

Parte Prima

LO JUS MERCATORUM.
FUNZIONE DEL GIUDICARE E
REGOLAZIONE DELL'ECONOMIA

I GIUDICI E LA CERTEZZA DEL DIRITTO DELL'ECONOMIA

di *Antonella Sciarrone Alibrandi*

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto nel contesto del mercato. – 2. La certezza del diritto tra attività del regolare e attività del giudicare. – 3. L'evoluzione dell'attività del giudicare. – 4. Giudicare per clausole generali e certezza del diritto. – 5. Fattori di promozione della certezza del diritto dell'economia: una prima rassegna. – 5.1. Il problema del *judicial review* – 5.2 Mutamenti giurisprudenziali e tutela dell'"affidamento". Il *prospective overruling*. – 5.3. Giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* e prassi di impresa. – 6. Bibliografia.

1. *La certezza del diritto nel contesto del mercato.*

Il tema della certezza del diritto esprime, nel più generale orizzonte del ruolo dei giudici nell'ambito del diritto dell'economia, uno dei suoi aspetti più complessi e delicati. Questo infatti non si limita – non si potrebbe correttamente limitare, cioè – a profili per così dire "interni" al diritto dell'economia, in quanto strettamente attinenti a uno o più specifici ambiti settoriali della legislazione. Al contrario, esso riflette sul perimetro della nostra materia una visione complessiva del ruolo del giudice nell'ordinamento o, per essere più precisi, della *definizione del giusto equilibrio* tra legge e giudizio. In definitiva, esso risale a una data modalità di comprensione del diritto, nella sua creazione e applicazione.

Oltre che generale, il tema è anche nuovamente attuale come emerge dalla sua alta frequentazione da parte della letteratura giuridica italiana ed europea, ove si riscontra una vera e propria insistenza di pensiero sui profili della costruzione della regola, degli effetti che dalla sua applicazione possono determinarsi, del ruolo dei giudici e, dunque, sul tema della certezza del diritto in generale.

Fermandosi, per semplicità di impostazione del discorso, al livello del dibattito scientifico italiano, sembra opportuno prendere le mosse da una tensione dialettica che attraversa la civilistica italiana almeno a far data dalla metà

degli anni '60 e che può ricondursi, nei suoi termini di fondo, al dato della “costituzionalizzazione” del diritto privato. Tale dialettica, nel corso dell’ultimo biennio o poco più, si è vista autorevolmente rappresentata nelle sue due opzioni fondamentali.

Da un lato troviamo la posizione di chi, in critica radicale a ciò che in via di sintesi può designarsi come “creatività” del giudice, nega la possibilità che nel contesto attuale sia possibile parlare di certezza del diritto. Secondo questa linea di pensiero, il tessuto normativo, sempre più lontano dall’essere dettagliato e preciso, non permette – vuoi per la crescita del numero e della rilevanza delle clausole generali, vuoi per l’approccio alla decisione da parte dei giudici – l’operare certo del meccanismo sussuntivo e introduce un “incontrollabile soggettivismo della decisione” [N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, 8; in termini consimili cfr. anche C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, *passim*, ove anche una riflessione sul contributo che a tale situazione ha dato il formante dottrinale]. La possibilità di certezza e calcolabilità del diritto è, in questa lettura, relegata al mondo di ieri, lasciando all’oggi una società immersa nel dubbio.

Dall’altro vi è chi, preso atto del “crollo” del sistema delle fonti, riferisce la funzione ordinante e unificante ai principi in quanto tali (ai soli principi, cioè). Senonché, orientato il *focus* sui principi, diviene inevitabile ammettere che la regola non potrà che emergere *ex post* dall’applicazione giurisprudenziale degli stessi: da qui, la teorizzazione della “legalità del caso”, che vede quale attore principale il giudice il quale “non si sente più mero lettore di un sistema di norme, ma in virtù dell’esigenza di giustizia dettata dal caso concreto, semmai ingranaggio essenziale di un processo produttivo del diritto ... attraverso una serie di indici mai definibili a priori” [N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, I, 7; per l’elaborazione della posizione in discorso non può però non menzionarsi l’opera di P. PERLINGIERI, come distillata ne *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, ESI, 2006, 217 ss.].

Non è certo questa la sede per entrare nel dettaglio analitico dei passaggi che compongono le due diverse tesi, né per aderire all’una o confutare l’altra. Qui basta – una volta segnalata la dimensione del problema – rilevare che, se l’atteggiamento di negazione radicale della possibilità del recupero di una misura accettabile di certezza del diritto sembra attraversato da una certa dose di nostalgia, l’esaltazione della “legalità del caso” guarda, per così dire, solo a un lato della medaglia: quello dato dalla qualità *individua* della decisione. Ciò accade, però, a discapito di quello che attiene all’attività del giudicare, complessivamente valutata, anche in funzione dell’idoneità del diritto applicato a costituire una indicazione affidante circa le modalità cui orientare, *ex ante*, la propria condotta.

Il pendolo sembra muoversi, cioè, tra il polo di una certezza del diritto *impossibile* e quello di una certezza del diritto *inutile*. Quando invece a essa non si può abdicare, se non altro perché rappresenta un obiettivo essenziale cui tendere: il concetto stesso di diritto, in effetti, ha connaturata una vocazione ordinatoria e, per l'appunto, regolativa della realtà materiale.

Tanto più l'aspetto dell'idoneità ordinatoria dell'attività giurisdizionale (*i.e.* della sua idoneità a orientare effettivamente la prassi) si mostra sensibile quando riferito alla materia del diritto dell'economia; che, come tale, colloca il rilievo del problema all'interno del mercato inteso alla stregua di un'istituzione dotata di un proprio "ordine" e lo caratterizza come una declinazione qualitativa dello stesso.

Dal che si può affermare che il tema, se concettualmente è ben più ampio del rapporto tra mercato e diritto (per meglio dire: tra mercato e diritto "applicato" o "effettivo"), nei fatti tende quasi a coincidervi.

2. La certezza del diritto tra attività del regolare e attività del giudicare.

Formulati tali dovuti rilievi introduttivi, passo subito ad affrontare il dato centrale del problema. Il quale necessariamente va ricostruito, a me pare, nei termini di una *dialettica* che interessa due poli fondamentali: l'elemento del regolare, da un lato, e l'elemento del giudicare, dall'altro. In altri e più estesi termini, si tratta di indagare la regolamentazione realizzata dalle fonti di produzione del diritto in rapporto con il momento applicativo alla realtà materiale oggetto di regolazione, nel senso delle singole fattispecie cui il momento applicativo va a riferirsi.

Così inquadrata la questione, diviene già evidente che un discorso realistico in ordine alla certezza del diritto non si può realizzare né sul solo piano dell'assetto normativo (nel senso dell'essere le norme più o meno "buone"), né sul solo piano della maggiore o minore "creatività" del giudice (nel senso del suo essere un applicatore "fedele" o "infedele" delle norme).

È infatti chimerica la pretesa di realizzare un sufficiente grado di certezza del diritto affidandosi ancora (ma sarebbe meglio dire: di nuovo) al meccanismo, d'impronta positivista, che ambisce a testi normativi dotati di precetti sintetici e chiari, destinati a un'applicazione piana, se non proprio esegetica, da parte del giudice.

Il punto è, in effetti, che un simile modo di ragionare trascura completamente il fatto che tra la regola e la sua applicazione si frappone, rivestendo una importanza centrale, la *natura del fenomeno oggetto di regolazione*: si è correttamente osservato, sul punto, che in un contesto complesso come quello attuale, "la qualità delle norme non può rimanere la stessa. Una diversa realtà

richiede norme, anche strutturalmente, diverse” [F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neo-liberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 441].

Preso atto del mutamento di paradigma che attraversa il rapporto tra diritto e mercato, anche a motivo della sempre maggiore complessità di quest’ultimo, la risposta a tale incertezza non può allora rintracciarsi in una maggiore “definitezza” delle norme. Piuttosto, essa deve ricercarsi nel momento del giudizio, rispetto al quale l’assetto normativo, lungi dal dovere fornire in anticipo tutte le soluzioni, deve piuttosto mettere il giudicante (mediante un corretto mix di regole e principi o norme aperte, *i.e.* di *rules* e *standards*) nella condizione di fornire una risposta adeguata alle istanze sottese al conflitto da comporre a mezzo dell’attività giurisdizionale. Per l’opportuna ponderazione delle quali, non è proprio pensabile di rinunciare ai tratti di flessibilità, in una con l’idoneità a veicolare in modo efficace i profili assiologici dell’ordinamento, che le clausole generali possono fornire.

La tecnica di regolazione dunque, se certo può pregiudicare quest’esito, non lo può realizzare da solo. Essa non è, cioè, strutturalmente in grado (se mai lo fosse stata, nel contesto attuale di sicuro non lo è più) di fornire una risposta esaustiva al problema della certezza del diritto, il quale non può comporsi se non nel momento applicativo.

Consci di queste coordinate bisogna allora anzitutto interrogarsi, prima di convergere sul secondo polo del problema (quello costituito dall’attività del giudicare, su cui mi concentrerò *infra*, n. 3 ss.), sull’idoneità dei testi normativi attuali a perseguire l’obiettivo della certezza del diritto: da intendersi, alla luce di quanto precede, in termini di *ragionevole* prevedibilità dell’*output* giudiziario, come conseguenza della costanza delle decisioni, all’interno del limite oggettivo costituito dalla inevitabile presenza di un ruolo attivo delle Corti giudicanti (per le ragioni e nei termini appena esposti).

La questione, per essere compiutamente vagliata, richiederebbe una trattazione assai analitica e misurata su specifici ambiti di regolazione. In questa sede, mi limiterò a esporre due dati di sistema, alla portata di ogni osservatore accorto, che riguardano l’aspetto della frammentazione delle fonti e quello dei processi che, a differenti livelli, attengono alla formazione dei precetti normativi. Entrambi i profili sono enfatizzati, peraltro, dalla sempre maggiore pervasività (che in alcuni settori, come quello finanziario, è davvero poderosa) delle fonti di derivazione europea e internazionale.

Il primo profilo porta a registrare l’esistenza di una complessità enorme, un appesantimento, una vera e propria confusività del sistema di fonti. Basti pensare al moltiplicarsi di fonti di diversa provenienza da un punto di vista istituzionale: di diversi organi nazionali, così come di diversi organi europei e internazionali.

Il dato assume dimensioni macroscopiche, come già ho accennato, nel settore finanziario: qui, non è affatto raro che un singolo aspetto si trovi regolato da fonti legislative e secondarie nazionali, da linee guida emesse dalle autorità competenti e, in via contestuale, da fonti legislative europee (direttamente applicabili), dai relativi regolamenti attuativi, e ancora da norme tecniche dei vari organismi di regolazione (il riferimento va, tra l'altro, ai *Regulatory Technical Standards* delle Autorità di vigilanza europee, o agli orientamenti della Commissione europea in funzione di organo *antitrust*). Con il problema aggiuntivo dato dal fatto, certo non di poco conto, che la separazione settoriale tra banca, finanza e assicurazione, tutt'ora assai radicata dal punto di vista normativo, sovente porta a triplicare (tanto sul piano interno che su quello europeo) la convergenza di fonti anche laddove sarebbe invece immaginabile (e preferibile) un approccio *cross-sectoral*.

Il secondo e connesso dato, anch'esso prettamente europeo, ha a che fare con la sontuosa crescita dei centri di regolazione avvenuta nell'ultimo torno di anni; crescita che, al di là della criticità inerente al mero dato numerico dei centri di produzione delle norme, in assenza di una seria revisione del disegno istituzionale europeo in materia di governo dell'economia pone l'ulteriore e grave problema del difetto totale di coordinamento tra i centri. Ciascuno dei plurimi ed eterogenei produttori di regole ha infatti nel proprio "DNA" il perseguimento di un solo e specifico interesse specifico: di volta in volta, la concorrenza; la stabilità finanziaria degli enti bancari; la tutela della clientela; la tutela delle finanze pubbliche; la protezione dei diritti fondamentali del cittadino; e così via.

Così facendo, però, si viene meno al dovere (che pertiene in prima battuta al regolatore) di operare un necessario bilanciamento fra i vari interessi coinvolti nella configurazione di una fattispecie e nella costruzione del relativo precetto. Anzi, più precisamente, si finisce per rinviare tale bilanciamento al momento successivo dell'applicazione concreta della normativa, con la conseguenza che i giudici si potrebbero allora trovare a dover coordinare in autonomia – e con un'attività che inevitabilmente sfiora l'ambito del "politico" – le linee di fondo che innervano gli atti normativi emanati dai diversi organismi. Di fronte a una simile dinamica, non sembra dunque cogliere nel segno l'accusa di "soggettivismo" talvolta formulata nei confronti delle Corti giudicanti.

Concludendo su questo punto, un brevissimo cenno vorrei riservare, infine, alla circostanza – verificatasi di recente nel nostro Paese, ma, a quanto mi consta, non esclusivamente italiana – della recente adozione di testi di legge *ad hoc* per gestire casi singoli con soluzioni (non solo "particolari", ma anche) fortemente devianti dai principi di fondo espressi dalla regolamentazione generale. Si è assistito, così, al superamento del diritto speciale in favore di quel-

lo “singolare” (un confronto interessante, da questo punto di vista, attiene alle modalità di gestione legislativa della crisi della Popolare di Vicenza e di Veneto Banca, del giugno 2017, rispetto alle c.d. quattro banche del centro Italia, del novembre 2015). Anche questo dato, ovviamente, introduce un elemento di “eccentricità” del sistema delle fonti che pregiudica la certezza del diritto.

3. *L'evoluzione dell'attività del giudicare.*

Muovendo adesso verso il secondo polo del discorso, identificato dalle dinamiche che connotano l'attività del giudicare, sul piano ordinamentale possono essere registrate molte novità, che assumono particolare rilevanza per il diritto dell'economia.

In primo luogo, è da segnalare l'accresciuto ruolo delle Corti Supreme, i cui dettami assumono sempre maggiore forza, fino a configurarsi – sul piano del diritto vivente – quali fattori di coproduzione delle norme. Con il che assume forza sempre maggiore quella linea di pensiero, peraltro non nuova, secondo cui sarebbe semplicistica la tradizionale contrapposizione tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti di *civil law*, come fondata sul ruolo “istituzionale” rivestito dal precedente giurisprudenziale nei secondi. Alcuni aspetti del problema del precedente, nonché il suo interagire con la nozione di certezza del diritto accolta (v. *supra*, n. 1), meritano, invece, un qualche maggiore approfondimento che verrà svolto *infra* (v. n. 5.3).

Le Corti Supreme sono poi protagoniste anche del secondo tratto evolutivo cui intendo accennare. Tale dinamica si muove su più livelli. Un primo livello può essere identificato nella sempre maggiore incidenza delle decisioni delle Corti Supreme europee (Corte Europea dei diritti dell'uomo e Corte di Giustizia dell'Unione Europea) nelle questioni attinenti al diritto dell'economia. Il riferimento va, tra le altre cose, agli arresti della Corte europea dei diritti in relazione al “doppio binario” del sistema italiano per le sanzioni relative agli abusi di mercato (caso Grande Stevens). Com'è noto, nella misura in cui il medesimo fatto attiva una duplice risposta di tipo punitivo (rispettivamente penale e para-penale), tale doppio binario è ritenuto contrastante con il principio di *ne bis in idem* fissato dall'art. 6 della Convenzione.

A questo primo livello, rispetto al quale gli operatori hanno oggi maturato una certa dimestichezza, segue un secondo, certo di maggiore novità, dato dal vero e proprio dialogo instaurato dalle Corti europee con le Corti Supreme nazionali. Un esempio è il caso della sentenza della CGUE in sede di rinvio pregiudiziale avverso l'orientamento del Tribunal Supremo spagnolo in tema di nullità delle clausole *floor* nel mutuo (21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Cajasur Banco SAUV; sul punto ritorno, con

qualche cenno di approfondimento, *infra*, n. 5.2). La complessa evoluzione in discorso è un notevole fattore di complicazione dell'ordinamento e, quindi, di potenziale compromissione dell'esigenza di certezza espressa dallo stesso; di particolare problematicità, e meritevole di un adeguato approfondimento da parte degli studiosi, è infatti l'individuazione del rapporto concreto di potere tra le decisioni delle Corti Supreme.

4. *Giudicare per clausole generali e certezza del diritto.*

All'interno di questa cornice che investe, nella sostanza, la posizione ordinamentale del giudice, si colloca il diverso aspetto che riguarda invece le caratteristiche della *funzione* del giudicare. Anche la considerazione di questo profilo restituisce una situazione di forte mutamento.

Da più parti si rileva infatti (cfr. al proposito *supra*, n. 1) un'accresciuta creatività dei giudici nell'applicazione delle norme; per creatività intendendosi essenzialmente – come pure già si ricordava *supra* – un significativo allontanamento dal dato letterale. Tale creatività viene considerata produttiva di incertezza, di imprevedibilità dell'ordinamento, e viene eziologicamente connessa al maggiore ricorso, da parte degli stessi giudici, alle clausole generali e ai principi, in luogo delle norme di dettaglio.

Come segno di un maggior utilizzo delle clausole generali, si può pensare, ad esempio, all'uso che, in tema di servizi di investimento, la Corte di Cassazione fa della clausola del “migliore interesse del cliente” (art. 21, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 58/1998). L'aspetto assume particolare rilievo nella considerazione del rapporto tra questo *standard* e le singole *rules* relative ai diversi regimi di prestazione del servizio (appropriatezza, adeguatezza e – a partire da MiFiD II – *execution only*). L'effetto che si ritrae da una valutazione complessiva di questi orientamenti è quello di una lettura “coerentizzante” delle singole norme di dettaglio con il principio generale che assume tratti particolarmente incisivi, quando non proprio ortopedici.

Può di certo convenirsi sul fatto che il c.d. utilizzo creativo della giurisprudenza, se ha esito nel subordinare la soluzione del caso concreto a un'ambigua coerenza del *decisum* a una soggettiva percezione di giustizia da parte del giudicante (solamente “coperta” dal richiamo ai valori costituzionali e/o alle clausole generali), comporta un alto rischio di imprevedibilità. Tale atteggiamento non esprime, però, un corretto modo di intendere l'applicazione delle clausole generali all'atto del giudicare.

A sostegno dell'assunto, mi piace richiamare in questa sede l'insegnamento che proviene dall'autorità di Luigi Mengoni, e in particolare il rilievo secondo cui il giudizio secondo clausole generali – e, quindi, per mez-

zo di esse, l'innesto del giudizio per valori nell'attività ermeneutica – si presta ad essere ricostruito in termini di razionalità e prevedibilità. In fondo, ha rilevato il Maestro, “soltanto per le fattispecie normative costruite su elementi quantitativi o numerici si può parlare propriamente di applicazione nella forma del puro giudizio sussuntivo, mentre per le altre l'applicazione nella forma richiede la mediazione di giudizi di valore ricavati dai dati reali del caso da decidere: ossia non è applicazione in senso proprio, bensì concretizzazione mediante la traduzione, ad opera del giudice, in una norma di decisione. Sotto questo profilo non v'è differenza tra le clausole generali e la maggior parte delle altre norme giuridiche: sempre il giudice deve compiere una valutazione ai fini della scelta tra varie ipotesi possibili di soluzione” [L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 15 s.].

È chiaro, insomma, che l'apertura alle clausole generali non conduce di per sé a una maggiore incertezza; piuttosto, richiede un corrispondente adeguamento del discorso giuridico (in termini di argomentazione e analisi).

5. *Fattori di promozione della certezza del diritto dell'economia: una prima rassegna.*

5.1. *Il problema del judicial review.*

Liberato il discorso dalle tesi che vorrebbero biasimare il ricorso *in sé* all'applicazione delle clausole generali, mi sembra utile scendere dal piano generale, su cui fino a qui si è mosso il discorso, per provare a fornire una prima indicazione circa gli elementi istituzionali e presidi che, all'interno dello scenario fin qui tracciato, possono venire a costituire vere e proprie leve per la promozione di un più elevato livello di certezza del diritto dell'economia o, se si vuole, della prevedibilità del processo applicativo delle norme espresso dall'ordinamento nel governo delle dinamiche di mercato.

Il primo elemento che vale la pena di considerare si connette al sempre maggior ruolo rivestito dalle autorità amministrative di regolazione dei mercati, anche europee; e tocca, precisamente, la questione dei termini e limiti di assoggettabilità dei provvedimenti di queste autorità ad un controllo giurisdizionale (c.d. *judicial review*).

Può infatti agevolmente comprendersi che l'assoggettamento di tali provvedimenti a *judicial review* costituisce un'importante variabile in termini di certezza del diritto; nel senso, qualcuno potrebbe rilevare, di garantire maggior prevedibilità all'ordinamento *sottraendo* le decisioni di tali autorità –

che siano di natura regolatoria o di natura individuale, qui non interessa – a tale forma di controllo. È forse questa la *ratio* che ha mosso il nostro legislatore, quando quest'ultimo ha sottratto o limitato lo spettro della *judicial review* su alcuni provvedimenti (di natura sostanzialmente amministrativa) con importante incidenza sul mercato; il pensiero corre, ad esempio, al ruolo che spetta all'“Autorità di risoluzione” nell'attuale assetto disciplinare in materia di crisi bancarie (direttiva BRRD e relativa normativa di attuazione). In quell'impianto, l'incertezza in ordine alle modalità di risposta pubblica alla crisi di un ente bancario è percepita come intollerabile anche se sussistente solo per un breve o brevissimo periodo: per l'effetto, si vengono a restringere – rispetto alla generale disciplina amministrativa – gli spazi di contestabilità delle decisioni prese dalle autorità competenti e, in via correlata, i poteri del giudice in materia (di forte interesse, sotto questo profilo, è la disciplina tracciata dall'art. 95 del d.lgs. n. 180/2015, che recepisce la direttiva sulla risoluzione).

Questa prospettiva, se pure risponde a una oggettiva esigenza di gestione efficiente del processo di “risoluzione” dell'ente bancario in dissesto, esprimendo così un principio cardine del diritto pubblico dell'economia, deve a mio parere essere quanto più possibile contenuta e limitata. Il rischio insito in un simile approccio è, infatti, quello di uno scivolamento dell'azione amministrativa verso il paradigma dell'agire propriamente politico: con inevitabile incremento del tasso di relativa imprevedibilità.

In realtà, solo garantendo uno spettro adeguato al sindacato di legalità sugli atti di ogni autorità di “governo” dell'economia – in linea, non è inutile ricordare, con l'indicazione proveniente dal testo costituzionale (art. 113 Cost.) –, può aspirarsi ad una prevedibilità dell'ordinamento; o meglio, ad una prevedibilità che sia anche soddisfacente sul piano sostanziale.

Assente (o comunque dimidiato o sminuito) un controllo giudiziale sugli atti che realizzano la funzione di regolazione dell'attività economica, il rischio non è solo quello della mancata tutela contro la lesione di posizioni soggettive dei singoli, quanto pure quello della perdita di prevedibilità delle decisioni: se la decisione dell'autorità amministrativa è “tombale”, non vi è presidio in favore di un'applicazione costante della legge, così che non vi è spazio effettivo per la tutela dell'affidamento dei soggetti interessati. Il vaglio giudiziale è, a dispetto di quanto potrebbe suggerire un approccio tecnicistico (quanto superficiale) al tema, fonte di certezza, nella misura in cui è teso ad assicurare un esercizio ragionevolmente costante del potere amministrativo.

5.2. Mutamenti giurisprudenziali e tutela dell'“affidamento”. Il prospettive *overruling*.

Un secondo ordine di rilievi attiene in via diretta al tema del precedente giurisprudenziale. Sul punto, deve anzitutto dirsi che la dinamica del precedente è idonea a costruire la certezza dell'ordinamento, ad un livello quantomeno assimilabile – se non forse maggiore – a quello offerto da un'elevata mole di regole positive di dettaglio di rango primario e secondario. Questo perché il precedente è una *regula iuris* prodotta all'esito del concreto confronto tra il giudice, la norma, e, soprattutto, il fatto, come concretizzatosi nella realtà sociale e di mercato; è notazione invero ormai ovvia che, per l'effetto del costante mutamento della realtà sociale, questo confronto diretto con l'oggetto da regolare sfugga invece troppo di frequente all'attività legislativa. Il vincolo del precedente è dunque una dinamica che si concilia particolarmente bene con l'idea di certezza offerta in apertura (v. *supra*, n. 1).

L'aspettativa di certezza degli operatori giuridici si è così comprensibilmente rivolta al precedente giurisprudenziale. È su tale nuova fonte di coproduzione delle regole del diritto vivente che, per volgere l'attenzione al diritto dell'economia, le imprese fanno affidamento, al fine di conformare i prodotti – gli stessi contratti, giova ricordarlo – e stimare il rischio legale dell'attività.

Sull'armonia di questo scenario incombe però il rischio di *overruling*, ovvero il pericolo di un mutamento della giurisprudenza di legittimità. Ed è per proteggere gli affidamenti ingenerati dal precedente, quantomeno mitigando gli effetti economici svantaggiosi dell'*overruling*, che negli ordinamenti di *common law* è stata elaborata la tecnica del *prospective overruling*. Una tecnica che consente di mutare orientamento, esprimendo una *regula iuris* che vale però solo per il futuro e non incide sulle situazioni di fatto, o sui loro segmenti temporali, già verificatisi.

Tale tecnica è, in linea del tutto generale, di certo apprezzabile nell'ottica del perseguimento coerente dell'obiettivo di prevedibilità dell'ordinamento. Essa potrebbe – come accennato – comportare effettivi benefici sul mercato, in termini di abbattimento dei costi e maggiore efficienza delle imprese. Inoltre, la sua praticabilità potrebbe in molti casi “incoraggiare” i giudici a perseguire soluzioni evolutive, mitigando il disincentivo costituito dal potenziale caos generato dalla decisione stessa. La sua introduzione negli ordinamenti di *civil law* deve dunque essere incoraggiata, rifuggendo da un approccio troppo rigido ed ortodosso.

Tuttavia, la sua introduzione in questi ultimi ordinamenti richiede, quale necessario presupposto, un doveroso approfondimento da parte degli operatori, ed in specie da parte degli studiosi, mirante ad enucleare le circostanze che legittimano il ricorso a tale tecnica, e a rendere la medesima aderente alla pro-

tezione di situazioni di affidamento effettivamente meritevoli di tutela. Un suo utilizzo scorretto potrebbe infatti comportare, a me pare, un effetto negativo sulla qualità della regolamentazione.

Alludo, in particolare, alla nota vicenda (cui si è già fatto cenno *supra*, n. 3) relativa alla pronuncia del Tribunal Supremo spagnolo del 9 maggio 2013 in tema di vessatorietà delle clausole *floor* nei mutui bancari. Pronuncia poi rifiutata e superata dalla Corte di Giustizia in quanto contraria al diritto dell'Unione Europea. In quel caso, infatti, come è stato messo in luce [U. MALVAGNA, *Nullità "de futuro" e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Rivista di diritto bancario, dirittobancario.it*, 2016, estratto n. 36], non si era di fronte a un vero e proprio *overruling*, trattandosi della prima decisione in materia da parte del giudice supremo; pertanto, non esistendo reali precedenti sul punto, ma solo una *prassi di impresa* non supportata nella sua validità da alcun dato di diritto vivente, è assai discutibile la pretesa di affermare un legittimo affidamento da parte delle imprese che la praticavano. Anzi, tale pronuncia, nel diminuire sostanzialmente gli effetti restitutori della pronuncia di nullità, rischiava in concreto di compromettere gli effetti deterrenti di tale sanzione, con effettivi negativi sul mercato in punto di efficienza.

5.3. Giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e prassi di impresa.

Un terzo (e ultimo, nella mia analisi) blocco del discorso relativo al problema della prevedibilità dell'ordinamento riguarda in via diretta la posizione che, all'interno del processo di applicazione delle norme, riveste la giurisprudenza di legittimità. Nell'ambito del diritto dell'economia, di fronte alla Corte di Cassazione, ci si è infatti posto il problema della sindacabilità del giudizio di meritevolezza effettuato nei gradi di merito.

Il dibattito è di certo immaturo, e meriterebbe uno sforzo ricostruttivo importante. Mi limito in questa sede ad offrire le sue principali coordinate; concluderò poi con una breve notazione critica.

La tesi che intravede nel giudizio di meritevolezza un giudizio di fatto, come tale sottratto al giudice del diritto, pare essere stata sostenuta, invero non con molta chiarezza, nel celebre arresto delle Sezioni Unite in materia di clausole *claims made* (Cass. n. 9140/2016). Si legge infatti che "la clausola ... (c.d. clausola *claims made* mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ...; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata".

A tale prima soluzione si contrappone invece la ben più chiara posizione assunta dalla Corte in tema di prodotto bancario *My Way* (Cass. n. 22590/2015),

in cui la Corte sostiene che “il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto *ex art. 1322 c.c.* può essere rimesso all’esclusivo sindacato del giudice di merito solo ove esso appartenga all’esclusiva e specifica singolarità del caso concreto, come tale destinato a restare confinato, appunto, nell’ambito di tale giudizio. Tuttavia, dove, al contrario, la fattispecie concreta sia idonea a fungere da modello generale di comportamento di una serie indeterminata di casi analoghi, là si ravvisa allora un giudizio di diritto e la necessità dell’intervento nomofilattico della Cassazione, al fine di garantire la prevedibilità delle future decisioni, posto che si tratta d’integrare il contenuto della norma indeterminata o della clausola generale predetta”.

In sostanza, la Corte ritiene, in questo secondo arresto, che il giudizio di meritevolezza vada considerato di diritto, come tale sindacabile in sede di legittimità, ogni volta che esso abbia ad oggetto una *prassi di impresa* (come appunto, nel *casus decisis*, il prodotto costituito dal contratto *My Way*). E ciò proprio per perseguire quell’obiettivo di prevedibilità dell’ordinamento, le cui speranze di raggiungimento sono oggi affidate alla giurisprudenza, specie di legittimità.

Il punto è senza dubbio importante per il discorso che qui si sta conducendo. È evidente, infatti, che rinunciare ad un giudizio nomofilattico di meritevolezza, non solo quando esso è legato alle peculiarità dell’isolato caso concreto – del contratto non d’impresa, non “seriale”, cioè –, ma anche rispetto al prodotto immesso sul mercato, significa pregiudicare irrimediabilmente le aspettative di prevedibilità delle imprese, con un incremento dei costi, una sostanziale imponderabilità del rischio legale, a discapito del valore dell’efficienza del mercato.

6. Bibliografia.

- BASTIANON S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012.
- BENEDETTI G., *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, I, 1103.
- BUONOCORE V., *Il diritto commerciale “nascosto” ovvero dell’etica del legislatore e della certezza del diritto*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 5.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015.
- DENOZZA F., *In viaggio verso un mondo re-incidentato Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 419.
- DI BRINA L., *“Risoluzione” delle banche e “bail-in”, alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell’UE e della Costituzione nazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2015, II, 184.

- DOLMETTA A., *Il divieto di anatocismo per le banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della certezza del diritto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 115.
- GROSSI P., *Il giudice civile. Un interprete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 2016, 1144.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016;
- LIGUORI F., *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 587.
- LIPARI N., *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 2018, I, 5.
- MALVAGNA U., *Nullità "de futuro" e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Rivista di diritto bancario, dirittobancario.it*, 2016, estratto n. 36.
- MATTEI U., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1996, 148.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 15 s.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, ESI, 2006.
- ROLLI R., *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contr. e impr.*, 2013, 577.
- VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6.
- VETTORI G., *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, 869.
- VIGLIONE F., *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Politica del diritto*, 2014, 45.

L'“EFFICIENZA” DELL'AGGIUDICAZIONE TRA RAZIONALITÀ FORMALE ED ELASTICITÀ EVOLUTIVA, OVVERO MAX WEBER CONTRO L'*ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

di *Francesco Denozza*

SOMMARIO: 1. La contrapposizione tra due stereotipi. – 2. L'efficienza dei sistemi giuridici continentali nel pensiero di Max Weber e il problema della *common law*. – 3. L'efficienza della *common law* nel pensiero giuridico neoliberale. – 4. L'efficienza della razionalità formale e della calcolabilità alla prova dell'analisi economica. – 5. I limiti della razionalità formale: quando è ragionevole perseguirla? – 6. L'efficienza come capacità di positiva selezione evolutiva. – 7. Conclusione.

1. *La contrapposizione tra due stereotipi.*

Con riferimento all'attività di aggiudicazione è tradizionale il ricorso ad una contrapposizione tra due stereotipi, quello di un diritto basato su norme generali che definiscono una fattispecie astratta e che vengono applicate dai giudici in maniera deduttiva, contrapposto ad un altro stereotipo, quello di un diritto attento alle peculiarità del caso concreto in cui i giudici organizzano le loro decisioni in base a ragionamenti di somiglianza-dissimiglianza tra il caso che stanno decidendo e altri casi decisi in precedenza.

Per trasformare questa contrapposizione stereotipata in un preciso oggetto di indagine in cui fossero esattamente chiarite tutte (e sole) le differenze tra i due modelli effettivamente rilevanti, occorrerebbe un sacco di tempo e una notevole fatica. Qui non abbiamo a disposizione l'uno, e non siamo in grado di applicare l'altra. Quindi ci accontenteremo di discutere dei due modelli sulla base della intuitiva immagine che ciascuno dei due proietta di sé, piuttosto che sulla base di una esatta ricostruzione delle effettive e rilevanti caratteristiche di ciascuno.

Ciò premesso, mi sembra che il confronto tra i due stereotipi sollevi almeno due ordini di problemi. Il primo ruota intorno alla questione se sia opportu-

no che le regole siano formulate in maniera generale e astratta in modo da consentire un'applicazione standardizzata delle stesse, o se sia meglio un sistema che consenta una migliore flessibilità, in modo che le norme possano essere articolate fino a raggiungere un livello di, per così dire, personalizzazione (talvolta il termine usato è “granularizzazione”) in rapporto alle peculiarità dei singoli individui e delle singole situazioni (ad es.: invece di avere un criterio generale di diligenza media, se ne potrebbero elaborare tanti, con diversi livelli di impegno richiesto, articolati in rapporto alle specifiche qualità di ciascun soggetto)¹.

La soluzione dell'alternativa dipende ovviamente dalle ragioni in base alle quali si stabiliscono pregi e difetti di ciascuno dei due sistemi. Il che ci conduce in un terreno alquanto accidentato poiché la natura di queste ragioni non è affatto chiara. In particolare, ci si può chiedere se le ragioni per preferire un sistema all'altro siano di natura essenzialmente pratica (in questa prospettiva è stata in genere inquadrata la discussione sull'opportunità di ricorrere a norme formulate come *rules* o, invece, a norme formulate come *standards*) o se esistano delle ragioni di principio che pongono un limite alla possibilità di personalizzare le regole. In altre parole, il ricorso a norme generali e astratte è motivato solo da considerazioni attinenti al risparmio di costi che tali norme rendono possibile (soprattutto per il fatto che evitano i costi, potenzialmente enormi, di raccolta delle informazioni necessarie a formulare regole individualizzate) o è motivato anche da questioni di principio, collegate ad una certa concezione del diritto come sistema di governo accettabile solo se ispirato ai valori di una formale *rule of law*?

Se si opta per la prima alternativa, e si ritiene perciò che la ragione per cui non si ricorre a regole personalizzate è solo perché è troppo costoso accertare le qualità rilevanti specifiche di ciascuna fattispecie concreta, ed è più economico procedere attraverso standardizzazioni, ne deriva l'ovvia conseguenza per cui la personalizzazione delle regole è limitata esclusivamente dalle tecni-

¹ In argomento v. tra i più recenti, C. BUSCH-A. DE FRANCESCHI, *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law* (March 06, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3181914>; C. BUSCH, *Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures*, in *Consumer Law and Privacy Law* (March 24, 2018). *University of Chicago Law Review*, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3181913> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3181913>; A. PORAT-L.J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in *Mich. L. Rev.*, 112, 2013, 1417; O. BEN-SHAHAR-A. PORAT, *Personalizing Negligence Law* 91 *NYUL Rev.*, 2016, 627. O. BEN-SHAHAR-A. PORAT, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law* (May 23, 2018). *University of Chicago Law Review*, Forthcoming; University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 855; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 680. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3184095>.

che di raccolta delle informazioni disponibili e una eventuale diminuzione dei relativi costi apre la strada ad una personalizzazione delle regole potenzialmente illimitata.

Questo sarebbe l'insieme di problemi da risolvere in via preliminare, e solo dopo dovrebbe porsi un secondo ordine di problemi, logicamente subordinato, e cioè: è opportuno che quel tanto di personalizzazione desiderata (molta o poca, a seconda di come si è risposto al primo ordine di problemi) la faccia il legislatore, la giurisprudenza, un'autorità amministrativa o un computer?

Come è ben noto, storicamente la discussione di questi temi non ha attribuito ai due problemi una importanza gerarchizzata secondo l'ordine logico appena ricostruito, ma ha avuto, al contrario, la tendenza a concentrarsi molto di più sul secondo problema (quello relativo al reciproco ruolo di legislatori e giudici) che ha finito così per tenere, come si dice, banco, finendo alla fine quasi per occultare l'altro, respinto in un piano arretrato e, se è consentito dirlo, in uno stato di sostanziale confusione.

Questo esito appare particolarmente deplorabile se si considera che oggi si profilano all'orizzonte possibilità di personalizzazione delle regole rese possibili da tecniche che promettono di rendere possibile una raccolta delle informazioni necessarie in maniera infinitamente più economica di quanto si sarebbe potuto pensare qualche decennio orsono, semplicemente aggiungendosi all'esercizio di progetti basati sullo sfruttamento dei c.d. *big data*.

Possibilità di personalizzazione che oltretutto non sarebbero più dipendenti dall'intervento del giudice e da un ampliamento dei suoi poteri. In effetti, si potrebbe oggi immaginare una personalizzazione effettuata direttamente da un legislatore in grado di controllare enormi masse di informazione e di emanare un numero enorme di regole, che potrebbero essere però agevolmente conosciute dai destinatari con l'aiuto degli appropriati strumenti informatici. Per non parlare dell'ipotesi di affidare la concretizzazione delle *policies* definite dal legislatore direttamente a qualche strumento informatico.

A questo punto una serie di incrostazioni sono rimosse e anche chi teme i limiti informativi di una aggiudicazione caso per caso, o nutre profonda sfiducia nei confronti delle capacità di valutazione di giudici non sufficientemente vincolati dalla legge, viene posto di fronte al nocciolo del problema. E cioè, posto che siano ipotizzabili due sistemi, uno basato su norme generali e fattispecie legali astratte, l'altro basato su regole specifiche adattate alle specificità dei singoli casi, esiste in via generale la possibilità di affermare che l'uno è meglio dell'altro? Ed eventualmente, meglio in che senso: più efficiente, più utile, più giusto?

È ovvio che non penso di poter neppure tentare di rispondere qui ad un simile quesito.

Vorrei limitarmi ad analizzare una tra le teorie, sicuramente la più dibattuta e famosa, che motivano adeguatamente il favore per un sistema basato su norme generali ed astratte, impersonalmente applicate (rifiutando, cioè, rilevanza alle peculiarità del singolo caso non riconducibili ad elementi presenti nella descrizione della fattispecie astratta) e lo sfavore per ordinamenti in cui il giudice può decidere se sia ragionevole trattare un caso come altri in precedenza decisi o se sia più ragionevole trattarlo in maniera diversa.

Ovviamente la teoria cui alludo è quella elaborata da Max Weber, che qui tenterò di riesaminare in controluce ad una tesi praticamente opposta, più recentemente sostenuta da alcuni seguaci dell'analisi economica del diritto.

2. *L'efficienza dei sistemi giuridici continentali nel pensiero di Max Weber e il problema della common law.*

Come è ben noto, Max Weber sosteneva l'esistenza di un legame tra sviluppo del capitalismo e diffusione di sistemi giuridici formalmente razionali².

Si tratta di un legame che ha anzitutto un pesantissimo retroterra teorico, in quanto la razionalità del calcolo strumentale adottato dall'impresa capitalistica e la razionalità di un sistema di regole che si sviluppa deduttivamente a partire da alcuni principi interni al sistema stesso, vengono da Weber ricollegate ad un più generale fenomeno, fondamentale e caratterizzante l'intera epoca, e cioè la centralità che la modernità attribuisce alla ragione, e alla capacità dell'uomo di razionalizzare la sua attività e il suo ambiente. Per quanto qui in particolare interessa, la creazione di sistemi giuridici resisi autonomi (dalla tradizione, dalla morale, ecc.) e formalmente razionali, diventa, in questa prospettiva, un processo omologo a quelli che hanno condotto alla formazione di una burocrazia autonoma (dal sovrano e dai suoi famigli) e all'autonomizzazione dell'impresa capitalistica, che si separa dall'economia domestica e si sottopone ad un governo ispirato non più dai bisogni della famiglia, ma da un sistema formale di calcolo (la moderna contabilità) che consente di valutare i risultati dell'impresa, senza necessità di ricorrere a parametri esterni.

² Il tema è stato recentemente riesaminato da Irti in una serie di saggi raccolti nel volume N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016. Nella dottrina precedente v. almeno l'efficace puntualizzazione di R. MARRA, *Max Weber: razionalità formale e razionalità sostanziale del diritto*, in *Sociologia del diritto*, 2/3, 2005, 43. Io stesso mi sono già occupato della questione in F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, (2), 2016, 419-446. A questi testi rinvio per le citazioni di Weber e della vasta bibliografia in argomento.