcuni dati ricorrenti e trasversali all'intera tradizione giuridica occidentale. In particolare, l'indagine compiuta da Richard Hyland, senza dubbio tra le più ricche ed articolate, isola come elementi caratteristici delle nostre esperienze: *a*) l'atteggiamento di tendenziale sfavore e pregiudiziale sospetto nei confronti degli atti gratuiti (almeno nel campo delle 'vecchie gratuità')¹⁶; *b*) la presenza di una tensione costante tra norma giuridica e norma sociale nel settore delle liberalità¹⁷.

Tali aspetti possono essere considerati, anche in un'ottica di lungo periodo, come due dei principali 'marcatori normativi' del sistema della gratuità. Per chiarire meglio tale assunto senza operare una disamina di temi e problemi che sarebbe necessariamente troppo dettagliata, può essere utile ritornare brevemente su uno dei 'classici' in materia, ossia il saggio dedicato da Louis Jossérand al tema del «Declino del titolo gratuito e sue trasformazioni»¹⁸. In una celebre conferenza tenuta negli anni Trenta, poi raccolta nel volume *Évolutions et Actualités*, il giurista francese registrava in maniera puntuale la continua erosione della sfera della gratuità e la progressiva attrazione di una serie di rapporti giuridici, un tempo informati alla logica della benevolenza e del disinteresse, all'interno dell'orbita dell'onerosità. Tra questi egli annoverava il mandato, il deposito, il mutuo, ma anche l'esercizio delle funzioni pubbliche¹⁹. Dietro un siffatto processo di trasformazione stava, secondo Jossérand, una più generale riorganizzazione dei rapporti sociali nel segno dell'espansione della frontiera del mercato e dunque della sostituzione dello scambio ad altre «forme di integrazione»,

¹⁴ Cfr. A. GALASSO e S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, Giuffrè, 2008; A. FOUBERT, *Le don en droit*, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006; della stessa Autrice v. anche il saggio *Les contraintes pesant sur le juge. L'exemple du droit du don*, in *Droits*, 2011, p. 95 ss.

¹⁵ R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁶ Per la distinzione tra 'vecchie' e 'nuove' gratuità rinvio a A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 205 ss.

¹⁷ R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, cit., p. 87.

¹⁸ L. JOSSE RAND, *Le déclin du titre gratuite et sa transformation*, in ID., *Évolutions et Actualités. Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, p. 135.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 136-154.

come la reciprocità²⁰. Mentre in apparenza tale passaggio avrebbe potuto essere inteso come una regressione, in quanto veicolo di affermazione dell'egoismo a detrimento dei valori comunitari, ad uno sguardo più attento esso doveva reputarsi una manifestazione di progresso. Mentre il beneficio ricevuto per spirito di liberalità – osservava il giurista di Lione – si connota come incerto, umiliante ed obbligante, la prestazione acquisita nel quadro di rapporti a titolo oneroso è certa, non umiliante e rispettosa della pari dignità di ciascuno²¹. L'economia del dono, in altri termini, è un'economia asimmetrica e diseguale, mentre quella incentrata sullo scambio di mercato riflette un'organizzazione sociale fondata sull'eguaglianza e sul diritto²². Il declino della gratuità rappresenta dunque per Josserand non soltanto un processo ormai irreversibile, ma anche un obiettivo cui mirare e una conquista da incoraggiare.

Queste riflessioni sono interessanti non soltanto perché si muovono apertamente nel solco delle considerazioni espresse da Jhering ne *Lo scopo nel diritto*²³, ma anche perché tracciano una prospettiva antitetica rispetto

²⁰ Uso qui l'espressione «forme di integrazione» nell'accezione di K. POLANYI, *The Economy as Instituted Process*, in K. POLANYI, C. M. ARENSBERG e H. W. PEARSON, *Trade and Markets in the Early Empires. Economies in History and Theory*, Glencoe, The Free Press, 1957, p. 243, p. 250 ss.

²¹ L. JOSSERAND, *Le déclin du titre gratuite et sa transformation*, in ID., *Évolutions et Actualités. Conférences de droit civil*, cit., p. 156: «Cette substitution, bien loin d'attenter à la dignité humaine, en assure, dans la plupart des cas, le respect; mieux vaut payer le service rendu que de bénéficier de l'esprit de charité d'autrui, après avoir tendu la main; un droit, eût-il sa contre-partie dans une obligation, est préférable à une aumône ou à une exploitation; une organisation à base d'échange est toujours supérieure à une anarchie juridique, tempérée par la charité et par la générosité».

²² *Ibidem*, pp. 155-156: «Mais notre civilisation moderne repose sur d'autres assises; la mécanique sociale s'est transformée; le droit est devenu la chose de tous; sous l'égide de la loi, chacun peut développer librement son activité; les pouvoirs publics s'ingénient, non plus à créer des catégories sociales, mais à assurer à chacun son dû; et comme, d'autre part, l'industrie et le négoce se sont prodigieusement développés, la vie moderne est faite d'échanges, entre égaux; le commerce entre les hommes est devenu un commerce juridique; l'aumône a fait place au droit; le service d'ami est devenu un rapport juridique; la morale s'intègre dans le droit, elle est comme aspirée par lui, pour devenir la règle sociale vivente en perpetue compte-courant; la contrainte a succédé au devoir de conscience, sans pour cela devenir tyrannique ni insupportable, parce qu'elle est réciproque; chacun trouve dans la loi même le moyen de satisfaire à ses besoins légitimes, sans faire appel à la charité d'autrui; en un mot, la société moderne tend à l'organisation juridique; le droit veut devenir une religion sociale, positive et obligatoire; tel est le sens profond de la substitution du titre onéreux au titre gratuit dans les rapports des humains entre eux».

²³ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf, 1883 (trad. it. *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972, pp. 95-96), ove si legge: «Quanto più i traffici in qualunque situazione, riescono a fondare esclusivamente sull'egoismo la garanzia del

a quella che faceva da sfondo ad una delle ricerche più importanti ed influenti nel campo delle scienze sociali apparsa in Francia in quegli anni²⁴. Si allude ovviamente all'*Essai sur le don* di Marcel Mauss, originariamente pubblicato nel 1925²⁵. Mauss, oltre a derivare dalle ricerche etnografiche ed antropologiche alcuni tratti invarianti della fenomenologia del dono nelle società arcaiche, ne aveva sottolineato la persistenza, sia pure sotto forme diverse e lontane dall'originaria caratterizzazione come «fenomeno sociale totale»²⁶, anche all'interno delle moderne organizzazioni capitalistiche. In particolare, secondo Mauss, la logica del dono si sarebbe generalizzata e, per così dire, istituzionalizzata attraverso l'intervento dello stato sociale. L'assicurazione contro le malattie e la vecchiaia rappresenterebbe, ad esempio, un succedaneo moderno dell'originario meccanismo dare-ricevere-rendere: al contributo prestato dal soggetto attraverso la propria attività lavorativa corrisponderebbe un dovere di protezione ed assistenza da parte dei poteri pubblici per le successive fasi di bisogno, come la vecchiaia e la malattia²⁷. Questo, come altri casi, testimonierebbero non soltanto la

soddisfaccimento dei bisogni umani e quanto più l'egoismo e il desiderio di guadagno si sostituiscono alla benevolenza ed all'altruismo, tanto più completo è l'adempimento dei compiti propri dei traffici». E ancora: «È certamente bella l'ospitalità che spalanca le porte al viandante affaticato, né se ne può discutere il fascino poetico, pari a quello del cavaliere predone, dei masnadieri e dei leoni; tuttavia, per la vita pratica, le strade sicure sono meglio di quelle malsicure ed è meglio incontrare buoi e poliziotti piuttosto che leoni e cavalieri predoni; infine, è meglio essere albergati che ospitati. Infatti, l'albergo mi garantisce la certezza dell'accettazione, (certezza che io non ho nel caso dell'ospitalità) ed il denaro mi risparmia l'umiliazione della preghiera, del beneficio ricevuto e del ringraziamento: quando viaggio, porto la mia libertà e la mia indipendenza nel portafogli»; v. anche le gustose pagine dello stesso A. volte ad indagare, nella stessa ottica, quella «vera piaga della vita sociale» che è la mancia: R. VON JHERING, *Das Trinkgeld*, Branschweig, Westermann, 1882 (trad. it. *La mancia*, trad. it., Bologna, 1998, p. 27).

²⁴ Questo punto è opportunamente messo in luce da A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., pp. 4 ss.

²⁵ M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Paris, PUF, 1925. Nel quadro di un'immensa letteratura, per un primo approfondimento sulla prospettiva di Mauss v., oltre alla prefazione al volume appena citato di F. WEBER, *Vers une ethnographie des prestations sans marché*, almeno i seguenti scritti: W. JAMES e N. J. ALLEN (a cura di), *Marcel Mauss: A Centenary Tribute. Methodology and History in Anthropology*, New York, Berghahn Books, 1998, I, p. 71 ss.; A. CAILLÉ, *Marcel Mauss et le paradigme du don*, in *Sociologie et société*, 2004, p. 141 ss.; ID., *Le don entre science sociale et psychanalyse. L'héritage de Mauss jusqu'à Lacan*, in *Revue du M.A.U.S.S.*, 27 (2006), p. 57 ss.; F. POUILLON, voce *Dono*, in *Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1978, V, p. 107 ss.

²⁶ M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, cit., p. 71.

²⁷ *Ibidem*, p. 223: «Toute notre législation d'assurance sociale, ce socialisme d'État déjà réalisé, s'inspire du principe suivant: le travailleur a donné sa vie et son labeur à la collectivité d'une part, à ses patrons d'autre part, et, s'il doit collaborer à l'œuvre d'assurance,

perdurante vitalità della logica del dono, ma soprattutto l'irriducibilità di qualsiasi rapporto al «glaciale calcolo utilitaristico»²⁸ presupposto dalle moderne teorie economiche. L'*homo oeconomicus*, avverte Mauss, non è dietro di noi, ma è davanti a noi, intendendo con ciò che il modello di uomo come «animale calcolatore» non ha mai avuto un effettivo riscontro nella realtà e la sua attuazione rientra soltanto nel novero delle eventualità future²⁹.

Ben diverso appare, dunque, l'impianto delle due riflessioni, l'una tesa all'esaltazione del mercato quale strumento di «liberazione dal debito»³⁰ e livellamento delle disuguaglianze, l'altra volta a valorizzare il ruolo del dono e della reciprocità come preziosi meccanismi di integrazione sociale³¹. Che la cultura giuridica avesse interiorizzato una vera e propria «ermeneutica del sospetto» nei confronti degli atti gratuiti è un dato ben noto e coerente con la fondamentale ristrutturazione dei rapporti sociali ed economici connessa all'avvento del diritto borghese³². Uno degli intenti principali

ceux qui ont bénéficié de ses services ne sont pas quittes envers lui avec le paiement du salaire, et l'État lui-même, représentant la communauté, lui doit, avec ses patrons et avec son concours à lui, une certaine sécurité dans la vie, contre le chômage, contre la maladie, contre la vieillesse, la mort. [...] Toute cette morale et cette législation correspondent à notre avis, non pas à un trouble, mais à un retour au droit [...] La société veut retrouver la cellule sociale. Elle recherche, elle entoure l'individu, dans un curieux état d'esprit, où se mélangent le sentiment des droits qu'il a et d'autres sentiments plus purs: de charité, de «service social», de solidarité. *Les thèmes du don, de la liberté et de l'obligation dans le don, celui de la libéralité et celui de l'intérêt qu'on a à donner, reviennent chez nous, comme réparant un motif dominant trop longtemps oublié* » (cors. agg.).

²⁸ *Ibidem*, p. 238.

²⁹ *Ibidem*, p. 238, ove si legge: «Ce sont nos sociétés d'Occident qui ont, très récemment, fait de l'homme un 'animal économique'. Mais nous ne sommes pas encore tous des êtres de ce genre. Dans nos masses et dans nos élites, la dépense pure et irrationnelle est de pratique courante; elle est encore caractéristique des quelques fossiles de notre noblesse. L'*homo oeconomicus* n'est pas derrière nous, il est devant nous; comme l'homme de la morale et du devoir; comme l'homme de la science et de la raison. L'homme a été très longtemps autre chose; et il n'y a pas bien longtemps qu'il est une machine, compliquée d'une machine à calculer».

³⁰ Su questo punto, che è teoricamente molto importante, v. J. T. GODBOUT, *Le don, la dette et l'identité*. Homo donator versus homo oeconomicus, Paris, Le découverte, 2000, p. 152.

³¹ Per un articolato confronto delle due prospettive v. anche A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit.

³² Come ha scritto S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in A. GALASSO e S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità* cit., p. 97 ss., p. 104, non solo le nostre categorie concettuali, ma anche i nostri testi normativi «classici» «sono stati costruiti in base alla marginalizzazione e al sospetto per tutto ciò che è gratuito: lo storico divieto delle donazioni tra coniugi, le regole sulla collazione, la possibilità di revoca per ingratitude, l'inefficacia degli atti gratuiti del fallito, lo sfavore fiscale. Tutto questo pone il gratuito non solo in un'area in cui non ha valenza di principio, ma in un'area di eccezione sospetta».

del legislatore rivoluzionario consisteva proprio – come è risaputo – nella restrizioni degli spazi rimessi all'autonomia del donante e del testatore³³. Particolarmente eloquenti, a tal proposito, sono le parole pronunziate da Barrère alla Seduta dell'Assemblea Costituente del 5 settembre 1791: «vigilate che dal seno di questa stessa rivoluzione la legge non presti il suo aiuto alle opinioni nemiche dell'uguaglianza o della libertà che voi avete decretate: vigilate che il padre fanatico, il testatore intollerante, il donante nemico della costituzione, non diseredino i figli, i legatari che per natura o per riconoscenza sarebbero chiamati a succeder loro. Vigilate che i testatori e i donanti non gravino con condizioni imperative o proibitive i diritti e le donazioni che la legge deve rendere libere, emancipate da vecchi pregiudizi e strappate all'impero delle passioni»³⁴. Il tema delle passioni, così distante dal «modello olimpico» di razionalità fatto proprio dal pensiero economico³⁵, riemerge puntualmente in tutti i discorsi giuridici sulla donazione. Limpida, ad esempio, la posizione di Merlin nella voce *Concubinage* del suo *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*: «le passioni costituiscono senza dubbio i nemici più temibili della libertà umana. Esse alterano le funzioni dell'anima, e sostituiscono una volontà insensata a quella ragione calma e tranquilla che deve presiedere a tutte le contrattazioni»³⁶. Potrebbero addursi molti altri esempi, ma il dato che qui preme evidenziare è un altro, e cioè che il tentativo della regola giuridica di «addomesticare» e sottoporre a vincoli stringenti (di forma e contenuto) le pratiche sociali del dare, ricevere e rendere si rivela il più delle volte votato all'insuccesso³⁷.

I repertori giurisprudenziali offrono di ciò molteplici riscontri³⁸. Una

³³ Sul punto, ampiamente, R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, cit., pp. 1-8.

³⁴ Traggio la citazione da S. RODOTÀ, *Il dono*, in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 124.

³⁵ H. A. SIMON, *Reason in Human Affairs*, Stanford, Stanford University Press, 1983 (trad. it. *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 51).

³⁶ PH-A. MERLIN, voce *Concubinage*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1825², V, p. 330 ss., p. 331 (traduzione di chi scrive). Il passo riprodotto nel testo così prosegue: «Parmi les passions qui agitent et ne bouleversent que trop souvent le cœur de l'homme, il n'en est point de plus impérieuse que l'amour. Cette passion exerce un empire tyrannique, et le premier de ses effets funestes est d'altérer les sens et de détruire la raison. Tout, en effet, disparaît au yeux de l'homme qui est soumis à son pouvoir, hors l'objet aimé. Il devient insensible à la voix de la raison; et, dans son délire, il méconnaît les obligations les plus sacrées, pour suivre le penchant irrésistible qui l'entraîne».

³⁷ R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, cit., p. 10 ss., p. 113 ss.

³⁸ Illuminante, a questo proposito, l'analisi della giurisprudenza francese compiuta da A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., *passim* proprio al fine di misurare distanze e convergenze tra la logica maussiana e la disciplina delle donazioni. In relazione al nostro ordinamento v. tra i molti A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Commentario del codice civile* diretto da P.

vicenda particolarmente istruttiva, recentemente ricordata da Richard Hyland, è quella della proibizione penale del *potlatch* e dei suoi effetti³⁹. È risaputo che fra le fonti principali alle quali Mauss attinse per la sua analisi del dono ebbero un ruolo centrale le ricerche sul campo compiute da Franz Boas sulle pratiche donative degli indiani Kwakiutl, una popolazione aborigena stanziata nella costa Ovest del Canada⁴⁰. Boas aveva stilato un ampio resoconto dei *potlatches*, consistenti in pratiche di distribuzione ostentatoria di ricchezze spesso compiute in occasione di feste e cerimonie rituali⁴¹. Donare era una manifestazione di prestigio dal lato del donante e talora ragione di umiliazione per chi riceveva; ma allo stesso tempo i beni donati erano sovente presi a prestito, il che dava vita ad una catena di relazioni informate al paradigma della reciprocità ed idonee a rinsaldare il legame sociale, anche in funzione sostitutiva della guerra. La circostanza che viene taciuta da Boas e da molta parte della letteratura sul dono è che la partecipazione al *potlatch* era stata espressamente interdetta dal *Canadian Indian Act* del 1884⁴². La disciplina adottata dal legislatore coloniale – finalizzata a reprimere una pratica che si riteneva fonte di problemi sanitari, dissipazione di ricchezze e di fatto contraria ai canoni della razionalità occidentale – prevedeva la sanzione dell'arresto da 2 a 6 mesi per ogni individuo che avesse preso parte a tali attività⁴³. Nonostante la minaccia della sanzione

Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, UTET, 2000; G. CONTE, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *La donazione*, Trattato diretto da G. Bonilini, Torino, UTET, 2001, I, p. 1 ss.

³⁹ In tema v. D. COLE e I. CHAIKIN, *An Iron Hand upon the People: The Law Against the Potlatch on the Northwestern Coast*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1990, p. 12 ss.; C. BRACKEN, *The Potlatch Papers: A Colonial Case History*, Chicago, University Press. Breton, 1997.

⁴⁰ V. ad es. F. BOAS, *The Social Organization and the Secret Societies of the Kwakiutl Indians. Based on Personal Observations and on Notes Made by Mr. George Hunt, United States National Museum, Report for 1895*, Washington, 1897; F. BOAS, *Contributions to the Ethnology of the Kwakiutl*, Columbia University Contributions to Anthropology, vol. 3, New York, Columbia University Press, 1925.

⁴¹ F. BOAS, *The Social Organization and the Secret Societies of the Kwakiutl Indians*, cit., pp. 341-357.

⁴² D. COLE e I. CHAIKIN, *An Iron Hand upon the People: The Law Against the Potlatch on the Northwestern Coast*, cit., p. 17; P. TENNANT, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, 1990, p. 51. Per indicazioni più precise sul processo legislativo confluito nel Indian Act v. J. F. LESLIE, *The Indian Act: An Historical Perspective*, in *Canadian Parliamentary Review*, 25 (2002), p. 23.

⁴³ «Every Indian or other person who engages in or assists in celebrating the Indian festival known as the 'Potlatch' or in the Indian dance known as the 'Tamanawas' is guilty of a misdemeanor, and shall be liable to imprisonment for a term of not more than six or less than two months in any gaol or other place of confinement; and any Indian or other person who encourages, directly or indirectly, an Indian or Indians to get up such a festi-

penale, la pratica del *potlatch* non fu abbandonata, ma continuò ad essere praticata, benché in maniera clandestina, dalle popolazioni aborigene, che si mantennero fedeli più alle proprie usanze che non ai precetti stabiliti dai colonizzatori⁴⁴. Lo stesso George Hunt, il principale referente locale, nonché interprete, di Franz Boas fu processato e condannato per *potlatch*⁴⁵; il medesimo destino toccò a molti altri soggetti, fino a che la proibizione non fu rimossa nel 1951. Ma le ferite impresse al valore dell'identità culturale furono profonde e durature, tanto che nel 2002 le First Nations hanno promosso un'azione risarcitoria nei confronti del governo federale per violazione delle obbligazioni fiduciarie, in ragione degli effetti discriminatori della proibizione del *potlatch*⁴⁶.

3. Homo donator versus homo oeconomicus

L'esperienza appena ricordata appare istruttiva, perché offre una chiara testimonianza del fatto che le regole formali, anche le più costrittive, non riescono a neutralizzare completamente le «norme sociali»⁴⁷ nel governo degli atti donativi. Di ciò, in fondo, gli stessi codici civili mostrano di avere una nitida consapevolezza⁴⁸.

Nelle pieghe delle morfologie normative del contratto di donazione possono non soltanto ritrovarsi molti di quegli aspetti di ambiguità sottolineati da tutte le descrizioni antropologiche del dono⁴⁹. In esse si riflette

val or dance, or to celebrate the same, or who shall assist in the celebration of the same is guilty of a like offence, and shall be liable to the same punishment» [Sect. 3, *Indian Act*, nel testo riprodotto in CHIEF J. MATHIAS e G. R. YABSLEY, *Conspiracy of Legislation: The Suppression of Indian Rights in Canada*, in *BC Studies*, 89 (1991), p. 34, p. 37].

⁴⁴ D. COLE e I. CHAIKIN, *An Iron Hand upon the People: The Law Against the Potlatch on the Northwestern Coast*, cit., p. 68; R. HYLAND, *Gifts, A Study in Comparative Law*, cit., p. 92.

⁴⁵ R. HYLAND, *Gifts, A Study in Comparative Law*, cit., p. 89.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁷ Nel corso di questo scritto impiegherò tale nozione in maniera molto flessibile, come 'standard normativi di comportamento assistiti da sanzioni sociali informali' [v. per una più attenta discussione il saggio di E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third Party Punishment and Social Norms*, in *Evolution and Human Behavior*, 25 (2004), p. 63, da cui è tratta la definizione citata; nonché D. M. KAHAN, *Signaling or Reciprocating? A Response to Eric Posner's Law and Social Norms*, in *University of Richmond Law Review*, 36 (2002), p. 367].

⁴⁸ Sul punto si veda in particolare S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 124 ss.; C. M. MAZZONI, *Il dono è il dramma. Il dono anonimo e il dono dispotico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 515 ss.

⁴⁹ Cfr. A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., p. 166 ss., p. 219 ss.; A. GALASSO e S. MAZZARESE,

in maniera cristallina, come ha osservato Stefano Rodotà, anche lo stretto radicamento di tale atto all'interno di un fitto tessuto di relazioni sociali, che ne influenza significati ed effetti e dal quale il donante non può fare astrazione⁵⁰. Basti pensare, in proposito, alle regole in materia di donazione remuneratoria (art. 770 c.c.) e donazione modale (art. 793 c.c.)⁵¹, che certificano la presenza di profili di reciprocità e smentiscono l'immagine del dono 'puro e disinteressato'; oppure alla disciplina della condizione di reversibilità (art. 791 c.c.), della revocazione per ingratitude (art. 801 c.c.) o sopravvenienza di figli (art. 803 c.c.), nonché all'obbligo di collazione (art. 737 c.c.), come elementi che proiettano gli effetti dell'atto di liberalità su un orizzonte temporale più ampio e su una cerchia di soggetti non limitata alle sole parti del rapporto. Il diritto, insomma, «non concede nulla alla purezza o all'innocenza del dono»⁵². Ciò per un verso contribuisce a spiegare le ragioni di un'attitudine tendenzialmente restrittiva e sospettosa del giurista nei confronti delle attribuzioni gratuite e in particolare modo di quelle liberali; ma per altro verso induce a riflettere sull'assenza, nel quadro delle regole e delle categorie giuridiche, della medesima «immagine dell'uomo» fatta propria dalla teoria economica a seguito della rivoluzione marginalista⁵³.

In altri termini, sono proprio le regole dettate per la donazione che dimostrano, se osservate in filigrana, come il modello comportamentale presupposto dal diritto sia ben distante da quello definito dal paradigma dell'*homo oeconomicus*⁵⁴. Il 'soggetto' della donazione non è un individuo

La gratuità come principio, in A. GALASSO e S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, cit., p. 1 ss., p. 11; S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, *ivi*, p. 151 ss., p. 160 ss.

⁵⁰ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 125; v. anche le considerazioni di N. LIPARI, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1 ss., p. 5.

⁵¹ A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 23 ss., p. 34 ss.

⁵² S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., p. 125.

⁵³ In proposito è utile confrontare le pagine di S. D'ACUNTO, *Del soggetto della scienza economica e della sua dignità*, in A. ABIGNENTE e F. SCAMARDELLA (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, p. 117 ss.; nonché S. ZAMAGNI, *Sulla cooperazione tra scienza economica e etica: ragioni, problemi, prospettive*, in ID., *Economia e etica. Saggi sul fondamento etico del discorso economico*, Roma, AVE, 1994, p. 15 ss., 20.

⁵⁴ Su questo profilo è molto interessante la discussione compiuta, seppur in un contesto di *common law*, da J. B. BARON, *Gifts, Bargains and Form*, in *Indiana Law Journal*, 64 (1989), p. 155, spec. alle pp. 172-178, la quale riflette in senso critico sui presupposti comportamentali sottesi alla lettura funzionalistica della disciplina dei *gifts*, ponendoli a confronto con le risultanze delle ricerche in campo sociologico e antropologico e conte-

isolato, né un freddo calcolatore, né tanto meno una persona dotata di un illimitato bagaglio di informazioni e impeccabile nel valutarle. Al contrario è un soggetto suscettibile di cader vittima delle passioni e delle emozioni; immerso in una rete di rapporti personali e familiari con cui l'atto donativo necessariamente interferisce; incapace di astrarre da quella fitta trama di doveri e convenienze sociali – generalmente governate dalla logica della reciprocità – che rendono l'atto donativo un atto non perfettamente libero, o addirittura vincolato, nell'*an* e talvolta anche nel *quomodo*; sensibile alle qualità personali del donatario e alla sua stessa condizione familiare d'origine. Sono questi alcuni dei tratti comportamentali che le regole tradizionali in tema di atti gratuiti e liberali danno come presupposti e tentano di governare, sovrapponendo alla realtà fenomenologica la tecnica normativa⁵⁵. Che poi lo scollamento tra gli obiettivi normativi e le dinamiche effettuali sia destinato a rimanere in molti casi incolumabile – non meno del divario tra la razionalizzazione economica e le pratiche sociali del dono⁵⁶ – è un profilo ulteriore e da questo punto di vista non decisivo. Quel che è rilevante, ai fini di un discorso sui limiti del paradigma della razionalità strumentale, è che se vi è un modello preso «realisticamente» in considerazione dal diritto, questo non è (o non è esclusivamente) quello dell'*homo oeconomicus*, bensì quello dell'*homo donator*⁵⁷.

stando, in particolare, l'assunto dei soggetti come attori egoisti e razionali; sulla prospettiva di Baron si vedano le considerazioni di M. A. EISENBERG, *The World of Contract and the World of Gift*, in *California Law Review*, 85 (1997), p. 821, p. 841. V. altresì in una prospettiva più generale J. L. HARRISON, *Egoism, Altruism and Market Illusions: The Limits of Law and Economics*, in *UCLA Law Review*, 33 (1986), p. 1309.

⁵⁵ V. ad es. A. FOUBERT, *Le don en droit*, cit., p. 231 ss.; M. A. EISENBERG, *The World of Contract and the World of Gift*, cit., p. 847, ove si osserva, ovviamente muovendo da una prospettiva di *common law*, che: «much of the world of gift is driven by affective considerations like love, affection, friendship, gratitude and comradeship. That world would be impoverished if it were to be collapsed into the world of contract».

⁵⁶ Molto puntuali, anche su questo aspetto, le pagine di M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012, pp. 98-104; v. altresì R. HYLAND, *Gifts, A Study in Comparative Law*, cit., pp. 38-49.

⁵⁷ J. T. GODBOUT, *Le don, la dette et l'identité. Homo donator versus homo oeconomicus*, cit., spec. pp. 162-164.

4. L'assioma del self-interest alla prova delle scienze comportamentali

Un confronto con la razionalità giuridica, se compiuto in maniera non unilaterale e scevra da preconcetti⁵⁸, potrebbe offrire utili spunti per un riesame critico da parte della scienza economica di alcuni dei presupposti epistemologici accettati con eccessivo entusiasmo sin dalla rivoluzione marginalista⁵⁹. Tra questi viene in risalto l'assioma dell'agire interessato, che, come si è già ricordato, rappresenta uno dei capisaldi della teoria della scelta razionale. È ben noto, tuttavia, che esso non è affatto incontrastato e molteplici autori ne hanno contestato, da diversi angoli visuali, la fondatezza. In luogo di molti, sarà sufficiente ricordare le pagine, ben note al giurista, di Amartya Sen⁶⁰; quelle di Ronald Coase, risoluto nel denunciare l'antirealismo di quei presupposti e lo scollamento tra teoria e prassi che ne deriva⁶¹; o quelle di

⁵⁸ Senza cioè trasporre acriticamente canoni e concetti elaborati in ambito economico, impiegandoli come parametri per la verifica di funzionalità (rectius di efficienza) delle norme giuridiche, ma al contrario assumendo istituti e dottrine giuridiche come sonda per indagare la tenuta delle categorie economiche. Molteplici spunti possono trarsi, in relazione ai temi in oggetto, dallo studio di R. A. PRENTICE, *'Law and' Gratuitous Promises*, in *University of Illinois Law Review*, 2007, p. 881, ove diversi problemi posti dalla disciplina degli atti gratuiti sono affrontati muovendo da una prospettiva di «*Behavioral Law and Economics*»; e prima ancora da M. A. EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, in *Stanford Law Review*, 47 (1995), p. 211.

⁵⁹ Per uno sguardo sulla genesi del modello dell'*homo oeconomicus* v. M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Seuil, Gallimard, 2004 [trad. it. *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli 2007, p. 221 ss.]; di recente v. anche S. D'ACUNTO, *Del soggetto della scienza economica e della sua dignità*, in A. ABIGNENTE e F. SCAMARDELLA (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali* cit., p. 126 ss.

⁶⁰ In particolare v. A. SEN, *The Idea of Justice*, cit., p. 176 ss.; ID., *Rationality and Freedom*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2002, p. 19 ss.

⁶¹ R. COASE, *The Firm, The Market and The Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 (trad. it. *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 43-44) ove si osserva che: «un effetto causato da questo divorzio della teoria dal suo oggetto di studio è stato che i soggetti, le cui decisioni gli economisti si impegnano ad analizzare, non sono stati fatti materia di studio e quindi mancano di sostanza. Il consumatore non è un essere umano ma un ordinamento coerente di preferenze. L'impresa per un economista, così come ha detto Slater, «è in sostanza definita da una curva di costi e da una curva di domanda, e la teoria è semplicemente la logica della determinazione del prezzo e della combinazione ottima di input. Lo scambio ha luogo senza alcuna specificazione del suo scenario istituzionale. Ci si parano davanti consumatori senza umanità, imprese senza organizzazione, ed anche scambi senza mercati. Il razionale massimizzatore di utilità della teoria economica non ha punti di contatto con l'uomo sul bus per Clapham o, veramente, con alcun uomo (o donna) e su un qualsiasi bus. Non c'è alcuna ragione per supporre che la maggioranza degli esseri umani siano impegnati a massimizzare qualcosa che non

Karl Polanyi, che, attingendo al bagaglio di informazioni e conoscenze sviluppate nell'ambito della storia e dell'antropologia economica, ha mostrato come l'intero paradigma dell'*homo oeconomicus* sia parte integrante di un 'programma ideologico' sviluppato con l'avvento della rivoluzione industriale e poi elevato a dogma ordinante dall'economia neoclassica, ma non suscettibile di universalizzazione né nel tempo né nello spazio⁶².

A distanza di alcuni anni, queste critiche appaiono oggi corroborate dagli studi condotti nell'ambito di diverse discipline, dall'economia comportamentale alla psicologia, dalla biologia evoluzionistica alla neuroeconomia. Tali studi, prevalentemente a carattere sperimentale, stanno offrendo dimostrazioni sempre più persuasive della fragilità dei presupposti su cui si basa la teoria della scelta razionale e con essa l'inadeguatezza predittiva dell'intero paradigma dell'*homo oeconomicus*⁶³. Due sono le direttrici fondamentali intorno a cui si snodano le riflessioni di psicologia ed economia comportamentale.

Il primo filone di ricerca è quello che, a partire dagli anni '70, ha focalizzato l'attenzione sul profilo della razionalità degli attori e sui suoi limiti. Tra le tante, soprattutto le analisi di David Kahneman e Amos Tversky hanno restituito universale notorietà al tema delle distorsioni cognitive e della *bounded rationality*, tanto da giustificare l'assegnazione a Kahneman, uno psicologo cognitivo, e a Vernon Smith, un economista sperimentale, del Premio Nobel per l'economia⁶⁴. Tali sono la rilevanza e le implicazioni delle suddette acquisizioni teoriche, che la stessa *Behavioral Law and Economics* ha sin qui finito per cimentarsi in maniera prevalente con il problema del riflesso dei vincoli cognitivi sui processi di scelta e di decisione degli individui⁶⁵.

sia l'infelicità, ed anche questa solo con parziale successo».

⁶² K. POLANYI, *Our Obsolete Market Mentality. Civilization Must Find a New Thought Pattern*, in *Commentary*, 3 (1947), p. 109; ID. *The Great Transformation*, New York, Farrar, 1944 (trad. it. *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 1974, p. 173 ss.). In proposito cfr. l'analisi di G. DALE, *Karl Polanyi. The Limits of the Market*, Cambridge, Polity Press, 2010, pp. 89-187.

⁶³ Su questi temi meritano di essere richiamati, innanzitutto, i due volumi di J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, I, Paris, Éditions du Seuil, 2009, I; e *L'irrationalité. Traité critique de l'homme économique*, Paris, Éditions du Seuil, 2010, II, che costituiranno un termine di riferimento privilegiato per le considerazioni svolte nel prosieguo di questo scritto; nonché K. SCHWEERS COOK e M. LEVI (a cura di), *The Limits of Rationality*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1990; T. S. ULEN, *Rational Choice Theory in Law and Economics*, cit., p. 800 ss.

⁶⁴ Per informazioni v. M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, il Saggiatore, 2005, p. 11 ss.

⁶⁵ Di ciò offre una chiara dimostrazione il volume di R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University

V'è poi un secondo filone d'indagine, che, benché dotato di minore visibilità, sta conseguendo risultati altrettanto significativi per la teoria della scelta razionale. Se gli studi di Kahneman hanno offerto un contributo importante alla comprensione dei meccanismi relativi alla 'cognizione', le ricerche sperimentali condotte – tra gli altri – da Ernst Fehr e dal suo team stanno dischiudendo prospettive di riflessione molto importanti soprattutto riguardo all'aspetto della 'motivazione' dei comportamenti individuali⁶⁶. Esperimenti realizzati nell'arco di un ventennio da psicologi ed economisti sperimentali, peraltro in maniera altamente sofisticata e in contesti culturali eterogenei, hanno sottoposto a una seria verifica operativa il

Press, 2008 (trad. it. Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009); v. altresì C. JOLLS, C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50 (1998), p. 1471; C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Analysis of Law*, in *University of Chicago Law Review*, 64 (1997), p. 1175; altri lavori interessanti in questa prospettiva sono quelli, concernenti per lo più il tema delle scelte di consumo e di investimento, di O. BAR-GILL, *The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts*, in *Cornell Law Review*, 94 (2009), p. 1073; ID., *Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2012; H. EIDENMÜLLER, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderung durch Behavioral Law and Economics*, cit., pp. 221-223; M. FERRARI, *Risk Perception, Culture, and Legal Change. A Comparative Study on Food Safety in the Wake of the Mad Cow Crisis*, Farnham-Burlington, Ashgate, 2009, pp. 1-44; G. ROJAS ELGUETA, *Understanding Discovery in International Commercial Arbitration through 'Behavioral Law and Economics': A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 16 (2011), p. 165; A. MONTI, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 15 ss.

⁶⁶ Tra gli studi di Fehr ai quali si farà particolare riferimento nel prosieguo di questo scritto si annoverano: E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, in S. G. KOLM e J. M. YTHIER (a cura di), *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, Amsterdam, North-Holland, 2006, I, p. 615 ss.; E. FEHR e U. FISCHBACHER, *The Nature of Human Altruism*, in *Nature*, 425 (2003), p. 785; E. FEHR e S. GÄCHTER, *Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity*, in *Journal of Economic Perspectives*, 14 (2000), p. 159; E. FEHR e B. ROCHENBACH, *Detrimental effects of sanctions on human altruism*, in *Nature*, 422 (2003), p. 137; E. FEHR e S. GÄCHTER, *Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments*, in *American Economic Review*, 90 (2000), p. 980; H. GINTIS, S. BOWLES, R. BOYD e E. FEHR, *Explaining altruistic behavior in humans*, in *Evolution and Human Behavior*, 24 (2003), p. 153. Per ulteriori informazioni sulle risultanze sperimentali in tema di altruismo v. R. M. DAWES e R.H. THALER, *Anomalies: Cooperation*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2 (1988), p. 187; J. ANDREONI, W. T. HARBAUGH e L. VESTERLUND, *Altruism in experiments*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008⁷.

secondo pilastro del modello dell'*homo oeconomicus*, ossia il presupposto dell'agire orientato al perseguimento dell'interesse egoistico. Benché non si giunga a negare la rilevanza del *self-interest* quale fondamentale fattore motivazionale (e sarebbe difficile attendersi un diverso esito, atteso che la razionalità massimizzante è iscritta nelle stesse istituzioni fondamentali di una società imperniata sul sistema di mercato capitalistico), i risultati empirici e sperimentali ne smentiscono la dominanza, portando alla luce il ruolo tutt'altro che marginale assunto da fattori quali l'avversione all'iniquità, la reciprocità, l'altruismo.

Le acquisizioni di tali ricerche, pur provvisorie e non assolutizzabili, sono comunque preziose per il giurista, in quanto restituiscono un'immagine dell'agente ben più articolata e complessa di quella presupposta dal modello antropologico della *Law and Economics*⁶⁷. Ciò ha importanti implicazioni, a tacer d'altro, per la comprensione teorica e la migliore strutturazione delle istituzioni preposte al coordinamento delle attività private⁶⁸. Prima di soffermarsi su questo aspetto, appare opportuno illustrare più da vicino il contenuto e i risultati degli esperimenti volti a misurare la rilevanza empirica del paradigma del *self-interest*.

Le indagini più significative traggono spunto generalmente da uno dei quattro giochi elencati qui di seguito, nei quali i soggetti – di regola operanti in condizioni di anonimato e nel contesto di giochi non ripetuti – sono posti di fronte all'alternativa tra azioni cooperative ed azioni non cooperative, tra scelte egoistiche e scelte disinteressate: *a*) il gioco dell'*ultimatum*; *b*) il gioco del dittatore; *c*) il gioco della fiducia; *d*) il gioco della contribuzione a beni pubblici.

5. Il gioco dell'*ultimatum*

Nel gioco dell'*ultimatum* – dal quale la gran parte degli studi sperimentali sul comportamento cooperativo hanno preso le mosse⁶⁹ – due persone

⁶⁷ Sul punto cfr. le considerazioni di A. SEN, *Rationality and Freedom*, cit., p. 25 ss.

⁶⁸ Cfr. D. C. NORTH, *Economics and Cognitive Sciences*, in <http://www.beijingforum.org/html/Home/report/826-0.htm>, (ultimo accesso in data 3-2-2014).

⁶⁹ I primi esperimenti in materia sono quelli di W. GÜTH, R. SCHMITTBERGER e T. SCHWARZE, *An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, in *Journal of Economic Behaviour & Organization*, 3 (1982), p. 367; cfr. Inoltre W. GÜTH e R. TIETZ, *Ultimatum Bargaining Behavior: A Survey and Comparison of Experimental Results*, in *Journal of Economic Psychology*, 11 (1990), p. 417. Per approfondimenti v. le riflessioni di F. GUALA,

devono accordarsi sulla ripartizione di una determinata somma di denaro messa a disposizione dallo sperimentatore. Il primo individuo, il Proponente, è chiamato a formulare una proposta di allocazione del capitale tra i due soggetti. Il secondo, l'Oblato, può accettare o rifiutare l'offerta. Nel caso di accettazione, la somma sarà ripartita sulla base delle modalità concordate. Nel caso di rifiuto, invece, l'attribuzione gratuita verrà revocata e nessuno dei due soggetti guadagnerà alcunché. Assumendo che entrambi i soggetti sono razionali (nel senso della teoria dominante) e quindi si preoccupano unicamente di massimizzare il proprio benessere materiale, se ne dovrebbe inferire logicamente che l'Oblato sarà disposto ad accettare qualsiasi somma, in quanto ogni attribuzione, per quanto piccola, sarà migliore di nulla; e che il Proponente, rappresentandosi mentalmente un tale ragionamento, limiterà la propria offerta alla più piccola unità di denaro disponibile, mantenendo per sé tutto il *surplus*. Il gioco sembrerebbe dunque avere un unico equilibrio di Nash, dove l'offerta (sempre accettata) è positiva ma prossima allo zero (offerta di $0 + x$, ove x è la minima unità monetaria disponibile)⁷⁰. Tuttavia le risultanze sperimentali smentiscono tali previsioni. L'esito più comune registrato in centinaia di prove è che la grande maggioranza delle offerte sono ricomprese in una somma che varia tra il 40% e il 50% dell'ammontare disponibile; mentre le offerte minori del 20% del *surplus* vengono rifiutate con una probabilità ricompresa tra lo 0.4 e lo 0.6, probabilità che decresce in proporzione all'entità dell'offerta⁷¹. Ciò indica che gli individui non agiscono sempre e comunque in maniera pienamente conforme al postulato dell'interesse egoistico.

In particolare, le offerte troppo basse vengono percepite come «ingiuste», tanto da spingere l'Oblato a rifiutare qualsiasi guadagno, piuttosto che vedere l'altra parte lucrare della propria rendita di posizione in spregio ad un comune senso di equità nella distribuzione delle risorse. Si tratta di un comportamento 'disinteressato', ma riconducibile ad una forma di disinteresse che non giova nell'immediato ad alcuno (mentre se il gioco fosse ripetuto, o in presenza di informazioni circa i comportamenti preferiti degli agenti, tale atteggiamento potrebbe essere interpretato come

Paradigmatic Experiments: The Ultimatum Game from Testing to Measurement Device, in *Philosophy of Science*, 75 (2008), p. 658; ID., *Has Game Theory Been Refuted?*, in *Journal of Philosophy*, 103 (2006), p. 239.

⁷⁰ M. MOTTERLINI e F. GUALA, *Psicologia ed esperimenti in economia*, in ID., (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, cit., p. 1 ss., p. 42.

⁷¹ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories* cit., p. 622; C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, Princeton, Princeton University Press, 2003, pp. 48-50.

strumentale all'acquisizione della reputazione di persona orgogliosa e di forte temperamento, così da spingere ogni potenziale controparte alla formulazione di offerte più generose)⁷². Si è dunque al fuori del paradigma dell'altruismo, mentre assumono un ruolo cruciale fattori emozionali come la rabbia o il risentimento, i quali sono all'opera, com'è noto, in una molteplicità di contesti reali di interazione e che parrebbero supportare un'opzione di 'punizione simbolica' finalizzata a ricostituire *ex post* la reciprocità violata⁷³. Peraltro, il raffronto del gioco dell'*ultimatum* con le sue varianti dell'*impunity game* (ove l'eventuale rigetto dell'offerta comporta soltanto la sua perdita per l'Oblato, ma non per il Proponente, che conserva il resto della somma allocata dallo sperimentatore)⁷⁴, e il *private impunity game* (ove la scelta compiuta dall'Oblato, e quindi anche l'eventuale rifiuto dell'offerta, produttivo delle stesse conseguenze dell'*impunity game*, rimane segreta e non viene comunicata al Proponente), induce a attribuire valore preponderante alla pura e semplice 'emozione' correlata ai sentimenti di rabbia e risentimento, rispetto alle stesse motivazioni in termini di avversione all'iniquità e reciprocità⁷⁵. Difatti essa sembra motivare il comportamento consistente nel rifiuto dell'offerta anche qualora tale rifiuto aggravi la situazione di disparità nell'allocatione delle risorse (*impunity game*: il Proponente conserva integralmente la propria parte di utili, mentre l'Oblato perde tutto) e persino allorché esso non possa adempiere ad una funzione di punizione simbolica (*private impunity game*: il rigetto dell'offerta non viene reso noto al Proponente e costui mantiene la propria dotazione patrimoniale, mentre l'Oblato perde tutto ... ad eccezione della propria dignità)⁷⁶.

⁷² M. A. NOWAK, K.A. PAGE e K. SIGMUND, *Fairness Versus Reason in the Ultimatum Game*, in *Science*, 289 (2000), p. 1773.

⁷³ In questo senso vedi la discussione del gioco dell'*ultimatum* compiuta da C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, cit., p. 49, il quale attribuisce particolare rilievo al sentimento della rabbia («anger»), diversa dall'indignazione (che è all'opera nel contesto del *third party punishment game*), in quanto sentimento «more personal» e che spesso «motivates an aggrieved party to administer justice herself»; nonché da J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., pp. 137-138, il quale isola come fattori motivazionali rilevanti l'*envie* e il *resentissement*.

⁷⁴ G. E. BOLTON e R. ZWICK, *Anonymity Versus Punishment In Ultimatum Bargaining*, in *Games and Economic Behavior*, 10 (1995), p. 95.

⁷⁵ T. YAMAGISHI, Y. HORITA, H. TAKAGISHI, M. SHINADA, S. TANIDA e K.S. COOK, *The private rejection of unfair offers and emotional commitment*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 106 (2009), p. 11520.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 11522; in tema v. anche N. MA, N. LI, X. S. HE, D. L. SUN e X. ZHANG *et alii*, *Rejection of Unfair Offers Can Be Driven by Negative Emotions, Evidence from Modified Ultimatum Games with Anonymity*, in *PLoS ONE*, 7(6) (2012), p. 39619.

Quanto alla spiegazione del comportamento del Proponente, la questione è più complessa. Sarebbe troppo semplicistico ritenere che la frequenza molto elevata di offerte sopra il 40% denoti un'attitudine 'altruistica' da parte del Proponente. Infatti, può ben essere che tale decisione sottenda una valutazione razionale dei rischi insiti in un'offerta troppo bassa e dunque risponda ad una forma di *disinteresse per scelta*⁷⁷. Il Proponente potrebbe semplicemente prevedere che un'offerta di ammontare non ragionevole incontri il dissenso dell'Oblato, con il conseguente rischio di rifiuto e perdita dell'intero *surplus* disponibile. Che ciò sia spesso il caso è dimostrato da un confronto tra gli esiti osservabili nel gioco dell'*ultimatum* e nel gioco del dittatore.

6. Il gioco del dittatore

Il gioco del dittatore si differenzia da quello appena analizzato per una variante essenziale⁷⁸. Qui l'Oblato non ha più il potere di rifiutare la proposta. Pertanto egli è relegato ad un ruolo meramente passivo, mentre il Proponente è posto in una condizione simile a quella del titolare di un diritto potestativo. Egli può decidere arbitrariamente quanta parte della somma allocata dallo sperimentatore destinare all'Oblato. Non fronteggiando più alcun rischio di rifiuto e dunque di azzeramento del *surplus* disponibile, ci si attenderebbe che il Proponente opti per un'offerta pari o tendente allo 0. I risultati empirici smentiscono nuovamente tale previsione. Le offerte reali risultano ricomprese in media tra il 10 % e il 25 % del *surplus* disponibile, con allocazioni modali al 50% e allo 0⁷⁹. Ciò suggerisce due ordini di considerazioni. Il primo è che in assenza di un rischio di rifiuto l'entità dell'offerta tende a decrescere in misura sostanziale. Questo conferma l'ipotesi di partenza, e cioè che una quota significativa delle offerte 'corpose' osservabili nel gioco dell'*ultimatum* deve essere ricondotta ad un

Per un più ampio discorso sulle «negative emotions» e il loro rapporto con le regole giuridiche v. G. LOEWENSTEIN e T. O'DONOGHUE, "We Can Do This the Easy Way or the Hard Way". *Negative Emotions, Self-Regulation, and the Law*, in *University of Chicago Law Review*, 73 (2006), p. 183.

⁷⁷ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 136.

⁷⁸ R. L. FORSYTHE, J. HOROWITZ, N.E. SAVIN e M. SEFTON, *Fairness in simple bargaining games*, in *Games and Economic Behavior*, 6 (1994), p. 347.

⁷⁹ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 622.

comportamento strategico e segnatamente all'intento di ridurre al minimo il rischio di insuccesso dell'accordo⁸⁰. Il secondo ordine di considerazioni è che, pur in assenza di un pericolo di rifiuto, le offerte non si riducono a 0, ma rimangono in media positive. Ciò significa che la scelta compiuta in piena libertà dal Proponente non è sempre strategica ed appare connotata da una dose ineliminabile di 'altruismo', ossia da un'attitudine volta alla soddisfazione delle esigenze altrui, anche là dove ciò implichi un costo per l'agente⁸¹. Il confronto tra i due giochi induce dunque a sottolineare, dal lato del Proponente, che il timore razionale del rifiuto non può giustificare di per sé la presenza di offerte positive e deve darsi per scontata una pur minima preoccupazione per il benessere altrui (o per l'equità nella distribuzione degli utili); e, dal lato dell'Oblato, che il fattore emozionale della collera per l'ingiustizia subita fa premio sulla considerazione «razionale» (*rectius* di razionalità economica) per cui ricevere qualcosa è sempre meglio di nulla⁸².

Il riferimento al ruolo delle 'emozioni' nella spiegazione dei comportamenti induce poi a verificare se tale elemento assuma un peso soltanto quando l'azione iniqua tocchi direttamente la propria sfera, oppure anche quando essa si risolva a danno di un terzo. Nel primo caso si dovrà riconoscere un ruolo prevalente al sentimento di «collera»; nel secondo si potrà parlare più propriamente di una scelta 'altruistica' dettata dall'«indignazione»⁸³. Per sciogliere tale ambiguità è utile far riferimento ad

⁸⁰ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 137.

⁸¹ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., pp. 136-137; C. F. CAMERER, *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, cit., p. 56.

⁸² V. *supra*, nota 73.

⁸³ Per la distinzione tra i due stati d'animo della collera, la quale opera nei rapporti bilaterali, e dell'indignazione, la quale pertiene ai rapporti trilaterali, si veda J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 157. Ivi è riportato il seguente passo di Cartesio, che merita di essere riprodotto per intero: «Tout de même le mal fait par d'autres, n'étant point rapporté à nous, fait seulement que nous avons pour eux de l'indignation; et lorsqu'il y est rapporté, il émeut aussi la colère». E ancora: «Ceci nous avertit qu'on peut distinguer deux espèces de colère: l'une qui est fort prompte et se manifeste fort à l'extérieur, mais néanmoins qui a peu d'effet et peut facilement être apaisée; l'autre qui ne paraît pas tant à l'abord, mais qui ronge davantage le cœur et qui a des effets plus dangereux. Ceux qui ont beaucoup de bonté et beaucoup d'amour sont les plus sujets à la première. Car elle ne vient pas d'une profonde haine, mais d'une prompte aversion qui les surprend, à cause qu'étant portés à imaginer que toutes choses doivent aller en la façon qu'ils jugent être la meilleure, sitôt qu'il en arrive autrement ils l'admirent et s'en offensent, souvent même sans que la chose les touche en leur particulier, à cause qu'ayant beaucoup d'affection, ils s'intéressent pour ceux qu'ils aiment en même façon que pour eux-mêmes. Ainsi ce qui ne serait qu'un sujet d'indignation pour un autre est pour eux un sujet de colère» (R. DESCARTES, *Les passions de l'âme*, art. 65, in F. Alquié (a cura di), *Cœuvres philosophiques*, Bordas, Classiques Garnier, 1989, III, p. 1004).

un altro contesto sperimentale, quello delineato dal *third-party punishment game*⁸⁴. Esso è costruito come un gioco del dittatore, ma con struttura trilaterale. Oltre al Proponente e all'Oblato, interviene un terzo soggetto, l'Osservatore. Mentre i primi due operano secondo le modalità illustrate in precedenza (attribuzione di una somma da parte dello sperimentatore e potere insindacabile di determinarne la redistribuzione in capo al Proponente), l'Osservatore riceve dallo sperimentatore la metà della somma assegnata al Proponente. Di questa somma egli potrà far uso in due modi: conservandola, oppure imponendo 'punti di penalizzazione' a danno del Proponente in ragione delle sue scelte distributive. L'attribuzione di ogni punto di penalizzazione implicherà per l'Osservatore l'esborso di una unità monetaria e per il Proponente tre unità, sicché ogni sanzione risulterà costosa sia per l'uno sia per l'altro. Secondo la teoria della scelta razionale, ci si attenderebbe che l'Osservatore non imponga mai punti di penalità, poiché altrimenti finirebbe per diminuire il proprio benessere materiale. Eppure, i risultati degli esperimenti condotti da Fehr e Fischbacher smentiscono tale ipotesi⁸⁵. Assegnata al Proponente una somma di 100 gettoni, costui veniva in prevalenza 'sanzionato' ogniqualvolta avesse allocato all'Oblato un ammontare minore del 50% del capitale. In particolare, circa il 60% degli Osservatori optava per una penalizzazione ed essa tendeva a crescere in proporzione al diminuire della quota attribuita all'Oblato. Nel caso di trasferimento nullo (e dunque di integrale appropriazione del *surplus* da parte del Proponente), i punti di penalizzazione risultavano in media 14, con la conseguente riduzione del patrimonio del Proponente di 42 unità.

Da un lato, dunque, l'Osservatore appare disposto a impiegare parte del proprio patrimonio al fine non egoistico di sanzionare un comportamento iniquo del Proponente (e alcuni studi di neuro-economia hanno confermato l'attivazione dei centri del piacere del cervello a seguito della sanzione imposta per comportamenti sleali)⁸⁶. Dall'altro, l'entità della sanzione risulta complessivamente minore della perdita che il Proponente avrebbe dovuto sostenere per realizzare una distribuzione equa delle risorse, individuata dagli Osservatori nel 50% del capitale. Quindi i disincentivi all'appropriazione si rivelano in un contesto simile insufficienti. Tuttavia vien fatto notare che, nei casi in cui l'Osservatore avesse già par-

⁸⁴ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third party punishment and social norms*, cit., p. 63.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 68; E. FEHR e K. M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 623.

⁸⁶ D. DE QUERVAIN, U. FISCHBACHER, V. TREYER, M. SCHELLHAMMER, U. SCHNYDER, A. BUCK e E. FEHR, *The Neural Basis of Altruistic Punishment*, in *Science*, 305 (2004), p. 1254; J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 137, p. 176 ss.

tecipato ad un altro gioco del dittatore assumendovi il ruolo di Oblato, l'entità delle sanzioni inferte risultava sistematicamente più elevata⁸⁷. In particolare, il Proponente veniva in media 'punito' più duramente per ogni trasferimento minore del 50%, con la conseguenza che l'iniquità risultava una strategia perdente anche sul piano del calcolo costi/benefici. Ciò è agevolmente spiegabile con un effetto di empatia tra l'Osservatore e l'Oblato, il quale eleva sensibilmente la soglia della disponibilità a pagare (*id est* a punire). Infine le risultanze empiriche indicano che, nel caso in cui il gioco sia strutturato come *second party punishment game* (ove il potere di sanzionare sia attribuito direttamente in capo all'Oblato), le sanzioni inferte saranno più elevate e frequenti⁸⁸. Ne discende che: *a*) molti individui sono propensi a sacrificare parte del proprio benessere al fine di sanzionare atti percepiti come ingiusti o iniqui; *b*) tale propensione a punire è sensibilmente maggiore allorché le violazioni delle norme sociali siano state direttamente indirizzate nei confronti dell'agente. In altre parole, la forza motivazionale della *collera* tende a sopravanzare quella dell'*indignazione*⁸⁹. Se ciò potrebbe suggerire una minore efficacia dei relativi meccanismi sanzionatori, d'altra parte si deve notare che nei contesti reali il numero dei terzi osservatori è generalmente più elevato dei soggetti direttamente colpiti dal comportamento opportunistico; sicché l'effetto aggregato del loro ostracismo può ben compensare la debolezza delle reazioni individuali⁹⁰.

Questi esperimenti confermano, dunque, un dato già messo in luce da numerosi studi, e cioè che le sanzioni che presiedono all'attuazione delle norme sociali sono largamente basate sulle emozioni, le quali costituiscono uno dei fattori decisivi che guidano il processo di attuazione delle norme⁹¹. Il ruolo delle 'emozioni' è pertanto molto rilevante e deve essere tenuto in massima considerazione – come ha da tempo insegnato il pensiero della differenza di genere⁹² e come ben sa qualsiasi giurista impegnato nell'analisi dei contesti di *transitional justice*⁹³ – nella ricostruzione dei paradigmi della decisione⁹⁴.

⁸⁷ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 623.

⁸⁸ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third party punishment and social norms*, cit., pp. 75-77.

⁸⁹ Cfr. J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., pp. 167-168.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 169; E. FEHR e U. FISCHBACHER, *Third party punishment and social norms*, cit., p. 85.

⁹¹ *Ibidem*, p. 84.

⁹² Per una prima introduzione v. M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 341 ss.

⁹³ È importante, ancora, un richiamo a J. ELSTER, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁹⁴ Su questo tema, che di recente ha dato vita ad una ricca ed importante produzione

7. Il gioco della fiducia

Se il gioco da ultimo descritto illustra il fenomeno della ‘punizione altruistica’, il gioco della fiducia verte sull’ipotesi della ‘ricompensa altruistica’⁹⁵. Esso è generalmente strutturato nel modo seguente⁹⁶. Vi sono due soggetti, il Fiduciante e il Fiduciario, ai quali viene attribuita la medesima somma di danaro da parte dello sperimentatore. Il Fiduciante può decidere quanto trasferire, in forma di investimento, al Fiduciario, con la particolarità che qualsiasi somma attribuita verrà triplicata dallo sperimentatore. Pertanto, se la destinazione è 0, il Fiduciario non riceverà nulla, mentre per ogni altro ammontare (ad es. 10) egli riceverà il triplo dell’investimento (30). A sua volta il Fiduciario sarà libero di appropriarsi di tutto il *surplus* ricevuto oppure restituirne una parte al Fiduciante. Siamo dunque in presenza di una sorta di gioco del dittatore a parti invertite, salvo il fatto che qui il Fiduciante è libero di determinare l’entità della posta da redistribuire. Se dovessimo ragionare in base al comportamento tipico dell’ ‘uomo di Chicago’, dovremmo presupporre che ogni Fiduciario razionale opterà per l’appropriazione dell’intera somma trasferita, senza rendere nulla in cambio al Fiduciante. Costui, a sua volta, rappresentandosi mentalmente il calcolo del Fiduciario, deciderà di non investire alcunché⁹⁷. Ciò, tuttavia, non corrisponde alla realtà effettuale. In molteplici esperimenti condotti in paesi ad economie avanzate è emerso che, in media, i soggetti nel ruolo di Fiduciante trasferiscono circa la metà della somma ricevuta dallo speri-

teorica, v. K. ABRAMS e H. KEREN, *Who's Afraid of Law & the Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 94 (1998), p. 1997; G. L. CLORE, *For Love or Money: Some Emotional Foundations of Rationality*, in *Chicago Kent Law Review*, 80 (2005), p. 1151; M. C. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, (trad. it. *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2009); D. CARUSI, *Diritto, letteratura, psicoanalisi: la giustizia politica secondo Martha Nussbaum*, in ID., *Ordine naturale delle cose*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 158 ss.; nonché D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, New York, Harper Perennial, 2010, spec. p. 75 ss., p. 119 ss., volume al quale si farà ripetutamente riferimento nel corso di questo scritto.

⁹⁵ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *The Nature of Human Altruism*, cit., p. 786.

⁹⁶ E. FEHR e K. M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., pp. 623-624; J. BERG, J. DICKHAUT e K. MCCABE, *Trust, reciprocity and social history*, in *Games and Economic Behavior*, 10 (1995), p. 122.

⁹⁷ Su queste dinamiche, nonché sul tema dell’architettura istituzionale volta a favorire la cooperazione, v. M. GRAZIADEI, *Investitori e fiducia*, in R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 55 ss.; in una prospettiva più ampia E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

mentatore e che in tal caso il Fiduciario tende a ripagare la stessa somma investita (ma nulla più)⁹⁸. Tuttavia v'è da notare che l'entità della somma restituita dal Fiduciario cresce proporzionalmente all'ammontare investito: quanto maggiore è la scelta di investimento, tanto maggiore sarà la quota 'premiale' allocata dal Fiduciario.

Inoltre, è interessante prendere in considerazione una variante del gioco, in base alla quale il Fiduciante, al momento dell'investimento, potrà o semplicemente dichiarare l'ammontare desiderato in caso di riaccredito, oppure avvertire il Fiduciario che applicherà una sanzione di 4 unità monetarie se la somma restituita sarà inferiore all'ammontare desiderato⁹⁹. Il Fiduciario in questi casi è al corrente del fatto che il Fiduciante aveva l'opzione di imporre o non imporre la sanzione per il caso di inadempimento. Ebbene, il dato rilevante è che i pagamenti 'premiali' maggiori si verificano nella prima ipotesi, ossia nel caso in cui l'investitore, pur potendolo fare, non abbia munito l'investimento della minaccia formale della sanzione¹⁰⁰. Ciò significa che la scelta di riporre la fiducia in un altro soggetto, senza assumere le possibili precauzioni anche nei casi in cui costui potrebbe razionalmente tradire la fiducia, induce alla cooperazione. E di riflesso che la minaccia di sanzione – esattamente all'opposto di quanto presupposto dalla teoria economica della pena – può indebolire l'incentivo alla cooperazione e dunque incrinare le stesse basi della 'fiducia'¹⁰¹. Come osserva Jon Elster¹⁰², ciò che può apparire sorprendente all'economista non lo è al letterato, se è vero che Proust scriveva nella sua *Recherche* che «dal momento in cui la gelosia è scoperta, essa è considerata da chi ne è oggetto come una diffidenza che legittima l'inganno»; e così pure che «se la gelosia ci aiuta a scoprire nella donna amata una certa inclinazione alla menzogna, essa centuplica tale inclinazione, quando la donna abbia scoperto che siamo gelosi»¹⁰³.

⁹⁸ E. FEHR e U. FISCHBACHER, *The Nature of Human Altruism*, cit., p. 786 e la letteratura ivi citata; E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 624 ss.

⁹⁹ E. FEHR e B. ROCKENBACH, *Detrimental effects of sanctions on human altruism*, cit., p. 137; J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, cit., pp. 200-201.

¹⁰⁰ J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, cit., p. 201.

¹⁰¹ Sul difficile equilibrio tra fiducia «cieca» e fiducia «calcolata», E. RESTA, *Le regole della fiducia*, cit., pp. 3-9.

¹⁰² J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 175.

¹⁰³ M. PROUST, *La Prisonnière*, in *À la recherche du temps perdu*, Paris, Gallimard, 1987, III, p. 570, p. 597.

8. Il gioco della contribuzione a beni pubblici

Infine, il tema della propensione alla cooperazione è studiato attraverso il *gioco della contribuzione a beni pubblici*. In una sua variante elaborata da Fischbacher, Gächter e Fehr¹⁰⁴, viene fornito a quattro giocatori l'ammontare di 20 unità monetarie ciascuno. Essi hanno l'opzione di trattenere il capitale ovvero di destinare parte di esso ad un progetto di interesse collettivo, la cui entità è data dalla sommatoria delle contribuzioni individuali. Il *payoff* marginale per ogni contribuzione ammonta a 0.4 unità. Di conseguenza l'investimento è nell'interesse del gruppo, in quanto per ciascuna unità investita si recupera collettivamente 1,60. Esso non risponde, tuttavia, all'interesse individuale, in quanto ciascun agente ricava meno di quanto investito. L'esperimento si articola in due diverse fasi. Nella prima viene richiesto a ogni partecipante di indicare – senza conoscere le scelte compiute dagli altri – la somma che egli o ella sarebbe disposto a destinare al progetto collettivo. Nella seconda, viene proposta una tabella delle contribuzioni medie degli altri partecipanti e ogni partecipante viene invitato a indicare la propria scelta in relazione a ciascun livello di contribuzione media. Sulla base delle consuete premesse della scelta razionale e dell'egoismo, dovremmo attenderci un comportamento da *free rider* da parte di ciascun giocatore. Invece, il dato significativo che emerge dalla seconda fase dello studio è che almeno il 50% dei partecipanti si mostra disponibile ad aumentare le proprie contribuzioni se anche gli altri soggetti aumentano le proprie. Ciò evidenzia l'importanza che assumono la logica della reciprocità e l'avversione all'iniquità quali fattori determinativi delle scelte.

V'è, però, da notare come una percentuale rilevante dei soggetti (circa il 30%) agisca in maniera esattamente conforme al modello del *free rider*¹⁰⁵, e ciò indipendentemente dal comportamento tenuto dagli altri partecipanti: se anche costoro destinano una quota del proprio patrimonio al progetto di interesse collettivo, il *free rider* incallito profitterà dei vantaggi senza sobbarcarsi gli oneri necessari per la realizzazione del progetto. E tuttavia il numero dei *cooperatori condizionali* è di solito sufficientemente elevato da neutralizzare l'effetto frenante prodotto dall'azione dei *free riders*, sì da far ritenere che un aumento delle contribuzioni degli altri partecipanti

¹⁰⁴ U. FISCHBACHER, S. GÄCHTER e E. FEHR, *Are People Conditionally Cooperative? Evidence from a Public Goods Experiment*, in *Economics Letters*, 7 (2001), p. 1397.

¹⁰⁵ In tema v. per un altro esempio J. ANDREONI, *Le ragioni del free riding: strategie e apprendimento negli esperimenti con i beni pubblici*, in M. MOTTERLINI e F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, cit., p. 239 ss.

determini un incremento nella contribuzione dell'individuo medio¹⁰⁶.

9. La solidarietà 'condizionale'

Un interessante riscontro pratico di tali assunti è offerto dalla vicenda del consumo dell'acqua pubblica di Bogotá, di cui riferisce Jon Elster¹⁰⁷.

È noto che in diversi centri urbani si ripropone spesso il problema dell'approvvigionamento dell'acqua. Per risolverlo si ricorre generalmente ad una delle seguenti strategie: *a)* interrompere l'erogazione dell'acqua in certi orari; *b)* proibire determinate utilizzazioni dell'acqua; *c)* invitare la popolazione a diminuire, per senso civico, il consumo d'acqua. Perché quest'ultima strategia abbia successo, è necessario porre le condizioni perché si realizzi una forma di *solidarietà condizionale*, sollecitando ciascun cittadino a sopportare un sacrificio a patto che anche gli altri si comportino allo stesso modo. Si rende dunque indispensabile porre in essere un meccanismo che assicuri la visibilità delle scelte compiute da altri e permetta di agire sul senso civico dei consociati. Concretamente, il sindaco della città di Bogotá ha permesso di seguire su un canale televisivo l'andamento in tempo reale del consumo dell'acqua, mostrando la prevalenza dei comportamenti cooperativi rispetto a quelli opportunistici. In tal modo la solidarietà condizionale si è tradotta in azioni utili all'interesse generale¹⁰⁸.

Simmetricamente, lo studio condotto da alcuni economisti sulla disponibilità ad accettare lo stoccaggio di rifiuti radioattivi da parte di piccole comunità montane svizzere ha dimostrato che il tasso di adesione dei soggetti tende a 'decreocere', invece che ad aumentare, qualora la proposta sia argomentata non soltanto facendo appello al senso civico e all'interesse generale, ma sia accompagnata da una promessa di compensazione monetaria¹⁰⁹.

¹⁰⁶ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 672.

¹⁰⁷ J. ELSTER, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, cit., p. 47; J. ELSTER, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, cit., p. 204.

¹⁰⁸ V. anche R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 183 ss.

¹⁰⁹ Nella specie, fu registrata una diminuzione del tasso di adesione dal 50.8 % al 24.6 %: cfr. B. S. FREY e F. OBERHOLZER-GEE, *The Cost of Price Incentives: An Empirical Analysis of Motivation Crowding-Out*, in *American Economic Review*, 87 (1997), p. 746, p. 749, p. 753 («Where public spirit prevails, using price incentives to muster support for the construction of a socially desirable, but locally unwanted, facility comes at a higher price than suggested by standard economic theory because these incentives tend to crowd out

Come si vedrà meglio in seguito, in settori e rispetto a questioni presidiate da norme sociali, l'introduzione di incentivi monetari (diverso, invece, è il caso degli incentivi non monetari, come la compensazione attraverso investimenti in beni comuni, come parchi, scuole o biblioteche)¹¹⁰ rischia di produrre un effetto controfinale, mettendo fuori gioco le c.d. motivazioni intrinseche, come quelle che, nel caso di specie, arginavano il noto effetto 'NIMBY' (*not in my backyard*)¹¹¹.

10. Gli insegnamenti per il giurista: il limiti del modello economicistico e la diversità culturale

La disamina sin qui condotta induce a sottolineare tre punti di particolare rilevanza per il giurista.

Il primo è quello del problema della diversità culturale e dei limiti all'universalizzabilità dei modelli comportamentali assunti a fondamento della teoria della scelta razionale (ed indirettamente delle scelte di *policy* perseguite dai vari decisori istituzionali)¹¹². Gli esperimenti in oggetto sono stati compiuti in una prima fase su un campione piuttosto omogeneo (e quindi poco rappresentativo), come quello degli studenti universitari, in prevalenza provenienti da paesi industrializzati¹¹³. Successivamente il campo d'indagine è stato notevolmente allargato, assumendo le ricerche una matrice spiccatamente «transculturale»¹¹⁴. I medesimi esperimenti – in

civic duty»); B. S. FREY, F. OBERHOLZER-GEE e R. EICHENBERGER, *The Old Lady Visits Your Backyard. A Tale of Morals and Markets*, in *Journal of Political Economy*, 104 (1996), p. 1297. Per altri esempi circa l'effetto dissuasivo, sul piano delle motivazioni individuali, della sollecitazione monetaria v. D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., p. 75 ss.; ID., *Effort for Payment*, in *Psychological Science*, 15 (2004), p. 787.

¹¹⁰ C. MANSFIELD, G. L. VAN HOUTVEN e J. HUBER, *Compensating for Public Harms: Why Public Goods Are Preferred to Money*, in *Land Economics*, 78 (2002), p. 368.

¹¹¹ Cfr. *infra*, par. 10.

¹¹² Sul punto v. le considerazioni di R. CATERINA, *Introduzione*, in ID (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 7 ss.; A. PATERNOSTER, *Scienza cognitiva e diversità culturale*, *ivi*, p. 239 ss.

¹¹³ Sui limiti intrinseci di una siffatta metodologia v. J. DIAMOND, *The World Until Yesterday: What Can We Learn from Traditional Societies?*, London, Penguin Books, 2012 (trad. it. *Il mondo fino a ieri. Che cosa possiamo imparare dalle società tradizionali?*, Torino, Einaudi, 2013, p. 9).

¹¹⁴ In tema si vedano gli scritti di J. HEINRICH *et alii*, "Economic man" in *Cross-Cultural Perspective. Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies*, in *Behavioral and Brain*

particolare il gioco dell'*ultimatum* e il gioco del dittatore – sono stati condotti su gruppi etnici diversi e in contesti socio-economici maggiormente differenziati (e si noti che le poste monetarie in gioco sono state rese il più possibile vicine alle condizioni reali, modellandole sui salari medi percepiti dai partecipanti)¹¹⁵, prendendo in esame anche società tradizionali e culture lontane dagli schemi occidentali. L'obiettivo principale era quello di verificare se e in qual misura i comportamenti individuali mutino in funzione delle diverse concezioni di giustizia ed equità prevalenti nelle varie organizzazioni sociali.

I due dati più significativi che si evincono da tali indagini sono i seguenti. Innanzitutto viene confermata la scarsa capacità predittiva della teoria classica della scelta razionale: quale che sia il contesto di riferimento, i soggetti si comportano secondo modelli che – come si è visto nei paragrafi precedenti - deviano sensibilmente dall'ipotesi del *self-interest*¹¹⁶. In secondo luogo tali deviazioni risultano significativamente diverse a seconda delle 'culture' volta per volta considerate. Ciò è emerso per la prima volta in misura eclatante in un esperimento realizzato, nel 1996, sul gruppo dei Machiguenga, stanziato nell'Amazzonia peruviana sudorientale e dedito alla caccia, alla raccolta e all'orticoltura itinerante¹¹⁷. Il gioco dell'*ultimatum* ivi condotto ha dato vita a risultati difforni da quelli usuali, sia perché i proponenti offrivano in media un ammontare sensibilmente minore di quello osservato nei giochi con popolazioni europee o nordamericane, sia perché i riceventi tendevano ad accettare offerte notevolmente più basse di quelle altrove considerate 'eque' (inferiori al 20% della somma allocata

Sciences, 28 (2005), p. 795; J. HENRICH, R. BOYD, S. BOWLES, C. F. CAMERER, E. FEHR, H. GINTIS e R. McELREATH, *In Search of Homo Economicus. Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies*, in *American Economic Review*, 91 (2001), p. 73; A. E. ROTH, V. PRASNIKAR, M. OKUNO-FUJIWARA e S. ZAMIR, *Negoziazione e comportamento di mercato a Gerusalemme, Lubiana, Pittsburgh e Tokyo: Uno studio sperimentale*, in M. MOTTERLINI e F. GUALA (a cura di), *Economia cognitiva e sperimentale*, cit., p. 255 ss.; E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 626 ss.; R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*, in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 205 ss.

¹¹⁵ Cfr. E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 625.

¹¹⁶ J. HENRICH, *et alii*, "Economic man" in cross-cultural perspective: behavioral experiments in 15 small-scale societies, cit., p. 795.

¹¹⁷ J. HENRICH, *Does Culture Matter in Economic Behavior? Ultimatum Game Bargaining Among the Machiguenga of the Peruvian Amazon*, in *American Economic Review*, 90 (2000), p. 973.

dallo sperimentatore)¹¹⁸. Come spiegare il paradosso di una cultura aliena dai paradigmi di mercato, eppure propensa a sviluppare schemi attitudinali apparentemente più vicini alle ipotesi economicistiche di quanto non li siano quelli evidenziati dagli esperimenti con gli studenti occidentali? Dai colloqui intercorsi con i partecipanti, Joseph Heinrich è giunto alla conclusione che i riceventi fossero disposti ad accettare qualsiasi offerta, in quanto il minore *surplus* veniva imputato alla mala sorte di trovarsi nella posizione di oblato e non invece ad un atteggiamento antisociale del proponente¹¹⁹. Di qui, anche, la minore inclinazione dei proponenti a effettuare offerte generose, stante il basso rischio di vedere la propria offerta rifiutata. Se poi queste attitudini siano da porre in correlazione con fattori specifici, quale ad esempio la struttura organizzativa prevalentemente endo-familiare del gruppo in questione, è una questione più complessa e discussa in ambito antropologico.

Quel che è più rilevante è che il caso in esame ha attirato l'attenzione degli economisti ed ha sollecitato nuove indagini a carattere transculturale, specie nel campo del gioco dell'*ultimatum*, del dittatore e della contribuzione a beni pubblici¹²⁰. Queste, pur confermando il già noto scostamento dal modello economico ortodosso e ribadendo l'importanza pressoché ovunque attribuita alle emozioni (rabbia, risentimento, etc.) e a valori come l'equità, la fiducia e la cooperazione, hanno mostrato come i paradigmi culturali di riferimento influenzino in maniera rilevante i comportamenti individuali e, dunque, i concreti esiti del gioco. Ad esempio, presso gli Au e i Gnau della Papua-Nuova Guinea, si è registrata una singolare tendenza a rifiutare tanto le offerte troppo basse quanto quelle 'troppo generose'¹²¹. Ciò si spiega, evidentemente, con la natura delle norme sociali che presiedono ai fenomeni donativi: l'effetto vincolante e talora umiliante che molte culture tradizionali riconnettono al dono costituisce una delle ragioni più importanti che spingono l'Oblato a rifiutare doni troppo elevati, contrariamente alle previsioni del modello economicistico¹²².

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 977.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 976.

¹²⁰ Cfr. la letteratura citata *supra*, alla nt. 114.

¹²¹ J. HEINRICH, R. BOYD, S. BOWLES, C. F. CAMERER, E. FEHR, H. GINTIS e R. McELREATH, *In search of homo economicus: behavioral experiments in 15 small-scale societies*, cit., p. 75.

¹²² V. In proposito v. C. HANN, *The Gift and Reciprocity: Perspectives from Economic Anthropology*, in S. G. KOLM e J. M. YTHIER (a cura di), *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, cit., p. 220; J. HEINRICH *et alii*, "Economic man" in cross-cultural perspective: behavioral experiments in 15 small-scale societies, cit., p. 811; E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 627.

I dati sin qui illustrati dovrebbero quindi indurre ad esercitare maggiore cautela nei confronti delle prospettive acriticamente universalistiche fatte proprie dalle teorie economiche dominanti e recepite nei programmi di diverse istituzioni sovranazionali (come ad esempio il progetto *Doing Business*)¹²³. Non soltanto il modello economico ortodosso non può essere generalizzato: la propensione verso l'altruismo, la fiducia e la cooperazione appaiono tratti comportamentali dell'essere umano non meno rilevanti ed 'universali' (per quanto possa parlarsi di 'universalismo' in questo contesto) dell'interesse egoistico e della ricerca del benessere materiale¹²⁴. Nessuno di essi trascende la sfera della razionalità, tanto è vero che le risultanze empiriche suggeriscono chiaramente che la disponibilità ad assumere comportamenti altruistici e cooperativi decresce con l'aumento del costo atteso di tali comportamenti e viceversa¹²⁵. Soprattutto, le risultanze sperimentali indicano che i medesimi incentivi possano indurre comportamenti differenti in soggetti appartenenti a diverse culture. Ciò significa che le condizioni 'locali' – relativamente al peso che gli atteggiamenti culturali e le norme informali assumono nei confronti di valori quali la fiducia, la cooperazione e l'altruismo – possono influenzare le scelte individuali in maniera profonda, rendendo quanto mai fragile la progettazione di un unico modello istituzionale basato su assiomi comportamentali uniformi ed invarianti¹²⁶. Questa è non soltanto una delle critiche fondamentali già ricavabili dalla riflessione storico-comparatistica di Polanyi e che possono oggi essere reindirizzate nei confronti del movimento di *Law and Finance* delle sue proiezioni operazionali¹²⁷; ma anche una conclusione coerente con il parco di conoscenze sviluppato nell'ambito degli studi gius-comparatistici sul mutamento giuridico e sulla teoria dei trapianti¹²⁸.

¹²³ In proposito per una prima informazione v. A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Ann. dir. comp.*, 2012, p. 17 ss.; R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 57 (2009), p. 765; C. VALCKE, *The French Response to the World Bank's Doing Business Reports*, in *University of Toronto Law Journal*, 60 (2010), p. 197.

¹²⁴ Così R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*. in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 212.

¹²⁵ E. FEHR e K.M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., pp. 630-631.

¹²⁶ R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale*. in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 213.

¹²⁷ Il riferimento è, in particolare, a R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES e A. SHLEIFER, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 46 (2008), p. 285; R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER e R.W. VISHNY, *Law and Finance*, in *Journal of Political Economy*, 106 (1998), p. 1113.

¹²⁸ In particolare v. G. TEUBNER, *Legal Irritants: How Unifying Law Ends up in New*

11. (Segue): *Il costo degli incentivi monetari e l'effetto 'corrosivo' dei mercati*

Il secondo aspetto che merita di essere sottolineato, in parte già emerso, è quello della rilevanza assunta dal diritto, assieme ad altri fattori, quale strumento di conformazione del comportamento economico. Tale profilo rappresenta una delle acquisizioni più rilevanti del filone dell'economia cognitiva e sperimentale. Si è osservato, infatti, che «l'economia neoclassica tende ad analizzare i fenomeni economici 'dal micro al macro'; essa muove, cioè, dal comportamento individuale per spiegare i fenomeni sociali aggregati. Ma se le istituzioni e le norme sociali sono così importanti, allora appare opportuno in numerose circostanze muovere da esse per comprendere l'agire individuale»¹²⁹. Ed infatti alcuni dei risultati empirici più interessanti sono quelli che evidenziano come le norme, sia quelle formali, sia quelle informali, incidano in maniera significativa sulla logica dei comportamenti, sovente in maniera ben diversa rispetto a quanto ipotizzato dalla teoria.

Due esempi possono servire a chiarire in maniera esaustiva questo aspetto. Il primo è offerto da un esperimento realizzato dal team di Dan Ariely presso l'MIT di Boston ed avente ad oggetto la differenza tra un sistema di allocazione di beni a basso costo incentrato sul mercato ed uno sulla logica dei *commons*¹³⁰. Nella specie, si trattava di gomme da masticare offerte dagli sperimentatori nei corridoi dell'Università. In una prima fase esse erano vendute al prezzo di 1 cent ciascuna, mentre successivamente esse furono distribuite gratuitamente al pubblico. Conformemente alle attese (prima legge della domanda), il numero degli studenti che si fermarono per ritirare le gomme furono nel secondo caso molto maggiori che nel primo, con una proporzione di 207 contro 58 studenti, dunque quasi il quadruplo. Tuttavia, contrariamente agli insegnamenti della seconda legge

Divergences, in P. A. HALL e D. SOSKICE (a cura di), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2001 (rist. 2010), p. 417 ss.; nonché M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 10 (2009), p. 693; ID., *Comparative law as the study of transplants and receptions*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 441 ss.; R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. civ.*, Torino, UTET, IV, sez. II, 1988, p. 365 ss. Un pregevole esempio di impiego combinato delle metodologie della comparazione giuridica e della *Behavioral Economics* è offerto dallo studio di M. FERRARI, *Risk Perception, Culture, and Legal Change. A Comparative Study on Food Safety in the Wake of the Mad Cow Crisis*, cit.

¹²⁹ M. MOTTERLINI e F. GUALA, *Psicologia ed esperimenti in economia*, cit., p. 37.

¹³⁰ Su questa distinzione v. D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., p. 67.

della domanda, la diminuzione del prezzo da 1 cent a 0 non determinò un aumento del numero complessivo delle gomme consumate, bensì una sua diminuzione. Sotto il sistema della compravendita, infatti, ciascun consumatore acquistava in media 3,5 gomme; invece in un contesto di distribuzione gratuita, la quota individuale media scendeva a 1,1. Ciò si spiega, evidentemente, con il trapasso ad un diverso regime di norme: dalle regole del mercato alle norme sociali¹³¹. Le regole del mercato, infatti, non pongono limiti – se non quelli monetari – all'accaparramento; per contro le norme informali che regolano l'accesso a beni fuori mercato assoggettano il comportamento individuale a vincoli di compatibilità con l'interesse altrui e quindi circoscrivono l'ammontare dei beni acquisibili¹³².

Se in questo caso l'eliminazione del prezzo di accesso al bene (e dunque il passaggio dalla logica del mercato a quella del dono) conduce alla riduzione, piuttosto che all'aumento, dell'ammontare complessivo richiesto, il secondo esempio illustra il fenomeno speculare, ossia l'aumento della domanda conseguente all'imposizione di un prezzo (in termini di sanzione pecuniaria per un comportamento indesiderabile). L'esempio è tratto da un celebre esperimento realizzato da Uri Gneezy e Aldo Rustichini ad Haifa¹³³. Per contrastare la consuetudine di molti genitori di passare a prendere i propri figli in ritardo rispetto all'orario programmato della scuola, con conseguente prolungamento dell'orario lavorativo di insegnanti e custodi, i direttori di alcune strutture scolastiche per l'infanzia, su suggerimento degli sperimentatori, introdussero una sanzione pecuniaria di importo limitato (circa 3 euro) per 10 o più minuti di ritardo. L'obiettivo era quello di capire se la previsione di una sanzione monetaria, imponendo un prezzo per le condotte di *free riding*, avesse potuto modificare il comportamento dei genitori, suggerendone quindi l'estensione alle altre scuole della città. Il mutamento di regime determinò effettivamente un cambiamento nelle prassi dei genitori e tuttavia l'effetto prodotto fu esattamente opposto rispetto a quello atteso: i casi di ritardo, anziché diminuire, aumentarono sino a raddoppiare (per contro, nelle scuole usate come campione di controllo, ove cioè si continuò a osservare il vecchio sistema, la frequenza dei ritardi rimase invariata). La ragione di ciò è agevolmente comprensibile: l'introduzione di una sanzione, e dunque di un prezzo, ha determinato la monetizzazione del comportamento 'deviante', inducendo le parti ad 'acquistare' il servizio in questione in quantità maggiore rispetto alla situazione preesistente¹³⁴. In altre

¹³¹ *Ibidem*, cit., p. 108.

¹³² *Ibidem*, cit., p. 109.

¹³³ U. GNEEZY e A. RUSTICHINI, *A Fine Is a Price*, in *Journal of Legal Studies*, 29 (2000), p. 1.

¹³⁴ Sul punto v. anche M. VATIERO, *Alla ricerca di regole (e istituzioni) efficienti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 123.

parole, il fenomeno «ritardo» è transitato, nella percezione dei soggetti, dalla sfera delle norme sociali (che impongono vincoli e sanzioni, sia pure a carattere non monetario, bensì prevalentemente reputazionale) a quella delle relazioni di mercato. E queste, com'è noto, si connotano proprio per l'effetto di de-responsabilizzazione che producono¹³⁵. In fondo, questo esempio (al quale se ne potrebbero aggiungere altri analoghi)¹³⁶ non fa che confermare quello che era già emerso con l'esperimento descritto da Dan Ariely.

V'è però un dato ulteriore da notare, ed è forse quello più rilevante. Dopo alcune settimane, le scuole in questione decisero di eliminare la sanzione per il ritardo e ritornare al regime precedente. Ebbene, i casi di ritardo non ritornarono al livello preesistente, ma rimasero al livello 'di mercato', con un ulteriore lieve incremento!¹³⁷ Ciò illustra una questione molto importante e cioè che mentre il passaggio dalla sfera delle norme sociali a quella delle norme di mercato è rapido e fluido, quello inverso può risultare molto più vischioso¹³⁸. L'introduzione di un assetto istituzionale di stampo mercantile, in altri termini, altera in maniera profonda l'*habitus* dei soggetti e ostacola fortemente la re-istaurazione di un regime non mercantile. *Once commodity*, potremmo dire, *always commodity!*

Questa acquisizione non è in realtà particolarmente sorprendente, perché già Titmuss, quando si discuteva su quale fosse il regime più appropriato per il reperimento e la distribuzione del sangue a scopo trasfusionale, aveva segnalato che uno dei problemi fondamentali dei regimi di allocazione di mercato consiste nel c.d. effetto domino¹³⁹. Esso deriva, cioè, dal fatto che la presenza di un sistema di reperimento monetario (quale quello all'epoca presente in molti stati americani) implica nel medio periodo la diminuzione del livello delle donazioni altruistiche. La logica di mercato, in altri termini, mette fuori gioco la logica della solidarietà e spesso produce una diminuzione, invece che un aumento, dell'ammontare complessivo dei beni prodotti¹⁴⁰.

¹³⁵ J. T. GODBOUT, *Le don, la dette et l'identité*. Homo donator versus homo oeconomicus, cit., p. 152.

¹³⁶ Cfr. ad es. U. GNEEZY e A. RUSTICHINI, *Pay Enough or Don't Pay at All*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2000, p. 798

¹³⁷ D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., p. 85.

¹³⁸ In una prospettiva più generale v. anche il celebre studio di K. D. VOHS, N. L. MEAD e M. R. GOODE, *The Psychological Consequences of Money*, in *Science*, 314 (2006), p. 1154.

¹³⁹ R. TITMUSS, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, New York, Pantheon, 1971; v. in proposito D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale. The Moral Limits of Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 192.

¹⁴⁰ R. TITMUSS, *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*, cit., p. 223 ss. Per un riesame di tali assunti alla luce dei risultati pratici di diversi modelli allocativi v. K. HEALY, *Last Best Gifts. Altruism and the Market for Human Blood and Organs*, Chicago-

Tale osservazione appare coerente con un altro dato reso palese dalle ricerche di economia sperimentale, ossia l'effetto distorsivo che deriva dall'introduzione di un meccanismo competitivo in ordine alle preferenze *other-regarding*. Sin dalla pubblicazione di un celebre studio di Roth e altri nel 1991¹⁴¹, è stato dimostrato che, ogni qualvolta il gioco dell'*ultimatum* non venga più strutturato secondo l'originario schema bilaterale, ma si aggiungano più proponenti o più oblati che agiscono indipendentemente gli uni dagli altri, gli esiti risultano opposti rispetto a quelli precedentemente descritti¹⁴². La logica della competizione tende, infatti, ad assorbire i comportamenti di stampo cooperativo ed altruistico e si ristabiliscono i codici egoistici della scelta razionale, per cui, ad esempio, l'oblato tenderà ad accettare qualsiasi offerta in caso di concorrenza di più riceventi (astenedosi, dunque, dal rifiuto sanzionario), mentre l'offerente tenderà, in caso di concorrenza tra proponenti, a formulare proposte sempre più elevate e quindi a ridurre il proprio *surplus* a detrimento di qualsiasi criterio di equa ripartizione delle risorse. Tuttavia ciò non implica che in qualsiasi interazione le preferenze egoistiche siano necessariamente destinate a mettere fuori gioco le preferenze altruistiche. Fehr e Schmidt sostengono, anzi, il contrario. Ad esito dell'esame di una notevole mole di dati sperimentali, che non possono essere qui illustrati nel dettaglio, essi giungono alla conclusione per cui spesso «gli attori con preferenze altruistiche inducono gli attori egoisti a modificare il proprio comportamento in maniera fondamentale»¹⁴³. Cruciale, a tal scopo, è la morfologia dell'ambiente strategico, assumendo un particolare rilievo, ad esempio, la presenza di interazioni ripetute con possibilità di punizione 'altruistica' dei comportamenti non cooperativi. Dunque, la concreta configurazione dell'assetto istituzionale di riferimento ha conseguenze particolarmente rilevanti in ordine alla natura delle preferenze. Il che è come dire, forzando un po' il ragionamento, che l'*homo oeconomicus* appare piuttosto l'«effetto» di una determinata organizzazione dei rapporti economici e sociali e del correlativo apparato ideologico di legittimazione, che non un dato di realtà ad essi soggiacente¹⁴⁴.

London, University of Chicago Press, 2006, spec. p. 110 ss.

¹⁴¹ A. E. ROTH, V. PRASNIKAR, M. OKUNO-FUJIWARA e S. ZAMIR, *Bargaining and market behavior in Jerusalem, Ljubljana, Pittsburgh, and Tokyo: An experimental study*, in *American Economic Review* 81 (1991), p. 1068.

¹⁴² E. FEHR e K. M. SCHMIDT, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism. Experimental Evidence and New Theories*, cit., p. 676 ss.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 684.

¹⁴⁴ Cfr. a questo proposito quanto osservato da K. POLANYI, *Our Obsolete Market Mentality, Civilization Must Find a New Thought Pattern*, cit., a proposito della c.d. fal-lacia economicistica.

12. (Segue): Quale modello di regolazione?

Alla luce di quanto detto, appare importante ribadire che il comportamento economico non deve essere considerato come un dato presupposto dalle regole giuridiche. Tali regole, come ha osservato Raffaele Caterina, «contribuiscono invece a determinare quello sfondo di atteggiamenti, valori e abitudini che si riflettono in modo significativo sul comportamento economico»¹⁴⁵. In ciò il diritto non costituisce ovviamente l'unico fattore rilevante, ma certo uno dei principali, atteso che nelle società contemporanee la concreta configurazione dell'assetto istituzionale è in gran parte la risultante di regole, principi e procedure giuridiche¹⁴⁶. Di conseguenza i suoi compiti sono molto rilevanti: l'ordinamento giuridico, se da un lato riflette attitudini e valori, dall'altro opera come tecnica di strutturazione della società, sia un piano meramente pratico sia al livello della produzione di significati¹⁴⁷. Sta quindi ad esso realizzare un ambiente istituzionale 'abilitante', il quale contribuisca all'affermazione delle logiche solidaristiche e cooperative e quindi all'effettiva realizzazione di quelle scelte di valore assunte a fondamento dell'ordinamento medesimo (cfr. art. 2 Cost.)¹⁴⁸. Sostenere che il comportamento economico – e più precisamente le attitudini comportamentali coerenti con il paradigma epistemologico dell'*homo oeconomicus*– non deve essere dato per presupposto dal diritto non significa soltanto guardarsi dall'adottare uno schema predittivo dei comportamenti che rischia di risultare fuorviante, poiché incentrato su un modello di razionalità irrealistico e, non a caso, frequentemente smentito dai test sperimentali e dall'osservazione delle pratiche sociali¹⁴⁹. Significa anche spingere gli insegnamenti

¹⁴⁵ R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale* in ID. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, cit., p. 213.

¹⁴⁶ G. TEUBNER, *Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solution*, in ID. (a cura di), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law*, Berlin-New York, De Gruyter, 1987, p. 4.

¹⁴⁷ Ad es. C. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays*, in *Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, (trad. it. *Conoscenza locale: fatto e diritto in prospettiva comparata*, in ID., *Antropologia interpretativa* Bologna, Il Mulino, 1988, p. 209 ss., p. 277); R. W. GORDON, *Critical Legal Histories*, in *Stanford Law Review*, 36 (1984), p. 109 ss.

¹⁴⁸ Non è inopportuno a questo proposito richiamare l'ampio e importante dibattito sviluppatosi nell'ambito delle scienze sociali sulle *capabilities* e sui compiti che ne derivano in capo all'ordinamento giuridico: cfr. A. SEN, *The Idea of Justice*, cit., p. 225 ss.; M. NUSSBAUM, *Capabilities and Social Justice*, in *International Studies Review* 4 (2002), p. 123. Per una prospettiva di carattere giuridico, ma sempre ad ampio respiro, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 41 ss.

¹⁴⁹ *Supra*, parr. 5-9.

della *Behavioral Economics* alle loro logiche conseguenze, delineando un compendio normativo finalizzato ad arginare e contrastare l'effetto 'corrosivo' insito nei meccanismi del mercato capitalistico (il quale, è bene ricordarlo, non esaurisce le possibili forme dell'economia di mercato, pur rappresentando quella oggi dominante)¹⁵⁰. Ciò appare quanto mai urgente nel contesto attuale, connotato dalla continua espansione della pratica e della retorica mercantile a una serie di rapporti che ne erano tradizionalmente estranei: dal sistema della filiazione, al governo del corpo umano, all'istruzione, alla cultura, all'accesso alle cure mediche, sino ai simboli stessi della sovranità statale, come l'amministrazione della giustizia e la regolazione dei flussi migratori¹⁵¹.

Tale processo solleva fundamentalmente due ordini di problemi, mirabilmente sintetizzati, da ultimo, nelle pagine di Michael Sandel¹⁵². Il primo, più ovvio, è quello raffigurabile nei termini della giustizia distributiva: affidare all'autoregolazione dei mercati l'accesso a beni e servizi fondamentali per lo sviluppo della persona umana e in precedenza ad essi sottratti, come la salute, l'istruzione, la sicurezza o l'ambiente, aggrava fortemente il divario tra i ceti abbienti e quelli meno abbienti, con conseguenze preoccupanti per l'effettiva attuazione del principio di eguaglianza e per la stessa funzionalità della democrazia. I fenomeni di esclusione che ne derivano non insistono più soltanto su beni a stretto valore patrimoniale e su *luxury goods*, per i quali la disparità nell'accesso pone problemi di minore portata, ma coinvolgono rapporti essenziali per lo sviluppo della persona e per la partecipazione democratica. Ad essi si tende oggi ad assegnare lo statuto rafforzato di 'beni comuni' proprio per sottrarli ai processi di 'privatizzazione'¹⁵³. Il secondo, meno ovvio ma non meno significativo, è quello consistente nella progressiva alterazione dei valori e dei significati socialmente attribuiti ai beni in oggetto¹⁵⁴. Proposte – o in taluni casi riforme già attuate – come quelle volte ad introdurre sistemi di incentivazione monetaria per

¹⁵⁰ J. STIGLITZ, *Moving Beyond Market Fundamentalism to a More Balanced Economy*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 80 (2009), p. 345, p. 356.; S. ZAMAGNI, *Per una teoria civile dell'impresa cooperativa*, in E. MAZZOLI e S. ZAMAGNI (a cura di), *Verso una nuova teoria della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 15 ss.

¹⁵¹ Cfr. M. J. RADIN, *Contested Commodities*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1996; e da ultimo M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., pp. 17-203.

¹⁵² *Ibidem*, p. 8 ss, p. 110 ss; v. altresì il volume, di pochi anni precedente, di D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale. The Moral Limits of Markets*, cit., *passim*.

¹⁵³ S. RODOTÀ, *Mondo delle persone, mondo dei beni*, in ID., *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 105 ss.

¹⁵⁴ M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 8 ss., p. 110 ss.

agevolare il reperimento di cellule e tessuti umani¹⁵⁵, per regolamentare il flusso migratori¹⁵⁶, per allocare i «servizi carcerari» di qualità¹⁵⁷, per disciplinare l'accesso alle aule parlamentari¹⁵⁸ o persino per controllare il tasso procreativo generale¹⁵⁹ o di persone in condizioni di particolare disagio sociale (come le donne affette da tossicodipendenza)¹⁶⁰, possono risultare nei singoli casi persino ingegnose e tecnicamente promettenti. Tuttavia esse sollevano una questione fondamentale e troppo spesso sottovalutata: l'adozione di architetture istituzionali incentrate sulle logiche economicistiche non può ritenersi neutrale rispetto allo scopo, in quanto si riflette inevitabilmente sulla *costruzione sociale* dei beni in oggetto. Questi non vengono più percepiti come termine di riferimento di diritti e di obblighi, bensì come poste patrimoniali rimesse al gioco del libero scambio¹⁶¹. I mercati, infatti, non si limitano semplicemente a allocare beni e servizi e a coadiuvarne la circolazione tra soggetti con diversi ordini di preferenze. Essi esercitano, altresì, un'importante funzione simbolica, in quanto incorporano valori e promuovono ben precise attitudini nei confronti dei beni oggetto della negoziazione¹⁶². Il tal modo essi incidono in maniera indiretta, ma profonda, sulla natura dei comportamenti individuali, dal momento che l'attrazione di un determinato bene o rapporto nella sfera delle relazioni di mercato – come si è avuto modo di vedere nei paragrafi

¹⁵⁵ V. in tema J. D. MAHONEY, *Altruism, Markets and Organ Procurement*, in *Law & Contemporary Problems*, 72 (2009), p. 17; G. BECKER e J. J. ELIAS, *Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations*, in *Journal of Economic Perspectives*, 21 (2007), p. 3; A. L. FRIEDMAN, *Payment for living organ donation should be legalised*, in *British Medical Journal*, 333 (2006), p. 746

¹⁵⁶ G. S. BECKER, *Why Not Let Immigrants Pay for Speedy Entry*, in G. S. BECKER e G. NASHAT BECKER (a cura di), *The Economics of Life*, New York, McGraw-Hill Inc., 1997, p. 58; P. H. SCHUCK, *Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal*, in *Yale Journal of International Law*, 22 (1997), p. 243.

¹⁵⁷ J. STEINHAEUER, *For \$82 a Day, Booking a Cell in a 5-Star Jail*, in *New York Times*, April 29, 2007.

¹⁵⁸ M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 22 ss.

¹⁵⁹ D. DE LA CROIX e A. GOSSERIES, *Procreation, Migration and Tradable Quotas*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970294 (ultimo accesso 3-2-2014).

¹⁶⁰ W.L. ADAMS, *Why Drug Addicts Are Getting Sterilized for Cash*, in *Time*, April 17, 2010.

¹⁶¹ Tale aspetto era stato limpidamente chiarito, diversi anni fa, da M. J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *Harvard Law Review*, 100 (1987), p. 1849.

¹⁶² M. J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 9. Si veda però anche la diversa prospettiva avanzata, nel campo della sociologia economica, da V. ZELIZER, in particolare nel suo *The Social Meaning of Money*, New York, Basic Books, 1994: per una discussione delle sue tesi, poste a confronto con l'approccio polanyiano, cfr. P. STEINER, *Karl Polanyi, Viviana Zelizer et la relation marchés – société*, in *Revue du M.A.U.S.S.*, 2007, p. 257 ss.

precedenti – altera in modo sostanziale, e per di più difficilmente reversibile, il quadro delle norme di riferimento¹⁶³. Ciò non soltanto solleva una serie di interrogativi di natura etica e di compatibilità con le scelte iscritte nei testi costituzionali (si pensi emblematicamente all'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.), ma pone anche questioni di carattere pratico. Se è vero, infatti, che gli studi più recenti nel campo dell'economia comportamentale e della psicologia cognitiva hanno posto l'accento sull'importanza del fenomeno di *crowding-out*¹⁶⁴, sarebbe ben poco sensato insistere sulla prospettiva dell'incentivazione monetaria ogniqualvolta esista un bagaglio di motivazioni intrinseche suscettibili di essere attivate e stimolate al fine del perseguimento dei medesimi obiettivi¹⁶⁵. Attrarre nel mercato nuovi beni e rapporti è un processo insidioso e, come si è potuto constatare, a forte rischio di insuccesso, proprio perché incrina (spesso irreversibilmente) l'efficacia di quella rete di norme sociali che riflettono i valori di solidarietà, reciprocità o rispetto per gli altri, la cui disattivazione può ridurre o persino annullare i vantaggi derivanti dall'introduzione di stimoli di mercato¹⁶⁶.

Non si tratta soltanto di osservare la massima di buon senso *pay enough or don't pay at all*¹⁶⁷. Si deve invece ribadire, alla luce delle premesse sin qui illustrate, l'opportunità di dotarsi di meccanismi istituzionali - e quindi anche regole e procedure giuridiche – volti a promuovere i valori della cooperazione e della solidarietà a preferenza di quello della competizione, ed in particolare della competizione orientata al puro profitto¹⁶⁸. Gli ordinamenti contemporanei offrono, ovviamente, numerosi esempi di una siffatta strategia: dalle norme che dispongono l'esonero da responsabilità civile per danni arrecati in conseguenza di azioni finalizzate al soccorso

¹⁶³ Cfr. *supra*, par. 9 e 11.

¹⁶⁴ B. S. FREY e R. JEGEN, *Motivation Crowding Theory*, in *Journal of Economic Surveys*, 15 (2001), p. 590; M. C. W. JANSSEN e E. MENDYS-KAMPHORST, *The Price of a Price: On the Crowding Out and In of Social Norms*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 55 (2004), p. 377; D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale. The Moral Limits of Markets*, cit., p. 193; nonché la letteratura citata *supra*, par. 9.

¹⁶⁵ Ad esempio, nel campo della donazione di organi e tessuti per trapianto, si sono sempre rivelate molto efficaci le campagne informative volte a promuovere la cultura della solidarietà, specie in occasioni di eventi fortemente partecipati dal pubblico (v. per alcuni esempi R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 187).

¹⁶⁶ Cfr. *supra*, par. 9.

¹⁶⁷ U. GNEEZY e A. RUSTICHINI, *Pay Enough or Don't Pay at All*, cit., p. 798.

¹⁶⁸ M. MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* cit., p. 238.

altrui¹⁶⁹; alla regolamentazione dei sistemi di reperimento e allocazione di organi, tessuti e cellule umani¹⁷⁰; alla politica – invero ancora embrionale – di tutela rafforzata e gestione partecipata di quei beni ormai correntemente definiti come «beni comuni»¹⁷¹; sino, naturalmente, all'ampio corpo di regole preordinato all'organizzazione e al sostegno del c.d. terzo settore¹⁷². A questa prospettiva possono essere ricondotte anche alcune politiche di *nudge*, oggi ampiamente pubblicizzate come modello regolatorio d'avanguardia¹⁷³. E tuttavia non ci si può esimere dal segnalare la necessità di andare molto oltre lo schema della 'spinta gentile', almeno là dove questo si proponga unicamente di 'lubrificare' i processi cognitivi e decisionali degli individui, in modo da agevolare scelte acriticamente definite come razionali, senza rimettere in discussione - conformemente all'ideologia del *libertarian paternalism*¹⁷⁴ - la natura e l'orientamento teleologico di tali

¹⁶⁹ Emblematico, a tal proposito, è il disposto dell'art. 1471 del Codice civile del Québec: «La personne qui porte secours à autrui ou qui, dans un but désintéressé, dispose gratuitement de biens au profit d'autrui est exonérée de toute responsabilité pour le préjudice qui peut en résulter, à moins que ce préjudice ne soit dû à sa faute intentionnelle ou à sa faute lourde». Cfr. N. KASIRER, *Agapè*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, p. 575 ss., p. 593.

¹⁷⁰ In particolare si è dimostrato che gli investimenti in informazione ed organizzazione efficiente del sistema burocratico che presiede il reperimento e la distribuzione degli organi per trapianto possono produrre significativi incrementi dell'ammontare di organi, tessuti e cellule disponibili: cfr. ad es. K. HEALY, *Last Best Gifts. Altruism and the Market for Human Blood and Organs*, cit., p. 23 ss.

¹⁷¹ Cfr. *ex plurimis*, M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre corte, 2012; AA.VV., *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, Roma, Ediesse, 2013; S. RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013³; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

¹⁷² Da ultimo v. A. FICI, *Imprese cooperative e sociali. Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*, Torino, Giappichelli, 2012; ID., *An Introduction to Cooperative Law*, in D. CRACOGNA et al. (a cura di), *International Handbook of Cooperative Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2013, p. 3.

¹⁷³ C. R. SUNSTEIN, *Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation*, in E. ZAMIR e D. TEICHMAN (a cura di), *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, forthcoming (accessibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220022; nonché ovviamente R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., p. 16 ss., p. 241 ss.

¹⁷⁴ C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *Behavioral Economics, Public Policy, and Paternalism: Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93 (2003), p. 175; C. R. SUNSTEIN e R. H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *The University of Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1159; 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. 101.

scelte¹⁷⁵. Ciò che la logica del *nudge*, in ultima analisi, non sembra disposta ad abbandonare è non soltanto l'idea che i fattori 'emozionali' operino al margine del modello di razionalità 'ordinario' e non ne costituiscano una componente essenziale¹⁷⁶, ma anche l'assunto di fondo per cui determinati tratti comportamentali, riconducibili alla razionalità 'massimizzante', sarebbero iscritti nella stessa natura umana e non rappresentino, invece, il precipitato storico di una particolare forma di società e di un determinato assetto istituzionale¹⁷⁷. Se non si acquista la consapevolezza di ciò, e del fatto che il principio del guadagno e del profitto sono intrinseci, in quanto generali forze organizzative, soltanto ad una «società di mercato»¹⁷⁸, risulta difficile compiere progressi significativi. Sarebbe come pensare che i guasti prodotti, o messi in luce, dalla crisi economica deflagrata nel 2008 siano imputabili esclusivamente ad un imperfetto *design* del sistema dei *gatekeepers*, come tale agevolmente emendabile attraverso riforme di dettaglio, e non invece ad un più sostanziale disequilibrio nel rapporto tra organizzazione sociale e sistema economico, il quale richiede aggiustamenti più profondi e radicali¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Per un semplice riscontro v. R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit., di cui può cogliersi la particolare curvatura *pro-market* nelle pagine 189-195 dedicate alle quote d'inquinamento (sistema *cap-and-trade*), se poste a confronto con la diversa prospettiva, pur sempre *behavioral*, tratteggiata nelle pagine di D. ARIELY, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, cit., pp. 115-117.

¹⁷⁶ K. ABRAMS e H. KEREN, *Who's Afraid of Law & the Emotions?*, cit., pp. 2018-2019.

¹⁷⁷ K. POLANYI, *The Livelihood of Man*, New York, Academic Press, 1977, pp. 12-14; M. CANGIANI, *Economia e democrazia. Saggio su Karl Polanyi*, Padova, Il Poligrafo, 1998, p. 39.

¹⁷⁸ K. POLANYI, *The Livelihood of Man*, cit., p. 9.

¹⁷⁹ In questa linea cfr. A. SUPIOT, *A legal perspective on the economic crisis of 2008*, in *International Labour Review*, 149 (2010), p. 151; W. STRECK, *The Crises of Economic Capitalism*, in *New Left Review*, 71 (2011), p. 5.

Maria Rosaria Marella, Stefania Catanossi*

*Il contratto e il mercato sono maschili?
Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*

1. *Premessa*

Nel dibattito italiano il tema di cui qui trattiamo, le teorie femministe sul consenso contrattuale e, più in generale, sull'approccio e la presenza delle donne nel mercato ha un che di esotico, poiché insiste su un terreno, quello della conclusione del contratto e dei vizi del volere, da noi appannaggio della dottrina civilistica di stretta osservanza.

È tuttavia da questo insieme di teorie possono trarsi indicazioni interessanti per il giurista, nonostante esse, è bene chiarirlo subito, siano in buona parte da considerare superate, o quanto meno soggette ad una necessaria revisione critica a seguito del ciclone che si è abbattuto sulle varie *Feminist Legal Theories* a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso e che ha nome di pensiero *queer*¹.

Va detto, peraltro, che le critiche all'impostazione tradizionale del paradigma contrattuale, all'idea dell'*homo oeconomicus*, non sono certamente né appannaggio della *Behaviorial Law and Economics* né del femminismo.

Karl Polanyi, ad esempio, ha messo in evidenza come l'*homo oeconomicus* sia effettivamente una finzione, perché gli umani non si comportano solamente in base agli impulsi di carattere economico, ma nel loro agire sociale si muovono sulla base di molte altre e diverse razionalità².

* Il testo riproduce la relazione presentata da Maria Rosaria Marella al convegno «Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato», con l'integrazione del terzo paragrafo, di cui è autrice Stefania Catanossi.

¹ Su cui v. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 402.

² Cfr. la recente raccolta di saggi inediti di K. POLANYI, *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, a cura di G. RESTA e M. CATANZARITI (a cura di), Milano, il Saggiatore, 2013.

Anche Elinor Ostrom³ controbatte all'argomento usato da Garrett Hardin nel famoso saggio «*The tragedy of the commons*»⁴, dimostrando che l'assunto da cui parte Hardin è sbagliato, proprio perché suppone che le persone sempre si muovano sulla base di un impulso egoistico per realizzare il proprio interesse; mentre molto spesso, e molto più di frequente di quanto non si creda, le persone si muovono sulla base di spinte altruistiche e cooperative⁵.

Una critica ancora più radicale sul piano dell'analisi economica del diritto è poi quella portata dai *Critical Legal Studies*, che mettono in evidenza come l'idea dell'*homo oeconomicus* – e quindi della ricerca dell'efficienza – sia di per sé ideologica poiché trascura di considerare il contesto distributivo in cui si collocano i comportamenti che si vogliono valutare e regolare alla stregua dell'efficienza⁶. Si può anche concedere che le persone si comportano in modo tendenzialmente razionale - si osserva - ma l'atteggiamento in concreto assunto nel *bargaining* e gli equilibri raggiunti all'interno della negoziazione dipendono poi dall'assetto dei rapporti di fondo, dalle risorse di cui ciascuno in realtà dispone. Non c'è un'unica razionalità, ma ciascuno si comporta razionalmente in base alle condizioni da cui muove.

C'è poi la critica femminista, oggetto del presente intervento. Ed è qui necessaria un'altra avvertenza: nel corso di questo lavoro faremo esclusivo riferimento al femminismo giuridico, inteso come quel filone di studi condotti da giuriste, che mira ad una analisi sostanzialmente critica e tendenzialmente interdisciplinare del diritto, servendosi di concetti e

³ Cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006).

⁴ Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of The Commons*, in *Science*, 162 (1968), pp. 1243-1248.

⁵ Per un approfondimento delle implicazioni attuali di queste due contrapposte visioni, con diversi riferimenti al dibattito tra gli autori citati, sia, inoltre, consentito il rinvio al volume M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre Corte, 2012.

⁶ Si vedano in tema i basilari lavori di D. KENNEDY e F. MICHELMAN, *Are Property and Contract Efficient?*, in *Hofstra Law Review*, 8 (1979-1980), pp. 711-770; D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*, *Maryland Law Review*, 41 (1982), pp. 563-658; ID., *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, in P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Macmillan, 1998, pp. 465-474, che raccolgono il retaggio del Legal Realism e in particolare di R. L. HALE, del quale cfr. almeno *Bargaining, Duress and Economic Liberty*, in *Columbia Law Review*, 43 (1943), p. 603. Sulla stessa traiettoria da noi cfr. G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 280 ss.; ID., *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss.

strumenti mutuati dalle diverse filosofie femministe per comprendere la matrice di genere ed i rapporti di potere (fra i generi) che si celano dietro l'universalità e la neutralità di regole, principi e categorie giuridiche⁷. È un filone di studi che a partire dagli anni '80 ha ricevuto pieno riconoscimento accademico soprattutto negli Stati Uniti e di là in tutto il mondo anglosassone, con l'istituzione di specifici corsi di insegnamento nelle facoltà di diritto e la pubblicazione di riviste giuridiche specializzate. Perciò, senza ulteriormente indugiare sulla definizione di femminismo giuridico, ci soffermeremo su quanto emerge da correnti di pensiero prevalentemente nordamericane, tenendo ben presente che all'interno del 'calderone-femminismo giuridico' convivono molte teorie e posizioni differenziate quanto a presupposti epistemologici, linguaggi e scelte politiche di fondo⁸. Al riguardo, peraltro, è opportuno ancora precisare che non esiste una periodizzazione nella *Feminist Legal Theory* che sia generalmente accettata. Tuttavia, proprio in riferimento all'area nordamericana, è possibile individuare almeno tre periodi diversi, caratterizzati da un nucleo particolare di idee, che successivamente hanno comunque continuato a riprodursi⁹. Il primo coincide con gli anni Settanta ed è caratterizzato soprattutto dalla rivendicazione di diritti civili e politici allora non riconosciuti alle donne, quindi, dalla richiesta di non dare rilevanza giuridica alla differenza di genere, proprio per evitare discriminazioni nei confronti degli uomini (nella letteratura femminista, rivendicazioni di questo tipo sono anche associate alla corrente di pensiero chiamata *liberal feminism*). Il secondo, dominato dalla critica ai progetti *liberal* e, all'opposto di questi, volto a promuovere il riconoscimento della differenza e trattamenti giuridici differenziati in base alla necessità di garantire un'eguaglianza sostanziale tra uomini e donne. Infine, la fase inaugurata negli anni Novanta, in cui affiora una critica non più incentrata sulla diversità tra uomini e donne, ma sulla complessità determinata dall'intrecciarsi di molteplici forme di discriminazione, sulle diversità esistenti tra le stesse donne e sulla sterilità di ogni tipo di essenzialismo¹⁰. Come per ogni classificazione che si affidi

⁷ Cfr. C. MENKEL-MEADOW, *Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or "The Fem-Crits Go to Law School"*, in *Journal of Legal Education*, 38 (1988), p. 61 a p. 80; G. MINDA, *Postmodern Legal Movements*, New York, New York University Press, 1995, p. 134 (trad. it. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001).

⁸ Si consenta il rinvio a M. R. MARELLA, *Break On Through to the Other Side: appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 741 ss.

⁹ Cfr. M. CHAMALLAS, *Introduction to Feminist Legal Theory*, Chapter. 2, Gaithersburg, Aspen Law & Business, 1999.

¹⁰ *Ibidem*, ove questi periodi vengono indicati, rispettivamente: *Equality Stage of the 1970s*, *Difference Stage of the 1980s* e *Diversity Stage of the 1990s*.

ad una scansione temporale, le semplificazioni sono inevitabili: le cesure, che pur ci sono state, non sono mai nette e non devono far trascurare le anticipazioni, i ritorni, le commistioni che esistono fra una fase e l'altra, un orientamento e l'altro.

2. *Le correnti femministe degli anni Ottanta*

Il nucleo di idee che si è distinto per il fatto di portare in esponente la falsa neutralità dell'*homo oeconomicus*, al pari della falsa universalità del soggetto di diritto, ha dunque trovato espressione negli anni Ottanta. Tutte le principali correnti di pensiero di questo periodo pongono al centro dell'attenzione la matrice squisitamente maschile di questo modello, denunciano l'occultamento della differenza femminile e rappresentano un contributo importante del pensiero giuridico femminista alla più generale critica della teoria liberale della soggettività.

Diverse, però, sono le declinazioni di questa posizione di fondo.

I) Il femminismo c.d. strutturalista

a) Un primo orientamento, quello forse più incisivo sul piano della critica all'agire razionale nel mercato, è quello del femminismo cosiddetto culturale, quello che enfatizza il *caring, love and affection* che muoverebbe le donne, la loro connaturata relazionalità, la tendenza ad intessere relazioni nella società e a muoversi sulla spinta dell'interdipendenza – un'interdipendenza che viene, quindi, contrapposta all'autonomia, così come altruismo e cura vengono contrapposti all'egoismo e alla ricerca dell'interesse personale.

Questo orientamento è stato in larga parte influenzato da alcune teorie maturate nel campo della psicologia negli anni Ottanta. In particolare, dal lavoro di Carol Gilligan, «*In a different voice*»¹¹, nel quale la studiosa americana aveva messo in evidenza come le bambine, molto più che i bambini, sviluppino la loro psiche sulla base di relazioni, per cui maturano poi un modo di comportarsi nella società differente da quello maschile. Partendo da questo dato, alcune femministe hanno individuato una nuova concezione della soggettività, relazionale anziché individualista, e l'hanno attribuita al genere femminile, facendone un elemento di differenziazione tra generi¹².

¹¹ C. GILLIGAN, *In a Different Voice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1983 (trad. it. *Con voce di donna*, Milano, Feltrinelli, 1987).

¹² Forse anche al di là di quanto poteva essere tratto dall'analisi empirica svolta dalla stessa Gilligan, che non ha mai affermato che 'tutte' le donne pensano in modo differente da 'tutti gli uomini'. Può ascriversi a questo orientamento il pensiero di R. WEST,

All'interno dello stesso orientamento, altre femministe hanno piuttosto messo in evidenza le radici sociali della differenza di genere e quindi il ruolo degli stereotipi femminili e dei condizionamenti che ne derivano per l'agire sociale di donne e uomini¹³. Al di là di questa diversa impostazione, comunque, tutte le teorie cui ci stiamo riferendo portano alla conclusione che la razionalità economica non compete e non appartiene alle donne, proprio perché queste tendono a muoversi sulla base di altri impulsi, soprattutto sulla base della relazionalità. Se ne deduce che il modello liberale del contratto, in quanto basato sulla uguaglianza formale fra le parti, a loro volta plasmate sull'universalismo del soggetto di diritto, non risulta confacente alle donne. O, meglio, non può servire a soddisfare adeguatamente i loro interessi.

Questo evidentemente comporta anche una critica del consenso, perno di quel modello, che per questo stesso ordine di motivi si ritiene sia governato da regole cucite addosso al genere dominante, cioè da regole maschili.

Cosa fare, allora? Come ovviare ai problemi che per le donne si pongono in conseguenza del fatto che queste regole non tengono conto della differenza femminile?

La sfida ad una concezione monolitica della soggettività si traduce nella rivendicazione delle differenze contro la *gender-neutrality* del diritto, ricorrendo, ove necessario, a trattamenti giuridici differenziati dei soggetti (femminili). In riferimento al diritto dei contratti, in particolare, l'obiettivo può essere raggiunto attraverso rimedi di varia natura, quali, ad esempio, obblighi informativi particolari da fornire a contraenti che si trovino in determinate condizioni o quando si è in presenza di determinate tipologie contrattuali, come nel caso delle fideiussioni prestate dalle donne per garantire debiti contratti dai propri mariti o parenti; o, ancora, regole e rimedi che tendano a temperare la vincolatività del contratto, come la regola *rebus sic stantibus*, la cui applicazione è stata ad es. proposta in riferimento agli accordi tra coniugi volti a regolare le conseguenze patrimoniali del divorzio e agli accordi fra conviventi, o la previsione di

Jurisprudence and Gender, in *University of Chicago Law Review*, 55 (1988), pp. 1-72.

¹³ Questo poi è anche il motivo per cui nella letteratura femminista il termine genere ha sostituito il termine 'sesso', per attribuire il massimo peso a quanto vi è di socialmente costruito nella disuguaglianza sessuale, a quanto vi è di non biologicamente dato nella relazione di disparità tra uomini e donne. Parla per la prima volta di *sex-gender system* G. RUBIN, *The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex*, in R. REITER (a cura di), *Toward an Anthropology of Women*, New York, Monthly Review Press, 1975, pp. 157-210. Osservano che la parola genere non ha semplicemente sostituito la vecchia dizione «condizione femminile», ma è un termine binario, non univoco, riferito a entrambi i sessi S. PICCONE STELLA e C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, Il Mulino, 1996.

diritti c.d. di pentimento, di cui si è parlato a proposito degli accordi di maternità surrogata. L'attenzione, come si vede, è tendenzialmente rivolta ad alcuni casi paradigmatici: in particolare ad alcune tipologie di accordo che si caratterizzano per la particolare incidenza delle relazioni interpersonali e, segnatamente di genere, che connotano il contesto in cui l'accordo è concluso, sino a riverberarsi sul contenuto stesso dell'accordo. A queste tipologie d'accordo si propone pertanto di applicare regole diverse e, diciamo pure, eccezionali rispetto a quelle che si applicano agli 'altri' contratti.

Tutto ciò sconta evidentemente un problema: una protezione più intensa delle donne tende a rafforzare la loro differenza anche in senso negativo, esaltando e riproducendo la loro maggiore debolezza. La riflessione femminista, riguardata da questa angolazione, appare spesso incalzata dalla necessità di risolvere quello che è noto come il dilemma della differenza¹⁴, cioè il problema di come comportarsi rispetto alla differenza, dovendo scegliere tra introdurre una protezione che, però, tende a stigmatizzare la debolezza, la marginalità femminile rispetto al mercato o, invece, ignorare la differenza e usare le stesse regole, generali e astratte ma maschili, inducendo in un altro modo, soprattutto sul piano culturale, un'emancipazione che tenda a perequare la condizione di donne e uomini e quindi anche la qualità della rispettiva partecipazione al mercato¹⁵. La seconda alternativa è quella promossa dalle teorie sull'uguaglianza sessuale che sottolineano una essenziale parità fra i sessi, la necessità di un eguale trattamento e una uguaglianza di tipo formale. I sostenitori di queste teorie affermano che nel corso dei secoli l'esigenza di proteggere le donne in quanto soggetti deboli ha fornito il pretesto per adottare particolari regolamentazioni giuridiche che avevano il fine o l'esito di porre le donne in uno stato di minorazione e tenerle lontane dal mondo degli uomini; per questo, le posizioni maschiliste più retrive che rappresentano le donne come soggetti immaturi particolarmente esposti a fattori psico-fisici che ne attenuano la razionalità (come i disturbi ormonali, la depressione *post-partum* o la sindrome premestruale) devono essere respinte in quanto legittimano interventi giuridici protettivi e paternalistici, destinati a privare le donne di *agency* e del tutto privi di giustificazione in un contesto sociale nel quale il processo di emancipazione femminile è ormai giunto a piena maturazione.

In contrasto con questa posizione, la maggior parte dei movimenti

¹⁴ Cfr. M. MINOW, *Learning to Live with the Dilemma of Difference: Bilingual and Special Education*, in *Law and Contemporary Problems*, 48 (1985), p. 157.

¹⁵ Sulla distinzione tra progetti femministi e progetti emancipazionisti in riferimento al complesso rapporto tra femminismo e diritto, si rinvia a M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 341 ss.

femministi degli anni Ottanta esprime, pur con sfumature diverse, l'idea che ignorare completamente la differenza non serve a creare una sostanziale uguaglianza fra i generi, ma piuttosto a preservare lo *status quo*, pur ammettendo che riconoscere la differenza può talora avere un effetto di stigma e rafforzare fastidiosi stereotipi sessuali che continuano ad alimentare comportamenti discriminatori ai danni delle donne.

b) Molto diverso, rispetto a quello del femminismo che abbiamo presentato come culturale, è l'approccio del femminismo radicale ovvero il femminismo che raffigura l'organizzazione sociale e patriarcale come basata sull'erotizzazione del dominio.

Secondo questa impostazione, le donne plasmano i loro convincimenti e il loro agire sociale nel contesto del patriarcato e sulla base di regole patriarcali. Quindi sono sempre subordinate e quando pensano di agire volontariamente e consapevolmente esprimono in realtà una falsa coscienza, perché vogliono quello che non dovrebbero volere, in quanto frutto del loro essere vittime di una società patriarcale. Da ciò si è preso spunto per sostenere che le differenze (incluse quelle rilevate dalla teoria psicanalitica freudiana) sono frutto del potere maschile, del loro dominio nella società¹⁶.

La conclusione è allora obbligata: il consenso negoziale di una donna (così come il suo consenso al rapporto eterosessuale) non è mai valido, motivo per cui, per esempio, questa corrente femminista nega qualsiasi possibilità di dare riconoscimento al contratto fra prostituta e cliente o a un contratto di maternità surrogata o ad ipotesi di contrattazione all'interno della famiglia, fra coniugi, ad esempio, proprio perché in realtà le donne si muovono in un'organizzazione sociale nella quale il loro consenso non è mai libero.

c) Ancora diverse, infine, sono quelle interpretazioni femministe per le quali le donne sono marginali nel mercato o, meglio, si comportano diversamente nella negoziazione perché non hanno lo stesso potere sociale degli uomini. Più precisamente, le donne sono escluse dal mercato perché il dominio patriarcale le ha storicamente relegate nella sfera della riproduzione, per cui sono poco familiari alle logiche di mercato e meno capaci di muoversi in esso, ma, soprattutto, arrivano sul mercato con meno potere delle controparti maschili.

Tale condizione è dovuta originariamente alla artificiosa separazione, strutturalmente connaturata alla società capitalista e patriarcale, fra sfera della produzione e sfera della riproduzione e, in questo contesto, all'esclusione dal mercato di quegli ambiti – tradizionalmente quello della

¹⁶ Cfr. C. MACKINNON, in particolare, *Feminism, Marxism, Method, and the State: an Agenda for Theory*, in *Signs*, 7 (1982), p. 515.

sessualità e quello della procreazione – nei quali le donne hanno un forte potere sugli uomini. Un potere che però non può farsi valere sul mercato in virtù di regole giuridiche come la regola italiana dell'illiceità della causa del contratto per contrarietà al buon costume. Ciò che in una società ordinata intorno al mercato finisce con l'averne una ricaduta generale in termini di *(dis)empowerment*¹⁷.

In questo quadro, alcune giuriste ritengono che tali ambiti, soprattutto sessualità e riproduzione, ben possano essere contrattualizzati, perché da ciò le donne possono guadagnare potere sociale. Un libro della fine degli anni '80, che ha molto circolato in Italia, teorizza che il contratto di maternità surrogata non solo debba essere riconosciuto come valido, ma che debba essere ritenuto assolutamente vincolante fino alla *specific performance*, all'adempimento in forma specifica¹⁸.

E ciò in quanto si pensa che in tal modo le donne possano effettivamente emanciparsi. Il discorso è l'esatto contrario di quanto abbiamo visto prima: non si ritiene che le donne non siano attori razionali (secondo il modello di razionalità maschile), ma all'opposto che ben possano integrare il parametro dell'*homo oeconomicus*, se messe in condizioni di farlo, cioè ove dotate di adeguato potere economico e sociale. Quest'ultimo è un atteggiamento che rifiuta forme di differenziazione sul piano del trattamento giuridico, cioè l'assunzione della differenza sessuale come giustificazione di regole protettive, in quanto giudicate paternaliste e in definitiva *disempowering*.

Seppure molto diversi fra loro, tutti gli orientamenti richiamati sin qui hanno in comune una certa tendenza a 'essenzializzare' la differenza tra uomini e donne, cioè ad attribuire determinate caratteristiche, naturali o culturali che siano, tendenzialmente a tutte le donne, in opposizione ad altre caratteristiche, anche qui naturali o culturali, che sarebbero ascrivibili a tutti gli uomini. In definitiva i discorsi femministi degli anni Ottanta ruotano per lo più intorno alla opposizione maschile/femminile.

Per questo non sono sfuggiti alle critiche provenienti dalla *Queer Theory* e, in generale, alle critiche mosse dalle stesse femministe alle politiche identitarie, già al torno del decennio e poi più chiaramente negli anni Novanta.

¹⁷ Cfr. M. ALBERTSON FINEMAN, *Implementing Equality: Ideology, Contradiction and Social Change*, in *Wisconsin Law Review*, 1983, pp. 789-886; EAD., *Challenging Law, Establishing Differences: the Future of Feminist Legal Scholarship*, in *Florida Law Review*, 42 (1990), pp. 25-43, ma anche, negli anni successivi, *Contract, Marriage and Background Rules*, in B. BIX (a cura di), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, 1998, Oxford, Clarendon Press, p. 183, p. 187.

¹⁸ Cfr. C. SHALEV, *Birth Power: the Case for Surrogacy*, New Haven, Yale University Press, 1989 (trad. it. *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 1992).

II) Influenze post-strutturaliste e altre strategie

L'analisi di tipo strutturalista, fondata sulla differenza femminile comunque declinata - in senso culturale, biologico, sociale o economico che fosse - non è tuttavia l'unica a occupare la scena in quel torno d'anni. Accanto ad essa, suggestioni provenienti dal pensiero post-strutturalista, da Foucault e dal decostruzionismo principalmente, daranno vita ad una serie di studi condotti da giuriste che si definiscono *fem-crit*, in quanto parte del movimento dei *Critical Legal Studies*, che proprio in tema di contratto daranno fra i loro frutti migliori.

La strategia utilizzata da queste giuriste è quella di mettere in luce le incoerenze e le discontinuità presenti nel sistema giuridico per smascherare l'ideologia patriarcale che pervade il sistema stesso e si cela dietro la costruzione di false opposizioni fra concetti e categorie, come le contrapposizioni privato/pubblico e famiglia/mercato, le quali, nel rappresentare in forma dicotomica le relazioni fra diversi settori della realtà, riflettono stereotipi culturali di genere, ad essi attribuendo forza normativa¹⁹. Viene così messa in campo una critica interna al sistema giuridico, tipica, peraltro, dei *CLS*, che adotta un punto di vista femminista non per puntare al ribaltamento della gerarchia di valori che segna la subordinazione della donna all'uomo, ma piuttosto per far collassare dall'interno i dualismi che di tale subordinazione costituiscono la struttura epistemologica. L'identificazione del carattere *'gendered'* del discorso giuridico diventa dunque strategica per minare alla base quel complesso intreccio di pratiche culturali e sociali che legittimano la subalternità femminile. Dietro questa strategia è ovviamente la convinzione che nella relazione fra genere e linguaggio la posta in gioco non sia mai *soltanto* una questione di stile letterario, poiché lo stile stesso può costituire un potente apparato di costruzione della società²⁰, e che il discorso giuridico, al pari di ogni altro linguaggio scientifico, costituisca un meccanismo di potere che organizza la trasmissione del sapere incidendo direttamente sul pensiero e l'agire umano e determinando i comportamenti sociali²¹. L'idea stessa di relazionalità è qui intesa

¹⁹ F. OLSEN, *The Sex of Law*, in D. KAIRYSED (a cura di), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York, Pantheon Books, 1991 (ma circolante in dattiloscritto almeno dal 1988).

²⁰ M. J. FRUG, *Rescuing Impossibility Doctrine: a Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1992), pp. 1029-1046. Il saggio è rimasto incompleto a causa della tragica morte della autrice, assassinata a Cambridge il 4 aprile 1991. Era stato presentato in alcuni seminari fra il 1989 e il 1990.

²¹ Cfr. C. DALTON, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, in *Yale Law Review*, 94 (1984-1985), p. 997.

allora non come carattere strutturale della psicologia femminile, ma come approccio conoscitivo opposto alla creazione dei dualismi e all'astrattezza che connota il discorso giuridico.

In questo quadro la sfida *fem-crit* sta nel dimostrare che il diritto non è né maschile né femminile, poiché non ha un'essenza immutabile e non è mai interamente razionale, obiettivo e astratto; al contrario, in una prospettiva dialettica, razionale e irrazionale, oggettivo e soggettivo, maschile e femminile non sono mai entità reciprocamente escludentesi, tanto che le caratteristiche comunemente associate al femminile sono rinvenibili nel diritto, magari oscurate, ma non eliminate dalla cultura dominante. Sulla base di queste premesse e attraverso un'analisi rigorosa dello strumentario tecnico concettuale, viene così analizzato il modo in cui il discorso giuridico posiziona regole ed eccezioni all'interno del diritto dei contratti per mostrare come sia la cultura dominante che assume alcuni suoi principi, calibrati sul carattere della razionalità (quindi *maschili*), come regole, mentre etichetta i relativi contropincipi (*femminili*) come eccezioni, marginalizzandoli e oscurandoli: si pensi alla tutela dell'affidamento, presentata come eccezione alla regola della non vincolatività del consenso sprovvisto della *consideration*.

Tanto emerge, ad esempio, dall'analisi che Clare Dalton dedica all'*adjudication* negli accordi fra conviventi, dove è il diritto stesso, negli interstizi di un ragionamento tecnico, a definire le diverse tipologie di conviventi e di rapporti di subordinazione nel momento stesso in cui li regola, e a influenzare, nel regolarli, l'immaginario collettivo, determinando così tutta una serie di relazioni di potere che a quell'immaginario si ricollegano²². Analogamente lo smascheramento dell'arbitrarietà dell'operazione interpretativa con cui *duress* e *unconscionability*, tradizionali rimedi ad ipotesi di consenso viziato, sono presentate come eccezionali – anzi come invasioni 'pubblicistiche' nell'area del diritto privato – svela come il discorso giuridico veicoli l'idea generale secondo cui il diritto dei contratti interviene nei rapporti di potere fra privati solo in poche, circoscritte fattispecie di evidente squilibrio che si presentano nella realtà sociale, laddove è proprio il diritto, invece, che crea tali fattispecie come patologiche, con ciò legittimando per converso tutti gli *altri* scambi e condizionando il comportamento di coloro che sono soggetti al suo ordine discorsivo.

Nello stesso periodo Mary Joe Frug conduce un'analisi critica del discorso giuridico intorno al contratto a partire da come il diritto dei contratti viene presentato nei *casebook*. E', infatti, in questi testi, che rivestono

²² *Ibidem*.

un ruolo fondamentale nell'insegnamento del diritto, che alcune decisioni vengono marginalizzate, cioè presentate come eccezioni rispetto ad altre, inducendo il lettore a contrapporre le regole applicate nelle prime da quelle desunte dalle seconde, secondo il tipico schema eccezione/regola²³. In un saggio successivo rimasto incompiuto, Mary Joe Frug decostruisce il rapporto oppositivo e gerarchico fra responsabilità per inadempimento e impossibilità sopravvenuta della prestazione che scaturisce in varia guisa dalle ricostruzioni dei più autorevoli studiosi statunitensi del contratto, utilizzando in parallelo, e con modalità diverse, gli stereotipi di genere che fondano l'opposizione maschile/femminile nelle relazioni sociali (ad es. assertività, arbitrarietà, spavalderia *contro* intuitività, adattabilità, mitezza). Scopo dello studio è dimostrare come entrambi i termini delle due dicotomie (*strict liability/impossibility*, da un lato e maschile/femminile, dall'altro) siano in sé incompleti, da una parte, e complementari al proprio opposto, dall'altra, per concludere che l'*impossibility doctrine*, usualmente letta come gerarchicamente subordinata alla *strict liability*, rappresenta piuttosto la *différance* (à la Derrida) del diritto dei contratti, così come è tale la differenza sessuale del pensiero femminista postmoderno rispetto alla classificazione degli umani in uomini e donne²⁴.

Nel decostruire i dualismi sui quali si basa il discorso giuridico, a partire dall'arbitrarietà della stessa contrapposizione fra diritto dei contratti (o del mercato) e diritto di famiglia²⁵ il femminismo critico mette così sistematicamente in evidenza il peso dell'ideologia nelle operazioni interpretative condotte dai giuristi, rivelandone, al tempo stesso, il carattere performativo, cioè la capacità non semplicemente di rispecchiare, ma di produrre esse stesse i rapporti di subordinazione tra i soggetti, attraverso il modo in cui le regole che li disciplinano sono presentate, favorendo di volta in volta un polo dei tanti dualismi di cui il discorso giuridico è costellato, e con ciò producendo determinati risultati sul piano economico, sociale e simbolico.

Accanto alle *fem-crit*, vale la pena di ricordare il contributo di altre giuriste che a cavallo fra gli anni '80 e gli anni '90 affrontano il problema della relazione fra donne, contratto e mercato tralasciando l'attitudine

²³ Cfr. M. J. FRUG, *Re-Reading Contracts: a Feminist Analysis of a Contracts Casebook*, in *American University Law Review*, 34 (1984-1985), pp. 1065-1140; ma anche EAD., *Rescuing Impossibility Doctrine: a Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 140 (1992), pp. 1029-1046.

²⁴ M. J. FRUG, *Rescuing Impossibility Doctrine: a Postmodern Feminist Analysis of Contract Law*, cit., pp. 1029-1046.

²⁵ Cfr. F. OLSEN, *The Family and The Market. A Study of Ideology and Legal Reform*, in *Harvard Law Review*, 96 (1983), p. 1497.

normativa per assumere un atteggiamento più semplicemente descrittivo fra il *liberal legal realism* e la teoria dei giochi. In particolare, il riferimento va ad alcuni lavori di Carol Rose, arcinota studiosa di proprietà, la quale mette in evidenza come le donne si muovano diversamente nel mercato e nelle relazioni contrattuali non per una loro intrinseca particolare natura, e neppure per una attitudine di matrice culturale, ma perché esiste a loro carico una specifica presunzione di propensione alla cooperazione, che condiziona il comportamento tanto delle donne stesse quanto delle loro controparti contrattuali²⁶. La propensione della donna a mettere il proprio interesse in secondo piano rispetto all'interesse al mantenimento della relazione con l'altro (fosse anche una relazione contrattuale), all'interesse di eventuali figli e/o al benessere della famiglia in generale - cui si somma in taluni casi una condizione di dipendenza economica all'interno della famiglia - incide fortemente sul suo potere contrattuale e condiziona le sue scelte, a nulla rilevando che si tratti di una propensione non reale, ma soltanto presunta. Quel che conta è che questa *narrative* sia condivisa nell'immaginario collettivo così da costruire *performativamente* il soggetto femminile e il modo in cui si muove nel mercato come produttivo di scelte che deviano dallo standard di razionalità che ci si attende dall'*homo oeconomicus*, protagonista del modello contrattuale dell'economia neoclassica, in quanto informate ad una logica 'altra': quella appunto della propensione alla cooperazione²⁷.

Questo elemento si rivela assolutamente condizionante tanto nelle relazioni contrattuali quanto in quelle interpersonali, come bene esemplificato dal dilemma del prigioniero: il concetto che nella teoria dei giochi viene utilizzato per descrivere una situazione in cui due soggetti che trarrebbero sicuramente maggior vantaggio dal cooperare tra loro, sono spinti a non farlo. L'esempio più noto è, appunto, quello di due prigionieri che sono indotti a tradirsi l'un l'altro, collaborando con il comune nemico, solo perché ognuno dei due suppone che l'altro lo tradirà. Secondo la teoria dei giochi, il dilemma rimane insolubile anche in situazioni in cui i suoi due protagonisti si possano controllare a vicenda e siano perciò incoraggiati a imitare positivamente ognuno il comportamento dell'altro, e ciò in quanto nessuno dei due ha incentivi sufficienti a compiere il primo

²⁶ Cfr. C. ROSE, *Property as Storytelling. Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory*, in *Yale Journal of Law & Humanities*, 2 (1990), p. 37.

²⁷ C. ROSE, *Women and Property. Gaining and Losing Ground*, in *Virginia Law Review*, 78 (1992), p. 421; EAD., *Bargaining and Gender*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 18 (1994-1995), p. 547. Cfr. anche W. WIEGERS, *Economic Analysis of Law and Private Ordering. A Feminist Critique*, *University of Toronto Law Journal*, 42 (1992), p. 170.

passo. Ma la propensione alla cooperazione ascritta alle donne spezza lo stallo che dà luogo al dilemma del prigioniero, poiché la parte femminile tende a fare il primo passo e, quindi, a produrre un risultato cooperativo, cioè positivo.

Il problema che la forza prescrittiva di questo stereotipo comporta sta però nel modo in cui quel risultato positivo è poi ripartito fra uomo e donna. La propensione alla cooperazione indebolisce il soggetto femminile, che alla fine dei giochi avrà a disposizione minori risorse, perché l'uomo, meno cooperativo, meno interessato alla cura e al mantenimento della relazione, farà la parte del leone. La donna conseguirà anche essa un beneficio, che sarà tuttavia minore: di qui, con un effetto a valanga, avrà meno potere economico per acquistare beni sul mercato e per stabilire relazioni contrattuali vantaggiose, avrà meno potere negoziale all'interno delle relazioni familiari, e complessivamente risulterà un soggetto tendenzialmente non vincente. In ogni relazione contrattuale la presunzione che l'attitudine alla cura e l'interesse al mantenimento della relazione propri della contraente donna tendano a prevalere sulla cura del suo stesso interesse individuale, fino a farle accettare condizioni contrattuali meno favorevoli, combinandosi con un contesto in cui le prospettive di successo sono effettivamente limitate, farà sì che questa previsione si auto-avveri.

Poco importa, quindi, quanto la realtà corrisponda alla narrativa della 'naturale' propensione delle donne alla cooperazione: il risultato è comunque che le donne si muovono nel mercato in condizioni più sfavorevoli. Ma non solo. Questa loro tendenziale marginalità e la prospettiva di ricoprire posizioni di un minore potere, economico e sociale, secondo Rose, hanno anche un'influenza sull'educazione e sull'investimento che fanno i genitori sulle figlie femmine rispetto ai figli maschi. In quanto ritenute tendenzialmente perdenti o marginali nel mercato e nella società, le donne vengono educate dalle loro famiglie per soddisfare aspettative ben più limitate. Pertanto la tendenza a vedere nel contratto lo strumento per conferire alle donne maggiori opportunità di autorealizzazione attraverso la negoziazione di condizioni più favorevoli nelle relazioni con l'altro sesso non deve far venir meno la consapevolezza che una condizione sociale di inferiorità o, quanto meno, di maggiore vulnerabilità, non è colmata dalla sola possibilità di negoziare²⁸.

²⁸ Si consenta il rinvio a M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.; EAD., *The Family Economy v. The Labour Market (or Housework as a Legal Issue)*, in J. CONAGHAN e K. RITTICH (a cura di), *Labour Law, Work and Family. Critical and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 156.

3. Il dibattito degli anni Novanta. Il problema degli accordi in vista del divorzio

Dal nucleo di idee emerse negli anni Novanta spicca in modo evidente che ogni punto di vista è parziale, inclusi quelli adottati dalle correnti del femminismo dominante nel decennio precedente, corrispondenti, a ben vedere, alla posizione delle donne occidentali, bianche, eterosessuali e *middle-class*²⁹. Viene recepita la critica postmoderna e matura la tendenza a sottolineare che non tutte le donne sono uguali, così come non lo sono gli uomini³⁰. Perciò anche l'adozione della prospettiva contrattuale liberale risulta a volte problematica, perché guarda all'individuo in astratto e lo costruisce come un soggetto che nei fatti non rispecchia la realtà né di tutte le donne né di tutti gli uomini. Secondo la nuova prospettiva, lo stesso concetto di autosufficienza, in relazione al quale è stata messa a tema la dipendenza economica che può influire sulle scelte delle donne, si basa su una concezione volontarista dell'individuo, come soggetto indipendente dalle sue relazioni con gli altri, cui non è riconducibile neppure tutto il genere maschile. La dipendenza economica viene pensata come una condizione che, in diversi gradi, appartiene a tutti gli individui ed è fortemente avvertita l'esigenza di superare il dilemma della differenza: si ritiene preferibile concentrarsi su cosa si intenda per differenza, anziché sulla questione del suo riconoscimento ed è largamente condiviso l'assunto che la percezione che alcune donne hanno di sé come dipendenti dagli altri può essere costruita come una differenza, senza che questa diventi costitutiva di un gruppo e senza perdere di vista le più ampie implicazioni del rapporto di relazione, rispetto al quale ciascun partner può essere considerato come più o meno dipendente dall'altro.

Questo messaggio di fondo, da un lato, mette in crisi la stessa possibilità di esprimersi in un'ottica di genere: da questo momento in poi, ci si domanda se, una volta smascherata la parzialità di ogni punto di vista,

²⁹ Il femminismo riceve una critica dalle minoranze senza voce al suo interno. Cfr. per tutte K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersections of Race and Gender in Antidiscrimination Law, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139; EAD, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 43 (1991), pp. 1241-1299; M. KLINE, *Race, Racism, and Feminist Legal Theory*, in *Harvard Women's Law Journal*, 12 (1989), p. 115.

³⁰ Cfr. N. FRASER e L. NICHOLSON, *Social Criticism Without Philosophy: An Encounter Between Feminism and Postmodernism*, in L. NICHOLSON (a cura di), *Feminism/Postmodernism*, New York, Routledge, 1990, pp. 19-38; e in S. SEIDMAN (a cura di), *The Postmodern Turn: New Perspectives on Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 242-261.

se ne possa davvero adottare alcuno. Dall'altro, spinge a sperimentare nuovi approcci metodologici, che consentano di sfuggire a tentazioni nihiliste. Qualsiasi discorso femminista può essere iniziato solo mettendo da principio in chiaro in che senso si possa parlare di donne, di genere e di differenza; quale significato assumono questi termini per chi parla. Il panorama è estremamente complesso³¹ ed emergono nuove tensioni che non è facile decifrare³².

Anche i diversi modi in cui le (giuriste) femministe guardano al contratto sono strettamente dipendenti dagli approcci metodologici che scelgono di adottare con riguardo ai problemi di volta in volta affrontati, come è esemplificato dal caso degli accordi di divorzio.

I) La ricerca di soluzioni pratiche al dilemma della differenza

Particolarmente rappresentativo di quanto stiamo dicendo è un saggio di Brenda Cossman del 1990³³, in cui, dopo una rigorosa ricognizione delle tensioni interne al pensiero femminista intorno alla libertà contrattuale, viene sottolineata la necessità di superare il dilemma della differenza, accantonando le categorie giuridiche tradizionali e rinunciando anche a classificare e tipizzare alcune situazioni di dipendenza. Questo implica che occorre lavorare a diverse strategie di tutela dei soggetti che vanno incontro alla dipendenza economica quando entrano in una relazione di tipo familiare. Più specificamente, se è vero che alcuni accordi in vista del divorzio sono particolarmente sfavorevoli per il coniuge che è divenuto economicamente dipendente dall'altro durante il matrimonio, non solo

³¹ Innanzitutto, va precisato che ci stiamo riferendo ad una fase che è iniziata negli anni Novanta, ma è ancora in corso.

³² Il tema dell'identità continua ad essere centrale, ma sono molto diverse le prospettive nelle quali lo si affronta. Accanto all'enfasi sulla dimensione dinamica dell'identità, vista come qualcosa in continuo mutamento in ciascun individuo, troviamo ancora istanze volte a espandere i 'diritti delle donne' come gruppo monolitico. Cfr. M. CHAMALLAS, *Introduction to Feminist Legal Theory*, cit., p. 21. Un progetto specifico e separato, anche molto rilevante, sembra incidere su tutta quella parte del diritto che è l'anti-discriminazione. Cfr. M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 383. In diversi settori normativi, infine, si assiste all'affermarsi di un femminismo 'istituzionalizzato' e molto influente a livello internazionale, che è stato definito *Governance Feminism*, sul quale si rinvia a J. HALLEY, P. KOTISWARAN, H. SHAMIR e C. THOMAS, *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking. Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, in *Harvard Journal Law and Gender*, 29 (2006), p. 335 ss. Di questo fenomeno, con riferimento alle legislazioni in materia di prostituzione, parla M. R. MARELLA, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pólemos*, 2008, II, p. 35 ss.

³³ Cfr. B. COSSMAN, *A Matter of Difference: Domestic Contracts and Gender Equality*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 28 (1990), pp. 303-380.

non pare opportuno disincentivare del tutto questo tipo di accordi, ma sembra difficile pure standardizzare la dipendenza che può dar luogo ad una loro sistematica invalidazione. Una strategia possibile è sicuramente quella di lasciare spazio all'autonomia privata dei coniugi, rimettendo alle corti il compito di effettuare un controllo *ex post* sull'esercizio di questa autonomia, attraverso l'applicazione delle tecniche di invalidazione del contratto, ma anche accettando che le stesse facciano uso di un'ampia discrezionalità al riguardo. Tuttavia, tale strategia deve, per forza di cose, essere integrata da altri interventi, perché, una volta invalidato il contratto, rimarrà il problema di stabilire a carico di chi deve essere posto il coniuge dipendente. A questo punto, il discorso sembra procedere nella direzione di un prudente pragmatismo: anziché riproporre l'alternativa fra una solidarietà postconiugale permanente e il *welfare* pubblico, si suggerisce di far fronte allo stato di indigenza in cui possono venire a trovarsi alcune donne dopo il divorzio, attraverso il ricorso ad un'assicurazione matrimoniale', che le coppie potrebbero sottoscrivere prima del matrimonio a beneficio di entrambi, immaginando che un tale evento non necessariamente debba colpire il coniuge di sesso femminile³⁴. Pertanto, l'attenzione è incentrata sulle condizioni materiali di vita delle persone. Il problema del libero esercizio dell'autonomia contrattuale non è visto in relazione alla capacità dei soggetti di compiere scelte razionali, ma piuttosto in funzione della loro debolezza economica e delle aspettative future che questa debolezza crea.

Le conclusioni che si possono trarre dal discorso di Cossman sono 'fluide', in quanto mostrano la complessità dei dilemmi affrontati, la parzialità della conoscenza come sapere e l'interconnessione che sussiste fra ogni profilo della relazione donna-famiglia-contratto. Il suo stesso metodo assume contorni fluidi, coincidendo proprio con l'adozione di molteplici e mutevoli prospettive, accompagnata dalla sola costante della ricerca delle relazioni tra le persone e tra le diverse problematiche in gioco.

II) Esempi di dialogo tra femminismo giuridico e analisi economica del diritto

a) Diversamente, alcune studiose hanno reagito alla sfida del postmoderno agganciando la prospettiva femminista a quella giureconomica. Questo progetto intellettuale è esplicitato, ad esempio, da Gillian Hadfield³⁵, la

³⁴ La proposta non è articolata nei dettagli, tuttavia si precisa che la polizza potrebbe coprire il rischio della cessazione del rapporto matrimoniale a prescindere dalla colpa e che il capitale accumulato con i premi assicurativi potrebbe confluire in un apposito fondo comune, utilizzabile per coprire altri assicurati soggetti allo stesso tipo di rischio.

³⁵ Cfr. G. K. HADFIELD, *An Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*, in *University of Pennsylvania Law*

quale - non solo in riferimento agli accordi in vista del divorzio - a più riprese ha cercato di mettere in luce una certa convergenza tra la critica femminista alla libertà contrattuale e la *Second Wave of Law and Economics*³⁶. L'autrice muove dalla critica interna agli assunti tradizionali di questa disciplina iniziata da Michael J. Trebilcock³⁷, il quale ha messo in luce l'ambiguità del concetto stesso di equilibrio paretiano e il fatto che non è sempre vero che gli obiettivi dell'autonomia privata e del benessere economico coincidono, con specifico riguardo ad accordi come quelli di divorzio e quelli di maternità surrogata³⁸. Secondo Hadfield questa critica può contribuire al superamento della contrapposizione tra donna-soggetto razionale e donna-vittima di uno squilibrio di potere contrattuale, che anima il dibattito femminista sulla libertà contrattuale³⁹. Infatti, coniugando questa critica ad alcune considerazioni di carattere filosofico⁴⁰, si può dimostrare che un contraente (uomo o donna) che agisce razionalmente - cioè che sceglie in base ad un ordine di preferenze personali, che può essere obiettivamente considerato razionale, nel senso di volto a massimizzare il profitto del soggetto interessato - non esiste, perché tutti gli individui agiscono condizionati da una serie di relazioni con altri soggetti e quindi il loro migliore risultato è sempre relativo. Non solo, ma la scelta che ognuno ritiene migliore al momento della sottoscrizione di un accordo può non essere più tale in un momento successivo, proprio in seguito al variare delle suddette relazioni. Ciò risulta maggiormente evidente nei contratti di durata, nei quali l'esecuzione si protrae nel tempo, ma l'assunto vale anche per quelli c.d. istantanei. E allora, la logica contrattuale classica, da cui discende che le scelte private debbano essere sempre vincolanti, salva l'eccezione che sussistano dei vizi del consenso, dovrebbe essere addirittura ribaltata. Si

Review, 146 (1998), p. 1235.

³⁶ Cfr. G. K. HADFIELD, *The Second Wave of Law and Economics: Learning to Surf*, in Richardson-Hadfield (a cura di), *Second Wave of Law and Economics*, Sydney, Federation Press 1999, p. 50.

³⁷ M. J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993.

³⁸ Cfr. M. J. TREBILCOCK e R. KESHVANI, *The Role of Private Ordering in Family Law: a Law and Economics Perspectives*, in *University of Toronto Law Journal*, 41 (1991), p. 533., ove non si vuole disincentivare questo genere di accordi, piuttosto, si suggerisce che, quando si è in presenza di una strutturale disparità di potere tra le parti, a questa si deve far fronte con strumenti diversi dal diritto dei contratti, come la legislazione e solo operando su entrambi i fronti si potranno avere contratti più equi.

³⁹ Cfr. G. HADFIELD, *The Dilemma of Choice: A Feminist Perspective on The Limits of Freedom of Contract*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 33 (1995), p. 337.

⁴⁰ Segnatamente quelle di E. ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1993.

dovrebbe, cioè, considerare ‘normale’ proprio l’ipotesi di un contratto in cui il consenso delle parti sia in qualche modo condizionato. Non viene più in questione l’esigenza di individuare particolari strumenti per proteggere la libertà del volere delle donne; piuttosto, si evidenzia che tutte le tecniche che sono volte ad accertare un vizio del consenso in termini di presenza/assenza, in riferimento al momento e al contesto della conclusione dell’accordo, hanno, per tutti i soggetti, per i motivi esposti, una efficacia molto limitata. Tuttavia, alla connaturata mutevolezza delle scelte umane nel tempo si può dare un’adeguata rilevanza sul piano giuridico, generalizzando quel modello contrattuale che nel discorso giuridico e giureconomico sul contratto viene anche indicato come modello *relational*⁴¹ e utilizzando maggiormente quegli strumenti del diritto dei contratti, che consentono di valutare la tenuta delle scelte iniziali nel lungo periodo. Riferendosi ad un sistema di *common law*, l’autrice pensa soprattutto al *promissory estoppel*⁴².

b) Molto diverso da questo è l’approccio di altre studiose, che con riguardo ai contratti tra coniugi hanno continuato a sottolineare la peculiarità di determinate relazioni, escludendo che lo strumento contrattuale sia idoneo a regolarle. Non si tratta di un passo indietro rispetto alla tematizzazione dell’identità come identità multipla e in continuo divenire messa a punto dalle teorie emerse nella terza fase del femminismo giuridico. Né di rivendicare un trattamento differenziato per tutte/alcune donne dal momento che: i) è acquisita la consapevolezza che nella stessa identica condizione della moglie può venire a trovarsi anche uno dei *partners* di una coppia di omosessuali; ii) il linguaggio dell’emotività e della razionalità limitata porta in esponente non un’incapacità soggettiva, ma una sorta di impossibilità (oggettiva) di mettersi nella condizione di soddisfare i propri bisogni materiali di vita⁴³. In questa prospettiva, si tende, piuttosto,

⁴¹ Cfr. I. R. MACNEIL, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483.

⁴² Di cui alla *section 90 of the Second Restatement of Contracts, Restatement (Second) of Contracts 90 (1973)*, in base alla quale le conseguenze di una scelta volontaria dovranno essere portate fino in fondo solo allorché il giudice avrà accertato la natura dell’affidamento riposto da una parte su tale scelta effettuata dall’altra e avrà valutato le ragioni di giustizia che richiedono il rispetto di tale scelta. L’istituto è trattato in maniera approfondita da G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, Jovene, 1995. Sulle sue possibili applicazioni nei casi relativi alle garanzie personali, in particolare prestate dai familiari del debitore sia consentito il richiamo al mio *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti*, Perugia, Università degli Studi, 2007, al quale si rinvia anche per una spiegazione più dettagliata della tesi di Hadfield.

⁴³ Per chiarire ulteriormente, non siamo in presenza di una rivendicazione della differenza

a dimostrare come le decisioni delle corti relative agli accordi fra coniugi siano comunque largamente influenzate da una concezione patriarcale dei rapporti all'interno della famiglia⁴⁴. Al centro della critica sono sempre principalmente i rimedi posti a tutela del consenso e i presupposti, sia soggettivi che oggettivi, sulla base dei quali le corti li applicano. Infatti, ad esempio, normalmente i giudici valutano come rilevante indizio di un vizio del consenso la sproporzione tra le prestazioni (insieme ad altri fattori come l'inesperienza e l'abuso di tale condizione soggettiva da parte dell'altro contraente), ma questo elemento non assume la stessa valenza quando la vulnerabilità che si deve valutare è quella di una moglie, con riguardo ad un contratto tra coniugi. Questo perché, nella fattispecie, opera altresì la propensione dei giudici a ritenere che nell'ambito dei rapporti familiari sussista una particolare solidarietà, che può giustificare anche la suddetta sproporzione, ma, soprattutto, opera una propensione a ritenere normale che la moglie accetti lo svantaggio. Tale atteggiamento è legato ad una concezione patriarcale della famiglia che può incidere, peraltro, anche in un'altra direzione: talvolta i giudici ricorrono ad un certo stereotipo della donna per accordarle una sorta di presunzione del suo stato di 'minorazione del volere'. Orientamento altrettanto criticabile, in quanto, in primo luogo, rafforza lo stereotipo negativo utilizzato; in secondo luogo, serve solo ad assicurare una tutela minima, affidata esclusivamente all'imposizione di obblighi informativi e consulenze legali preventive, che prende come modello la legislazione a tutela del consumatore, senza cogliere lo specifico della disuguaglianza strutturale ancora largamente determinata da una concezione patriarcale della famiglia.

Queste critiche d'altra parte portano a negare pure la possibilità di raggiungere migliori risultati attraverso altri strumenti del diritto dei contratti, diversi dai vizi del consenso. Al riguardo, si segnala l'elaborazione di A. Belcher⁴⁵, la quale, preso atto della maggiore attenzione verso le relazioni

riconducibile alle teorie del femminismo degli anni Ottanta e l'istanza di autodeterminazione è legata alla considerazione delle condizioni economiche e sociali delle parti, in modo da potersi sottrarre all'accusa di *essenzialismo*, cui sono state sottoposte quasi tutte le politiche identitarie di quegli anni. Sul difficile rapporto tra rivendicazione di un'identità e messa a fuoco delle condizioni sociali interne alle singole minoranze cfr. M. R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 375, ove ulteriori riferimenti alla letteratura d'oltreoceano.

⁴⁴ Cfr. B. FEHLBERG, *Sexually Transmitted Debt*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

⁴⁵ A. BELCHER, *A Feminist Perspective on Contract Theories from Law and Economics*, in *Feminist Legal Studies*, 8 (2000), p. 29, nelle cui premesse di metodo, peraltro, l'autrice afferma di adottare una prospettiva femminista, che per ella stessa è problematico collocare all'interno di una corrente di pensiero *liberal* piuttosto che *radical* o *postmodern* etc..

fra gli individui e i condizionamenti sociali che le teorie sul contratto (nel pensiero economico, in quello giuridico e in quello giureconomico) hanno mostrato a partire dalla fine degli anni Ottanta, mette in guardia dall'equivoco che si sia prodotta una sorta di 'femminilizzazione' di queste teorie. Per quanto riguarda il pensiero giuridico e in particolare proprio gli sviluppi della *relational contract theory*, si deve tenere conto che essa è servita soprattutto ad affrontare i casi in cui il piccolo imprenditore, 'dipendente' a causa di una situazione di *hold up* monopolistico, rischia di subire comportamenti opportunistici, ove le scelte compiute dalle parti sono analizzate attraverso una comparazione costi/benefici, nella quale tutto può essere misurato in termini di scambio (anche la reputazione) e non emergono certo i condizionamenti emotivi tipici dei rapporti di parentela o affettivi. Quanto, poi, agli sviluppi dell'analisi economica del diritto, quando si parla di 'razionalità limitata', si tiene comunque conto di limitazioni cognitive e di calcolo insite in tutti gli individui. Pertanto, quello che emerge abbastanza distintamente da questa prospettiva femminista è la rivendicazione di un posto a sé per le questioni relative agli accordi fra soggetti tra i quali intercorrono rapporti sociali particolari. Una chiara affermazione della impossibilità di trattarli come qualsiasi altro tipo di contratto commerciale, anche di quello 'asimmetrico' (del consumatore o dell'imprenditore)⁴⁶.

In sostanza, con riguardo alla possibilità di servirsi del diritto dei contratti per migliorare le condizioni di vita del coniuge ritenuto più debole all'interno del menage familiare, Hadfield e Belcher arrivano a conclusioni opposte, fornendo una diversa lettura degli sviluppi più recenti dell'analisi economica del diritto⁴⁷. Entrambe fanno, in particolare, riferimento ai

⁴⁶ Al riguardo si tenga presente che nel caso dei contratti fra imprese la critica giureconomica al tradizionale paradigma di razionalità potrebbe anche essere utilizzata per sostenere che - essendo la razionalità delle scelte dei contraenti strettamente legata al contesto del mercato nel quale operano - nell'applicazione delle tecniche di invalidazione del contratto, gli interpreti dovrebbero analizzare: le caratteristiche della domanda e dell'offerta; l'effettiva possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti e l'evoluzione del rapporto tra l'impresa e il mercato, anziché la sussistenza di un'asimmetria di tipo informativo. Così A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss., al quale replica V. ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate sul dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. ALPA e V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 178 ss.; a entrambi si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici sul dibattito europeo relativo alla qualificazione dell'asimmetria nei contratti tra imprenditori.

⁴⁷ Cioè proprio degli studi cui è dedicato questo volume.

risultati prodotti all'interno di questo filone di studi successivamente alla conferenza intitolata «*Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law*», svoltasi nell'aprile del 1997 presso la *University of Chicago Law School*⁴⁸. Da questo momento, infatti, l'idea della razionalità limitata ha aperto la strada a diverse prospettive⁴⁹, che sono andate oltre la critica svolta da Trebilcock⁵⁰.

Ora, per Hadfield questi risultati possono sicuramente giovare molto alle femministe che si occupano di diritto dei contratti⁵¹; mentre Belcher sottolinea che gli stessi derivano per lo più dall'analisi di contratti di massa oppure di contratti tra due imprenditori, uno dei quali si trova in una condizione di soggezione nei confronti dell'altro⁵², che nulla hanno a

⁴⁸ I cui atti sono pubblicati in *Journal of Legal Studies*, 27 (1998), con un commento di R. A. Posner, dopo la quale, l'attenzione degli studiosi di analisi economica del diritto per la psicologia cognitiva e per gli studi empirici, attraverso i quali questa scienza, ha sottoposto a critica il modello dell'*homo oeconomicus*, egoista e razionale, in grado di massimizzare la propria utilità, è divenuta predominante. E' d'obbligo un richiamo al lavoro di C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Analysis of Law*, in *University of Chicago Law Review*, 64 (1997), p. 1175, e al fatto che i risultati della psicologia cognitiva sono entrati così a pieno titolo nel *mainstream* della microeconomia, che lo psicologo israeliano Daniel Kahneman, pioniere di questi lavori, è stato insignito del Premio Nobel per l'economia nel 2002. Anche per questo motivo la psicologia cognitiva viene spesso indicata con l'espressione «*Behavioral Economics*», cfr. E. BAFFI, *'Mental Budget': clauseole inefficienti o scelte del consumatore?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 305 ss.

⁴⁹ Una è anche quella della corrente di pensiero ormai nota come 'paternalismo libertario', sulle cui proposte si vedano 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*, Milano, Feltrinelli, 2009) e, degli stessi autori, il precedente *Libertarian Paternalism Is Not An Oximoron*, in *University of Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1159. Sul più ampio concetto di paternalismo giuridico si rinvia a R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 771 ss.

⁵⁰ Cfr., ad esempio, R. KOROBKIN, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, in *Chicago Law Review*, 70 (2003), p. 1203, in cui viene messa in crisi la generalizzazione degli economisti per cui le limitazioni cognitive rappresentano dei costi transattivi e il compratore può scegliere di raggiungere un livello informativo superiore, semplicemente sostenendo il costo di tale acquisizione di conoscenza. L'Autore dimostra che, in certe situazioni, il compratore, neppure pagando, potrebbe raggiungere un grado di conoscenza utile al compimento di una scelta veramente razionale, perciò suggerisce di sostituire ad un'analisi basata esclusivamente su costi e benefici un'analisi che tenga conto dei bisogni e del benessere delle persone, anche nell'applicazione da parte dei giudici dei rimedi offerti dal diritto dei contratti in generale.

⁵¹ Cfr. G. HADFIELD, *Feminism, Fairness, and Welfare: An Invitation to Feminist Law and Economics*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 1 (2005), pp. 285-306.

⁵² Si tratta soprattutto di contratti di durata, come quelli di subfornitura e quelli di *franchising*, nei quali le parti negoziano, rappresentandosi vicende incerte, legate al trascorrere

che vedere con gli accordi caratterizzati da un contesto di relazioni come quelle familiari⁵³.

Queste due opinioni così nettamente contrastanti, tuttavia, sono accomunate da una certa rigidità e appaiono ancora largamente condizionate dalla dicotomia famiglia/mercato. In particolare, nella prospettiva giureconomica di Hadfield, che pone l'enfasi sulla razionalità limitata, tale dicotomia viene solo riposizionata, inglobandola interamente nel secondo termine di un'altra dicotomia, quella pubblico/privato. Infatti, gli squilibri collegati al perpetuarsi della concezione patriarcale della famiglia non paiono più nettamente distinti da altri squilibri che si determinano nel mercato, ma, a questo punto, il diritto dei contratti ha il compito limitato di permettere alle corti di correggere solo alcuni di questi squilibri, in particolare quelli determinati dalla dipendenza economica di una parte nei confronti dell'altra, con riferimento ad una specifica controversia; mentre al problema della dipendenza economica assunta sistematicamente da un gruppo particolare di soggetti si deve far fronte, in quanto problema sociale, con altri strumenti, come la legislazione di *welfare*. Quanto alla lettura di Belcher, che rivendica la peculiarità degli squilibri derivanti dal perpetuarsi della concezione patriarcale della famiglia rispetto agli altri squilibri che si determinano nel mercato, l'unica dicotomia che sembra effettivamente superare è quella maschile/femminile⁵⁴.

III) Fra femminismo e realismo giuridico

Per una messa a frutto della ricerca interdisciplinare in questa direzione, però, bisogna spostare lo sguardo su un altro atteggiamento, molto diverso da quelli presi in considerazione finora, ma sempre rintracciabile nel panorama degli anni Novanta. Quello che si serve della metodologia critico-decostruttiva, utilizzata dalle *fem-crit*, enfatizzando la radice *legal*

del tempo e alla relazione tra le stesse. Il tipo di contratti, cui ci si riferisce quando si parla di modello *relational*, o, da noi, di 'terzo contratto', come tipologia distinta dai contratti di diritto comune e dai contratti del consumatore.

⁵³ Cfr. A. BELCHER, *A Feminist Perspective on Contract Theories from Law and Economics*, cit., la quale, comunque non critica espressamente Hadfield. Lo fa, invece, D. CAMPBELL, *Afterword: Feminism, Liberalism and Utopianism in the Analysis of Contracting*, in L. MULCAHY e S. WHEELER (a cura di), *Feminist Perspectives on Contract Law*, London, Cavendish Publishing, 2005, p.161.

⁵⁴ Va detto che un proficuo scambio di idee tra giuriste femministe e studiosi di analisi economica del diritto non può essere escluso per il solo fatto che i rapporti di mercato vanno tenuti distinti dalle relazioni affettive. Forse ciò che rimane ancora problematico è come utilizzare alcuni strumenti di analisi economica del diritto per far emergere un criterio idoneo a dare rilevanza alla disuguaglianza derivante da una condizione di dipendenza economica contratta durante il matrimonio, con riferimento agli accordi tra familiari.

realist propria di queste ultime⁵⁵. Tale approccio punta al superamento delle strategie femministe che si risolvono nel dilemma della differenza, portando avanti il lavoro di decostruzione della dicotomia famiglia/mercato avviato dal femminismo critico nei primi anni Ottanta. Muove da quello specifico progetto intellettuale volto a far collassare dal suo interno tale contrapposizione, mostrando come elementi di solidarietà e di individualismo, tradizionalmente ascritti in via esclusiva, quali loro elementi caratterizzanti, rispettivamente alla famiglia e al mercato, siano in realtà presenti in entrambi i termini⁵⁶.

Nel rivisitare il tema degli accordi fra coniugi in vista del divorzio – attorno al quale è possibile ricostruire un quadro delle strategie femministe che sono affiorate negli anni Novanta – questa corrente *legal realist* non rifiuta *a priori* alcuna tecnica giuridica, piuttosto cerca di mettere in evidenza quali siano gli effetti economici e sociali che l'applicazione di una data tecnica può produrre, per una determinata categoria di soggetti. Perciò, laddove si serve di idee e concetti prodotti in seno al movimento femminista, come il concetto della differenza sessuale, non vuole rivendicare la specialità di determinate relazioni e la necessità di trattarle con regole giuridiche *ad hoc*, ma svelare i meccanismi di funzionamento delle regole giuridiche che vengono ad esse applicate⁵⁷. Ad esempio, quando si

⁵⁵ Invero, ora si darà conto di progetti che dalla fine degli anni Novanta sono stati portati avanti soprattutto al volgere del nuovo millennio, perché, come già anticipato, le prospettive che si sono aperte con la sfida del postmoderno vanno a costituire un quadro molto complesso, che coincide con il presente.

⁵⁶ Cfr. F. OLSEN, *The Family and The Market. A Study of Ideology and Legal Reform*, cit. Ma già D. KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 89 (1976), pp. 1685-1778.

⁵⁷ Questa corrente si muove sul solco degli studi delle giuriste *fem-crit* ed è tributaria dell'eredità dei CLS, di cui condivide l'attenzione per il contesto distributivo, per la quale si rinvia a D. KENNEDY, *Breve storia dei critical legal studies negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 639-646. In riferimento alla tematica degli accordi di divorzio si veda M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, cit., pp. 110-115; EAD., *Il diritto di famiglia fra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in M. R. MARELLA e F. GRILLINI (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto*, Napoli, Jovene, 2001; ID., *The Family Economy v. The Labour Market (or Housework as a Legal Issue)*, cit.. Trattando una tematica diversa, quella del matrimonio *same sex*, adotta una strategia di questo tipo, attaccando la dicotomia status/contratto, J. HALLEY, *Note sulla costruzione del sistema delle relazioni di coppia. Un saggio di realismo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 515-566. Allo stesso tempo questa autrice, con una riflessione che coniuga la lezione del realismo giuridico alla teoria *queer*, ha maturato una presa di distanza dai movimenti femministi maggioritari: cfr. J. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, cit.. Per cogliere meglio i tratti di questo percorso

sottolinea che la peculiarità dell'autonomia privata nella famiglia è essenzialmente da rintracciare nella proiezione dei ruoli di genere nella relazione coniugale e familiare in senso più ampio, non è per rilevare la presenza di una parte più debole, della cui tutela il sistema debba farsi carico. Ma si suggerisce di dare rilievo – sul terreno contrattuale non meno di quanto dovrebbe avvenire a livello di regime legale – ai contributi e alle rinunce, alle collaborazioni e ai conseguenti arricchimenti, che di quei ruoli sociali costituiscono un riflesso consistente. Tali contributi, infatti, presentano un carattere che raramente è percepito come patrimoniale, in quanto comunemente ascritti alla sfera della solidarietà familiare, eppure costituiscono delle modalità concrete di produzione della ricchezza familiare. Di questi contributi si potrebbe tener conto, in particolare, nell'individuazione dell'elemento causale degli accordi fra i coniugi, cominciando con il riconoscere il giusto peso al lavoro domestico e di cura come componente essenziale dell'economia familiare, e ammettendone l'incidenza sulla qualificazione della convenzione in termini di onerosità⁵⁸. Al riguardo va tenuto presente che l'eventuale effetto *empowering* per la donna che accede ad una negoziazione sulle conseguenze economiche del divorzio (quello che incoraggia alcune femministe ad accogliere con favore l'allargamento dell'autonomia privata nella sfera della famiglia), consiste soprattutto nella possibilità di ottenere che la misura della suddetta assistenza sia superiore a quella che verrebbe ad essere calcolata esclusivamente sui parametri previsti dalla legge - che (ad esempio da noi) considera solo il tenore di vita goduto durante il matrimonio - includendo la remunerazione specifica di quei costi⁵⁹. Tanto tende a realizzarsi nella prassi ed è per questo che sono per lo più i mariti che agiscono in giudizio per chiedere che l'accordo venga invalidato. Per dare ingresso in giudizio a questo ordine di considerazioni, possono tornare utili perfino strumenti mutuati dall'analisi economica della 'prima ondata'. Si pensi alla possibilità di valutare in termini di costi-opportunità le occasioni (di formazione, lavoro, carriera) che una moglie ha sacrificato durante il matrimonio, per determinare l'entità

nell'arco dell'ultimo decennio, possono vedersi M. R. MARELLA, *Critical Family Law*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19, n. 2 (2011), pp. 721-754 e i contributi contenuti in J. HALLEY (a cura di), *Special Issue on Comparative Family Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2010.

⁵⁸ Così M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, cit., pp. 110-115.

⁵⁹ Anche se i parametri legali in realtà costituiscono un punto di riferimento importante per questo tipo di negoziazione, che si discosterà di poco da questi. Sul punto cfr. R. H. MNOOKIN e L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in *Yale Law Journal*, 88 (1979), p. 950.

dell'assistenza post-coniugale che ella dovrà ricevere dal marito⁶⁰.

4. *Prospettive eclettiche in tempo di Feminism After*

«It was just here. I'm sure I saw it. Maybe I put it in my other purse. It's not like I ever go out without it. But, now that I think about it, maybe I haven't seen it in a while. Such is my relationship with feminism, a bit like a lost lipstick. It must be around somewhere. I mean, I never go out without my lipstick. But, I can't quite put my finger on it. Maybe it was the color? I used to love it, and then I didn't anymore. For a while, I blended it with other colours. Maybe it's still at the bottom of the purse. Or maybe I threw it out⁶¹».

A seguito dell'incontro con il pensiero *queer* da una parte, con gli studi post-coloniali, dall'altra, il femminismo ha cessato di produrre visioni totalizzanti della realtà. E questo è certamente vero anche del femminismo giuridico, il quale, per la verità, già negli anni Ottanta si era mostrato capace di sottrarsi a quel genere di tentazioni, riuscendo a mettere a punto strumenti di analisi in grado di cogliere la complessità delle relazioni sociali ben oltre una lettura del mondo affidata esclusivamente alla lente della dicotomia maschile/femminile. Non per nulla alcune analisi del diritto dei contratti prodotte allora dal femminismo postmoderno e *crit* conservano ancora oggi il fascino della 'scoperta'.

Non per questo, tuttavia, lo strumentario concettuale approntato da

⁶⁰ Cfr. M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 233 ss.; ma nell'area *legal realist*, in proposito si veda anche P. TSOUKALA, *Gary Becker, Legal Feminism, and the Costs of Moralizing Care*, in *Columbia Journal Gender & Law*, 16 (2007), p. 357, che al contempo taglia i ponti con qualsiasi prospettiva femminista. Un altro concetto dell'analisi economica del diritto, che potrebbe essere utilizzato nell'*adjudication* relativa agli accordi di divorzio è quello di eternalità, che può, ad esempio, giustificare un limite all'autonomia privata della donna incinta, che rinunciando ai diritti derivanti dal divorzio prima del matrimonio, pregiudichi la condizione economica e di sviluppo del figlio di cui è in attesa. Cfr. M. F. BRINIG, *Some Concerns about Applying Economics to Family*, in M. FINEMAN e T. DOUGHERTY (a cura di), *Feminism Confront Homo Economicus: Gender, Law and Society*, Ithaca, Cornell University Press, 2005, p. 450 ss. Senza ricorrere espressamente al concetto di eternalità, evidenzia un limite di questo tipo, applicato dalla giurisprudenza tedesca, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 213.

⁶¹ B. COSSMAN, *Where Did Feminism Go? Reflections from a Slightly Lapsed Feminist*, in *Issues in Legal Scholarship*, 9 (2011).

quelle correnti femministe poi divenute maggioritarie, tanto da meritare l'appellativo, palesemente polemico, di *Governance Feminism*⁶², è da mettere definitivamente in cantina. Al contrario può ancora tornare utile in alcune circostanze e/o in determinati contesti, proprio come un vecchio rossetto che si intona ad un abito nuovo. L'enfatizzazione della differenza propria delle analisi più classicamente strutturaliste, ad es., può oggi servire progetti di emancipazione riguardanti altri gruppi sociali. In alcuni settori dell'economia statunitense, ad esempio, il tasso di disoccupazione degli uomini a seguito della crisi del 2007 è più elevato di quello riguardante le donne, e un giorno i risultati delle analisi femministe sulla dipendenza economica delle donne nella famiglia potrebbero essere applicati agli uomini stessi. E possiamo considerare acquisita la critica femminista dell'*homo oeconomicus* laddove chiarisce che il comportamento degli individui sul mercato non è dato dalla struttura psicologica o da difetti di razionalità ascrivibili alle donne piuttosto che agli uomini, ma più propriamente dalla distribuzione di potere economico e sociale nella società e dai condizionamenti prodotti dagli stereotipi culturali, che determinano o contribuiscono a determinare il comportamento degli attori economici, siano essi vittime dello stereotipo o invece loro controparti. Non c'è dubbio che ciò sia vero pure oggi, anche se l'analisi non può più riferirsi alle donne, assunte come gruppo unitario: sicuramente disuguaglianza di condizioni di partenza e normatività degli stereotipi investono in pieno altri gruppi sociali, ad es. le e i migranti nelle relazioni che intessono nella società e nel mercato, e in questo senso la cassetta degli attrezzi del femminismo giuridico torna ancora utile.

Uno scarto netto rispetto al passato si profila invece laddove il tema della relazione fra donne, mercato e contratto si misura sul terreno del *sexwork* o sul terreno opposto, ma in un certo senso speculare per l'ambivalenza dei ruoli di genere che mette in campo, del lavoro di cura salariato.

Nel primo caso l'impatto della critica *queer* alle correnti del femminismo culturale e di quello radicale dominanti negli anni Ottanta e ancora vive nelle politiche delle istituzioni umanitarie globali si è tradotto in uno scontro sul terreno della sessualità talmente aspro da far emergere una netta spaccatura fra progetti culturali *queer* e femminismo⁶³. Di quest'ultimo è emersa soprattutto una visione negativa della sessualità,

⁶² Cfr. J. HALLEY, P. KOTISWARAN, C. THOMAS e H. SHAMIR, *From The International to the Local In Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work and Sex Trafficking: Four Studies In Contemporary Governance Feminism*, cit., p. 355 ss.

⁶³ Rinvio per approfondimenti a M. R. MARELLA, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 35 ss.

rappresentata come oppressiva e pericolosa, e, nell'immaginario collettivo, il femminismo è diventato la caricatura di se stesso⁶⁴. Allo stesso tempo, nella misura in cui l'ottica di genere è stata associata a questo femminismo 'maggioritario', essa è stata del tutto dismessa come chiave di lettura delle relazioni di potere sul versante *queer*. Non a caso le sofisticate analisi del sesso e della sessualità che si devono al pensiero *queer* prescindono dal focus sul rapporto maschile/femminile caro al femminismo.

Nel caso del *carework*, invece, la necessità di scomporre l'universo donna in più articolati scenari che dessero conto della composizione di classe, della componente razziale e del vario combinarsi dei due fattori nelle relazioni, contrattuali e umane, fra donne datrici di lavoro e donne *caregivers* a pagamento, ha comportato la messa a fuoco di un diverso genere di rapporti di subordinazione rispetto al modello maschile/femminile, che è stato possibile indagare con l'ausilio degli studi postcoloniali⁶⁵.

In entrambi i casi, poi, l'analisi, più classicamente femminista, della produzione dei ruoli di genere all'intersezione fra sesso, mercato e famiglia è stata affiancata da strumenti diversi, mutuati dallo studio delle dinamiche di privatizzazione di nuovi settori della vita sociale e dall'analisi critica del neoliberalismo⁶⁶. In questo complesso quadro, inoltre, non poche giuriste hanno rotto con alcuni filoni della tradizione femminista concordi nel condannare ogni forma di mercificazione del corpo femminile, per ripensare la *commodification* in chiave libertaria e l'ingresso nel mercato di nuovi ambiti del reale⁶⁷ e di nuove soggettività⁶⁸ come occasioni di emancipazione e di riscatto sociale.

Superato ogni timore reverenziale per il canone dell'*homo oeconomicus* e spezzata la corrispondenza biunivoca fra maschile/femminile e relazioni di dominio, la giurista del *Feminism After* attinge liberamente agli strumenti di analisi che le culture 'alternative' sono in grado di fornirle. Che sono vari, diversi, sovrapponibili come i rossetti che porta in borsa.

⁶⁴ B. COSSMAN, *Sexuality, Queer Theory, and 'Feminism After': Reading and Rereading the Sexual Subject*, in *McGill Law Journal*, 49 (2003-2004), p. 847.

⁶⁵ Cfr. H. SHAMIR, *The State of Care: Rethinking the Distributive Effects of Familial Care Policies in Welfare Liberal States*, in *American Journal of Comparative Law*, 58 (2010), p. 953.

⁶⁶ Cfr. B. COSSMAN, *Where Did Feminism Go? Reflections from a Slightly Lapsed Feminist*, cit.

⁶⁷ Cfr. M. M. ERTMAN e J. C. WILLIAMS (a cura di), *Rethinking Commodification*, New York and London, New York University Press, 2005 che raccoglie numerosi saggi sulle nuove aree di *commodification*, da quello ormai 'classico' della riproduzione umana, alla 'vendita' delle culture metropolitane, dei saperi tradizionali, di nuove e vecchie identità culturali.

⁶⁸ Dai popoli indigeni al 'popolo' *lgbtq*: cfr. ancora *ibidem*.

Giulio Napolitano

Autorità pubblica e (ir)razionalità privata

1. Intervento pubblico, fallimenti del mercato, irrazionalità privata

La nascita dei poteri pubblici e l'esercizio di funzioni amministrative da parte di appositi apparati burocratici sono il risultato di lunghe vicende storiche e di complessi processi politici ripetuti nel tempo. In termini logici, tuttavia, possono considerarsi anche come la risposta data all'emergere di diversi fallimenti del mercato in base a un implicito calcolo razionale da parte della comunità. Ogni forma di intervento pubblico, in questa prospettiva, mira a ripristinare condizioni di efficienza allocativa non raggiungibili in base al solo operare dell'iniziativa privata o a raggiungere obiettivi di equità distributiva prefissati a livello costituzionale o assunti a livello politico.

Dietro la maggior parte dei fallimenti del mercato curati dall'intervento dell'autorità pubblica si cela un problema di razionalità limitata del privato. È il caso, in particolare, delle asimmetrie informative che rischiano di inficiare la conclusione dei contratti e il loro corretto adempimento, generando così fenomeni diffusi di sfiducia tali da condurre a un volume sub-ottimale di scambi. Ma fallimenti cognitivi si ritrovano anche dietro consumi ridotti di beni socialmente meritevoli, come l'istruzione e la cultura, e persino in condotte almeno in apparenza perfettamente razionali. Il monopolista che sfrutta il suo potere di mercato, ad esempio, opera coerentemente per massimizzare il suo benessere individuale. Eppure, così facendo, a lungo andare, rischia di creare disaffezione nei suoi clienti e quindi di erodere le basi del suo mercato, persino in presenza di beni spesso considerati essenziali o a domanda anelastica.

Anche il *free-riding* di un bene a consumo non escludibile costituisce, isolatamente considerato, una condotta perfettamente razionale. Eppure

la ripetizione su larga scala di questo comportamento può ritenersi collettivamente irrazionale, dato che finisce per privare di adeguate basi di finanziamento la produzione di beni essenziali per la vita della comunità e per il funzionamento del mercato. È questo un problema che tende a riproporsi nel momento in cui la produzione di beni pubblici puri, come la sicurezza, la difesa da attacchi esterni e l'amministrazione della giustizia viene assicurata dallo Stato. Anche i comportamenti di *free-riding* nella sfera pubblica, consistenti nell'evasione o nell'elusione degli obblighi tributari, se individualmente razionali, ancorché illeciti o ai confini della legalità, diventano a lungo andare controproducenti per l'intera comunità, traducendosi in un potenziale pregiudizio anche per coloro che li hanno posti in essere (come avviene quando lo Stato è costretto a introdurre misure tributarie eccezionali per rientrare dal debito pubblico che probabilmente colpiranno anche il patrimonio ingiustamente accumulato dagli evasori).

2. Regolazione pubblica e fallimenti cognitivi nelle relazioni di mercato

Ciò preliminarmente chiarito, si può osservare come a fronte di un problema di razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati, l'ordinamento mira a porvi rimedio attraverso un intervento pubblico di regolamentazione che assume diverse gradazioni e intensità a seconda della natura e della posizione delle parti. Ciascuna relazione diventa così oggetto di un diverso regime regolamentare. Differenti, infatti, sono le condizioni di asimmetria informativa (e di potere di mercato) nei rapporti tra imprese e consumatori e in quelli tra imprese. Anche in questi ultimi, peraltro, non tutto si svolge necessariamente su un piede di parità. Ad esempio, il caso della filiera elettrica mostra chiaramente come alcuni operino in una posizione di forza contrattuale e altri in una di debolezza.

La varietà dei diversi tipi di relazione, d'altra parte, è confermata dall'esistenza di rapporti, ad esempio, tra un *supplier* e un *customer*. Questi si caratterizzano, nel settore dell'energia e, più in generale, in quelli infrastrutturali, per le particolari condizioni tecniche e di mercato in cui opera il *supplier* quando questi è un operatore di rete. Quest'ultimo, infatti, è un soggetto forte, capace di massimizzare a suo vantaggio le condizioni dell'affare in mancanza di un adeguato intervento regolatorio, anche a causa delle informazioni limitate di cui dispongono le imprese che chiedono l'accesso alla rete. Anche l'operatore di rete, peraltro, può essere

vittima di fallimenti cognitivi. Non sempre, infatti, egli persegue strategie di sotto-investimento al fine di limitare la concorrenza a valle. Può anche accadere che egli sopravvaluti le dinamiche della domanda e finisca per fare investimenti che si traducono in un eccesso di capacità di rete, come avvenuto nel settore dell'energia a causa della crisi economico-finanziaria.

Anche il mondo delle relazioni tra imprese e consumatori è più variegato di quanto non si pensi abitualmente. Accanto al consumatore che compra i servizi a condizioni di mercato, eventualmente regolamentate, ad esempio, vi è un consumatore particolarmente protetto in ragione della sua particolare posizione di debolezza, al quale l'ordinamento cerca di garantire comunque l'accesso a servizi essenziali, come parte integrante di un suo diritto di cittadinanza: si pensi alla speciale disciplina dei c.d. *bonus* nei settori dell'energia elettrica e del gas.

Queste diverse specie di relazioni tra privati sono all'origine di diversi regimi regolamentari. Essi sono tracciati nelle loro linee essenziali dal legislatore europeo e nazionale. Ma, nella maggior parte dei casi, spetta poi all'autorità di regolazione definire le discipline di dettaglio e adeguarle al mutare delle condizioni di mercato e dei bisogni. Le tecniche di regolamentazione, conseguentemente, sono differenziate. In alcuni casi si tratta semplicemente di correggere asimmetrie informative, attraverso obblighi di pubblicazione o di informazione, anche se talora questi strumenti si rivelano inadeguati a causa dell'eccesso di comunicazione e all'incapacità cognitiva del destinatario. In altri casi, proprio per accompagnare le scelte di individui non sempre perfettamente consapevoli delle scelte che intendono assumere, si prevedono meccanismi di 'spinta gentile' (*nudge*), ad esempio mediante il ricorso a regole suppletive destinate a intervenire soltanto in via residuale. In altri casi ancora, dove i limiti cognitivi si associano a gravi fallimenti di mercato, derivanti ad esempio dalla posizione monopolistica di uno dei contraenti, l'intervento pubblico si traduce nella creazione di articolate reti di protezione basate anche sulla determinazione autoritativa delle condizioni essenziali dell'affare.

Essendo così diversi ambiti e modelli regolamentari vi è poco spazio per l'applicazione estensiva o analogica da parte del giudice dei rimedi previsti dal legislatore o dal regolatore per fronteggiare problemi di razionalità limitata. Può invece ben accadere che sia il regolatore a imitare e trapiantare soluzioni sperimentate in un diverso contesto regolamentare. È poi frequente la condivisione delle procedure e dei luoghi di tutela in sede amministrativa, giurisdizionale e para-giurisdizionale, a prescindere dalle diverse tecniche e intensità delle regole di protezione.

3. *La razionalità limitata del regolatore*

L'efficacia di ogni intervento regolatorio, peraltro, rischia di essere pregiudicata dal fallimento cognitivo che colpisce i rapporti tra regolatore e regolati e, più in generale, quelli tra autorità pubblica e privati.

In molti casi, infatti, il regolatore si trova di fronte a operatori privati perfettamente razionali che tenderanno a massimizzare a proprio vantaggio la capacità di influenza e il superiore patrimonio informativo di cui dispongono. L'amministrazione, infatti, spesso versa in una posizione di asimmetria informativa nei confronti del privato. Questa posizione dell'amministrazione rischia di pregiudicare la corretta costruzione della disposizione pubblica, perché il regolatore ha una conoscenza imperfetta e spesso inferiore rispetto agli operatori privati di ciò che deve regolare. Di qui lo sviluppo di varie tecniche per aumentare il patrimonio informativo a disposizione dell'amministrazione: ad esempio, incrociare le informazioni fornite dalle imprese e metterle in conflitto tra loro e con portatori di interessi contrapposti, come quelli di utenti e consumatori, può servire a ridurre l'asimmetria informativa del regolatore.

Il regolatore è poi vittima del comportamento nascosto del privato nell'adempiimento della regola. Non sempre, infatti, l'autorità è in grado di valutare se effettivamente le imprese si stanno fedelmente conformando alla regola, se la eludono in vario modo o se la violano. Meccanismi di verifica possono operare soltanto a campione, colpendo un numero limitato di infrazioni. Anche la tecnica del *fire-alarming*, grazie alle denunce e alle segnalazioni di utenti e consumatori, dà risultati parziali. Non necessariamente, infatti, questi sono in grado di valutare se i loro diritti sono violati. E non sempre sono incentivati ad agire soprattutto se i danni individualmente subiti hanno scarso valore economico. Dunque, l'autorità pubblica non sa se la regola adottata è giusta e efficiente e non ha certezze nemmeno sul suo grado di effettivo rispetto.

La razionalità limitata del regolatore, peraltro, non dipende soltanto dalla sua asimmetria informativa nei confronti dei regolati, ma anche dalla difficoltà di prevedere le variabili di contesto: politico e geopolitico, economico e di mercato, industriale e tecnologico. Tutte le scelte regolatorie, in definitiva, si basano su un giudizio prognostico circa l'andamento di fattori che tuttavia esulano dalla sfera di controllo dell'autorità pubblica. Di qui il rischio che le relative determinazioni, a cominciare da quelle tariffarie, si rivelino incongrue, traducendosi involontariamente in un premio o in una penalizzazione per un operatore o per l'altro.

4. La razionalità limitata dei privati nei rapporti con l'autorità pubblica

Le strategie del decisore pubblico, d'altra parte, possono fallire anche a causa di un opposto limite cognitivo che colpisce i privati nelle loro relazioni con il regolatore. Quelli che siamo abituati a considerare come agenti perfettamente razionali possono improvvisamente rivelare tutta la loro fragilità. Può, infatti, accadere che i soggetti regolati, soprattutto quelli di minori dimensioni, si rivelino incapaci di conformarsi alle regole dettate dall'autorità pubblica, sia perché non ne intendono in pieno il senso, sia perché possono non disporre di tutti gli strumenti e le competenze per adeguare la propria organizzazione ai vincoli fissati in sede amministrativa. Il problema si pone anche rispetto a regole meramente dispositive o che comunque rimettono ai suoi destinatari la scelta dell'opzione più favorevole. Può così capitare che un'impresa finisca paradossalmente per optare per la regola più onerosa invece che per quella più favorevole. In questo modo possono fallire i modelli regolatori concepiti proprio per accompagnare la transizione da un assetto monopolistico a uno concorrenziale, basato sul riconoscimento agli operatori di un effettivo margine di autonomia nella definizione competitiva delle diverse condizioni di offerta.

Il fallimento cognitivo del privato, d'altra parte, può manifestarsi anche nella fase di costruzione della regola da parte dell'autorità pubblica. Ai fini della sua corretta definizione, la razionalità procedurale può senz'altro giocare un ruolo rilevante. È anche in questa prospettiva, d'altra parte, che può spiegarsi lo sviluppo di discipline legislative del procedimento amministrativo particolarmente ricche e articolate, che hanno ormai soppiantato le frammentarie indicazioni provenienti dall'elaborazione giurisprudenziale. Quanto più la decisione pubblica è adeguatamente istruita e si avvale del contributo qualificato degli operatori, tanto più essa può affrontare adeguatamente i problemi di fallimento del mercato cui intende porre rimedio.

Ancora una volta, però, l'amministrazione sbaglierebbe a fare pieno affidamento nella perfetta razionalità del suo interlocutore privato. L'utilità della partecipazione privata, infatti, può essere minata dalla posizione di asimmetria informativa in cui il privato versa rispetto al regolatore. La partecipazione spesso si svolge al buio, non essendo i privati a conoscenza delle intenzioni del regolatore e delle informazioni a sua disposizione. La diffusione di documenti di consultazione e persino di bozze dei provvedimenti da assumere riduce questa asimmetria, ma non la cancella del tutto. Mancano poi meccanismi istituzionalizzati di scambio delle informazioni

di fonte pubblica e privata circolate in occasione della vicenda procedimentale. Sta di fatto che il regolato, non avendo mai perfettamente chiaro cosa abbia in testa il regolatore, è in grado di offrire un'interazione soltanto limitata. Il regolatore, d'altra parte, ha una naturale ritrosia a garantire una *full disclosure* a colui che in seguito potrà servirsene per impugnare davanti al giudice amministrativo le sue decisioni. Ancora una volta, la difficoltà a costruire un contesto autenticamente cooperativo rischia di generare un esito sub-ottimale per tutti gli attori coinvolti, dando così origine a una regola formalmente più intrusiva, ma di fatto meno efficace.

A ciò si aggiunga che vi è comunque una disparità di capacità partecipativa tra i privati. La grande impresa ha un incentivo più elevato a partecipare attivamente perché maggiore è l'impatto della decisione regolatoria sui ricavi e sui costi. E può mettere in campo più risorse e più competenze per avvalorare le proprie tesi. Le imprese più piccole e le associazioni di utenti e consumatori, soprattutto quelle meno organizzate o con minore visibilità mediatica, hanno incentivi ridotti e minore capacità di influenza.

Anche il contributo che può venire dalla partecipazione al fine di porre parziale rimedio ad alcuni fallimenti cognitivi del regolatore, dunque, rischia di essere poco efficace se vi sono asimmetrie e disparità tra autorità pubbliche e privati e tra diverse categorie di privati che si riproducono nel corso del procedimento amministrativo. Il che invita a riflettere su un ultimo fatto: forse il regolatore deve porsi il problema del *nudge*, della spinta gentile, non soltanto nelle relazioni di mercato che esso regola ma anche, nei rapporti con gli operatori e con gli altri portatori di interessi privati che si svolgono sul piano del diritto amministrativo.

PARTE SECONDA
DIRITTO PRIVATO REGOLATORIO
E DISCIPLINA DEI MERCATI

IL MERCATO BANCARIO

Umberto Morera

Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela

1. Quando nella fase preparatoria di questo interessante convegno dedicato al contraente irrazionale ho ricevuto l'incarico di svolgere, nell'ambito della sessione dedicata al «*Diritto privato regolatorio e disciplina dei mercati*», un intervento avente ad oggetto il «*mercato bancario*», sono subito andato a verificare quali fossero gli altri mercati oggetto di intervento e, con una certa sorpresa, ho constatato che era stato previsto anche un distinto intervento dedicato al «*mercato finanziario*», affidato ad Andrea Guaccero.

Invero la sorpresa non era tanto consistita dall'aver trovato considerato il mercato finanziario, quanto dall'aver trovato considerato quello bancario.

Difatti, studiando da tempo i profili di irrazionalità dei risparmiatori e degli investitori, ho avuto modo di appurare come il mercato bancario – volendolo considerare in senso stretto, distinto da quello finanziario – rappresenti terreno del tutto trascurato dagli studiosi della c.d. finanza comportamentale (*Behavioral Finance*).

Fortunatamente, Andrea Guaccero è un amico e mi ha concesso l'autorizzazione ad effettuare un'incursione (concordata) nell'area tematica a lui affidata. Per farmi perdonare, prometto comunque uno spunto sul mercato bancario *in cauda* (senza veleno) a questo intervento.

2. Ora, visto che la nostra sessione si intitola «*Diritto privato regolatorio e disciplina nei mercati*» – ove il *focus* è posto per ben due volte sulle regole – va subito rilevato che, in questo settore, l'attuale normativa risulta fondamentalmente tutta incentrata sulla funzione di *tutela* dell'investitore, del risparmiatore, del cliente *retail* dell'intermediario.

La logica che ha ispirato tale disciplina sin dall'inizio degli anni '90 è

essenzialmente fondata (anche) sul convincimento che il comportamento dell'investitore sia sempre diligente e razionale. Ed è partendo da questo centrale, ma indimostrato, presupposto che il legislatore ha costruito un sistema di tutela dell'investitore tutto fondato sull'*informazione*, peraltro di estremo dettaglio.

Il criterio portante di tutta la normativa dettata a tutela dell'investitore si potrebbe riassumere in questo semplice concetto: laddove c'è un'informazione completa e dettagliata sussiste anche una piena tutela per l'investitore.

La disciplina, fondamentalmente, è poi costruita su un duplice dovere dell'intermediario: *i*) quello di acquisire dall'investitore ogni informazione strumentale ad una piena conoscenza dell'investitore stesso (gli elementi del suo patrimonio; le sue precedenti esperienze nel settore finanziario; la sua propensione al rischio; la sua cultura economica; le sue caratteristiche personali); *ii*) quello di fornire all'investitore una dettagliata informazione per fargli conoscere chi è l'intermediario stesso, quali sono i possibili strumenti finanziari offerti sul mercato, quali sono le strategie di investimento, quali i rischi, quali i costi dell'operazione che sta compiendo. Si tratta, quindi, di un'informazione a doppia direzione.

Il tutto, nel rispetto della forma scritta, con previsioni imperative concernenti il contenuto del contratto ed essenzialmente incentrando poi la forma e il contenuto sempre sul doppio binario dell'informazione, quasi che questo doppio binario sia l'unico idoneo a porre il contraente investitore al riparo dai rischi dell'investimento e, conseguenzialmente, l'intermediario al riparo da responsabilità nel caso in cui l'investimento non si riveli produttivo, non vada bene.

Questo sistema di regole, che qui ho molto sintetizzato, a mio parere ha finito per affermare, soprattutto in giurisprudenza – sin dagli anni '90, ma adesso più che mai – una sorta di pericolosa equazione: laddove si sia verificata una perdita nell'investimento e risulti (provato) un *deficit* informativo, l'intermediario risponderà della perdita poiché, se tutte le informazioni fossero state corrette e complete l'investitore non avrebbe effettuato quell'operazione, non avrebbe corso quel rischio ed infine non avrebbe subito quella perdita.

Questa equazione, che ormai è nella mente dei magistrati, oltre che pericolosa, appare anche un po' perversa.

3. Come detto, la logica che ha tradizionalmente ispirato il sistema di tutela che ho appena descritto è incentrata sull'assunto presupposto che

il comportamento dell'investitore sia in principio diligente e soprattutto *razionale*.

A ben vedere, questo sistema di tutela, tutto fondato sull'informazione dettagliata, potrebbe anche funzionare ed essere equo ed efficiente sul piano dei rimedi e delle sanzioni, se effettivamente tutte le informazioni venissero fornite; se tutte le informazioni, una volta fornite, venissero lette; se, una volta lette, le informazioni venissero comprese, percepite e ricordate; e se infine, una volta fornite, lette, comprese, percepite e ricordate, venissero poi posti in essere conseguenti comportamenti razionali di investimento.

I risultati degli studi svolti nell'ambito della *finanza comportamentale*, di cui finalmente si sta tenendo conto anche in Italia¹, dimostrano tuttavia come i comportamenti dell'uomo di fronte ad una scelta economica non siano quasi mai razionali, risultando al contrario influenzati da continui errori di ragionamento e di preferenze.

Questi errori sono indotti dai c.d. *bias* (pre-giudizi, sviluppati sulla base delle informazioni possedute e non necessariamente corroborati da elementi logicamente connessi, che influenzano le scelte individuali sotto il profilo emotivo e della percezione) e dalle c.d. *euristiche* (scorciatoie mentali, che consentono di assumere decisioni di fronte a problemi complessi o ad informazioni incomplete)².

¹ In Italia, gli studi scientifici sull'argomento iniziano a diffondersi. Mi limito qui a ricordare: U. RIGONI, *Finanza comportamentale e gestione del risparmio*, Torino, Giappichelli, 2006; P. LEGRENZI, *Psicologia e investimenti finanziari*, Milano, 24ore, 2006; N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale*, in *Quaderni di finanza della Consob*, 2010, n. 66; AA.VV., *La finanza comportamentale e le scelte di finanziamento dei risparmiatori. Le implicazioni per gli intermediari e le autorità*, Atti del Convegno Consob – Luiss, Roma, 4 giugno 2010, in *Quaderni di finanza della Consob*, 2011, n. 68; U. MORERA, *Legislazione razionale versus investitore irrazionale: quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *AGE*, 2009, p. 77; nonché tutti i saggi pubblicati in U. MORERA e F. VELLA (a cura di), *Finanza comportamentale. Investitori a razionalità limitata*, in *AGE*, 2012, n. 1. Su di un piano più generale, cfr. R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008; C. BONA e G. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2013. Vale infine ricordare sia il convegno «Scelte di investimento e regole di tutela. Il ruolo della finanza comportamentale tra economia, psicologia e diritto», tenutosi in Milano in data 30 novembre 2010 ed organizzato dall'Associazione Disiano Preite e dalla Consob, sia il convegno «La finanza comportamentale e le scelte di investimento dei risparmiatori. Le implicazioni per gli intermediari e le autorità», tenutosi in Roma in data 4 giugno 2010 ed organizzato dalla Luiss-Guido Carli e dalla Consob.

² Ad esempio l'euristica della *rappresentatività*, per cui si tende ad attribuire caratteristiche simili a prodotti simili, spesso ignorando informazioni che dovrebbero far pensare il con-

La letteratura ha inventariato tali *deficit* comportamentali e gli stessi possono ormai considerarsi ‘codificati’: *ancoraggio*, *aggiustamento*, *effetto dotazione*, *conto mentale*, *ipersicurezza*, *autoattribuzione*, *rappresentatività*, *disponibilità*, *effetto contesto*, *istinto gregario*, ecc., sono ormai veri e propri ‘prototipi’ dell’agire umano in campo economico che non possiamo più ignorare.

Ma nel regolare i fenomeni dell’investimento finanziario *retail* – e quindi nel dettare le discipline *a)* degli obblighi di comportamento, *b)* dei diversi profili di responsabilità, *c)* delle possibili sanzioni – il legislatore non sembra invero aver considerato nella loro giusta dimensione le numerose variabili che caratterizzano le azioni (e le reazioni) dell’uomo di fronte alle informazioni, ai rischi, al denaro, ai guadagni ed alle perdite.

Sembra in definitiva mancata *ab origine*, nell’approccio culturale del legislatore (ad ogni livello: comunitario, nazionale, regolamentare), la piena consapevolezza dell’esistenza di tutte le diverse componenti emotive e di (ir)razionalità dell’investitore.

Quali profili andrebbero invece utilmente considerati?

4. Un primo e generale aspetto del comportamento umano, poco considerato dal nostro regolatore, è quello relativo alle conseguenze negative derivanti dall’eccesso di informazione.

Mi piace citare, tra i molti, l’esperimento cognitivo che vede contrapposti due gruppi omogenei di persone, ai quali viene mostrata una diapositiva sfocata rappresentante un oggetto non riconoscibile. Al primo gruppo, la risoluzione dell’immagine è aumentata in una sequenza di dieci passaggi; mentre al secondo gruppo, soltanto in cinque. Posti di fronte alla stessa identica immagine (ad esempio: sesto passaggio per il primo gruppo e terzo passaggio per il secondo gruppo), i membri del gruppo che ha avuto meno passaggi di messa a fuoco riconosceranno prima degli altri l’oggetto rappresentato.

La morale è chiara: più informazioni riceviamo, più il nostro cervello formula ipotesi durante il percorso di selezione e meno «vede» ciò che realmente abbiamo di fronte. È ormai dimostrato, a livello di sperimentazione cognitiva, che una quantità di maggiori informazioni, rispetto ad una minore,

trario; ovvero l’euristica della *disponibilità*, per cui si tende a stimare la probabilità di un evento sulla base della vividezza e dell’impatto emotivo di un ricordo, piuttosto che sulla probabilità oggettiva; o ancora l’euristica dell’*ancoraggio*, per cui se si deve dare una stima di probabilità di un evento, essa è sistematicamente influenzata da un termine di paragone.

non migliora affatto la capacità di diagnosi delle possibili opzioni che devono essere fatte dopo l'acquisizione delle informazioni; tutt'altro. Ed ovviamente questo vale non soltanto per le informazioni relative agli oggetti rappresentati in fotografia, ma anche e soprattutto per le informazioni relative ai nostri possibili investimenti.

In definitiva, per dirla con Nassim Taleb³, «*l'informazione fa male alla conoscenza*»! Ma in verità il nostro regolatore soltanto da poco sembra aver iniziato a prendere coscienza di ciò

5. Oltre all'aspetto relativo all'eccesso di informazione, vi è poi quello relativo alla *tipologia* di informazione; alla diversa percezione che l'uomo ha della parola *letta*, rispetto alla parola *ascoltata*.

I modelli di percezione e di apprendimento ormai radicati nelle nostre menti da millenni (ricordo che, nella prospettiva dell'evoluzione antropologica, noi non abbiamo mai letto) si fondano sul fatto che davanti a noi ci sia una persona, con la sua voce, le sue espressioni, le sue emozioni. È il motivo per cui i nostri bambini apprendono frontalmente davanti a un maestro ...

Secondo uno studio effettuato nel 2003 le persone ricordano circa tre volte di più quello che *sentono* rispetto a quello che *leggono*. Per la psicologia cognitiva, il vecchio brocardo *scripta manent, verba volant* (di chiara matrice giuridico-formale) dovrebbe in verità invertirsi, dovendosi recitare più correttamente come *verba manent, scripta volant*⁴.

Questo fa sì, nella prospettiva della traduzione di questi concetti sul piano regolatorio, che il legislatore, nel disciplinare il momento della scelta dell'investimento, dovrebbe considerare – non so ancor bene come e quanto; ma comunque di certo non ignorare – le caratteristiche personali (età, sesso, cultura, esperienza) della persona, normalmente un dipendente dell'intermediario, che 'parla' con l'investitore.

Non sembra tuttavia che venga data particolare rilevanza a questo profilo. Il legislatore ha diviso in *classi* gli investitori: controparti qualificate, clienti professionali, clienti al dettaglio, riconoscendo poi loro crescenti

³ N. TALEB, *Il cigno nero*, Milano, il Saggiatore, 2008, p. 158 ss.

⁴ In una recente indagine apparsa sul quotidiano *La Repubblica* del 7 novembre 2012, è peraltro emerso che l'80 per cento delle persone che effettuano investimenti finanziari si fida completamente del suo interlocutore, non reputando necessario leggere la documentazione contrattuale; così come il 60 per cento ha il coraggio di ammettere di non aver mai letto nulla di relativo al rapporto di investimento che ha effettuato.

livelli di tutela; ma non ha fatto altrettanto con le persone che lavorano all'interno delle strutture dell'intermediario, non ha preteso effettivi e diversificati livelli di esperienza, di età, di linguaggio e di equilibrio.

Se l'intermediario incarica un rampante ventisettenne (magari aduso all'utilizzo di frequenti termini finanziari in lingua inglese) di illustrare un prodotto finanziario ad un cliente settantenne, l'incontro generazionale non potrà mai funzionare; laddove invero, alla prova dei fatti, soltanto una persona adulta sarà in grado di parlare al cliente settantenne, spiegandogli le cose in modo che costui le capisca effettivamente.

Le persone che indirizzano, consigliano e negoziano le scelte di investimento non ricevono un'attenzione, da parte del legislatore, che miri a richiedere loro livelli di esperienza e di 'compatibilità' crescenti al crescere del grado di tutela che si vuole riconoscere all'investitore. Oggi, di fatto, chiunque può informare l'investitore; e questo, nella ridetta logica del preminente apprendimento «vocale», appare un grave *deficit* della regolamentazione in materia.

6. Un altro dato da tenere sicuramente in debito conto, per un'equilibrata regolamentazione di questa materia, è costituito dalla diversa percezione che l'investitore ha dei *guadagni* rispetto alle *perdite*. È stato infatti accertato, nell'ambito di esperimenti ormai collaudati di risonanza magnetica funzionale, che zone completamente differenti del nostro cervello si attivano immediatamente di fronte ai guadagni e di fronte alle perdite, provocando emozioni (gioia in caso di guadagno; dolore in caso di perdita).

In particolare, è stato accertato che l'intensità dell'emozione (ed il suo 'fissaggio' nella memoria) in caso di perdita è di circa due volte e mezzo superiore a quella provocata dal guadagno. Come a dire: quando perdo 100 soffro 2,5; quando vinco 100 gioisco 1.

Dal che deriva che se una persona investe 100 euro e poi li perde, per sentirsi (emotivamente) in pareggio non dovrà recuperarne 100 (come logica razionale imporrebbe), bensì 250.

Con l'aggravante che è stato poi appurato che le persone, in genere, tendono ad assumersi rischi maggiori qualora si tratti di recuperare una perdita subita; il che, almeno in una prospettiva di ottimale tutela dell'investitore, dovrebbe indurre il regolatore a considerare in modo assai differente l'investitore di fronte ad una determinata prospettiva di rischio a seconda che costui provenga da una precedente perdita, ovvero da una vincita o da una situazione neutra.

La c.d. *propensione al rischio* – rilevante sul piano della disciplina

(anche vigente) – di chi proviene da una perdita è quindi di gran lunga maggiore rispetto a quella di chi proviene da un guadagno ...; ma le attuali schede sul profilo di rischio non sembrano considerare minimamente le due diverse ipotesi.

7. Un ulteriore profilo che dovrebbe rilevare per i regolatori è quello del differente valore che le persone tendono a dare ai soldi in relazione alla loro oggettiva *quantità*.

È noto l'esempio per cui se un prodotto immediatamente acquisibile (ad esempio una bottiglia di buon vino), in un negozio costa 20 euro e lo vendono a 300 metri di distanza a 10 euro, la comune tendenza è cambiare negozio e comprare la stessa bottiglia a 10 euro invece che a 20. Se però un prodotto (ad esempio un impianto *hi-fi*) viene venduto in un negozio a 2900 euro e lo vendono, a poca distanza, a 2888 euro, con un risparmio quindi di 12 euro, la comune tendenza è quella di non spostarsi affatto; anche se il risparmio reale, rispetto al primo esempio, è addirittura maggiore. Detto comportamento umano è totalmente irrazionale: perché mai si percorrono trecento metri per risparmiare 10 euro e non si percorrono gli stessi trecento metri per risparmiarne 12? Perché la percezione del *vantaggio* è assolutamente diversa in relazione alla *quantità*; il che ben dimostra come il potenziale risparmio non venga avvertito e percepito in termini assoluti, come sarebbe logico e razionale, bensì in termini relativi, percentuali, rispetto alla spesa.

E tali considerazioni dovrebbero forse indurre a ritenere, in un'ottica di disciplina ottimale, che ad investimenti quantitativamente diversi debbano corrispondere prospettive di tutela tra loro differenti.

8. Ma se tutti gli errori e le distorsioni cognitive che ho sommariamente descritto risultano incompatibili con il paradigma classico della razionalità delle scelte economiche, gli stessi sono pur tuttavia *tipici* e assolutamente *prevedibili*, in quanto conseguenti a precisi fattori biologici e cognitivi dell'essere umano (Daniel Kahnemann ha parlato addirittura di una possibile precisa «mappatura delle irrazionalità»).

Nella coscienza di questa prevedibilità delle distorsioni irrazionali, si sta comunque pian piano radicando, anche presso i regolatori (Consob e Banca d'Italia su tutti), il convincimento che sia necessario iniziare a predisporre

meccanismi e tecniche di identificazione, limitazione o correzione degli errori cognitivi e comportamentali.

E questo è senza dubbio un bene. Ma occorre comunque fare attenzione.

Sono stato forse tra i primi, qualche anno fa, ad evidenziare con forza la necessità di un dialogo tra giuristi, economisti e psicologi e, soprattutto, di una sensibilizzazione dei regolatori in merito ai risultati cui sono pervenuti gli studi di finanza comportamentale. Ma con altrettanta forza sottolineo oggi come qualsiasi intervento di tutela in sede di regolazione non dovrebbe mai prescindere dal fondamentale principio per il quale, nel nostro ordinamento, ciascuno è libero di disporre del proprio patrimonio ed è pertanto tenuto a sopportare le conseguenze delle proprie scelte di investimento e disinvestimento.

Voglio dire, in altre parole, che gli sforzi della regolazione debbono sì spingersi quanto più avanti possibile nel fornire assistenza agli investitori nell'assunzione delle proprie scelte economiche e nel fornire loro un'efficace tutela quando tali scelte risultino manipolate da terzi; ma questo non può finire col comportare una totale 'deresponsabilizzazione' dell'investitore in relazione alle conseguenze delle sue scelte, magari attraverso l'utilizzo di indiscriminate regole di indennizzo o di responsabilità oggettiva.

Una regolazione così strutturata, oltre a minare il corretto funzionamento del mercato, finirebbe per aggravare i profili di *ipersicurezza* dei soggetti, paradossalmente determinando l'emersione di loro errori di ragionamento o di preferenza.

La soluzione ottimale va a mio avviso individuata nell'ambito delle tecniche legislative di c.d. «paternalismo libertario», ormai note come «spinte gentili» (*nudge*)⁵, le quali virtuosamente 'inducono' alla scelta meno rischiosa, senza al contempo comprimere la libertà del soggetto di scegliere.

Non sarei invece favorevole ad interventi regolatori di 'paternalismo non libertario', come ad esempio il divieto di (vendere o acquistare) determinati prodotti. Interventi siffatti finirebbero per danneggiare in principio quei soggetti capaci di evitare errori cognitivi e, soprattutto, presupporrebbero che il regolatore non incorra, esso stesso, in errori cognitivi e di preferenza (sui soggetti e sui prodotti); il che non è, posto che risulta ormai dimostrato come assai spesso il regolatore agisca anch'esso con caratteri di irrazionalità. Insomma, come ha ben detto Francesco Vella⁶, alla strategia

⁵ Su queste tematiche, fondamentale, ed ormai classico, è il saggio di R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Heaven, 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).

⁶ F. VELLA, *La finanza è bella: regole per viverla meglio*, in *AGE*, 2012, p. 222.

dello «spintone», va senz'altro preferita la strategia della «spintarella».

9. I problemi aperti sono davvero tanti, e non posso qui trattarli tutti. Posso comunque perlomeno velocemente 'inventarli' in ordine sparso, al fine di fissare alcuni profili da approfondire in futuro.

Innanzitutto, occorre considerare le componenti di irrazionalità presenti nell'agire dei *consulenti finanziari*, i quali rappresentano spesso i veri e propri anelli di congiunzione tra l'investitore ed il rischio che lo stesso può correre⁷; così come anche appare necessario valutare, analizzare e limitare, quanto più possibile, l'irrazionalità dei *giudici* nell'istruire e nel decidere le diverse fattispecie litigiose in materia di investimenti⁸.

In secondo luogo, appare necessario ritagliare e 'modulare' il più appropriatamente possibile l'*educazione finanziaria* sulla variegata platea degli investitori, senza cedere alla pericolosa tentazione di proporre regole 'buone per tutti'; così come del pari è necessario contrastare il più efficacemente possibile le *tecniche manipolative* che, sempre più, condizionano i comportamenti degli investitori.

Infine, occorre a mio avviso ripensare completamente al fattore '*tempo*' delle scelte finanziarie, poiché è ormai provato che il tempo breve aziona meccanismi mentali di scarsa analiticità del ragionamento e delle valutazioni (ben note, del resto, le tecniche di *marketing* intese a limitare i tempi di acquisto o di scadenza di un'offerta di sconto); così come appare necessario ripensare completamente i '*linguaggi*', che se oggi forse 'informano', di certo non 'spiegano'.

Nell'affrontare queste complesse tematiche, il regolatore (primario e secondario) potrebbe utilmente giovare degli insegnamenti della finanza comportamentale; ma nel far questo non deve aver paura. Parafrasando Lars Svendsen⁹, per una valutazione completa del rischio, non bisogna guardare soltanto ai possibili effetti dannosi insiti in una nuova regola: bisogna guardare anche ai possibili effetti negativi derivanti dal non usarla.

⁷ In argomento, N. LANCIANO, *La consulenza finanziaria tra errori di comportamento e conflitti di interesse*, in AGE, 2012, p. 135.

⁸ In argomento, C. BONA, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁹ L. SVENDSEN, *Frykt*, Oslo, Universitetsforlaget, 2007 (trad. it. *Filosofia della paura. Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Roma, Castelvecchi, 2010).

10. Concludo con il promesso spunto sul mercato bancario (in senso stretto).

Come rilevavo all'inizio di questo intervento, nell'ambito degli studi di finanza comportamentale il mercato bancario è praticamente assente; rappresentando terreno del tutto trascurato dagli studiosi.

In quel peculiare segmento di mercato sussistono tuttavia a mio avviso notevoli margini di possibili analisi *Behavioral*, soprattutto laddove si vadano a valutare criticamente sia gli atteggiamenti (irrazionali) del cliente richiedente l'affidamento sia, specularmente, quelli della banca concedente nel momento della valutazione del merito creditizio. Le evidenze empiriche dimostrano infatti come molto spesso si richiedano e si concedano prestiti ed agevolazioni creditizie in maniera del tutto irrazionale.

Questo profilo di indagine è interessante e delicato, coinvolgendo peraltro anche aspetti di carattere penale (art. 137, t.u.b.), e merita attenta riflessione.

La centralità dell'informazione nella relazione intermediario-cliente. I riflessi dei deficit cognitivi e dei bias comportamentali degli individui sul corretto adempimento degli obblighi previsti dal quadro normativo e regolamentare di riferimento

1. Introduzione

La tutela dell'investitore si fonda su un articolato insieme di previsioni normative e regolamentari che curano la relazione intermediario-cliente sia attraverso obblighi di condotta e organizzazione a carico dell'intermediario, sia attraverso una complessa disciplina del flusso informativo biunivoco tra l'intermediario ed il cliente. Tali presidi mirano entrambi a garantire che l'intermediario renda i propri servizi nel miglior interesse dell'investitore e che la relazione tra i due soggetti sia trasparente.

In sede di prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafoglio, in particolare, gli intermediari sono tenuti, in primo luogo, a raccogliere tutte le informazioni necessarie a profilare correttamente i propri clienti, in modo da servire i loro interessi in maniera adeguata e, in secondo luogo, ad offrire all'investitore adeguata informativa circa i servizi e gli strumenti finanziari offerti.

Entrambi questi aspetti dell'operatività dell'intermediario si connotano per profili di particolare delicatezza e criticità che derivano dai deficit cognitivi e dai *bias* comportamentali degli individui.

Gli studi e le evidenze empiriche dei ricercatori di finanza comportamentale confermano, infatti, che in occasione di scelte complesse quali quelle in condizioni di incertezza, e in particolare di investimento, le scelte degli individui contravvengono sistematicamente alle ipotesi alla base della

* CONSOB, Divisione Studi. Il presente intervento riprende i temi sviluppati in *La rilevazione della tolleranza al rischio degli investitori attraverso il questionario*, Discussion paper CONSOB n. 4 e in *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale*, in *Quaderni di finanza della Consob*, 2010, n. 66. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

teoria economica classica che vorrebbe gli investitori perfettamente razionali.

Un quadro normativo fondato sull'ipotesi della razionalità degli individui, dunque, non potrà rivelarsi pienamente efficace nel tutelare persone che, nelle proprie decisioni finanziarie, sono condizionate – anche inconsapevolmente – dai propri limiti cognitivi e comportamentali.

I margini di intervento per rendere più efficaci gli strumenti individuati dal legislatore a tutela dell'investitore sono ampi. La Commissione europea e alcuni regolatori europei hanno già adottato iniziative che, alla luce delle indicazioni della finanza comportamentale, muovono in questa direzione.

Di seguito, si illustreranno brevemente alcune delle norme tese alla tutela dell'investitore; in particolare si farà riferimento agli obblighi in tema di valutazione dell'adeguatezza e *Disclosure* dei fondi comuni d'investimento. Successivamente si esporranno sinteticamente i principali contributi della finanza comportamentale in materia di profilatura degli investitori e comprensione dell'informativa finanziaria, nonché le iniziative della Commissione europea e di alcuni *Securities Regulators* che da questi traggono ispirazione.

2. La tutela dell'investitore. Il quadro normativo di riferimento

Lo sviluppo di un servizio di intermediazione finanziaria reso nel miglior interesse del cliente costituisce la concreta traduzione del modello di servizio immaginato dal legislatore comunitario. L'effettiva adesione allo spirito della Direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (cosiddetta Direttiva MiFID¹) richiede, infatti, agli intermediari il passaggio da una logica imperniata sulla vendita del singolo prodotto finanziario a un modello di relazione con il cliente fondato su un rapporto duraturo e solidi legami fiduciari.

Presupposto imprescindibile affinché l'attività d'intermediazione sia efficacemente tesa ad instaurare un rapporto di fiducia con il cliente, è il rispetto sostanziale delle regole di condotta previste per i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi d'investimento.

L'impianto di tali regole si articola su una struttura a due livelli: sul primo si collocano i criteri generali (art. 21 t.u.f.²) e le norme sugli incentivi (art. 52 del Regolamento CONSOB recante norme di attuazione del

¹ Dir. 2004/39/CE.

² D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari, di seguito RI), sul secondo le regole di dettaglio, graduate in base alla tipologia di servizi e di clienti, ossia le norme relative ai contratti (art. 23 t.u.f.) e quelle in tema di adeguatezza, appropriatezza e *Best Execution* (artt. 39 e ss. RI). Tali regole sono complessivamente volte a tutelare l'investitore e, dal punto di vista macroeconomico, a garantire la corretta allocazione del risparmio e l'efficienza dei mercati finanziari.

L'articolo 21 del t.u.f., in particolare, oltre a richiamare i principi generali di correttezza, diligenza e trasparenza, prevede espressamente per l'intermediario gli obblighi di 'servire al meglio l'interesse dei clienti' e di 'acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati'.

In conformità alle lettere *b)* e *c)* del primo comma della norma in esame, la relazione intermediario-cliente si fonderà, dunque, sulla massima trasparenza e su un flusso informativo biunivoco in cui l'intermediario, da un lato, acquisisce dal cliente le informazioni necessarie ai fini dell'applicazione selettiva delle regole di dettaglio e, dall'altro, offre al cliente comunicazioni chiare, corrette e non fuorvianti (così come meglio identificate agli artt. 27 e 28 del RI), affinché questi, compresi la natura del servizio di investimento fruito e i rischi connessi, possa compiere scelte di investimento consapevoli.

2.1 La profilatura del cliente ai fini della valutazione dell'adeguatezza

Tra le citate regole di dettaglio, le norme in tema di adeguatezza ricoprono un ruolo di primaria importanza. La Direttiva MiFID e gli articoli 39 e ss. del RI, che recepiscono le previsioni comunitarie di primo e secondo livello, stabiliscono che, nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafoglio, gli intermediari devono raccogliere dal cliente le informazioni necessarie a valutare che i prodotti o le operazioni consigliate soddisfino i seguenti criteri: a) corrispondano agli obiettivi di investimento del cliente; b) siano di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento; c) siano di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all'operazione o alla gestione del suo portafoglio³.

³ Si veda l'articolo 19 della Dir. 2004/39/CE riferito alle *Norme di comportamento da rispettare al momento della prestazione di servizi di investimento ai clienti* e l'articolo 40 del RI.

Con riferimento al tipo di informazioni da acquisire dal cliente, la MiFID ha previsto che l'intermediario debba ottenere notizie in merito a: esperienze e conoscenze in materia di investimenti; situazione finanziaria; obiettivi d'investimento.

La Direttiva di livello 2 suggerisce, inoltre, una serie di *items* riconducibili alle tre aree già menzionate⁴.

In particolare, nell'assumere informazioni riguardanti le conoscenze e le esperienze del cliente, l'intermediario potrebbe richiedere informazioni su: 1a) tipi di servizi, operazioni e strumenti finanziari con i quali il cliente ha dimestichezza, 1b) natura, volume e frequenza delle operazioni su strumenti finanziari realizzate dal cliente e il periodo durante il quale queste operazioni sono state eseguite, 1c) livello di istruzione e professione o, se rilevante, precedente professione.

Tra le informazioni riguardanti la situazione finanziaria del cliente possono essere inclusi dati relativi a: 2a) fonte e consistenza del reddito regolare, 2b) attività, comprese le attività liquide, 2c) investimenti e beni immobili, 2d) impegni finanziari regolari.

Nel richiedere informazioni sugli obiettivi d'investimento, è possibile raccogliere dati su: 3a) periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento, 3b) preferenze in materia di rischio, 3c) profilo di rischio, 3d) finalità dell'investimento.

In merito all'ampiezza del *set* informativo da rilevare, agli intermediari è stato lasciato un certo margine di discrezionalità. Negli Orientamenti pubblicati dalla *European Securities and Markets Authority* (ESMA) in tema di adeguatezza⁵, sembra infatti prevalere un principio di proporzionalità rispetto al servizio offerto, alle caratteristiche dei prodotti e all'ammontare dell'investimento. Ad esempio, le informazioni da richiedere in occasione della prestazione del servizio di consulenza saranno maggiori e più dettagliate di quelle che dovranno essere raccolte per la gestione di portafogli. In quest'ultimo caso, infatti, le decisioni di investimento vengono assunte dal gestore ed è plausibile ritenere che il cliente, pur dovendo essere messo nelle condizioni di comprendere il rischio associato all'intero portafoglio e a quello dei singoli strumenti che lo compongono, non abbia conoscenze ed esperienza approfondite. Il *set* informativo sarà più ampio, inoltre, nel caso in cui i prodotti proposti siano complessi o illiquidi, poiché rispetto ad essi è importante verificare la capacità dell'investitore di comprendere e sostenere finanziariamente i relativi rischi. Infine, le

⁴ Dir. di attuazione 2006/73/CE.

⁵ ESMA, *Guidelines on certain aspects of the Mifid suitability requirements*, 6 luglio 2012.

informazioni da acquisire dal cliente devono essere tanto più dettagliate quanto maggiore è l'ammontare investito rispetto al portafoglio finanziario complessivo, quanto più complessi sono gli obiettivi di investimento e quanto più lungo è l'orizzonte temporale di riferimento. In altri termini, il documento sembra orientato a modulare gli obblighi degli intermediari in funzione del relativo modello di servizio e agli obiettivi di investimento dichiarati dal cliente.

2.2 La disciplina dell'informativa sugli strumenti finanziari. L'esempio del Key Investor Information Document

Le medesime norme individuate dalla MiFID in tema di comportamento da tenere al momento della prestazione di servizi di investimento prescrivono che tutte le informazioni indirizzate dalle imprese di investimento a clienti o potenziali clienti debbano risultare corrette, chiare e non fuorvianti⁶. Inoltre, le informazioni concernenti gli strumenti finanziari e le strategie di investimento proposte dovrebbero comprendere, tra le altre cose, opportune avvertenze sui rischi associati agli investimenti, nonché su costi e oneri connessi.

L'obbligo in capo all'offerente di pubblicare una documentazione in cui siano descritti il soggetto emittente e gli strumenti finanziari oggetto di sollecitazione discende dalla necessità di garantire la trasparenza e, quindi, la riduzione del *gap* informativo esistente tra un emittente/offerente di strumenti finanziari ed un investitore *retail*, consentendo a quest'ultimo di comprendere la natura del servizio di investimento e/o degli strumenti finanziari proposti e i rischi ad essi connessi e, conseguentemente, di prendere decisioni d'investimento consapevoli.

Al fine di assicurare che le informazioni rese tramite prospetto siano complete e comparabili in un contesto di libera circolazione nel mercato unico europeo, il legislatore comunitario ne ha disciplinato *format* e contenuto ispirandosi a principi di armonizzazione massima.

In tema di fondi comuni d'investimento, la cosiddetta Direttiva UCITS IV⁷ prevede la consegna obbligatoria di un documento contenente le 'informazioni fondamentali per gli investitori' (*Key Investor*

⁶ Si veda l'articolo 19 della Dir. 2004/39/CE riferito alle *Norme di comportamento da rispettare al momento della prestazione di servizi di investimento ai clienti*.

⁷ Dir. 2009/65/CE.

Information Document, di seguito KIID), che sostituisce il prospetto semplificato previsto dalla normativa precedente, e la consegna del ‘prospetto’ (prima ‘prospetto completo’) solo su richiesta.

La forma e il contenuto del KIID sono dettagliatamente ed esaurientemente disciplinati dal Reg. 583/2010/CE relativo allo schema di documento contenente le ‘informazioni-chiave’ per l’investitore in fondi comuni d’investimento e SICAV armonizzati, fonte di diritto direttamente applicabile nell’ordinamento degli stati membri, e dalle linee guida applicative elaborate dal *Committee of European Securities Regulators* (CESR, ora ESMA).

Ai sensi del suddetto Regolamento, il KIID deve essere redatto in modo chiaro e comprensibile e deve fornire agli investitori le informazioni essenziali per assumere decisioni di investimento consapevoli; deve essere elaborato nel medesimo formato in ogni paese, in maniera concisa, con un linguaggio non tecnico, in modo da agevolarne la comprensione da parte degli investitori, e deve contenere informazioni essenziali in merito a: identificazione del fondo, obiettivi e strategia d’investimento, performance storiche (ovvero, per i fondi strutturati, scenari di performance), costi e commissioni, profilo rischio-rendimento. Ognuna di tali informazioni deve essere facilmente comprensibile all’investitore senza necessità di far riferimento ad altri documenti⁸.

⁸ Nel processo di armonizzazione degli standard di *Disclosure* delle caratteristiche dei prodotti finanziari si annovera anche la proposta della Commissione europea relativa a un regolamento in materia di informazioni chiave sui prodotti di investimento al dettaglio pre-assemblati (cosiddetti *Packaged Retail Investment Product* – PRIPs. Alla data di pubblicazione del presente volume, il citato regolamento risulta già approvato dal Parlamento europeo e in attesa di adozione da parte del Consiglio europeo). Il Regolamento intende introdurre alcune regole uniformi in materia di formato e contenuto del *Key Information Document* (KID) che deve essere redatto dal produttore dello strumento; sotto questo profilo la proposta si ispira alle misure di implementazione in tema di KIID. Nell’ambito di applicazione rientrerebbero gli *Investment Products*, intesi in senso ampio: prodotti del risparmio gestito tradizionali (fondi comuni di investimento aperti e chiusi, inclusi UCITS e AIFs), prodotti assicurativi a contenuto finanziario (*Unit Linked Insurance Products*), tutti i prodotti strutturati, da qualsiasi soggetto questi siano assemblati, compresi i depositi a termine strutturati. Anche gli OICR armonizzati pertanto ricadrebbero nel perimetro applicativo del Regolamento PRIPs, sebbene, per le società di gestione e le SICAV già operanti sotto il regime UCITS e in ottemperanza del Reg. 583/2010/CE, si prevede un periodo transitorio di cinque anni dall’emanazione del Regolamento. Il KID consentirà agli investitori *retail* di valutare la coerenza di un determinato prodotto rispetto ai propri obiettivi di investimento e di pervenire a un fondato giudizio sulla convenienza dell’investimento rispetto a operazioni in prodotti analoghi sotto il profilo finanziario, anche se commercializzati con «vesti giuridiche» e attraverso canali distributivi differenti.

3. L'implementazione della normativa e i limiti derivanti dai limiti cognitivi e comportamentali degli individui

La centralità dell'informazione nella disciplina a tutela dell'investitore si rinviene chiaramente, oltre che dalle previsioni normative e regolamentari appena richiamate, anche dai citati Orientamenti ESMA in tema di adeguatezza.

Il documento dell'ESMA richiama, infatti, l'attenzione sulla necessità per gli intermediari di dotarsi di politiche e procedure aziendali che consentano loro, da un lato, di raccogliere una pluralità di variabili afferenti alle caratteristiche della clientela servita (cosiddetta *know your customer rule*) e, dall'altro, di comprendere a pieno le specificità degli strumenti finanziari offerti (cosiddetta *know your merchandise rule*) e di offrirne adeguata informativa all'investitore.

Sia la profilatura dell'investitore sia la *Disclosure* sui prodotti si connotano per profili di particolare delicatezza e criticità che derivano dai limiti cognitivi/percettivi e dai *bias* comportamentali degli individui.

3.1. La profilatura dell'individuo irrazionale

La strutturazione di un questionario per la profilatura dei clienti passa anzitutto attraverso l'individuazione delle variabili rilevanti nelle scelte d'investimento degli individui.

Il legislatore comunitario, come anticipato, ha proposto un contenuto minimale dell'informativa da rilevare che si presterebbe ad essere ampliato alla luce delle indicazioni della letteratura economica e della finanza comportamentale.

Gli Orientamenti ESMA intervengono sul tema, suggerendo altre variabili che possono influire, ad esempio, sulla situazione finanziaria del cliente o sugli obiettivi di investimento; tra questi: lo stato civile (in particolare la capacità giuridica del cliente di impegnare beni che possono appartenere anche al proprio partner); l'età e lo stato di famiglia (le variazioni dello stato di famiglia di un cliente, ad esempio la nascita di un figlio o la presenza di un figlio in età universitaria, possono influire sulla sua situazione finanziaria); la situazione lavorativa (il fatto che un cliente perda il lavoro o sia prossimo al pensionamento può influire sulla sua

situazione finanziaria o sui suoi obiettivi di investimento); il fabbisogno di liquidità in alcuni investimenti pertinenti.

Sia le Direttive sia gli Orientamenti trascurano, tuttavia, il fatto che l'approccio agli investimenti e l'atteggiamento verso il rischio finanziario degli individui sono spesso influenzati dal rischio percepito piuttosto che dal rischio oggettivamente misurato, nonché dalla capacità emotiva di sostenere il rischio piuttosto che dalla capacità finanziaria di far fronte ad eventuali perdite derivanti dall'investimento.

In altre parole, non viene tenuto nella giusta considerazione il fatto che le scelte finanziarie degli individui contravvengono sistematicamente alle ipotesi di perfetta razionalità alla base della teoria economica classica; gli investitori, infatti, sono condizionati da numerosi limiti cognitivi e *bias* comportamentali e da un serie di tratti psicologici e fattori emotivi che ne influenzano le decisioni.

Secondo l'evidenza sperimentale, ad esempio, raramente gli individui percepiscono il rischio come una grandezza oggettiva e misurabile⁹. La percezione del rischio viene guidata da un numero limitato di regole intuitive o euristiche, ossia regole approssimative che permettono di ridurre la complessità del problema ma possono, al tempo stesso, generare errori sistematici e significativi¹⁰.

Il ricorso alle euristiche, semplificando il processo di elaborazione delle informazioni, può rafforzare alcuni tratti psicologici, che a loro volta incidono sulla percezione del rischio, quali l'ottimismo e l'eccesso di fiducia nelle proprie abilità (*Overconfidence*). Il primo consiste nell'attitudine a formulare previsioni sistematicamente distorte verso l'alto; la seconda si estrinseca nella *Miscalibration*, ovvero nella tendenza a sottostimare sistematicamente la varianza di un fenomeno, nella convinzione di essere migliore della media e nell'illusione di poter controllare gli eventi anche quando essi dipendono da fattori esogeni o casuali. L'analisi teorica e, seppure in modo non univoco, quella empirica mostrano che gli individui più *overconfident* tendono ad assumere più rischi degli altri: uno studio del 2006, ad esempio, mette in luce la tendenza dei *Trader on-Line* a sovrastimare la propria abilità - fino ad attribuire ad essa anche risultati ottenuti in maniera del tutto casuale - e,

⁹ C. K. MERTZ, P. SLOVICH e I. F. H. PURCHASE, *Judgments of Chemical Risks: Comparison Among Senior Managers, Toxicologists, and the Public*, in *Risk Analysis*, 18 (1998), pp. 391-404; Y. GANZACH, *Judging Risk and Return of Financial Assets*, in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 83 (2000), pp. 353-370; P. SLOVIC, *The Perception of Risk*, London, Earthscan Publications Ltd, 2000.

¹⁰ D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185 (1974), pp. 1124-1131.

conseguentemente, ad assumere rischi eccessivi¹¹.

La percezione del rischio può essere sensibile anche alla valenza positiva o negativa attribuita ad un determinato titolo sulla base di associazioni mentali che prescindono da valutazioni di tipo economico-finanziario¹².

Un ruolo fondamentale viene svolto altresì dalla componente emotiva. Loewenstein *et alii* (2001) hanno coniato l'espressione *Risk-As-Feeling* per evidenziare il fatto che i processi decisionali in condizioni di incertezza si fondano non solo sulla valutazione 'cognitiva/razionale' del rischio ma anche su reazioni emotive.

Tra queste, ad esempio, è nota la *Regret Avoidance*, vale a dire l'attitudine degli individui a preferire il rimpianto al rimorso; sembrerebbe, in altre parole, che il rimpianto da commissione procuri un dispiacere maggiore rispetto al rimpianto da omissione¹³. Una delle conseguenze provocate dalla *Regret Avoidance* è costituita dal cosiddetto *Attribution Bias*, ossia dalla tendenza degli individui ad attribuire ad una causa esterna la responsabilità delle proprie scelte¹⁴. A tale tendenza paiono riconducibili i comportamenti anomali ed irrazionali che stanno caratterizzando l'andamento dei mercati finanziari degli ultimi mesi: le spirali al ribasso dei flussi azionari sembrano, infatti, derivare da comportamenti imitativi ispirati all'agire comune, alle prassi maggiormente diffuse tra gli altri investitori, che consentono al singolo individuo di condividere con altri la responsabilità di una scelta eventualmente sbagliata.

La percezione e l'assunzione di rischio, infine, sembrano essere molto diverse a seconda del genere. Le donne adotterebbero un atteggiamento più prudente in occasione delle decisioni di investimento e, di conseguenza, rispetto agli uomini sono più frequentemente destinatarie di proposte di investimento relative a prodotti poco rischiosi¹⁵. Le differenze di genere,

¹¹ B. ALEMANNI e A. FRANZOSI, *Portfolio and Psychology of High Frequency Online Traders. Second Report on the Italian Market*, in Borsa Italiana, 2006 (Bit Notes, 16).

¹² D. G. MACGREGOR, P. SLOVIC, D. N. DREMAN e M. BERRY, *Imagery, Affect and Financial Judgment*, in *Journal of Psychology and Financial Markets*, 1 (2000), pp. 104-110.

¹³ Sull'argomento si vedano G. LOOMES e R. SUGDEN, *Regret Theory: An Alternative Theory of Rational Choice under Uncertainty*, in *Economic Journal*, 92 (1982), pp. 805-825; D. MCFADDEN, *Rationality for Economists?*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 19 (1999), pp. 73-105.

¹⁴ Sull'argomento si vedano F. HEIDER, *The Psychology of Interpersonal Relations*, New York, Wiley, 1958, p. 322; e H. H. KELLEY, *Attribution Theory in Social Psychology*, in D. LEVINE (a cura di), *Nebraska Symposium on Motivation*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1967, pp. 192-240.

¹⁵ C. C. ECKEL e J. GROSMANN, *Sex Differences and Statistical Stereotyping in Attitudes Toward Financial Risk*, in *Evolution and Human Behavior*, 23 (2002), pp. 281-295; MERRILL

comunque, sembrano più accentuate nel caso di individui single. I soggetti sposati, per contro, si influenzano a vicenda secondo dinamiche che, come evidenziato da alcuni recenti contributi, dipendono anche dalla distribuzione della ricchezza finanziaria all'interno della famiglia, dalla professione e dal livello di istruzione dei coniugi¹⁶.

3.2. *La Disclosure sui prodotti finanziari*

Le deviazioni dal paradigma classico della razionalità si osservano sia nella fase in cui la scelta finanziaria si compie, sia nella fase che precede il momento della decisione, ossia nella fase di raccolta ed elaborazione delle informazioni. Gli individui, infatti, non sono in grado di acquisire ed elaborare correttamente tutte le informazioni disponibili (violazione della razionalità delle percezioni) e cambiano le proprie preferenze a seconda del contesto di riferimento (violazione della razionalità delle preferenze)¹⁷.

In particolare, la raccolta delle informazioni viene spesso condotta sulla base dell'euristica della disponibilità, mentre l'elaborazione delle stesse informazioni viene guidata dalle euristiche dell'ancoraggio e della familiarità.

L'euristica della disponibilità fa riferimento al fatto che gli individui sono influenzati dalla facilità con la quale le informazioni possono essere richiamate alla mente. L'ancoraggio genera un effetto inerziale rispetto a un'ipotesi iniziale o a un'informazione saliente che agisce da ancora, trattenendo a sé gli aggiustamenti successivi. La familiarità, infine, falsa la rappresentazione della frequenza di un determinato evento che viene guidata dalla notorietà e dalla facilità con cui si possono costruire scenari (recuperabilità): ad esempio, i titoli che godono di una maggiore copertura mediatica possono essere considerati più sicuri di altri, fino al punto di ritenerli caratterizzati da una relazione rischio/rendimento negativa¹⁸.

LYNCH, *You and your Money. A Financial Handbook for Women Investors*, New York, 1996.

¹⁶ J. GILLIAM, S. CHATTERJEE e J. GRABLE, *Measuring the Perception of Financial Risk Tolerance: A Tale of Two Measures*, in *Association for Financial Counseling and Planning Education*, 21 (2010), pp. 30-43.

¹⁷ D. MCFADDEN, *Rationality for Economists?*, cit.

¹⁸ M. WANG, C. KELLER e M. SIEGRIST, *The Less You Know, the More You Are Afraid of a Survey on Risk Perceptions of Investment Products*, in *Journal of Behavioral Finance*, 12 (2011), pp. 9-19, hanno condotto una survey, proponendo agli intervistati di ordinare 20 prodotti d'investimento rispetto a sette diversi profili: i primi tre attengono alla familiarità con il prodotto (ossia comprensibilità, conoscenza da parte di soggetti esperti, diffusione presso gli investitori), mentre i restanti quattro fanno riferimento a diverse

Ulteriori evidenze in tal senso emergono da una ricerca sui fattori che influenzano le scelte di investimento dei risparmiatori *retail* condotta nel 2010 dalla Commissione europea (su un campione di 6.000 risparmiatori residenti in 8 paesi europei): i risultati di questa ricerca mostrano che la comprensione delle caratteristiche dei prodotti finanziari è generalmente molto bassa, così come basso è il numero di alternative considerate prima di effettuare una scelta; in particolare, il processo decisionale sembrerebbe guidato soprattutto dalla familiarità con il prodotto e l'intermediario distributore¹⁹.

È documentato, inoltre, il fatto che una maggiore quantità di informazioni non aumenta le capacità di analisi e di scelta, potendo per contro generare il cosiddetto *Information Overload*, ossia l'incapacità da parte dell'individuo di impiegare il tempo e le competenze necessari per l'elaborazione delle informazioni a sua disposizione²⁰.

Da tempo, infine, la letteratura analizza l'impatto sulle scelte finanziarie degli individui derivante da diverse modalità di presentazione dell'informazione, con riguardo al grado di aggregazione, alla quantità, all'ordine di presentazione dei dati e così via (cosiddetto effetto inquadramento o *Framing Effect*)²¹.

Le preferenze e le scelte variano, infatti, a seconda di come è posto un problema (linguaggio utilizzato, contesto, presentazione etc.). Il condizionamento dettato dall'effetto inquadramento discende in primo luogo dall'atteggiamento del soggetto che fornisce le informazioni (consulente,

misure di rischio (rischio di perdita del capitale, rischio di rendimenti inferiori alle attese, variabilità dei risultati connessi con l'investimento, possibilità di un rendimento più alto del tasso di inflazione). I risultati della *survey* documentano il disallineamento tra la percezione soggettiva e le misure oggettive del rischio: le evidenze raccolte confermano, infatti, che il rischio percepito esibisce una bassa correlazione con la varianza del rendimento dei prodotti finanziari sottoposti all'attenzione dei soggetti intervistati, mentre è quasi perfettamente e negativamente correlato con il grado di comprensione dei prodotti dichiarato dai soggetti stessi. Tale evidenza empirica appare spiegabile alla luce dell'euristica della familiarità che induce a sottostimare i rischi connessi con i prodotti con cui gli investitori hanno più dimestichezza (tipicamente i titoli nazionali).

¹⁹ Commissione europea, 2010; il rapporto è tra i documenti utilizzati dalla commissione per l'elaborazione delle proposte di regolamentazione dei PRIPs.

²⁰ Al proposito, si ricorda il noto esperimento in cui a due gruppi di persone viene mostrata la foto di un oggetto sfocato e perciò irricognoscibile. La risoluzione viene poi aumentata: al primo gruppo in 10 passaggi; al secondo gruppo in 5 passaggi. Poste di fronte alla stessa immagine (ad esempio, sesto e terzo passaggio rispettivamente per il primo e il secondo gruppo), le persone alle quali è stato mostrato un numero minore di sequenze riconoscono prima delle altre l'oggetto rappresentato.

²¹ D. KAHNEMAN, e A. TVERSKY, *Prospect Theory. An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 47 (1979), pp. 263-291.

promotore, etc.) e dallo strumento informativo da questi utilizzato nelle varie fasi in cui si sviluppa la relazione con il cliente (materiale pubblicitario, prospetti informativi, etc.). Errori logici e di ragionamento, confusione, informazioni errate e/o incomplete, linguaggio tecnico o termini imprecisi possono suggerire una rappresentazione semplicistica e 'selezionata' delle alternative rispetto alle quali bisogna prendere una decisione.

Un esempio di *Framing Effect*, noto come *Isolation Effect*, corrisponde alla propensione degli individui a concentrare 'arbitrariamente' l'attenzione su un sotto-insieme di elementi, trascurandone altri ugualmente importanti. Poiché un problema può essere scomposto in più modi, situazioni equivalenti possono essere affrontate in modo diverso. Ad esempio, quando una decisione è descritta in termini di possibili guadagni gli individui sono avversi al rischio e preferiscono attività finanziarie con bassa volatilità e rendimenti più contenuti; sono viceversa propensi al rischio quando la stessa decisione è descritta in termini di possibili perdite, poiché sono disposti ad accettare una maggiore volatilità pur di contenere le perdite²².

Un'altra implicazione del *Framing Effect* concerne l'impatto che le modalità di presentazione di un certo evento possono avere sull'atteggiamento verso il rischio: in particolare, l'enfasi sul guadagno potenziale induce l'avversione al rischio; viceversa, l'enfasi sulle perdite potenziali determina propensione al rischio e avversione alle perdite²³.

Sempre con riguardo all'impatto delle modalità di rappresentazione sulle scelte finanziarie degli individui, è utile citare anche l'esperimento di Benartzi *et alii* (2007): gli autori hanno presentato a un gruppo di soggetti i montanti di alcuni piani pensionistici, corrispondenti a diversi tassi di contribuzione sia nella forma canonica di ammontare di denaro sia sotto forma di differenti tipologie di appartamenti acquistabili al momento del pensionamento. La prima forma di rappresentazione faceva leva sul ragionamento analitico degli intervistati, mentre la seconda sollecitava il sistema affettivo-pratico riuscendo ad aumentare la consapevolezza e la comprensione del piano di accumulo e, di conseguenza, il tasso di risparmio.

Con particolare riferimento al tema della rappresentazione del rischio, una rilevazione condotta con riferimento a un *panel* di 2000 famiglie olandesi mostra che le scelte di investimento possono essere guidate soprattutto da

²² R. A. OLSEN, *Investment Risk: The Experts' Perspectives*, in *Financial Analysts Journal*, 53 (1997), pp. 62-66.

²³ N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale*, in *Quaderni di finanza della Consob*, 2010, n. 66.

misure asimmetriche del rischio piuttosto che dalla varianza²⁴. In particolare, coerentemente con la documentata avversione alle perdite, la maggior parte degli individui agisce come se attribuisse maggiore importanza anzitutto alle indicazioni desumibili dalla semi-varianza e, in secondo luogo, alla probabilità di perdita; seguono poi l'ammontare della perdita attesa e la varianza. Sembrerebbe, inoltre, che la preferenza (implicita) per una specifica misura del rischio dipenda dalla tipologia di strumento finanziario, risultando la semi-varianza prevalentemente associata all'investimento in azioni e la probabilità di perdita all'investimento in obbligazioni.

4. Il punto di vista delle Autorità

Le Autorità di vigilanza stanno prendendo progressivamente coscienza delle evidenze riportate dai più recenti studi di economia sperimentale e finanza comportamentale e, sempre più di frequente, analizzano i rischi che dai limiti cognitivi e comportamentali discendono sull'efficace tutela dell'investitore.

4.1. I questionari per la valutazione dell'adeguatezza

Con riferimento alla profilatura del cliente, l'evidenza empirica denota che gli strumenti comunemente utilizzati dagli intermediari ai fini della valutazione di adeguatezza mostrano importanti criticità.

Le debolezze dei questionari utilizzati dagli intermediari per la profilatura dei clienti hanno attirato l'attenzione non solo dei ricercatori ma anche di alcune Autorità di vigilanza. In ambito europeo, l'*Autorité des marchés financiers* (AMF) ha pubblicato uno studio sulla rilevazione dell'attitudine al rischio, che analizza un campione di 14 questionari valutandone l'aderenza sia alle disposizioni MiFID sia alle indicazioni della letteratura economica in materia di misurazione della tolleranza al rischio²⁵. Anche la *Financial Services Authority* (FSA) è intervenuta pubblicando nel marzo 2011 linee-guida sulla materia più ampia della valu-

²⁴ Si veda C. VELD e Y. V. VELD-MERKOULOVA, *The Risk Perceptions of Individual Investors*, in *Journal of economic psychology*, 29 (2008), pp. 20-29.

²⁵ A. DE PALMA e N. PICARD, *Evaluation of MiFID Questionnaires in France, Study for the AMF*, 2010, in <http://www.amf-france.org>.

tazione di adeguatezza²⁶. Tale iniziativa ha tratto impulso dalle risultanze dell'attività di vigilanza, che aveva messo in luce frequenti disallineamenti della condotta degli intermediari rispetto alle *Conduct of Business Sourcebook* della stessa FSA.

La Consob è intervenuta sul tema con un *Discussion paper* su «La rilevazione della tolleranza al rischio degli investitori attraverso il questionario»; tale lavoro, dopo aver passato in rassegna le variabili che secondo la letteratura sono rilevanti per la profilatura di un investitore, analizza struttura, contenuti e modalità di somministrazione dei questionari utilizzati da un campione di 20 intermediari italiani²⁷.

Le analisi condotte sulla realtà italiana mettono in luce che, sebbene complessivamente aderenti alle previsioni della MiFID, i questionari si connotano nella maggior parte dei casi per un disallineamento rispetto alle indicazioni della letteratura economica, e per talune caratteristiche linguistico-testuali che ne limitano chiarezza e comprensibilità: le domande spesso non sono univoche, poiché si riferiscono a più temi contemporaneamente, ovvero contengono termini tecnici che possono comprometterne la comprensione e, nella maggior parte dei casi, mancano di quegli accorgimenti stilistici e lessicali che, secondo la finanza comportamentale, consentono di evitare che il cliente fornisca risposte condizionate dai propri limiti cognitivi e comportamentali²⁸.

Un processo di valutazione dell'adeguatezza basato su tali strumenti può indurre i consulenti a consigliare strategie di portafoglio che possono condurre a risultati diversi da quelli attesi dall'investitore, generando insoddisfazione e minando la stabilità del rapporto di consulenza.

4. Il Consumer Testing della Commissione europea

Con riguardo alle norme in tema di *Disclosure* dei prodotti finanziari, le evidenze raccolte dagli studiosi di *Behavioral Finance*, riportate nel precedente paragrafo 2.2, inducono a nutrire dubbi sull'efficacia dello strumento

²⁶ FINANCIAL SERVICES AUTHORITY, *Assessing Suitability: Establishing the Risk a Customer Is Willing and Able To Take and Making a Suitable Investment Selection*, marzo 2011.

²⁷ N. LINCIANO e P. SOCCORSO, *La rilevazione della tolleranza al rischio attraverso il questionario*, CONSOB, Discussion Paper, 2012, n. 4.

²⁸ Cfr. N. MARINELLI e C. MAZZOLI, *The Traditional Approach to Evaluate the Risk Tolerance of Investment Decisions*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010.; N. LINCIANO e P. SOCCORSO, *La rilevazione della tolleranza al rischio attraverso il questionario*, cit.

informativo quando questo non viene costruito in modo da tener conto degli effetti derivanti dall'applicazione delle euristiche, dall'*Information Overload*, nonché dalle modalità di rappresentazione del profilo rischio-rendimento del prodotto.

Dopo aver proposto di sostituire il Prospetto semplificato precedentemente previsto per i fondi comuni con una nuova forma di *Disclosure*, la Commissione europea ha commissionato ad una società specializzata un esercizio per testare la percezione/reazione degli investitori ai diversi modelli di KIID.

Il progetto di *Consumer Testing* è stato mosso dalla consapevolezza che sebbene la trasparenza informativa, la semplificazione e la standardizzazione delle informazioni possano aiutare a comprendere le caratteristiche di rischio e rendimento di un dato strumento finanziario e a comparare opzioni di investimento alternative, esse possono comunque avere effetti poco significativi e risultare inefficaci a causa di deficit cognitivi e *bias* comportamentali.

L'attuale regolamentazione in tema di KIID, in particolare gli schemi vincolanti previsti per il KIID contenuti nel Reg. 583/2010/CE, sono stati adottati dopo diverse consultazioni condotte dal CESR (ora ESMA) e tengono conto delle evidenze del test²⁹.

Per ciò che riguarda l'informativa sul profilo di rischio-rendimento, in particolare, è stato adottato un indicatore sintetico di natura qualitativa [ma basato su metodologie quantitative; il rischio associato alla volatilità storica dei rendimenti del fondo viene rappresentato su una scala numerica che va da 1 (rischio basso) a 7 (rischio alto)], accompagnato da una spiegazione narrativa dei principali limiti dell'indicatore stesso e da una presentazione dei rischi rilevanti non catturati dalla metodologia che sottende la costruzione di tale indicatore. Il confronto con i consumatori ha portato, infatti, a maturare la convinzione che a una descrizione narrativa e prolissa dei rischi e dei rendimenti attesi è preferibile il ricorso a indicatori sintetici di immediata e facile comprensione per gli investitori con limitato livello di educazione finanziaria.

5. Conclusioni

L'accurata valutazione dell'adeguatezza e una corretta informativa di prodotto costituiscono una condizione necessaria ma non sufficiente affinché il servizio di intermediazione sia reso nel miglior interesse dal cliente.

²⁹ IFF RESEARCH e YOUGOV, 2009.

Esse devono necessariamente accompagnarsi alla definizione di politiche interne e procedure che garantiscano che eventuali conflitti di interesse interni all'intermediario non influiscano negativamente sulle raccomandazioni d'investimento rilasciate. Esse devono integrarsi, inoltre, con un servizio di consulenza, da un lato, teso a verificare la capacità finanziaria del cliente e la sua reale comprensione dei concetti finanziari di base, del tipo di servizio/prodotto offerto e delle tutele che gli sono riservate e, dall'altro, orientato a rendere edotto l'investitore degli errori che distorcono le sue scelte finanziarie.

Sarebbe irrealistico, infatti, ritenere che l'adesione sostanziale alla disciplina possa prescindere dal tener conto della razionalità limitata dell'individuo.

I margini di intervento per rendere più efficaci gli strumenti individuati dal legislatore a tutela dell'investitore sono ampi. I *Securities Regulators*, in particolare, stanno prendendo progressivamente coscienza delle evidenze riportate dai più recenti studi di economia sperimentale e finanza comportamentale e, partendo dall'analisi dei limiti cognitivi e comportamentali che mettono a rischio la tutela dell'investitore, stanno tentando di tradurre gli insegnamenti della finanza comportamentale in robusti criteri di regolamentazione e in efficaci interventi di vigilanza³⁰.

In particolare, individuare soluzioni concrete ai gravi limiti riscontrati nei questionari per la valutazione dell'adeguatezza, nonché alle numerose criticità connesse con la declinazione degli obblighi informativi degli intermediari appare di estrema rilevanza non solo per il regolatore, che ha come primario interesse la tutela dell'investitore, ma anche per l'industria. Difatti, identificare in maniera più accurata possibile l'attitudine al rischio del cliente, in modo da consigliare le scelte a lui più adeguate, e fornire un'informazione di prodotti comprensibile ed efficace consentono di costruire relazioni solide e di contenere i cali di fiducia che si acuiscono soprattutto nelle fasi congiunturali negative, quale quella attuale.

³⁰ Circa l'applicazione degli insegnamenti della *Behavioral Finance* ai criteri di regolamentazione e agli interventi di vigilanza dei *Securities Regulators* si vedano K. ERTA, S. HUNT, Z. ISCENKO e W. BREMBLEY, *Applying Behavioural Economics at the Financial Conduct Authority*, Financial Conduct Authority Occasional Paper, 2013, n. 1; S.J. CHOI e A.C. PRITCHARD, *Behavioral Economics and the SEC*, in *Stanford Law Review*, 56 (2003), pp. 1-73.

I MERCATI FINANZIARI

Andrea Guaccero

*I comportamenti irrazionali nelle offerte pubbliche
e le risposte del diritto positivo*

1. Parlare di *Behaviorial Finance* e di operatori finanziari a razionalità limitata richiama un'ampia serie di prospettive dalle quali affrontare pregiudizi, carenze informative e debolezze cognitive dell'*homo oeconomicus*, che si scopre – ma non da ora – essere soggetto a razionalità limitata.

C'è innanzitutto la prospettiva del rapporto tra consumatore di servizi finanziari e intermediario, posti come sono su due livelli diversi e connotati da una evidente asimmetria informativa in vantaggio del secondo. Poi c'è la prospettiva dell'investitore non nella sua relazione contrattuale con l'intermediario ma direttamente *vis-à-vis* rispetto al mercato, visto cioè in una prospettiva unilaterale e non negoziale, in particolare come fruitore dell'informazione societaria veicolata dagli emittenti.

Di questi temi la *Behavioral Finance* ha parlato ormai diffusamente, evidenziando come il soggetto che deve assumere decisioni in ambito finanziario – inclusi il legislatore e i regolatori del mercato¹ – si pone di fronte alla scelta con un bagaglio di pregiudizi, i principali dei quali sono²:

- l'*overconfidence*, cioè la sopravvalutazione delle proprie capacità;
- la tendenza del soggetto a sovrastimare i beni in proprio possesso rispetto a identici beni in possesso di terzi;
- la disponibilità, al fine di evitare perdite, ad assumere rischi maggiori che al fine di realizzare guadagni;

¹ S. J. CHOI e A. C. PRITCHARD, *Behavioral Economics and the SEC*, in *Stanford Law Review*, 56 (2003), p. 1 ss.; J. H. CHOPER, J. C. COFFEE JR. e R. J. GILSON, *Cases and Materials on Corporations*, New York, Aspen Publishers, 2008⁷, p. 197; U. MORERA, *Legislatore nazionale versus investitore irrazionale: quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *AGE*, 2009, p. 77 ss.; ID., *Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela*, in questo volume; N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *AGE*, 2012, p. 7 ss.

² Un catalogo più completo in N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento dei risparmiatori retail. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale*, in *Quaderni di Finanza della Consob*, 2010, n. 66, p. 5 ss.

- infine, per citare un *bias* insolito, ma solo in apparenza essendo stato oggetto di diversi studi³, il clima della giornata in cui viene assunta la decisione d'investimento, che può rendere gli operatori finanziari più o meno inclini ad assumere scelte rischiose e quindi, rispettivamente, a fare salire o scendere i corsi delle relative attività finanziarie.

Pregiudizi del tipo di quelli appena elencati finiscono per deviare la condotta dell'attore economico dalla razionalità propria dell'esperimento di laboratorio (per intendersi, il metodo dell'analisi economica del diritto quando, in ambito finanziario, fonda le proprie conclusioni sull'assunto dell'efficienza del mercato dei capitali) alla realtà empirica, nella quale esistono fattori che influenzano la riuscita dell'esperimento, quali – per continuare la metafora della fisica – l'attrito, la forza di gravità, ecc.

La realtà empirica è quindi nel senso che, almeno dal versante dei consumatori di servizi finanziari, ci si trova di fronte ai c.d. *noise traders*, la risultante delle cui scelte e azioni può essere l'alterazione di quello che dovrebbe costituire il razionale svolgimento delle forze del mercato.

Comincio a selezionare l'ambito di cui non mi occuperò in questa relazione. Innanzitutto, non mi occuperò del rapporto tra investitore e intermediario, che è l'ambito al quale è stata data maggiore attenzione sinora – l'ha fatto Umberto Morera prima di me⁴, oltre che con alcuni saggi che hanno collocato il dibattito, in origine statunitense, nella prospettiva giuridica nazionale⁵. Cercherò invece di occuparmi di alcuni aspetti dell'attività sui mercati finanziari che riguardano le operazioni sul controllo societario, più ampiamente l'operatività nell'area *mergers & acquisitions*, individuando momenti di emersione di possibili condotte irrazionali (§ 2) e risposte normative degli ordinamenti (§ 3), concludendo con alcune considerazioni relative alle offerte al pubblico, sia di acquisto sia di sottoscrizione e vendita (§ 4).

2. Il primo tra i possibili punti di osservazione che prenderò in considerazione è l'attività di acquisizioni societarie che – sia pure con una forte ciclicità dipendente, tra i vari fattori, dalla maggiore o minore disponibilità

³ E. M. SAUNDERS JR., *Stock Prices and Wall Street Weather*, in *American Economic Review*, 83 (1993), p. 1337 ss.; M. AKHTARI, *Reassessment of the Weather Effect: Stock Prices and Wall Street Weather*, in *Michigan Journal of Business*, 4 (2011), p. 51 ss.

⁴ U. MORERA, *Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela*, cit.

⁵ U. MORERA, *Legislatore nazionale versus investitore irrazionale*, cit. p. 77 ss.; U. MORERA e E. MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole... ma soprattutto persone*, in *AGE*, 2012, p. 19 ss.

di finanza per l'effettuazione di operazioni a debito, oltre che da ricorrenze proprie della singola industria⁶ – rappresenta uno dei principali motori dei mercati finanziari.

Assumendo questo punto di osservazione si può volgere lo sguardo in due direzioni: da un lato, gli operatori finanziari più sofisticati, quindi in particolare gli esponenti di rilievo – *management* e proprietà – dello scalatore e della società *target*; dall'altro, gli azionisti di quest'ultima, che costituiscono un gruppo eterogeneo, ma certamente composto da un alto numero di investitori non sofisticati. Aggiungerei, quale variabile dipendente della struttura giuridica dello scalatore, anche i relativi 'proprietari' (in senso economico; cioè: azionisti, altri finanziatori, ecc., in una parola i *principals* dei quali lo scalatore – o meglio i suoi gestori – sia *agent*).

Il contesto delle scalate, soprattutto di quelle ostili, rappresenta uno dei campi nei quali è probabilmente più chiara l'emersione di fattori comportamentali che inducono a ravvisare una irrazionalità più o meno spiccata, che si traduce a sua volta nell'effettuazione di operazioni sul controllo di una *target* dall'esito potenzialmente nefasto.

In proposito si deve innanzitutto ricordare ciò che costituisce la motivazione tipica di una scalata ostile. Non si può infatti dimenticare che, anche nella più classica visione dell'analisi economica del diritto, offrire agli azionisti della *target* un prezzo più alto di quello di mercato costituisce un primo ostacolo concettuale da superare, essendo per definizione il prezzo di mercato il prezzo che incorpora tutte le informazioni in qualunque forma (pubblica o privata) disponibili su quell'impresa (secondo la versione forte dell'ECMH) o almeno tutte le informazioni pubbliche (secondo la versione semi-forte dell'ECMH) o (secondo la versione debole) tutte le informazioni passate.

La motivazione razionale del superamento del prezzo di mercato viene quindi rintracciata, sostanzialmente, in due principali prospettive: la possibilità per lo scalatore di integrare la *target* in una più ampia struttura imprenditoriale, sfruttando sinergie ed economie di scala; la fiducia dello scalatore nelle proprie capacità gestorie, che porteranno le azioni della *target* a un livello di prezzo più elevato⁷.

Com'è noto, vi sono anche ulteriori spiegazioni, tra cui è significativa quella che va sotto il nome di *hubris hypothesis*, da subito denotando la

⁶ G. ANDRADE, M. MITCHELL e E. STAFFORD, *New Evidence and Perspectives on Mergers*, in *Journal of Economic Perspectives*, 15 (2001), p. 104 e p. 107 ss.

⁷ F. H. EASTERBROOK e D. R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991, p. 171 ss. (trad. it. *L'economia delle società per azioni: un'analisi strutturale*, Milano, Giuffrè, 1996).

propria origine nell'ambito degli studi di economia comportamentale⁸.

Tale ipotesi parte innanzitutto da constatazioni, la cui portata ha l'effetto di fare vacillare alcune certezze costruite dalla classica analisi economica del diritto. Si tratta in particolare dei risultati empirici – peraltro, come noto, non univoci – in ordine all'effetto di creazione o distruzione di valore a seguito dell'annuncio del lancio di un'offerta su una *target* e del suo completamento. Limitandosi alla finestra dei giorni intorno all'annuncio, la conclusione è che chi lucra valore sono gli azionisti della *target* a fronte – verrebbe da dire, a spese, immaginando una sorta di sistema chiuso dove nulla si crea e nulla si distrugge – di una perdita di ricchezza per gli azionisti della società scalatrice⁹. Non vi sarebbe invece, nella prospettiva di più lungo termine, una evidenza sulla creazione di valore fondata sulle sinergie o sulle economie di scala derivanti dall'aggregazione imprenditoriale, sicché si affaccerebbe una motivazione delle scalate ostili o delle operazioni di M&A consistente in una sorta di «*empire-building behavior*»¹⁰, quale variante della *hubris hypothesis*.

Recenti studi empirici hanno individuato una varietà ulteriore di tale ipotesi nel fatto che le imprese scalatrici sovrastimano con una certa regolarità il contributo apportato dal CEO fondatore dell'impresa *target* e hanno quindi attribuito un prezzo troppo elevato alle azioni nella speranza del perdurante contributo del fondatore anche dopo l'acquisizione¹¹. Si tratta di un altro esempio di non corretta (e, probabilmente, *ex ante* irrazionale) attribuzione, ad un *asset* incluso nell'impresa acquisenda, di valori superiori rispetto a quelli effettivi.

Si possono naturalmente fare altri esempi che conducono a simili conclusioni, consistenti cioè nel riscontro di un approccio da parte degli esponenti dello scalatore che in diverse circostanze risulta (*i*) non motivato da obiettivi di efficienza ovvero (*ii*) viziato da errori di valutazione pur in presenza di adeguate informazioni o della capacità tecnica ed economica di assumerle. Paradossale anzi appare la circostanza che ad essere più esposti al rischio di una deviazione da un parametro di efficienza razionale siano proprio coloro

⁸ R. ROLL, *The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers*, in *The Journal of Business*, 59 (1986), p. 200 (anche per la convergenza tra economia comportamentale e versione forte dell'ECMH); M. RAJ e M. FORSYTH, *Hubris Amongst U.K. Bidders and Losses to Shareholders*, in *International Journal of Business*, 8 (2003), p. 1 ss. (per il riscontro empirico nel Regno Unito).

⁹ G. ANDRADE, M. MITCHELL e E. STAFFORD, *New Evidence and Perspectives on Mergers*, cit., p. 109 ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 118 ss.

¹¹ N. J. NAGARAJAN, F. P. SCHLINGEMANN, M. VAN DER POEL e M. F. YALIN, *Bidder Hubris and Founder Targets*, consultabile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2019743>, 2012.

che dovrebbero essere gli attori più sofisticati e attrezzati, cioè gli esponenti dell'impresa offerente, laddove coloro che appaiono strutturalmente più deboli – gli azionisti della *target* – finiscono per lucrare ritorni inaspettati dall'offerta. Tale circostanza si associa alla constatazione – rilevata da una recente analisi empirica¹² – che la determinazione del prezzo d'offerta risente in maniera consistente di alcuni dati quantitativi quali in particolare il prezzo di mercato più elevato raggiunto dai titoli della *target* nel periodo di tempo (mediamente, un anno) precedente alla scalata, attesa la resistenza psicologica del venditore a cedere i titoli riportando perdite rispetto ad un valore comunque acquisito in un dato momento storico (se ne ha una riprova nel noto caso *Kamin v. American Express*¹³ deciso da una corte statale newyorkese nel 1976).

3. Tale conclusione non deve lasciare particolarmente sorpresi, se solo si sposta l'attenzione dall'analisi economica e comportamentale al diritto positivo.

Tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei, a partire dal *Williams Act* statunitense del 1968, in materia di operazioni sul controllo societario hanno legiferato in maniera tendenzialmente unidirezionale, cioè a protezione degli azionisti della società *target*, e talora anche di alcuni *stakeholder* (si pensi ai *constituency statutes* di alcuni stati negli USA o all'apertura alla posizione dei lavoratori contenuta nei considerando nn. 13 e 23 e negli artt. 6, par. 1-2, 8, par. 2, e 9, par. 5, della Dir. 2004/25/CE).

In questo senso è la regolamentazione procedurale delle offerte pubbliche di acquisto contenuta nel *Williams Act* e nelle sue successive modifiche, introdotta con l'obiettivo di creare un impianto volto ad evitare che gli azionisti venissero colti impreparati dalla domanda se cedere le azioni allo scalatore o conservarle, senza un tempo sufficiente per decidere in modo informato (impedendo, cioè, i c.d. *Saturday night specials*), ovvero che fossero trattati in maniera ineguale tra loro, garantendosi ad alcuni soltanto il diritto di partecipare all'offerta e non ad altri nelle stesse condizioni o ancora consentendo a taluni di ottenere il corrispettivo in denaro e lasciando agli altri un pagamento in *junk bonds*, e così via (così anche la giurisprudenza americana a partire da *Unocal*, decisa dalla Corte Suprema del Delaware nel 1985¹⁴). E nella stessa direzione si è incamminato il legislatore

¹² M. BAKER, X. PAN e J. WURGLER, *The Effect of Reference Point Prices on Mergers and Acquisitions*, in *Journal of Financial Economics*, 106 (2012), p. 52.

¹³ 383 N.Y.S.2d 807.

¹⁴ 493 A.2d 946.

europeo della Dir. 2004/25/CE, stabilendo la necessità di fissare una durata minima dell'offerta (artt. 3, par. 1, lett. *b*), e 7, par. 1, e la regola della parità di trattamento (art. 3, par. 1, lett. *a*).

Restando sul versante europeo, è un esempio della unidirezionalità normativa in quest'ottica anche la disciplina di quella che costituisce ancora oggi la vera peculiarità regolamentare rispetto al sistema americano, cioè la regola dell'opa obbligatoria, quale forma di tutela degli azionisti della *target* (art. 5 Dir. 2004/25/CE; art. 106 T.U.F.). O, ancora, la passività dell'organo amministrativo della società *target* (artt. 9 e 12, par. 1, Dir. 2004/25/CE), per quegli Stati membri che abbiano conservato la regola, almeno quale norma di *default* (art. 104 T.U.F.).

Anzi, volendo arrischiare una semplificazione eccessiva, sembra decisamente che il legislatore si sia dimostrato più attento alle istanze dell'economia comportamentale di quanto non abbia fatto propria l'efficienza del mercato dei capitali.

In un siffatto quadro disciplinare, interamente dedicato alla tutela dell'azionista della società *target* e volto a minimizzare o almeno attenuare i rischi di *impasse* decisionale connessi ad un evento ad esso del tutto estraneo, quale il lancio di una scalata sulla società in cui ha investito, nessuna cautela viene apprestata in favore dello scalatore né alcuna procedimentalizzazione in vista della più corretta formazione della decisione finale di promuovere l'opa. Al contrario, la procedimentalizzazione è all'insegna della trasparenza e speditezza sin dall'inizio – addirittura con la sanzione dell'improseguibilità dell'offerta e della non presentabilità di nuove offerte per i successivi dodici mesi nel caso di mancato lancio tempestivo di quella annunciata (art. 102, co. 3, T.U.F.) – sicché nessun presidio è – ragionevolmente, peraltro – posto in funzione della massima ponderazione di una decisione così delicata quale quella dell'avvio di una operazione sul controllo di una società *target*.

Mentre costituiscono presidi a tutela della formazione di un fondato convincimento sull'offerta nell'interesse degli azionisti della *target* alcune disposizioni, quale ad esempio quella sull'obbligatorietà del comunicato dell'emittente, che ne stabilisce un certo livello di tipizzazione contenutistica (art. 9, par. 5, Dir. 2004/25/CE; art. 103, co. 3 e 3-*bis*, T.U.F.).

In altre parole, la razionalità limitata dello scalatore non è un problema che viene affrontato direttamente dal legislatore o dalle autorità di vigilanza. Cionondimeno, è un tema che può avere delle ripercussioni, anche serie, in termini di perdita di valore per gli azionisti dell'offerente (o gli investitori, laddove lo scalatore fosse un fondo), tanto più in ragione dei dati statistici sopra richiamati, che differenziano alquanto nettamente tra azionisti della *target* e azionisti dell'offerente.

La loro tutela è rimessa infatti alla disciplina societaria o, più in generale, a quella del rapporto *principal-agent* e quindi in primo luogo alla disciplina della responsabilità degli amministratori. È a questa che dobbiamo avere riguardo per comprendere quale sia l'incentivo normativo alla razionalità della condotta. E qui viene in primo piano quella procedimentalizzazione che manca nella disciplina delle offerte pubbliche e che si ritrova invece quale portato primario dell'applicazione della *business judgment rule* (a partire quindi, per gli Stati Uniti, da *Smith v. Van Gorkom*, decisa dalla Corte Suprema del Delaware nel 1985¹⁵).

A disciplinare la condotta amministrativa in funzione della razionalità delle scelte e allo scopo di minimizzare il pregiudizio connesso alla *management hubris* vi è la disciplina della responsabilità degli amministratori e degli strumenti preventivi funzionali ad escludere che una corte riesamini il merito delle scelte imprenditoriali, compresa quella di lanciare una scalata ostile al fine di conquistare, a caro prezzo, il controllo di un'altra impresa. In questo senso, la realizzazione di una sempre più spiccata procedimentalizzazione delle decisioni gestorie all'interno dell'organo amministrativo e in particolare l'affermazione del dovere di agire informato quale obbligo basilare di quest'ultimo, in particolare – nel settore considerato – attraverso l'acquisizione di pareri indipendenti, soprattutto *fairness opinion* di banche d'investimento¹⁶, rappresenta la risposta che l'ordinamento – innanzitutto, quello americano in quanto plasmato dalla produzione giurisprudenziale e quindi orientato dalla soluzione della controversia singola – ha fornito al fine di cercare di attenuare il più possibile l'incidenza dei pregiudizi manageriali sull'agire societario, a tutela degli azionisti.

4. La tecnica legislativa adottata per la regolamentazione del mercato dei capitali in più di un'occasione è stata quindi piegata al fine di incidere sul processo decisionale dell'investitore, specialmente quello meno sofisticato, con l'obiettivo di eliminare il maggior numero di fattori pregiudicanti esterni.

Questo avviene, oltre che nel contesto delle operazioni sul controllo di società quotate, anche in generale per le offerte al pubblico di prodotti finanziari e rientra a pieno titolo nel ben più ampio dibattito, alimentato proprio dai sostenitori della ECMH, sulla opportunità o meno di istituire un sistema

¹⁵ 488 A.2d 858.

¹⁶ Con spunti critici al riguardo, R. A. PRENTICE e J. H. LANGMORE, *Hostile Tender Offers and the "Nancy Reagan Defense": May Target Boards "Just Say No"? Should They Be Allowed To?*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 15 (1990), p. 468 ss.

di diffusa informazione obbligatoria in capo agli emittenti e a favore del pubblico dei risparmiatori. Il dibattito è troppo noto per dovere essere richiamato, ma qui basterà osservare che esso, posto a confronto con il diritto positivo, fornisce un'ulteriore conferma dello scarso seguito che la teoria dell'efficienza del mercato dei capitali ha avuto presso i legislatori e dell'attenzione che questi hanno posto alle difficoltà che l'investitore medio incontra nella formazione di un giudizio – senza *pre-giudizi* – sulla scelta d'investimento finanziario che si appresta a compiere. E, così come i legislatori non hanno esitato a percorrere la strada dell'imposizione e del progressivo ampliamento dei doveri di *disclosure* agli emittenti, pur di fronte alla corrente a lungo dominante che dichiarava l'inutilità (e la dannosità) dell'imposizione della *mandatory disclosure*, nel tempo essi hanno progressivamente affinato il contenuto dell'informazione richiesta in occasione della sollecitazione del pubblico risparmio in una chiave che tiene conto proprio dei rischi di agire irrazionale degli investitori.

In questo senso un ruolo importante è giocato, ad esempio, dalla prescrizione dell'uso del *plain English*, imposto dalla SEC negli USA già dal 1998 [con la *Rule 421(d)*]¹⁷. L'art. 94, co. 2, T.U.F., come novellato dal d.lgs. 11 ottobre 2012, n. 184, prevede che il prospetto sia accompagnato da una sintesi scritta «*concisamente e con linguaggio non tecnico*», la cui funzione è sì quella di rendere più agevolmente conoscibile il contenuto del prospetto e quindi le «*caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti*», ma è anche quella di consentire all'investitore di formare il proprio convincimento sulla base di elementi di immediata comprensione e quindi di ridurre il rischio di *overconfidence*, intuitivamente più frequente in presenza di un messaggio di avvertenze non abbastanza esplicativo o incisivo. In questa direzione milita la connessa disciplina della responsabilità da nota di sintesi che, normalmente esclusa dall'art. 94, co. 10, T.U.F., è però affermata quando essa, «*letta insieme con altre parti del prospetto, ...contenga informazioni chiave che aiutino gli investitori nel valutare se investire nei prodotti finanziari offerti*».

In termini di diritto positivo, quindi, la riduzione delle occasioni di induzione in errore dell'investitore o di incompleta formazione del bagaglio cognitivo necessario allo scopo di assumere un fondato giudizio sull'investimento si realizza attraverso la tecnica dell'ampliamento dei casi di *disclosure* obbligatoria in capo ad emittenti ed offerenti.

Per altro verso, l'approccio legislativo risente di una matrice risalente, quanto meno nel diritto europeo, che è quella di considerare rilevanti i vizi nella formazione del giudizio d'investimento solo in quanto riguardino

¹⁷ V. ora SEC, *A Plain English Handbook*, consultabile all'indirizzo <https://www.sec.gov/pdf/handbook.pdf>

l'investitore reputato debole, in quanto non professionale o non sofisticato. Laddove, invece, l'investitore sia un investitore qualificato e l'offerta sia rivolta soltanto ad investitori di tale fatta, allora la disciplina del prospetto (e quindi della nota di sintesi) non trova applicazione (art. 100, co. 1, lett. *a*), T.U.F.).

L'ordinamento sembra pertanto preoccuparsi della formazione di scelte finanziarie affette da pregiudizi e potenzialmente foriere di danni soltanto quando siano assunte tendenzialmente da soggetti non professionali, coerentemente, per inciso, con la contrazione delle garanzie che vengono approntate nel contesto MiFID nel caso di contrattazione tra intermediari e clienti professionali o controparti qualificate. Con una sola precisazione: cioè che l'operatività irrazionale, quella dei *noise traders*, non nuoce solo agli operatori che sono affetti dal difetto cognitivo, ma potenzialmente lede il funzionamento dell'intero mercato.

Se così è, allora l'approccio normativo è viziato a sua volta da un pregiudizio e adotta un'ottica che è piuttosto simile a quella consumeristica che non funzionale a preservare l'integrità del mercato, che pure è obiettivo posto alla condotta degli intermediari finanziari che su quel mercato operano (art. 21, co. 1, lett. *a*), T.U.F.).

Volendo quindi tentare una conclusione, emerge come l'ordinamento del mercato finanziario conosca, e non da ora, una serie di rimedi che prendono atto di quelli che, se non disciplinati, costituirebbero fallimenti del mercato e adotti prescrizioni e rimedi che si pongono in sostanziale contrasto con le basi teoriche dell'efficienza del mercato dei capitali. E ciò avveniva anche quando tale efficienza costituiva un paradigma largamente condiviso nel dibattito giur-economico. Tale approccio, tuttavia, è stato prevalentemente volto a depurare da possibili pregiudizi la scelta di investimento finanziario dell'investitore non qualificato, mentre l'approccio in caso di scelte di investimento assunte da soggetti professionalmente qualificati è stato piuttosto quello di preoccuparsi dei soggetti (non qualificati) che a loro volta si sono affidati ad essi, imponendo regole stringenti in termini di responsabilità, per così dire, a monte (ad es., l'art. 23, co. 6, T.U.F., che grava l'intermediario dell'*«onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta»*).

Se ciò basti ad evitare l'incidenza di pregiudizi irrazionali sull'operatività dei mercati è dubbio e l'affinamento delle tecniche di studio dei processi cognitivi applicati alla finanza scoprirà via via nuovi di questi pregiudizi, connessi all'evoluzione delle stesse tecniche di investimento e di comunicazione. L'irrazionalità che con certezza possiamo escludere che venga rimossa rimane quella della bella giornata di sole su Central Park che riempie di buon umore i *trader* di Wall Street e li induce ad investimenti di rischio, facendone salire i corsi.

IL MERCATO ASSICURATIVO

Alberto Monti

Euristiche, bias e regole di governo del mercato assicurativo

1. Il tema che mi è stato affidato concerne, in via principale, le ricadute sul mercato assicurativo delle sistematiche deviazioni dal modello comportamentale fondato sulla teoria delle scelte razionali portate in emersione dagli studi di psicologia cognitiva e dai rilievi empirici delle scelte in concreto compiute da coloro i quali si collocano sul fronte della domanda.

In questa prospettiva, va osservato anzitutto che il mercato assicurativo, rispetto ad altri mercati, pone problematiche di speciale rilievo in quanto, com'è noto, il contratto di assicurazione è il veicolo giuridico per il trasferimento di un rischio, il che rende necessaria l'assunzione, da parte dei contraenti, di una decisione in condizione di incertezza.

Ora, premesso che le diverse attitudini che un soggetto può avere rispetto al rischio - preferenza, neutralità, avversione - sono tutte in linea di principio compatibili con il paradigma della razionalità, i modelli economici classici si fondano sull'assunto che la domanda di assicurazione sia interamente spiegabile, da un punto di vista teorico, mediante il ricorso alla c.d. *Expected Utility Theory*, associata ad una presunzione di tendenziale avversità al rischio.

Per converso, la posizione degli assicuratori è di regola caratterizzata da una condizione di neutralità rispetto al rischio, per effetto della c.d. *Legge dei Grandi Numeri*, ove siano presenti condizioni tali da consentire un sufficiente grado di diversificazione dei rischi assunti in portafoglio e ove non assumano rilievo le note questioni problematiche generate da possibili asimmetrie informative, quali selezione avversa ed azzardo morale.

In base alla teoria dell'utilità attesa, la domanda di assicurazione si spiega assumendo una utilità marginale decrescente del danaro all'aumentare della ricchezza, sicché la massimizzazione dell'utilità attesa può essere raggiunta mediante il pagamento di una somma di danaro relativamente modesta nel presente, al fine di proteggersi dal rischio di una rilevante perdita economica nel futuro.

In termini più distesi, l'assicurazione riduce il rischio finanziario richiedendo un esborso monetario – mediante corresponsione del premio – in un momento cronologico in cui l'utilità marginale del danaro è relativamente più contenuta (in difetto di altre ragioni di restrizione della disponibilità economica del soggetto assicurando), e garantendo il pagamento di una somma di danaro – nella forma dell'indennizzo assicurativo – nel tempo in cui, per effetto del prodursi dell'evento pregiudizievole dedotto in garanzia, il valore del danaro è maggiore, il che è particolarmente evidente nei rami non-vita.

Da ciò consegue che, nell'assicurazione danni, un soggetto razionale avverso al rischio sarà disponibile a pagare più del valore attuale, c.d. scontato, del danno atteso al fine di trasferire il rischio sul mercato assicurativo. In questa prospettiva, l'assicurazione è, dunque, strumento utile tutte le volte in cui i benefici conferiti, in termini di utilità, dalla condizione di avversione al rischio dell'assicurato sono maggiori dei costi transattivi e dei caricamenti che, aggiungendosi al 'premio puro' o 'premio attuariale', concorrono a determinare il complessivo costo della copertura offerta sul mercato.

L'analisi empirica dimostra, tuttavia, l'inaffidabilità di questa impostazione teorica con riferimento, quanto meno, al mercato assicurativo c.d. *retail*.

Ed infatti, è possibile identificare una lunga serie di scostamenti della condotta osservata in concreto rispetto a quanto ci si potrebbe attendere in applicazione dei principi sopra illustrati.

Questi scostamenti, o deviazioni, concernono diversi ambiti applicativi e possono essere spiegati anche attraverso il richiamo agli effetti dei c.d. *bias cognitivi*.

Un primo gruppo di questioni racchiude ipotesi in cui gli assicurati decidono di stipulare una copertura quando, secondo la teoria, ciò non porta affatto alla massimizzazione della loro utilità attesa.

Studi empirici hanno, ad esempio, portato in emersione una speciale inclinazione degli assicurati a selezionare franchigie o scoperti particolarmente bassi, quando il costo di tali opzioni - ovvero il costo di riduzione della franchigia e/o scoperto altrimenti applicabile - non appare giustificato in termini razionali.

Ciò è, quanto meno in parte, legato alla erronea percezione dell'assicurazione come 'investimento', dal quale ci si attende di ricevere un rendimento in termini di indennizzi pagati in cambio del premio. Minore la porzione di danno trattenuta dall'assicurato per effetto della franchigia (assoluta o relativa), maggiore la probabilità che un indennizzo sarà versato dall'assicuratore.

2. Ovviamente si tratta di una falsa e fuorviante percezione, nella misura in cui a fronte della stipulazione del contratto di assicurazione il 'ritorno' per l'assicurato è immediato, essendo costituito dalla garanzia prestata dall'assicuratore, mentre non è affatto necessario che si verifichi un sinistro e che venga pagato un indennizzo per giustificare la logica economica dell'operazione di trasferimento. Tradotto in termini giuridici, ciò significa in sostanza che il sinallagma è tra premio e garanzia, non invece tra premio ed indennizzo, il che pone in discussione la collocazione stessa dell'assicurazione nella categoria dei 'contratti aleatori'.

La medesima falsa prospettiva determina uno speciale apprezzamento per le offerte assicurative caratterizzate dalla possibilità di ottenere un 'rimborso parziale' del premio a fine anno in assenza di sinistri, con irrazionale predilezione delle stesse rispetto a più convenienti alternative che prevedono un premio più basso associato ad una franchigia.

Analogamente, dopo alcuni anni senza sinistri è frequente che la garanzia assicurativa non venga rinnovata dall'assicurato, nella erronea percezione di non aver fatto un buon affare, oppure che il rischio sia diminuito o addirittura inesistente.

Sempre con riguardo alle ipotesi in cui la decisione di assicurarsi non si pone in linea con la teoria delle scelte razionali, è utile ricordare i casi in cui tale decisione del consumatore viene influenzata dalle modalità con cui viene commercializzato il prodotto assicurativo.

In argomento, l'adesione all'offerta può essere determinata dall'effetto dotazione (*endowment effect*) ove una certa garanzia (ad esempio, contro il rischio inondazione) a carattere aggiuntivo rispetto ad una garanzia c.d. base (ad esempio, contro il rischio incendio), venga proposta al cliente con la formula del c.d. *opt-out*, che richiede l'espressione della volontà dell'assicurando di escludere dal pacchetto la garanzia aggiuntiva/opzionale.

La questione diviene ancora più spinosa ove la stipula del contratto di assicurazione sia proposta come *add-on* rispetto ad un prodotto o servizio del tutto diverso, quale un viaggio, un prestito personale, un telefono cellulare. In argomento, appare utile richiamare le disposizioni contenute nel Reg. n. 2008/1008/CE, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei, nonché la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che si è occupata proprio in questo ambito di pratiche commerciali scorrette e/o ingannevoli ai sensi degli articoli 20 e 21 del c. cons., ritenendo inammissibile la pratica del c.d. *opt out*.

Sempre in tema di garanzie assicurative commercializzate in forma *add-on*, ossia a complemento di altri prodotti o servizi, vanno poi considerati altri effetti derivanti dallo scostamento della condotta rispetto al paradigma

della razionalità.

Basti pensare alla c.d. avversione al rimorso (*regret aversion*) – che nel caso di premi contenuti per la copertura di rischi molto modesti e di basso valore può indurre a sottoscrivere la garanzia anche se il costo non è razionalmente giustificato –, ma anche al meccanismo del c.d. *reference pricing* che pone il costo della copertura offerta in relazione al costo del bene o servizio principale, dando così l'impressione che si tratti di un esborso tutto sommato contenuto.

La c.d. euristica della disponibilità (*availability heuristic*) può inoltre giocare un ruolo determinante nella sopravvalutazione del rischio, quando le situazioni di danno oggetto di garanzia siano rappresentate vividamente e con efficacia dal venditore del bene o servizio principale.

A ciò si aggiunga che recenti studi hanno posto in luce come l'offerta assicurativa 'abbinata' alla vendita di beni o servizi possa creare una sorta di 'monopolio situazionale' o micromonopolio, una sorta di *captive insurance market*, con evidenti ricadute sul costo della copertura, sui margini di profitto per le imprese - in danno ai consumatori - e, più in generale, sulla concorrenzialità del mercato.

Vi sono, tuttavia, situazioni in cui – a dispetto di quanto sarebbe prevedibile in applicazione della teoria dell'utilità attesa – il consumatore decide di non assicurarsi.

Se, soprattutto in Italia, ciò è determinato da una scarsa cultura del rischio ed una ancor più modesta cultura assicurativa, nonché dal basso livello di fiducia posto nelle compagnie di assicurazione, le quali hanno molto da recuperare sul fronte reputazionale, vi sono altri elementi che meritano di essere presi in considerazione, non ultima la superstizione.

Volendo sorvolare sul caso, pur non infrequente, di chi decide di ignorare l'esposizione e la vulnerabilità e, quindi, di non assicurarsi ritenendo che prendersi esplicitamente 'cura' di un dato rischio possa comportarne l'aggravamento - come se stipulare una copertura potesse 'influenzare la sorte' e quindi 'portar male' ...-, vi sono molte situazioni in cui la scelta di non assicurarsi è riconducibile ad errori di percezione.

Molto diffuso, in questo ambito, appare l'ingiustificato ottimismo che induce a sottostimare la propria esposizione e vulnerabilità al rischio, pur conoscendone la dimensione generale. A volte, però, si tratta di problemi connessi alla intrinseca complessità di assumere una decisione in condizione di elevata incertezza, il che mette a dura prova le capacità computazionali di alcuni individui.

Il fenomeno è particolarmente evidente con riguardo ai rischi c.d. catastrofali (come terremoti, uragani, inondazioni, atti terroristici, incidenti

industriali), caratterizzati da una bassa probabilità di verifica e da un elevato impatto dannoso potenziale.

In questo campo, comprendere l'effettivo 'valore del rischio' e, dunque, valutare la convenienza economica di una copertura assicurativa è un esercizio alquanto complesso.

A ciò s'aggiunga che il 'linguaggio delle probabilità', pur correttamente utilizzato per rappresentare il rischio ed incentivare all'adozione di misure precauzionali, anche sul piano finanziario, è facilmente frainteso dai non iniziati, con effetti opposti a quelli desiderati.

Basti un esempio per chiarire la dimensione del problema.

Al fine di attribuire un prezzo al rischio catastrofale, i modelli probabilistici di analisi combinano le probabilità di avvenimento degli eventi con la stima del danno patrimoniale da essi prodotto, fornendo diversi risultati numerici, tra i quali il c.d. PML (*probable maximum loss*).

In particolare, ad ogni valore di danno viene associata una probabilità, espressa in termini di 'periodo di ritorno' di eventi dannosi il cui impatto pregiudizievole eccede quel determinato valore. Il c.d. 'periodo di ritorno' è, in termini più distesi, la durata media di tempo, generalmente espressa in numero di anni, perché un dato evento di una certa intensità (per esempio un terremoto, un'alluvione oppure un incidente industriale) sia eguagliato o superato. Se un terremoto con un periodo di ritorno di 100 anni in un determinato luogo ha una magnitudo momento (M_w) di 7.0, ciò significa che un terremoto di magnitudo momento pari o superiore a 7.0 M_w dovrebbe occorrere in quel luogo in media soltanto una volta ogni 100 anni.

Per converso, la probabilità di occorrenza (o frequenza) di un evento di una data intensità è la probabilità che un evento del tipo in discorso venga eguagliato o superato durante il periodo di un anno. La probabilità di occorrenza è, dunque, inversamente correlata al periodo di ritorno. Per esempio, la probabilità che un terremoto con un periodo di ritorno di 50 anni si verifichi in un dato luogo è pari ad $1/50$, o 0.02.

Ora, posti dinnanzi alla valutazione dell'opportunità di assicurarsi contro le conseguenze dannose di un evento con periodo di ritorno ad esempio di 100 anni, molti soggetti decidono di non sottoscrivere il contratto di assicurazione credendo erroneamente che si tratti di un evento destinato a verificarsi soltanto tra un secolo quando, verosimilmente passati a miglior vita, essi non avranno più alcun interesse all'indennizzo. Il che, ovviamente, è frutto di un grossolano fraintendimento.

Ancor più difficile è poi capire - e far capire - che un terremoto con un periodo di ritorno di 100 anni in un determinato luogo può verificarsi nell'anno successivo all'occorrenza nel medesimo luogo di un altro terremoto con un

periodo di ritorno di 100 anni. Ed infatti, la probabilità di occorrenza di questo evento è sempre pari a 0.01 (ossia l'1%) in ciascun periodo annuale, senza che il verificarsi dell'evento nell'anno precedente muti questa probabilità nell'anno successivo.

Eppure non appena verificatosi un disastro, la domanda di assicurazione in genere subisce variazioni significative, principalmente per effetto dell'euristica della disponibilità (è vivido il ricordo delle conseguenze dannose e ciò spinge ad assicurarsi, salvo poi non rinnovare la garanzia dopo alcuni anni ove non si siano verificati altri eventi...).

Se si considerano gli effetti economici negativi prodotti da una sistematica ignoranza del rischio di eventi catastrofici da parte dei soggetti esposti, sia in termini di mancata adozione di misure precauzionali dirette a ridurre la vulnerabilità, sia in termini di esternalità negative e di uso non mirato delle risorse pubbliche derivanti dal ricorso 'in emergenza' al sistema dell'assistenza postuma da parte dello Stato - che, seppure fornita discrezionalmente *ad hoc* e non garantita, contribuisce in larga misura ad affievolire la domanda di assicurazione nel nostro Paese -, ben si comprende l'opportunità di misure dirette all'introduzione di qualche forma di obbligatorietà.

Il problema è stato ormai chiaramente individuato in tutte le sedi del dibattito politico internazionale, dall'OCSE al G20, dove è stato di recente approvato un quadro metodologico di riferimento per lo sviluppo di strategie nazionali per una efficiente gestione finanziaria dei rischi estremi.

Quali siano, in concreto, le misure da adottare sul piano regolamentare a fronte delle problematiche sopra delineate è tutt'altro che agevole da dimostrare, ma appare comunque chiaro che si debba agire sia sul fronte della trasparenza e della semplificazione delle informazioni da comunicare - al fine di garantire una miglior comprensione tanto del rischio al quale i soggetti sono esposti, quanto della effettiva estensione delle coperture assicurative offerte sul mercato -, sia sul fronte del controllo delle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli o che tendono a falsare la concorrenza - in special modo quelle dirette a 'combinare' prodotti assicurativi con altri prodotti o servizi -, sia attraverso l'introduzione di una qualche restrizione all'autonomia privata - ad esempio nella forma dell'assicurazione obbligatoria -, laddove altrimenti la libera scelta individuale possa comportare ricadute negative sul piano sociale.

Fabiana Di Porto

Scienze cognitive e assicurazioni. Spunti in tema di regolazione

1. Premessa

Nel campo delle assicurazioni, valutare un rischio da assicurare, scegliere se assicurarsi o meno, o selezionare la copertura assicurativa più adeguata tra le molte proposte dal mercato, sono decisioni complesse che possono nascondere numerose insidie. Tra queste ultime occorre considerare anche la possibilità che la nostra scelta sia affetta da limiti cognitivi e/o comportamentali¹. Numerosi studi, provenienti dalle scienze cognitive, dalle neuroscienze e dalla economia comportamentale, hanno posto in luce come la presenza di *bias* e il ricorso ad euristiche possano condurre a scelte non ottimali e, al limite, controproducenti per sé o per la collettività.

Così, ad es., l'*assessment* del rischio può essere distorto, per rischi catastrofici, dalla incapacità di valutare adeguatamente la ricorrenza di eventi come alluvioni o terremoti. Quando poi il dato è fornito al consumatore

¹ Nel prosieguo si userà la locuzione limiti cognitivi e/o comportamentali, preferendola a quella di errore cognitivo, assai più utilizzata in letteratura. La ragione della scelta è che errore rimanda necessariamente ad una devianza da un modello razionale. Tuttavia, il grande apporto delle scienze cognitive (psicologia, sociologia, neuroscienze e simili) sta proprio nell'aver posto al centro la riflessione sui modi di funzionamento dell'agire umano, per come condizionato dall'apparato neuronale e dall'ambiente nel quale si agisce (che include aspetti quali la morale, gli stati emotivi, il contesto spaziale o regolatorio della scelta, le norme sociali, ecc.), così screditando la troppo spesso assunta razionalità (o irrazionalità) dell'agente privato. Limiti cognitivi e/o comportamentali sono pertanto da intendersi come quei fattori (interni ed esterni all'uomo) che gli impediscono di comprendere completamente il significato e le conseguenze delle sue azioni, e che lo spingono ad agire in modi che potrebbero essere pregiudizievole per se stesso e/o gli altri. La presenza di tali limiti cognitivi e comportamentali, se non conosciuta, può determinare il fallimento di una regolazione pubblica che sia finalizzata a modificare o indurre un determinato comportamento.

in maniera tecnica o probabilistica, questi può non cogliere adeguatamente la portata del rischio e incorrere in errori di giudizio. Talvolta, paradossalmente, in presenza di rischi la cui incidenza è modesta (deragliamento di un treno), siamo portati a ritenere tale rischio elevato perché ad es., è ancora fresco nella nostra memoria il ricordo di un tragico incidente che ha coinvolto un nostro conoscente (*availability bias*). Talaltra, siamo invece portati a sottostimare il rischio dell'avverarsi di un evento dannoso perché siamo, immotivatamente, ottimisti riguardo alla possibilità che tale evento possa coinvolgerci (*optimistic e over-confidence bias*). Nel primo caso adotteremo cautele eccessive, nel secondo saremo invece portati a non assumere comportamenti adeguati, come smettere di fumare, mangiare in modo più salutare o assicurarci contro il rischio di alluvioni, pur vivendo in una zona soggetta a tali fenomeni.

L'attenzione è risorsa scarsa. Quando dobbiamo selezionare il prodotto assicurativo più adatto al nostro scopo, si tratti della RC Auto ovvero dell'assicurazione sulla nostra casa o la nostra salute, la scelta può essere condizionata dalla limitata capacità di 'processare' grandi moli di informazioni tecniche spesso fornite in piccoli formati. I costi associati alla ricerca, poi, portano molti a procrastinare questa indagine pur sapendo o avendo una vaga percezione che sul mercato sono presenti condizioni economiche migliori rispetto a quelle attualmente pagate. Anche le scelte e le esperienze passate possono condizionare la nostra abilità (*endowment effect e availability bias*): spesso si scopre con amarezza che la franchigia della nostra assicurazione raggiunge pressoché l'intero ammontare del danno subito, il che ci porta ad escludere per il futuro l'assicurazione su quel danno "pur se astrattamente il rischio di un suo ripetersi non sia remoto". Oppure, al contrario, conserviamo e rinnoviamo una polizza con un operatore per semplice timore di cambiare (*status quo e procrastination bias*), pur se il mercato ci offre condizioni migliori.

2. Quale ruolo per la regolazione in presenza di limiti cognitivi e comportamentali?

La presenza di questi – come di molti altri – euristici, "e *bias*" di cui l'industria si avvale per definire le proprie strategie commerciali, chiama in causa il regolatore che intenda promuovere comportamenti virtuosi e, più in generale, il benessere collettivo – in questo caso – ad un corretto impiego dello strumento assicurativo come pure al corretto uso di risorse

pubbliche (per la salute, la sicurezza, ecc.). Quella regolatoria è solo una tra le tante possibili risposte ai limiti cognitivi e comportamentali, ed è quella su cui mi soffermerò, perché la regolazione può trarre indubbi benefici dagli apporti delle scienze cognitive e dell'economia comportamentale. Alcuni dei vantaggi dell'inclusione di tali scoperte sono noti²: condurre ricerche empiriche sui destinatari delle regole accresce l'apparato cognitivo a disposizione del regolatore riducendone la carenza informativa; le informazioni su come agisce il soggetto regolato possono migliorare la formulazione delle regolazioni indirizzandole a gruppi specifici di destinatari (che mostrino errori ricorrenti) in un determinato mercato rilevante, riducendo così il rischio di un eccesso regolatorio; disporre di *cognitive insight* può garantire una maggiore flessibilità e differenziazione della regolazione e, dunque, condurre ad una maggiore *compliance*; può ingenerare processi virtuosi di *disclosure* mediante la partecipazione mirata alle consultazioni, svolte con l'apporto delle tecniche sperimentali; può, in definitiva, ridurre il rischio di fallimento regolatorio³.

3. Rinnovo tacito di assicurazione e limiti cognitivi e comportamentali

Prendiamo il caso della recente rimozione, per via legislativa, del rinnovo tacito del contratto di RC Auto⁴. È indubbio che aver eliminato il tacito rinnovo imponga all'assicurato di agire esplicitando la volontà di assicurarsi nuovamente con il proprio operatore, ovvero sceglierne un altro (*active choosing*). Meno certo è se un tale intervento sia stato ispirato

² E sono stati sviluppati in F. DI PORTO e N. RANGONE, *Cognitive-Based Regulation: New Challenges for Regulators?*, in *Federalismi.it*, 2013, pp. 1-30, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382470.

³ I limiti cognitivi e comportamentali possono far fallire anche la più sofisticata delle regolazioni. Un comportamento può pertanto definirsi *irresponsive* se non risponde ad un 'trattamento regolatorio' nel modo avuto di mira dal regolatore. La nozione di '*irresponsive behavior*' (da preferirsi a quella di comportamento irrazionale) è, in termini giuridici, nozione funzionale: essa rileva nel discorso sulla regolazione fintanto che il cambiamento di comportamento desiderato dalla stessa non avvenga nella direzione prevista e avuta di mira dal regolatore.

⁴ Cfr. art. 22, co. 3, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito con modifiche dall'art. 1, l. 17 dicembre 2012, n. 221: «Nelle ipotesi di contratti in corso di validità alla data di entrata in vigore del presente decreto con clausola di tacito rinnovo, è fatto obbligo alle imprese di assicurazione di comunicare per iscritto ai contraenti la perdita di efficacia delle clausole di tacito rinnovo con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine originariamente pattuito nelle medesime clausole per l'esercizio della facoltà di disdetta del contratto».

da una reale ‘logica cognitiva’, ovvero sia stato preceduto da indagini empiriche che abbiano dimostrato che nel mercato rilevante (quello italiano della responsabilità per danni a terzi derivanti dalla circolazione di autoveicoli) gli assicurati fossero *in maggioranza* affetti ad es., da inerzia, *procrastination* e/o *status quo bias*, che ne impedivano una partecipazione attiva alle scelte di mercato⁵; che sia stata condotta una analisi di impatto da cui sia risultato, ad es., che i costi sociali associati a tali errori fossero inferiori ai benefici attesi da una regolazione come quella introdotta.

Una cosa è basare un intervento regolatorio su risultanze empiriche relative alla presenza e ai rischi di diffusi e ricorrenti limiti cognitivi e comportamentali; ben altra cosa è interpretare *ex post* un simile intervento in ‘chiave cognitiva’, richiamandosi magari alle risultanze provenienti da indagini condotte in contesti diversi per cultura, norme sociali, area geografica e caratteristiche della popolazione indagata. Ad es., è sempre possibile spiegare l’obbligo delle cinture di sicurezza con la predisposizione umana a sovrastimare le proprie abilità di guida; come pure è possibile interpretare un impegno assunto in ambito *antitrust*, di fornire agli utenti di motori di ricerca Internet una schermata che imponga loro di selezionare un programma tra i molti disponibili anziché “preinstallarne” uno specifico, come un rimedio alla inerzia degli internauti. Ma ciò non corrisponde ad un serio, sistematico e sperimentale impiego degli apporti cognitivi ai processi di *rule-making*⁶.

4. Rischi catastrofici, assicurazioni e limiti cognitivi e comportamentali

Nell’ambito del mercato assicurativo, numerosi studi hanno posto in risalto le difficoltà cognitive connesse specialmente a quegli eventi forieri di danni catastrofici ma caratterizzati da una limitata incidenza probabilistica (c.d. *low-probability, high-consequence* o LP-HC)⁷. I *bias* cui vanno

⁵ Ricordo che secondo C. R. SUNSTEIN, *Empirically Informed Regulation*, in *University of Chicago Law Review* 78 (2011), p. 1349 ss. e, più di recente, ID., *Impersonal Default Rules vs. Active Choices vs. Personalized Default Rules: A Triptych*, 2013, pp. 1-41, in <http://ssrn.com/abstract=2171343>, la “scelta attiva” sarebbe da ricondurre alla tipologia del *nudge* (v. *infra* nel testo).

⁶ Si veda la lettera di P. TESTORI COGGI, già Direttore Generale della DG Salute e consumatori della Commissione europea, *Behavioural Insights in the Commission*, in *European Voice*, del 14 giugno 2012.

⁷ Per tutti D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

soggetti coloro che vivono in aree esposte al rischio di uragani, terremoti e altri simili eventi fanno sì che questi non necessariamente provvedano ad assicurare sé e i propri beni. Ciò, si è visto, avviene in quanto si percepisce, a torto, la probabilità del disastro come posizionata al di sotto del livello di guardia (*threshold models*); ovvero “la mancanza di adeguata informazione” fa interpretare in maniera scorretta le possibili conseguenze dell’evento; o ancora, le persone sono portate a focalizzarsi su un orizzonte temporale di breve periodo quando confrontano i costi della protezione con i benefici attesi dalla riduzione delle perdite (*myopism*); o infine, la mancata disponibilità di un esempio recente dell’evento dannoso (*availability*) fa ritenere a torto improbabile il suo verificarsi.

In casi come questo i regolatori hanno interesse ad intervenire per correggere i *bias* cognitivi al fine di proteggere vite umane e per ridurre l’impatto dei costi che, per effetto di una mancata assicurazione, ricadrebbero sulla collettività.

Tra le molte soluzioni proposte in letteratura⁸, a livello internazionale l’Ocse non esclude di ricorrere all’introduzione di forme di assicurazione obbligatoria: «*Some element of compulsion is generally required to promote financial coverage*»⁹; del pari, la Commissione europea paventa un intervento normativo volto all’introduzione di «*compulsory disaster insurance*»¹⁰.

Una certa dose di paternalismo, si sa, è sempre presente negli strumenti di *Command & Control (C&C)*, come pure esso risiede nella fissazione di standard (si pensi agli standard di sicurezza delle automobili che lo stato impone per proteggere la nostra salute) e questo non scandalizza nessuno; ma senza chiamare in causa Gerald Dworkin o lo stato etico o morale¹¹, qui il tema centrale è stabilire a monte se la presenza di dimostrati e ricorrenti limiti cognitivi e comportamentali, in un determinato gruppo sociale e in un determinato mercato rilevante, sia una base giustificatrice sufficientemente robusta per introdurre misure regolatorie e, ammesso che lo sia, se sia sufficiente a giustificare le misure che tra queste più fortemente limitano l’autonomia di scelta individuale: l’obbligo o il divieto.

⁸ H. KUNREUTHER, M. PAULY e S. MCMORROW, *Insurance and Behavioral Economics. Improving Decisions in the Most Misunderstood Industry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 3 ss.

⁹ G20-OCSE, *Disaster Risk Assessment and Risk Financing. A G20 / OECD Methodological Framework*, 2012, in <http://www.oecd.org/gov/risk/G20disasterriskmanagement.pdf>, p. 9 ss.

¹⁰ Cfr. Commissione europea, *Green Paper on the insurance of natural and man-made disasters*, COM(2013) 213 final, del 16 aprile 2013, pp. 8-9, su cui D. CERINI, *Assicurazioni contro i rischi di catastrofi naturali: profilature italiane dopo il Green Paper dell’UE*, in *Dir. fisc. assicuraz.*, 2013, p. 461.

¹¹ G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 24 (2005), p. 305 ss.

Oggi anche i più strenui difensori dell'*hard paternalism*¹², come la Conly¹³, avvertono che tali strumenti si possono giustificare per rimediare e superare i limiti cognitivi e comportamentali qualora siano soddisfatte almeno quattro condizioni. L'attività che si intende prevenire deve essere realmente in conflitto (*genuinely [be] opposed to*) con gli obiettivi di lungo periodo avuti di mira, per come giudicati dai destinatari della misura; le misure coercitive devono essere efficaci e non futili; i benefici devono eccedere i costi (inclusi sia quelli materiali sia quelli psicologici, come ad es., la frustrazione di coloro che perdono il potere di scegliere); la misura in questione deve essere più efficace rispetto alle alternative possibili (as es., se una campagna educativa può presentare gli stessi benefici di un divieto senza incorrere nei costi di questo, la prima deve preferirsi).

Nell'esempio dei rischi catastrofici, verosimilmente (cioè a seguito di adeguata indagine empirica¹⁴), un intervento regolatorio di tipo coercitivo potrebbe giustificarsi per superare il limite cognitivo ricorrente, almeno a livello teorico (ossia, che sia soddisfatto il principio di proporzionalità, che non siano percorribili alternative meno invasive). Difatti, il rischio cui le persone si espongono riguarda un bene della vita; l'obiettivo di una accettabile aspettativa di vita confligge con la decisione di non assicurarsi; le conseguenze dannose sono rilevanti per i singoli e la collettività; la misura dell'obbligo di assicurazione sarebbe certamente efficace e non futile; i benefici della misura potrebbero (benché vada dimostrato) eccedere i costi.

Il discorso si pone in termini assai meno palmari per altri tipi di rischi di cui si potrebbe prospettare una regolazione paternalistica di stampo coercitivo.

¹² Per un'utile tassonomia del paternalismo, tra *soft* (o libertario) e *hard* (o coercitivo), v. A. OGUS, *The Paradoxes of Legal Paternalism and How to Resolve Them*, in *Legal Studies* 30 (2010), pp. 61-73.

¹³ S. CONLY, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

¹⁴ La proposta metodologica che qui si intende avanzare è che al fine di ottenere simili informazioni, da poter impiegare nella scelta dello strumento regolatorio più adatto, è necessario avvalersi di metodologie sperimentali. Gli esperimenti cognitivi e comportamentali (come quelli neuronali, quelli di laboratorio e sul campo) possono infatti fornire al regolatore una rappresentazione di quale, tra gli strumenti astrattamente impiegabili, possano risultare più efficaci. Ciò chiaramente consente di evitare atteggiamenti di "prova ed errore" e di ridurre i rischi di fallimento regolatorio. Per una sintetica analisi dell'uso di metodologie sperimentali in ambito regolatorio, cfr. *Joint Research Center della Commissione europea, [Applying Behavioural Science to EU-Policy Making]*, Bruxelles, 2013.

5. Assicurazioni add-on: l'abbinamento delle polizze vita ai mutui

Prendiamo il caso della assicurazione sulla vita stipulata in occasione della contrazione di un mutuo. È indubbio che la durata spesso ultradecennale del mutuo esponga il contraente al rischio di passare a miglior vita prima della scadenza, con tutte le conseguenze negative (che graverebbero sugli eredi) del caso (*in primis*, la possibile perdita della casa). Un assennato mutuatario dovrebbe adottare le opportune cautele per evitare che i famigliari possano incorrere in spiacevoli vicende, ulteriori alla perdita del caro. Ma premi elevatissimi (disincentivo economico), una cronica miopia esistenziale, un immotivato ottimismo (tipici *bias*) o, anche, una certa dose di egoismo e di superstizione (esempi di norme sociali), potrebbero scoraggiare il mutuatario dal coprirsi contro il rischio morte.

Il caso è interessante perché, sebbene non in senso tecnico, di 'una qualche forma di obbligatorietà' *de facto* sembra potersi parlare anche qui, almeno sino ad un recente passato. È nota la pratica degli intermediari finanziari di condizionare la stipulazione di un contratto di mutuo alla sottoscrizione di una polizza assicurativa sulla vita. È noto altresì che tale pratica non è obbligatoria per legge, sebbene non sia neppure vietata.

Solo l'art. 48, co. 1-*bis*, del Regolamento Isvap (ora Ivass) n. 5/2006, come modificato dal provvedimento n. 2946 del 6 dicembre 2011, pone delle cautele: al fine di evitare conflitti di interesse nell'offerta e nella gestione dei contratti di assicurazione, tale disposizione stabilisce che «gli intermediari comunque si astengono dall'assumere, direttamente o indirettamente la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva». Se una banca ha erogato un mutuo non può obbligare a stipulare una assicurazione vita di cui sia beneficiaria, pena l'applicazione di sanzioni disciplinari e pecuniarie (fino a 10.000 Euro).

Considerata inizialmente dal legislatore come pratica commerciale scorretta (cfr. art. 21, co. 3-*bis*, c. cons., come introdotto dall'art. 36-*bis* del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214, cd. «salva Italia»¹⁵), perché suscettibile di condizionare indebitamente il consumatore, l'iniziativa commerciale è divenuta lecita, nei limiti dell'art. 28 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012,

¹⁵ «È considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario».

n. 27, cd. «decreto liberalizzazioni»¹⁶. Pertanto, qualora «condizion[i]no l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita» (non proprio), le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari sono tenuti a sottoporre «al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili [ad essi] stessi»¹⁷. Il cliente è comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente, che la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo».

Questa pratica di *tie-in* è particolarmente diffusa nel settore dei mutui, e ciò, molto verosimilmente, si deve alla sua convenienza economica per l'intermediario: essa rappresenta un risparmio per l'erogatore del mutuo, che addossa integralmente a carico del consumatore il costo del rischio di credito.

Rispetto al divieto inferibile nella prima versione, nella attuale formulazione del combinato disposto delle norme, il principale rischio che il legislatore vieta è l'effetto di *leveraging* da un mercato (quello bancario) ad un altro (quello assicurativo). Il divieto posto dall'Ivass ha forza cogente più limitata, essendo fonte di rango secondario (o sub-secondario), e comporta una sanzione che al più ha efficacia limitata.

A me pare che dal combinato dei due fattori, normativo e di prassi, si possano ricavare conseguenze interessanti, che vanno nel senso della sostanziale, a-tecnica, obbligatorietà della assicurazione vita in caso di stipula di un contratto di mutuo. Benché il legislatore non imponga tale pratica legante, nondimeno la sua decettività è stata 'derubricata' al mero rilievo dell'effetto *leveraging*, oppure (per la regolazione dell'Ivass) a quello del conflitto di interesse. Ma l'esplicito riconoscimento che, al di fuori di queste due ipotesi, la pratica sia lecita, abbinata alla osservazione che essa è adottata in maniera sistematica, senza rilevanti eccezioni, nel mercato bancario-assicurativo, la rende *nei fatti* 'fortemente consigliata'. La cosa è aggravata, dal punto di vista del consumatore, se si pensa che all'intermediario è inibito – dall'Ivass – proporre esso stesso al proprio cliente (per il mutuo) una assicurazione più conveniente di quelle presenti sul mercato.

La particolare convenienza per gli intermediari di questa pratica può solo marginalmente essere rilevante sotto il profilo *antitrust* (*sub specie* intesa orizzontale), proprio perché non occorrerebbe un accordo, esplicito o tacito che sia, a giustificarla. Un suo inquadramento antitrust potrebbe

¹⁶ Si noti che le due disposizioni hanno portata applicativa diversa; il discorso fatto nel testo vale ovviamente entro i limiti di continenza delle due norme.

¹⁷ Si veda il Regolamento Ivass 3 maggio 2012, n. 40, che fissa i requisiti minimi per la comparazione delle polizze.

al più ipotizzarsi in termini di abuso di posizione dominante collettiva... ma questa è un'altra storia.

Ciò che mi preme porre in luce è che, sebbene l'assicurazione possa essere giustificata da un punto di vista del rischio che con essa si mira a prevenire – i mutui hanno lunga durata e la persona che li contrae può morire prima della scadenza – e sebbene non assicurarsi possa talvolta essere effetto di un diffuso e ricorrente limite cognitivo, nondimeno stabilirne o accettarne l'obbligatorietà potrebbe essere un passo troppo lesto.

6. La presenza di limiti cognitivi come giustificazione dell'intervento regolatorio

Questo esempio mette in luce quanto sia delicato individuare quale unica base giustificatrice, il *rationale*, dell'intervento regolatorio nella presenza, ancorchè diffusa e ripetuta, di un vizio cognitivo o comportamentale. E questo in generale. Il discorso diventa ancora più critico se tale errore vuole essere la *ratio* giustificatrice di un intervento di tipo paternalistico *hard*, ovvero di un tipo di paternalismo coercitivo, che imponga o vieti una qualche condotta. In altri termini, di un intervento di *C&C* che limiti, ove non neghi l'autonomia negoziale individuale.

Nell'esempio dell'assicurazione connessa alla stipulazione di un mutuo il rischio che si sta assicurando è solo apparentemente quello della vita del contraente (in realtà, è il rischio di credito cui si espone la banca nel caso di prematura scomparsa del mutuatario ad essere coperto). Solo la presenza di un rilevante rischio cui può essere esposto l'individuo o la collettività può, come visto sopra, fornire una base forte per giustificare, in presenza di altre condizioni, un intervento paternalistico di tipo coercitivo. In aggiunta, tale ultimo strumento, oltre che proporzionale deve anche essere giustificato. E individuare nel limite cognitivo tale fonte giustificatrice è tutt'altro che agevole¹⁸.

¹⁸ Come regola generale, non si ritiene che il limite cognitivo e comportamentale possa da solo validamente suffragare l'adozione di una risposta regolatoria. L'esigenza regolatoria, l'interesse pubblico che il regolatore persegue, ha perimetro più ampio della presenza del limite cognitivo. Se l'esigenza regolatoria coincidesse con la presenza stessa del limite cognitivo si rischierebbe di trascendere nel despotismo (bel oltre lo stato etico e molto, troppo oltre lo stato paternalista). Sul punto più diffusamente: F. DI PORTO, *Scelte consapevoli dei consumatori ed errori cognitivi: appunti a margine dei risultati della indagine conoscitiva sulla vendita al dettaglio (366/2013/COM). Ovvero: come dovrebbe evolvere la regolazione per tenere conto del rischio che errori cognitivi ricorrenti possano vanificarne l'efficacia*, in ASTRID Rassegna, 2013, n. 18.

Siamo sicuri che accedendo ai problemi cognitivi non si cerchi solo di giustificare in termini di obbligatorietà una assicurazione che gli operatori tanto vogliono per ragioni di pura convenienza economica?

7. La regolazione come risposta ai limiti cognitivi e comportamentali. Qualche cautela

A me pare che per selezionare la risposta più adeguata da darsi alla presenza di *bias* ricorrenti si debba necessariamente muovere da una indagine tassonomica della tipologia degli strumenti regolatori a disposizione; una indagine che li classifichi in funzione della loro maggiore o minore coercitività, ovvero, che è lo stesso, di una maggiore o minore capacità di preservare l'autonomia individuale (senza pregiudizi e senza fare di questa un tabu insuperabile).

In un ideale spettro così costruito, gli interventi regolatori atti a modificare il comportamento del destinatario in presenza di *bias* ricorrenti possono così variare (v. [Tabella 1](#)):

Rinviando ad altra sede la spiegazione del dettaglio dei contenuti della Tabella 1¹⁹, preme sottolineare che, quale che sia l'intervento regolatorio da adottare, il *rule-maker* debba preventivamente procedere ad indagini empiriche e sperimentali che dimostrino l'esistenza diffusa, nel mercato rilevante, di limiti cognitivi o comportamentali che impediscano all'agente di adottare condotte nel perseguimento del proprio interesse e, indirettamente, quello pubblico. Ove in esito a tali indagini risultasse una segmentazione del mercato rilevante in funzione della persistenza di errori ricorrenti, il regolatore potrebbe considerare di diversificare il proprio intervento indirizzandolo differentemente ai singoli segmenti, riducendo così il rischio di *over-regulation*.

Così, riprendendo quanto esposto in apertura, ove l'obiettivo avuto di mira fosse un incremento del tasso di *switching* da un operatore assicurativo ad un altro, che si è appurato essere limitato in ragione della presenza di diffusi *bias* (inerzia, tendenza a procrastinare, effetti di dotazione, ecc.) che

¹⁹ La categorizzazione illustrata qui solo sinteticamente è sviluppata in un più approfondito studio in corso di pubblicazione: cfr. F. DI PORTO e N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rule-Makers*, in A. ALEMANNO e A. L. SIBONY (a cura di), *Nudging and the Law. What can EU Law learn from Behavioural Sciences?* (in corso di pubblicazione), Oxford, Hart Publishing, 2014.

	Strategia	Strumento regolatorio	Caratteri (in relazione al limite cognitivo e/o comportamentale)	Pros (in relazione al limite cognitivo e/o comportamentale)	Cons (in relazione al limite cognitivo e/o comportamentale)
coercizione	<i>Command and control (C&C)</i>	Divieti, obblighi, standard	Evita il rischio di limite cognitivo; Regole che si applicano a tutti (a prescindere dall'incidenza del limite cognitivo)	Poco costoso da disegnare (tranne che per lo standard) e da implementare; Riduce rischio di <i>creative compliance</i>	Paternalismo; Rischio di <i>over-regulation</i> (gravame eccessivo su coloro che non sono affetti da limiti cognitivi)
	<i>Disclosure regulation</i>	<i>Ex ante</i> : obblighi di informazione disclosure; <i>Ex post</i> : divieto di false informazioni; pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette	Neutrale rispetto alle preferenze individuali e ai limiti cognitivi	Preserva l'autonomia individuale	Non assicura la effettiva comprensione; Può esacerbare l'asimmetria informativa (<i>information overload</i>)
	<i>Tutoring</i> pubblico	Poteri di ufficio a soggetti pubblici; Semplificazione contenzioso (ADR, ecc.); Class action	Assume la debolezza dell'individuo affiancandosi ad esso ('amministrazione di sostegno' senza delega espressa); Evita il rischio di limiti cognitivi; Per lo più usa regole ad applicazione generalizzata	Rafforza l'effetto deterrente del <i>private enforcement</i> ; Preserva l'autonomia privata	Paternalismo (complementa l'autonomia individuale con l'azione pubblica); Difetta di delega; Legato a nozione di consumatore medio
	Regolazione incentivante	Prezzi, incentivi, ecc.	Assume la razionalità individuale; Regole che si applicano a tutti (a prescindere dall'incidenza del limite cognitivo)	Preserva l'autonomia; <i>Enforcement</i> facile	Costi elevati di definizione dell'incentivo; Non considera motivazioni individuali diverse da quella economica
	<i>Empowerment</i>	Semplificazione dell'informazione e <i>framing</i> ; <i>Smart disclosure</i> (open data/mydata); Applicazioni web di comparazione (RECAP); Educazione mirata; Strumenti che limitano reazioni emotive (<i>cooling off rules</i>)	Mirano a prevenire o superare il limite cognitivo; Enfasi sull'aspetto educativo	Preserva l'autonomia; Riduce l'asimmetria informativa; Rafforza la domanda rispetto all'offerta; Promuove concorrenza tra servizi/prodotti; Può aumentare la <i>compliance</i> e l'adesione a politiche pubbliche	Costoso da disegnare; Avversione ad essere <i>empowered</i> ; Riduce gli incentivi ad auto-educarsi; Efficacia nel superare limiti cognitivi ancora non nota
	<i>Nudging</i>	Informazione smart (o relazionale); Regole di <i>default</i> (con <i>opt-out</i> facile); Scelta attiva; Sfruttamento dell'emotività; Architettura della scelta (<i>framing</i>)	Non mira a prevenire il limite cognitivo ma lo sfrutta; Preserva l'autonomia (?)	Paternalismo liberale; Poco costoso da disegnare; Potenzialmente efficace a modificare i comportamenti là dove altri strumenti falliscono	Rischio di manipolazione; Limitata trasparenza; Limitata autonomia (anche se a basso tasso di coercizione); Riduce gli incentivi ad auto-educarsi; Efficacia nel modificare i comportamenti ancora non nota

Tabella 1 – Tassonomia delle strategie e degli strumenti di regolazione in riferimento al loro livello di coercizione (caratteri, *pros* e *cons*)

affliggono una parte consistente dei titolari di assicurazioni RC Auto, il regolatore potrebbe in astratto optare per una varietà di strategie. Potrebbe ad es., obbligare tutti (e dunque anche coloro che cambiano abitualmente operatore: i cc.dd. *switcher* seriali) a scegliere il proprio operatore (come nell'esempio dell'abolizione del rinnovo tacito); oppure (o in aggiunta) potrebbe obbligare gli operatori a dotarsi di strumenti educativi e informativi che facilitino la comparazione e la scelta (ad es., con applicazioni *web* che consentano di confrontare le offerte, del tipo *segugio.it* o *facile.it*); o ancora, potrebbe fornire delle 'spintarelle' comunicando agli 'inerti' informazioni 'relazionali' (*say what others are doing*) che, facendo leva su diffuse norme sociali, li induca a considerare un cambio di operatore (ad es., informando che coloro che hanno cambiato assicuratore hanno risparmiato in media tot Euro l'anno). Potrebbe in "alternativa o in aggiunta" conferire un diritto di azione, esercitabile anche *ex officio* da parte di una autorità all'uopo preposta (*public tutoring*), nel caso il premio assicurativo pagato risulti superiore, a parità di rischi coperti, a quello di altro operatore per richiedere la ripetizione di quanto 'indebitamente' (!) pagato e per ottenere la cessazione dell'(improbabile) illecito. Potrebbe, ancora, richiedere agli assicuratori di comunicare l'esistenza di proprie migliori offerte per quella categoria di rischio "ovvero di contrarre comunque alle migliori" condizioni reperite dal consumatore sul mercato. E così via.

La vastità e varietà delle opzioni disponibili lascia spazio all'immaginazione. Per ognuna delle possibilità menzionate esistono numerose precauzioni e avvertenze che non è possibile qui tracciare compiutamente. Certo è che la presenza (verificata) di limiti cognitivi o comportamentali può rendere inefficace anche la più sofisticata delle regolazioni. Ma affinché tale presenza possa costituire validamente un titolo giustificativo per l'intervento regolatorio è necessaria moltissima cautela.

IL MERCATO DELL'ENERGIA

Alberto Biancardi

*I principi dell'economia cognitiva e la regolazione
del mercato energetico*

Al fine di evidenziare le potenzialità e i limiti della regolazione economica nei settori dell'energia - alla luce dei recenti contributi dell'economia cognitiva - ho sviluppato un esercizio duplice, evidenziando due scenari estremi a cui fare riferimento, sperando di rispondere adeguatamente alle vostre aspettative, non essendo tra l'altro un giurista.

In via preliminare, preciso che utilizzerò il termine regolazione in un'accezione ampia, tenendo cioè conto non solo delle regole emanate da un'autorità indipendente, ma da qualunque altra istituzione che ha potere di emanarne una, includendo quindi ministeri e Parlamento.

Il primo scenario l'ho definito situazione semplice. È una tipizzazione estrema, spero utile a fini esplicativi.

È quella in cui le scelte sono sufficientemente identificabili, cioè è possibile, sulla base di quella che voi giuristi chiamate discrezionalità tecnica, identificare una soluzione con ragionevole certezza.

Se vogliamo trovare un aggancio a teorie non unicamente economiche, ma più di ambito politologico, di «teoria della giustizia»- citando Rawls - a me è venuta in mente la categoria della giustizia procedurale perfetta (o imperfetta, che ai fini di quello che voglio illustrare ha contenuti simili). Un esempio eclatante a cui fare riferimento è una congestione di una rete che ostacola fortemente il flusso di energia fra due zone limitrofe. Si pensi alla strozzatura fra Sicilia e continente nel caso della rete di trasmissione elettrica italiana. Una congestione che costa ai consumatori svariate centinaia di milioni di euro all'anno, a causa dell'impossibilità di far transitare energia a minor costo da nord verso sud (dove i costi di produzione sono più elevati).

In una situazione come questa l'obiettivo è facilmente identificabile: potenziare nel minor tempo possibile la rete di trasmissione. Lo strumento, cioè la regola, deve fare in modo che l'obiettivo venga raggiunto con una ragionevole efficienza. L'esempio che ho appena illustrato è estremo

in quanto si può affermare che l'incertezza su andamento dei costi, delle tecnologie, ecc. nel futuro è quasi del tutto assente.

Le condizioni che inducono a ritenere ben identificabile l'obiettivo da raggiungere sono fortunatamente presenti anche in altri casi, nei settori dell'energia. Si pensi, ad esempio, alla decisione da parte di un consumatore domestico sul tipo di contratto di acquisto di energia elettrica o gas da stipulare. Qui è sicuramente presente un maggior grado di incertezza, ma la situazione appare gestibile con sufficiente agio. Decidere se vale la pena o meno acquistare energia a prezzo fisso o variabile può essere adottato con tempi e margini di errore assolutamente ragionevoli. Le offerte a prezzo fisso, tanto per fare riferimento a una opzione diffusa sul mercato *retail*, sono utili soprattutto nei casi in cui la gestione del rischio di oscillazioni di prezzo sia molto costosa da parte del consumatore finale (direi: quasi mai...).

Cosa deve fare, secondo me, la regolazione, in questi casi?

A livello esplicativo mi sembra abbastanza intuitivo: uso di procedure trasparenti e di strumenti adeguati, facendo in modo che vengano superati i classici fallimenti del mercato (asimmetrie informative, esternalità), riducendo inoltre, per quanto possibile, l'incertezza. Il che vuol dire: fornire al consumatore finale - facendo ancora riferimento all'esempio dell'acquisto di energia elettrica o gas - le informazioni necessarie per adottare la scelta più consapevole, mettendo a punto standard di offerta e facendo in modo che alcune clausole contrattuali vengano obbligatoriamente adottate (o escluse, a seconda dei casi).

Quale è la lezione dell'economia cognitiva in queste circostanze?

La regolazione deve aiutare la scelta consapevole. Lo standard contrattuale è essenziale, al pari di una o più offerte di *default*, cioè che tutti devono offrire in modo da incrementare la comparabilità delle possibili scelte da parte del consumatore. Parimenti, troppe informazioni non agevolano la scelta e si deve fare in modo che al consumatore non arrivino messaggi troppo complessi e poco gestibili. Usando la terminologia di Daniel Kahneman, bisogna fare in modo che il consumatore usi il sistema 2 (S2) quando necessario e non si limiti a gestire decisioni importanti in automatico con il sistema 1 (S1)¹.

Noi, come Autorità, stiamo lavorando per la riforma del servizio della maggior tutela proprio al fine di comprendere in che modo guidare la

¹ Sul punto sia consentito rimandare a D. KAHNEMAN, *Maps of Bounded Rationality: a Perspective on Intuitive Judgment and Choice. A Nobel Prize Lecture*, 8 Dicembre, 2002 [trad. it. *Mappe di razionalità limitata: indagine sui giudizi e le scelte intuitive*, in M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica della ragione economica. Tre saggi*, Milano, il Saggiatore, 2005, p. 77 ss.].

scelta consapevole, senza bloccare le dinamiche di mercato. Un'esperienza che stiamo studiando con particolare attenzione è quella inglese, anche se possiamo affermare che le regole italiane - penso in particolare a quelle che sovrintendono l'azione di Acquirente Unico - siano all'avanguardia nel contesto internazionale. A mio avviso, l'azione di Acquirente Unico dovrebbe essere ridefinita tenendo conto che oggi, contrariamente a quanto avveniva dieci anni fa, cioè al momento del varo di questo strumento, disponiamo di mercati all'ingrosso organizzati (ossia borse) ben funzionanti. Il mosaico che dovremo comporre per identificare un nuovo servizio di tutela è fornire opzioni di *default* che siano costruite a partire da esiti di mercato.

- opzioni di *default* (acquisto energia e gas da cliente finale);
- trova offerte (per facilitare comparazione);
- tariffa di tutela e il servizio di salvaguardia;
- penalità e incentivi al gestore di rete per i nuovi investimenti;

Tab. 1 – Esempi applicativi della regolazione nei settori dell'energia secondo i principi dell'economia cognitiva.

Il secondo scenario a cui vorrei fare riferimento, sempre estremo e utile come esemplificazione, è denominabile situazione complessa. Facendo ancora ricorso al parallelo con le categorie di Rawls, la corrispondenza è con la giustizia procedurale pura. In questo caso, l'identificazione di un obiettivo è particolarmente difficile e la regola è volta soprattutto - se non esclusivamente - a definire una procedura.

Come esempi concreti, si pensi alla scelta riguardo all'uscita dal nucleare, oppure alla definizione della politica energetica, oppure ancora alla scelta, a livello più micro, che ogni consumatore può fare, ad esempio, su quale combustibile usare per riscaldarsi.

L'incertezza, la mancata conoscenza e la dipendenza dei risultati delle proprie decisioni da quelle altrui è fortissima.

Ho scelto di fare riferimento a questo scenario perché a mio avviso è relativamente trascurato dalla letteratura, che si concentra su situazioni riconducibili più al primo (a situazioni semplici).

La conseguenza di questo stato di cose è che sulla bontà della procedura e sulla condivisione della soluzione identificata si fondano gran parte delle probabilità di successo dell'adozione della regola medesima. Almeno fino al momento in cui si potrà verificare se la scelta medesima è adeguata (ammesso che questo momento si verifichi...).

- La regolazione deve agevolare scelte, non sostituire decisioni decentrate con altre dettate dal centro del sistema, giustificandole con la non ottimalità delle prime (infatti, entrambe rischiano di non dare risultati ottimali!).
- La regolazione deve limitarsi (ma non è poco) a eliminare o almeno ridurre esternalità e carenze informative – come nel caso delle situazioni semplici – accompagnando le scelte e tentando di non sostituirsi a queste.
- La regolazione può essere necessaria per indurre gli operatori ad assumere decisioni, prendendo come riferimento orizzonti pluri-periodali.
- La regolazione può arrivare a definire le coordinate in base alle quali il contesto evolve.
- Due esempi:
 1. *smart grid* (se viene costruita ora una rete molto poco *smart*, costerà di più costruirne una migliore a medio termine);
 2. identificazione delle infrastrutture necessarie per rendere l'Italia *hub* del gas (se sono sufficienti due, solo queste dovrebbero essere pagate da tutti i consumatori).

Tab. 2 – *Caratteristiche di una buona regolazione*

Il potere di regolare, in questi casi, spesso è assimilabile al potere in sé, assurgendo a realtà autonoma che tende a creare un sistema a sé stante². Così come il risultato a cui si giunge a seguito dell'applicazione della regola, anche se non valutabile sulla base di un obiettivo predefinito, può essere considerato corretto e diventare senso comune, nell'accezione usata da Wittgenstein nell'ultima fase della sua vita³. Il senso comune non è di per sé antiscientifico;

² Cfr. C. SCHMITT, *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machtaber*, Pfullingen, Günther Neske, 1954 (trad. it. *Dialogo sul potere*, Milano, Adelphi, 2012, p. 41). L'autore identifica il potere con queste parole: «Io non dico che il potere dell'uomo su un altro è buono. Non dico neanche che è cattivo. Meno che mai dico che sia neutro [...]. Dico solo che è una realtà autonoma rispetto a ciascuno, anche rispetto al potente».

³ V. L. WITTGENSTEIN, *On Certainty*, Oxford, Basil Blackwell, 1969 (trad. it. *Della certezza*, Torino, Einaudi, 1978, p. 92): «Non dimenticare che qualche volta della correttezza di un punto di vista si viene convinti dalla sua semplicità o dalla sua simmetria; cioè: talvolta sono la semplicità o la simmetria a indurci a passare a questo punto di vista».

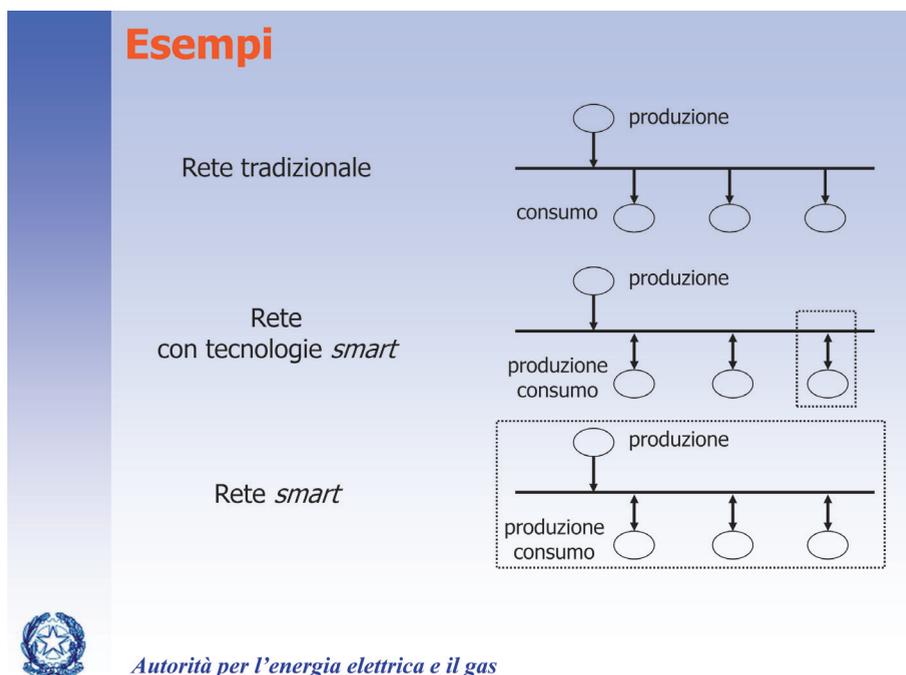


Fig. 1 – Le nuove tecnologie consentono di produrre energia elettrica nel medesimo luogo di consumo (presso il singolo consumatore oppure presso la rete locale di distribuzione). Nel caso limite in cui un singolo consumatore (o l'insieme dei produttori e dei consumatori collegati a una porzione di rete) riuscisse a essere sempre indipendente dal resto del sistema, auto-producendo il fabbisogno necessario al consumo, potrebbe staccarsi da questo fisicamente o commercialmente. In questa circostanza il consumatore, o l'insieme degli operatori, avrebbero titolo a chiedere di non corrispondere più: i) la tariffa di accesso e uso della rete; ii) gli oneri di bilanciamento; iii) le componenti tariffarie. Complessivamente, queste tre voci ammontano oggi in Italia a circa un terzo della tariffa pagata dal consumatore finale.

al contrario, può rappresentare quel *common ground* su cui vanno a planare tutte le scelte e opinioni di una collettività. È per questo motivo che mi sono divertito a proporre le citazioni di questi due grandi studiosi in una presentazione sulla regolazione economica e le scienze cognitive.

Al di là del caso limite appena evidenziato, strumenti quali lo scambio sul posto, nonché le reti interne di utenza e le *smart grid* fanno riferimento a casi

Allora si dice semplicemente: “così dev'essere”».

in cui l'indipendenza è solo parziale, e la decisione riguardo la possibilità e la misura di far gravare i tre tipi di costo appena evidenziati è determinata dal regolatore in via amministrativa. Ad esempio, lo scambio sul posto considera la somma algebrica di immissioni e prelievi di un autoproduttore in un determinato periodo temporale. Questo insieme di regole incide in modo significativo sulla competitività delle tecnologie applicate dagli autoproduttori e dai gestori delle reti.

In effetti, quando la Francia ha deciso di avere il nucleare è stata una decisione adottata senza poter disporre di una adeguata informazione e consapevolezza sulle conseguenze nel medio e lungo periodo. Ancora oggi non sono noti con certezza i costi per lo smantellamento delle centrali esistenti, tanto per evidenziare un aspetto della questione. Ma ormai, la riconversione a uso civile di una tecnologia disponibile per uso bellico (il nucleare, appunto) è da tempo considerata il fattore più caratterizzante del sistema energetico francese.

Un ulteriore parallelismo mi pare di estremo interesse. La regolazione, a tutti gli effetti, è un linguaggio o, per meglio dire, una sintassi. Non consente di affermare concetti per forza di cose giusti o sbagliati. Ma ha norme sufficientemente precise riguardo a ciò che si può affermare. Questa tesi, che io considero fondata proprio in considerazione del fatto che una parte consistente delle decisioni regolatorie deve essere adottata con riferimento alle situazioni complesse, può essere in buona parte scomoda per un'autorità di regolazione.

Se il tecnicismo non è l'unica caratteristica delle sue attività, infatti, poiché questa deve essere sostenuta da una capacità di mediazione fra interessi e dall'identificazione di una procedura condivisa, rischia di venir meno il diritto all'esclusiva della gestione della stessa funzione regolatoria, nonché l'indipendenza dalla politica e dal potere esecutivo. Come dire: se la differenza fra una decisione regolatoria e una decisione di tipo politico è ben minore di quanto si legge nei libri di testo di regolazione economica, perché affidare una parte così consistente di questo tipo di decisioni a un regolatore indipendente? Tuttavia, lo stesso argomento può essere utilizzato anche nei confronti di altre istituzioni che dettano norme e lo fanno utilizzando - per così dire - linguaggi molto meno trasparenti e democratici di quello in uso presso i regolatori. In questo caso, le conseguenze sono almeno altrettanto urticanti di quelle appena esplicate contro un'autorità di regolazione. Perché si è consentito al Parlamento di normare sugli incentivi al fotovoltaico in modo così opaco, estendendo con il cosiddetto salva-Alcoa gli incentivi medesimi a livelli spropositati, senza alcuna consultazione e confronto con tutti i portatori di interessi (oltre ai lobbisti dei produttori e installatori dei pannelli solari)? La conseguenza

della gestione di una situazione complessa con procedure ben lontane da quelle tipiche della regolazione economica ha gravato la bolletta energetica di qualcosa come 150 miliardi di euro che i consumatori dovranno pagare nei prossimi vent'anni.

Tenuto conto che molte delle decisioni di regolazione che devono essere adottate nei settori dell'energia sono riferibili a situazioni complesse, l'auspicio è che il linguaggio-regolazione sia utilizzato in maniera molto più diffusa e non solo dalle autorità indipendenti.

Il regolatore si trova di fronte un mondo molto simile a quello del politologo e del filosofo.

- La regolazione può essere considerata:
 - un linguaggio;
 - una scatola di strumenti.
- Nessuna esclusiva, ma strumenti con la loro specificità:
 - obbligo consultazione e trasparenza;
 - obbligo applicazione di analisi costi-benefici;
 - obbligo valutazione *ex ante*;
 - obbligo valutazione *ex post* (almeno per le decisioni più rilevanti).
- La perdita dell'univocità della soluzione deve essere compensata con procedure e decisioni trasparenti e condivise.

Tab. 3 – *Ulteriori considerazioni sulla regolazione.*

Resta un ultimo punto da illustrare: la lezione dell'economia cognitiva in queste situazioni. A mio avviso, purtroppo, non vi sono categorie e soluzioni univocamente applicabili. Il punto cruciale è che, in assenza della possibilità di identificare un obiettivo all'inizio di un processo decisionale, diventa spesso più difficile valutare le conseguenze delle scelte adottate in modo poco consapevole. Si può addirittura affermare che talvolta rischia di diventare difficile comprendere cosa significa 'scelta consapevole'. Proprio per questo, la trasparenza e la condivisione diventano elementi imprescindibili.

- Messaggi da economia cognitiva:
 - importanza di procedure per una buona decisione;
 - necessità di creare consapevolezza (per esempio obiettivi condivisi durante processo decisionale);
 - importanza di documenti per la consultazione equilibrati;
 - regolatore non è onnisciente, pertanto una scelta discutibile (errata?) è maggiormente accettabile se condivisa o almeno consultata;
 - mercato necessita spesso di standard;
 - mercato necessita spesso di misure e indicatori comuni;
 - non concentrarsi solo su strumenti: obiettivi sono essenziali.
- In sostanza, i meccanismi da gestire sono analoghi (S1-S2, vari effetti psicologici), ma con la consapevolezza che la bontà di una scelta può essere provata solo a posteriori. Manca univocità criterio di scelta a priori.
- Il ruolo dell'economia cognitiva?
 - Evitare che un meccanismo già in parte opinabile, soggetto alle lobby e basato su decisioni che non possono fare riferimento solo alla discrezionalità tecnica, sia ulteriormente appesantito – e reso probabilmente più costoso – da scelte poco razionali, poco condivise e poco trasparenti.

Tab. 4 – *L'apporto dell'economia cognitiva ai fini di una buona regolazione.*

