

Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale.

Francesco Denozza

1- Diversi livelli di elasticità delle norme: rules, standards e clausole generali.

Come è ben noto il terreno di coltura della nozione di clausola generale è il pensiero giuridico continentale¹. I giuristi anglosassoni preferiscono lavorare con un apparato concettuale che si limita per lo più ad utilizzare la bipartizione generale tra rules e standards. Nel proporre il tema del nostro prossimo convegno il nostro riferimento culturale era probabilmente più vicino all'impostazione anglosassone che non a quella continentale. Lo scopo è infatti quello di raccogliere contributi che si occupino non tanto di fare una mappa delle clausole generali presenti nel diritto commerciale (impresa resa tra l'altro difficilissima dalla assenza di una precisa definizione di clausola generale universalmente riconosciuta²) quanto di analizzare l'evoluzione, nei singoli settori della disciplina, verso una maggiore specificità normativa oppure verso un maggior ricorso a concetti generali. Il riferimento a rules v. standards sarebbe stato perciò appropriato. Lo abbiamo evitato prima di tutto per rivendicare un richiamo ad una tradizione -la nostra - che in tanto può sviluppare un utile confronto con quella che oggi è la cultura dominante a livello mondiale, proprio in quanto riesca ad evitare il totale appiattimento del proprio apparato concettuale (che, tra l'altro, anche il dominio linguistico contribuisce a veicolare). Ma anche per più specifiche ragioni che attengono all' eccesso

¹ Il rilievo è ribadito recentemente da VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Giuffrè, 2010, p. 2, n.3.

² Già ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr.it. Milano, 1970, p.197, notava che le clausole generali non posseggono dal punto di vista metodologico una struttura propria. Il dibattito successivo, criticamente riassunto in VELLUZZI (n.1), non mi sembra aver modificato la situazione in maniera sostanziale.

di semplificazione implicato dal ricorso alla coppia concettuale rule-standard. Chiunque abbia avuto qualche contatto con la letteratura in materia³ difficilmente è sfuggito alla noia di un elenco lungo, ma sostanzialmente sempre uguale a se stesso, di fattori che militano pro o contro l'uso di norme del tipo “ agli incroci ci si deve fermare” oppure di norme del tipo “ gli incroci vanno attraversati con cautela”

Con questo non si vuole negare l'importanza di un'analisi volta a stabilire quando è meglio ricorrere all'una o all'altra formula (anzi, una simile ricognizione con riferimento ai problemi attuali del diritto commerciale sarebbe una importante acquisizione del nostro convegno di febbraio). Si vuole solo sottolineare che esistono come vedremo altri problemi che non sembrano catturati adeguatamente dal dibattito sull'opportunità di ricorrere all'una o all'altra delle due tecniche normative.

Se il dibattito anglosassone sembra soffrire di un certa semplicità e ripetitività degli argomenti, altrettanto non si può dire per quello continentale, che soffre del vizio opposto. Qui i poli del discorso non sono due o tre, ma una quantità pressochè indeterminata. Abbiamo infatti le “clausole generali” i “principi generali” i “concetti giuridici indeterminati” le “norme elastiche” le “nozioni a contenuto variabile” gli “standard valutativi” ecc. ecc. Tanti nomi per dire la stessa cosa o tante cose diverse? E, ancora, nel loro insieme questi concetti evocano fenomeni qualitativamente, o solo quantitativamente, diversi tra loro, e quanto poi

³ Tra i più recenti interventi in materia v. F.SCHAUER, *Thinking like a Lawyer*, Harvard Univ. Press, 2009, p.188 ss, ed ivi altre citazioni. Tra i tentativi di integrare il tema nell'ambito dell'analisi economica del diritto il più interessante resta quello di KAPLOW, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *Duke L.J.*, 557 (1992); per un punto di vista europeo v. SCHAEFER, *Legal Rules and Standards*, <http://ssrn.com/abstract=999860>.

Tra i tentativi di integrare l'analisi con i risultati della behavioral law and economics, v. KOROBKIN, *Behavioral Analysis and Legal Forms: Rules Vs. Standards Revisited*, 79 *Oregon Law Rev.*, 23 (2000).

effettivamente diversi rispetto a quelli presenti nell'applicazione di qualsiasi testo normativo⁴?

E' ovvio che questo non è il luogo per affrontare simili quesiti. Se anche lo fosse, l'ultima cosa che vorrei fare sarebbe quella di mettermi qui a

⁴ Uno dei temi ricorrenti nel dibattito in materia è quello relativo alla possibilità di indicare differenze qualitative e non semplicemente quantitative tra i margini di intervento di cui la creatività dell'interprete gode, come è oggi pacifico, nell'interpretazione di qualsiasi norma e quelli aperti dalla presenza di norme elastiche (a puro titolo esemplificativo: decisamente nel senso che la differenza sia quantitativa e non di essenza CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 22s.; diversamente orientato MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ibidem*, p.5ss., che considera le clausole generali come “frammenti di norme” prive di una propria autonoma fattispecie (p.11); più sfumata la posizione di RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, *ibidem*, 1987, 709, a p. 725, il quale riconosce che l'indeterminatezza è qualità comune a tutti i concetti giuridici, ma ritiene che possano essere distinte diverse specie di indeterminatezza.

Una più ricca informazione sul punto in VELLUZZI (n.1), il quale (p.64, p.88 e passim) indica come peculiarietà delle clausole generali la non determinabilità del loro significato se non facendo ricorso a criteri tra loro potenzialmente concorrenti. Anche di fronte a questo apprezzabile sforzo di maggior precisione, la perplessità resta. L' esistenza di criteri di giudizio concorrenti è una *possibilità* che può presentarsi nei casi dubbi di interpretazione di qualsiasi norma. Sotto questo profilo non sembra perciò una caratteristica esclusiva delle clausole generali e in fondo l'interprete, proponendo criteri concorrenti, potrebbe immettere elementi di clausola generale in qualsiasi norma (nè la contrapposizione tra integrazione e interpretazione – p. 64- mi sembra cristallina abbastanza da dare maggior contenuto alla distinzione). Se poi la caratteristica fosse la *necessaria* presenza di criteri concorrenti, mi sembra che la differenza tornerebbe ad essere sfumata e funzionalmente di nessuna utilità. La presenza di una clausola generale non consentirebbe e non impedirebbe all'interprete nulla di diverso da quello che ogni norma gli consente, con maggiore o minore ragionevolezza, di fare.

Poichè il problema interferisce con quello più generale della natura del processo di interpretazione dei testi giuridici, ed è, anche perciò, molto complesso, mi limito qui a qualche rapida osservazione. Dal punto di vista funzionale generale, la mia opinione è che nel caso delle clausole generali e delle norme elastiche lo stereotipo (l'insieme stabilizzato dei casi paradigmatici di applicazione della norma, v. DENOZZA, *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1 a p. 34ss.) che pure anche qui esiste (i legislatori che dettano una norma che impone di comportarsi secondo buona fede hanno sicuramente in mente casi certi di comportamenti scorretti che intendono vietare) svolge una funzione molto meno importante proprio perchè la norma è intenzionalmente costruita in modo da risultare applicabile anche a casi non anticipati. Sul piano delle funzioni sistemiche, credo si possa notare un'attenuazione della funzione di mantenimento dei confini del sistema (svolta dall' interpretazione letterale) e di quella di semplificazione dei processi decisionali interni (interpretazione dogmatica) mentre mi sembra che risulta valorizzata la funzione di adattamento (interpretazione teleologica) e arricchita e problematizzata quella di mantenimento dell'integrità (interpretazione per principi). Sul collegamento tra le funzioni sistemiche e i metodi dell'interpretazione, v. DENOZZA, *op cit.*, p.33ss; Id, *L'interpretazione delle norme tra scetticismo e “pluralismo cognitivo”*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, XXXVII, 2007, n.2, p 463ss.

ricordarvi gli infiniti criteri proposti per cercare di dare una definizione a ciascuno dei concetti ricordati e per distinguerli l'uno dall'altro (o almeno alcuni dagli altri).

Quindi, invece di aprire una discussione, per esempio sulla chiarezza nella disciplina del bilancio, per stabilire se si tratta di un principio, di una clausola generale o semplicemente di una norma generica, preferirei segnalarvi alcuni problemi di carattere analitico, anziché definitorio. Vorrei segnalare cioè alcuni strumenti logici che gli interpreti hanno a disposizione quando si sforzano di dare un significato a norme che utilizzano termini che si pongono al di sopra di un certo livello di specificità. Questa scelta nasce dalla mia profonda convinzione che la domanda fondamentale non è quella, spesso tanto cara ai filosofi, “*che cosa è?*” (cosa è il diritto, cosa è una clausola generale, cosa è un principio, ecc.). La domanda fondamentale è invece a mio avviso “*cosa si può fare?*”. Nel nostro caso, quindi, la domanda pertinente è: cosa può fare l'interprete di fronte ad una norma che contiene un termine generale, un termine vago, un concetto suscettibile di diverse concezioni, una valutazione elastica ecc.ecc. ?

In un certo senso, e con una semplificazione espositiva da non prendere alla lettera, potremmo dire che il dibattito su rules e standards aiuta a comprendere *perché* il legislatore prima, e talvolta l'interprete, dopo, preferiscono costruire una norma come una rule piuttosto che come uno standard e viceversa. Il dibattito sulle clausole generali, impostato nei termini analitico- funzionali indicati prima, serve invece a chiarire *cosa* l'interprete può concretamente fare quando si trova di fronte l'uno o l'altro tipo di norma contenente riferimenti generici. Entrambi i dibattiti dovrebbero poi servire a rispondere ad un terzo e più importante interrogativo, e cioè: quale è la funzione delle clausole generali e quale è il loro rapporto con gli interessi sottostanti? Esaminiamo brevemente ciascuno dei punti.

2- Rigidità ed elasticità: i fattori che governano la scelta.

Come è ben noto, la contrapposizione tra rules e standards non è netta, ma di grado. Non ci sono tipi puri, ma solo norme che assomigliano più a rules e norme che assomigliano più a standards.

Ciò premesso, le variabili principali emerse nel dibattito americano con riferimento alla utilizzazione dell'una o dell'altra tecnica, mi sembrano le seguenti:

La quantità e varietà dei fatti da cui dipende l'applicazione della norma (i "triggers") - è ovvio che se il legislatore vuole che una certa regola si applichi solo in presenza di alcuni fatti molto precisi, è più adatto il ricorso alla rule; se i fatti sono imprevedibili e variabili il ricorso allo standard si impone. Ciò vale in particolare per i fatti futuri (notoriamente uno standard di diligenza consente di coprire anche le ipotesi di misure di prevenzione che non esistevano al momento della emanazione della norma e che non potevano essere per definizione contemplate dalla norma stessa).

I costi dell'analisi preventiva dei "triggers" - per tracciare con precisione i confini di una regola il legislatore deve essere sicuro di avere preso in considerazione tutti i fatti possibili per stabilire a quali fatti attribuire la funzione di "interruttori" che determinano l'applicazione o la non applicazione della regola (es. la regola che pone il limite di velocità a 50 all'ora: occorre essere sicuri che il limite non sia troppo alto nei giorni di pioggia o troppo basso nei giorni di bel tempo). A volte lasciare ai giudici la valutazione di ciascuna delle possibili variabili che possono incidere sulla qualificazione di una situazione è molto più economico.

L'importanza attribuita (nell'ambito considerato) alla certezza applicativa - è ovvio che uno standard è di applicazione più incerta (almeno fino a quando non si sia consolidata una certa interpretazione

giurisprudenziale) di una rule (sempre che la rule non contenga troppe qualificazioni ed eccezioni: si pensi al dibattito sull'opportunità di ricorrere a una disciplina dei mercati finanziari⁵ o della materia contabile⁶ per principi o per regole, dove l' apparente vantaggio della disciplina per regole è vanificato dalla necessità di concretizzare una minuziosa casistica di regole ed eccezioni). Ciò può rilevare ovviamente sotto diversi profili; tra i meno tradizionalmente scontati il profilo dell' incentivo o disincentivo alla litigiosità, quello alla riduzione dei costi di transazione (titoli più certi circolano più facilmente di titoli incerti), ecc.

La rilevanza del costo di soluzione delle controversie- l'aggiudicazione in base ad uno standard, se fatta in maniera coscienziosa, è tendenzialmente più costosa dell'aggiudicazione in base ad una rule, il giudice deve infatti tener conto di molti più parametri e fatti (da questo punto di vista, e al contrario di quanto molti sembrano pensare, lo standard è spesso idoneo a favorire la parte più forte che può permettersi migliori consulenze e perizie, piuttosto che la parte più debole). Gli ambiti in cui le liti sono ricorrenti e poco differenziate tra loro sembrano perciò più adatti a una disciplina via rules.

Le caratteristiche dell'autorità che curerà l'applicazione della regola- se è prevedibile che l'autorità soffrirà del noto pregiudizio per cui la valutazione di quello che un individuo avrebbe dovuto fare è influenzata da quello che è effettivamente successo (siccome un danno si è verificato ne induciamo che qualche disfunzione ha consentito il prodursi del danno stesso e perciò che qualcuno deve essere responsabile per non avere

⁵ ANAND, *Rules v. Principles as Approaches to Financial Market Regulation*, 49 *Harvard ILJ Online*, 111 (2009)

⁶ J. WUESTERMAN- S. WUESTERMAN, *Why Consistency of Accounting Standards Matters: A Contribution to the Rules-Versus-Principles Debate in Financial Reporting* in 46 *Abacus* 1 (2010); AGOGLIA DOUPNIK- TSAKUMIS, *Principles-Based Versus Rules-Based Accounting Standards: The Influence of Standard Precision and Audit Committee Strength on Financial Reporting Decisions* (May 14, 2010).<http://ssrn.com/abstract=1275851>

impedito il verificarsi della disfunzione che ha consentito il prodursi del danno: questa è la logica che sembra talora ispirare molti provvedimenti di irrogazione di sanzioni amministrative da parte di Banca d'Italia e Consob) è meglio ricorrere a rules che fissino gli obblighi con maggiore precisione.

Come si vede l'elenco delle variabili è piuttosto lungo e potrebbe anche essere esteso o reso più analitico. Qui mi limiterei ad aggiungere un solo parametro che a me sembra importante e che è in genere trascurato dalla dottrina americana. Si tratta della precisione con cui il legislatore è in grado di identificare l'interesse che intende proteggere o l'equilibrio che intende realizzare tra due interessi confliggenti.

Al centro dell'attenzione della dottrina americana sta, per lo più, il problema della conoscenza dei *fatti* (come si è visto, tutto sembra in prima istanza dipendere dalla capacità del legislatore di prevedere con esattezza e descrivere con precisione le caratteristiche fattuali delle diverse situazioni di applicazione e disapplicazione della norma). A me sembra che esista anche un problema che attiene invece al livello di precisione raggiunto nella determinazione delle *valutazioni*, cioè, in sostanza, degli interessi da proteggere. In questo secondo ambito il problema appare ancora più articolato e complesso, perché non credo si riproduca qui quel chiaro accoppiamento tra tipi di fattispecie e tipi di regole (chiare definizioni -rules/ elementi di incertezza- standards) che abbiamo descritto sopra. Voglio dire, cioè, che quando è in gioco la definizione non dei fatti ma delle valutazioni e degli interessi da proteggere, non è affatto detto che valutazioni chiaramente definite si traducano in rules mentre vaghezze e ambiguità si traducano in standards. Può darsi che questa seconda ipotesi (ambiguità nella definizione degli interessi protetti) richieda invece il ricorso ad analitici sistemi di rules.

Prendiamo ad esempio il problema del conflitto di interessi nei gruppi e delle operazioni con parti correlate. Come tutti ricordiamo, nella versione originaria del codice civile la disciplina dell'intera materia era sostanzialmente affidata a poche norme generali. L'apertura verso una maggiore e più articolata protezione degli interessi dei partecipanti al mercato (che non erano in cima alle preoccupazioni dei redattori del codice civile), unita alla volontà di preservare comunque i poteri della maggioranza e la realizzazione di potenziali sinergie di gruppo, è a mio avviso la causa dell'elevato grado di complicazione e frammentazione raggiunta dalla regolazione in materia. La mia tesi in sostanza è che questo aumento di complessità dipende anzitutto dal fatto che gli interessi su cui la disciplina incide, e tra cui intende realizzare un certo equilibrio, sono diventati molto più sfumati e contraddittori. Abbiamo, prima di tutto, un evidente conflitto tra due interessi contrapposti che potremmo approssimativamente indicare come, rispettivamente, quello di consentire le sinergie di gruppo e quello di prevenire le spoliazioni. Se esistesse un obiettivo univoco facilmente definibile, come ad es. quello di evitare le operazioni di "sifonaggio" (per usare la metafora preferita dagli americani) del patrimonio sociale, basterebbe un principio generale o una semplicissima rule (ad es.: tutte le operazioni con parti correlate di valore superiore a 100.000 sterline devono essere approvate dall'assemblea⁷). Viceversa, se fossero almeno chiaramente definiti gli interessi in conflitto e il compromesso che si intende realizzare tra loro, si potrebbe ricorrere ad uno standard (ad es. sono vietate le operazioni che non realizzano sinergie e possono pregiudicare gli investitori). Siccome però non è per nulla chiaro di quali sinergie si stia esattamente parlando, e neppure è chiaro il limite entro il quale si vuole proteggere ciascuno dei diversi interessi degli

⁷ V. relativamente alla Sect. 320 del Companies Act del 1985, DJANKOV-LA PORTA-LOPEZ de SILANES- SHLEIFER, *The Law and Economics of Self Dealing*, November 13, 2006, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=florencio_lopez_de_silanes, p. 13 s; v. ora la Section 190 ss. del Companies Act del 2006 e la Rule 11.1.7 ss. *Listing Rules* dell' UK Listing Authority, <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/LR>

investitori (quello a non essere derubati, quello a essere informati per poter fare speculazioni ottimali, quello a poter sfruttare al meglio le proprie capacità di investitore mordi e fuggi, ecc.) ecco comparire una serie di regole specifiche e complicatissime, ognuna delle quali realizza un suo mini compromesso tra i diversi interessi che vengono in rilievo e sulla cui tutela le idee del legislatore sembrano tutt' altro che chiare.

Riprendendo il discorso generale, potremmo in un certo senso dire che esiste una distinzione tra l' *indeterminatezza relativa agli obiettivi da raggiungere*, che è quella su cui ci siamo da ultimo soffermati, e l' *indeterminatezza sul modo migliore di raggiungerli*, che è il tema che la dottrina americana pone in genere al centro delle sue riflessioni sul rapporto tra rules e standards (nel solito, classico esempio dell'incrocio, l'obiettivo è chiarissimo: evitare scontri senza incidere eccessivamente sull'efficienza del traffico; il problema è se ci si riesca meglio con la regola per cui tutti si devono fermare oppure con la regola per cui occorre particolare prudenza).

Questa riflessione introduce una distinzione che ci servirà anche a delimitare meglio il terzo quesito (quello relativo al rapporto tra l'uso di norme più o meno generali e gli interessi sottostanti). Si tratta della distinzione tra apertura cognitiva e apertura valutativa e quindi, per quanto ci concerne, tra norme che si configurano come aperte in quanto contengono concetti descrittivi molto ampi e norme in cui l'apertura si manifesta invece sul piano dei valori. Questa distinzione è considerata da alcuni fondamentale (l'apertura valutativa sarebbe per molti di costoro il tratto specifico delle clausole generali ⁸). Altri ritengono che neppure questa sia una caratteristica esclusiva delle clausole generali. Io penso che abbiano ragione i secondi, ma come ho detto, l'aspetto più interessante riguarda piuttosto quello che l'interprete può fare o non può fare o,

⁸ V. ad es. PERLINGIERI- FEMIA, *Principi e clausole generali*, in *Manuale di diritto civile*, ESI, 2002, p.17s.

meglio, quello che può fare con maggiore o con minore facilità, a seconda del testo della norma che ha di fronte. Ed è su questo profilo che vorrei concentrare ora l'attenzione.

3-L'apertura valutativa: vaghezza, bilanciamenti, concezioni.

Ricorrendo a tre esempi, vorrei brevemente illustrare, i fenomeni cui mi riferisco con il termine apertura (chiusura) valutativa. Un primo esempio è fornito dalla possibilità di lavorare su una prima distinzione, quella tra generalità e vaghezza⁹. La generalità attiene alla quantità di enti cui un termine è in grado di riferirsi, mentre la vaghezza attiene invece alla quantità di casi, c.d. borderline¹⁰, per i quali vi è un'oggettiva incertezza circa la riferibilità a loro del predicato in questione. Così il termine "insetto" è molto generale ma relativamente poco vago. Il termine "calvo" è meno generale (le persone calve comunque definite sono sicuramente meno degli insetti) ma molto più vago (i confini del predicato calvo sono molto più incerti dei confini del predicato insetto). Si tratta ovviamente di una differenza di grado. Possono esistere incertezze anche relativamente alla veridicità dell'enunciato x è un insetto, ma in genere di portata molto inferiore alle incertezze che sorgono quando si tratta di stabilire se è vero che il sig. y è calvo.

Dal punto di vista giuridico mi sembra che la differenza rilevi soprattutto con riferimento alla rilevanza della ratio della norma, che come si sa è lo

⁹ Per una prima informazione sulla nozione di vaghezza SORENSEN, *Vagueness*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/>; CARRARA-MORATO, *Una guida ad alcuni temi fondamentali di logica filosofica*, in *Servizio Web Italiano per la Filosofia*, <http://www.swift.it/biblioteca/readings/logicafilosofica> SWIF. Pdf; MARCHETTI, *Uscire dal vago*, Laterza 2006; PAGANINI, *La vaghezza*, Carocci, 2008; in ambito giuridico, LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, 1990; ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford Univ. Press, 2000.

¹⁰ PAGANINI (n. 9) p.14.

strumento principale utilizzato dai giuristi per ridurre l'estensione della vaghezza (è una certa concezione della ratio della norma che può permettere di escludere che un'automobile a pedali sia un veicolo- termine affetto qui da c.d. vaghezza combinatoria- ai fini dell'applicazione della norma che vieta l'ingresso dei veicoli nei parchi).

La mia tesi è che l'interprete spesso può decidere se valorizzare la generalità o la vaghezza di un termine. Per esempio, il riferimento alle pratiche ingannevoli contenuto nella direttiva sulle pratiche scorrette e nel codice del consumo può essere interpretato come un'aspirazione alla generalità, nel senso che il legislatore avrebbe inteso ricomprendere tutto e solo il genere delle pratiche comunemente classificabili come ingannevoli, genere peraltro troppo ricco per ricorrere ad un elenco completo. In alternativa, il ricorso a un termine generale che si aggiunge alla elencazione di casi specifici può essere interpretato come volontà di introdurre elementi di vaghezza. In questa seconda prospettiva si potrebbe aprire per es. la discussione se una pratica di bundling , dove il prodotto x è offerto ad un certo prezzo se acquistato da solo e a un prezzo molto inferiore se acquistato insieme ad y, sia una pratica ingannevole, in quanto pur non fornendo al consumatore nessuna informazione inesatta o incompleta lo induce comunque ad acquistare un x di cui il consumatore non ha bisogno, ma che grazie al bundling ha la sensazione di acquistare a pochissimo prezzo, facendo così quello che può sembrare un “buon affare”. A me sembra che il riferimento alle pratiche ingannevoli inteso come termine generale potrebbe non consentire questa estensione, mentre la valorizzazione della vaghezza del termine potrebbe autorizzarla (nella specie come si sa il problema è più semplice- o forse ancora più complicato- in forza dell'esistenza di un divieto generale di pratiche scorrette che potrebbe estendersi a comprendere anche pratiche né

ingannevoli, né aggressive¹¹). Come si vede qui c'è per l'interprete una prima possibilità di immettere in una norma un contenuto più o meno valutativo.

Un'altra possibilità si apre con riferimento alla possibilità di costruire una norma come contenente una regola o un principio. Mi ricollego qui a uno spunto di Dworkin, che riguarda la distinzione tra situazioni nelle quali il potenziale conflitto tra due norme si risolve nel senso della totale prevalenza dell'una o dell'altra, e situazioni nelle quali occorre operare un bilanciamento. Dworkin riferisce queste due proprietà rispettivamente alle regole, per le quali vale l'alternativa secca tra applicazione e disapplicazione, e ai principi, per i quali varrebbe invece il bilanciamento¹². Avendo rinunciato ad aspirazioni definitorie tralascio il dibattito sul fatto se questo sia veramente il criterio in grado di distinguere regole e principi, e mi limito a sottolineare l'importanza dell'alternativa in sé considerata e il fatto che spesso essa travalica sia i confini di quelli che vengono usualmente chiamati principi, sia i confini di quelle che sono usualmente considerate norme (nel senso di contrapposte ai principi). Voglio dire, cioè, che esistono casi di principi- o almeno tali chiamati- che si applicano secondo la regola del tutto o niente e che viceversa, e molto più importante, esistono norme il cui ambito di applicazione può essere utilmente ricostruito proprio ricorrendo a un bilanciamento. Relativamente alla prima eventualità basti pensare al principio della libertà di forma, che non è in genere trattabile in termini di bilanciamento, ma solo in termini di affermazione (in tutti i casi non disciplinati) o di esclusione (nei casi in cui sia imposta l'adozione di una forma

¹¹ Sul tema generale cfr. V.MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, p. 257 ss. Sul tema specifico relativo al rapporto tra elenchi, nozioni riassuntive e nozioni generali nonché alla possibilità di configurare pratiche sleali né ingannevoli né aggressive, v. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, 2009, 73 ss. V. anche DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.* 2009, I, 1057 a p. 1085.

¹² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, 1977, p.22 ss.

particolare)¹³. Relativamente alla seconda basti pensare ai bilanciamenti che sono necessari per interpretare la maggior parte delle norme elastiche (come ad es. la nozione di abuso nel diritto antitrust). Anche qui l'interpretazione della norma in un senso o nell'altro aumenta o riduce lo spazio di apertura valutativa.

L'ultimo punto è forse il più interessante dei tre. Riprendendo ancora una distinzione valorizzata in ambito giuridico soprattutto da Dworkin, vorrei accennare alla distinzione tra concetto e concezione¹⁴. A me sembra che anche qui si aprano all'interprete due alternative. Di fronte al divieto di istituire punizioni crudeli, o di fronte all'obbligo di tenere comportamenti corretti, l'interprete può usare la sua conoscenza del sistema per cercare di ricostruire cosa il legislatore intendesse per crudele o per corretto. Ricostruire, in sostanza, la concezione di crudeltà o di correttezza presumibilmente propria del legislatore, decidendo conseguentemente di attenersi ad essa. In questa prospettiva l'analisi, ad esempio, delle norme dettate in materia di contratti, o di società per azioni, può rivelare una certa concezione legislativa di cosa si debba intendere per comportamento corretto di un contraente o di un socio. Il riferimento al concetto generale viene allora interpretato come funzionale al completamento del sistema nel senso di rendere possibili interventi correttivi nei confronti di quei

¹³ L'esempio è di MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p.126 ss. e nota 35, cui si rinvia per una più raffinata trattazione del tema; V. anche NIVARRA, *Le clausole generali e i principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir.priv.*, 2007,411ss, ap.422ss.

¹⁴ DWORKIN, (n.12) p.134 ss., Per illustrare la distinzione l'a. fa l'esempio di un padre che raccomandi al figlio di non trattare gli altri "unfairly" e ipotizza che il figlio dimostri successivamente al padre che un atto che questi al momento della raccomandazione avrebbe considerato "fair" in realtà non lo è. La tesi è che in questi casi il padre non è costretto ad affermare che egli ha cambiato il contenuto della raccomandazione, ma può senz'altro affermare che la sua raccomandazione comprendeva l'indicazione di non compiere quel certo atto. Egli può cioè affermare che la sua raccomandazione è nel senso che la famiglia sia guidata dal concetto di "fairness", non dalla particolare concezione di "fairness" che egli aveva in mente nel momento in cui ha effettuato la raccomandazione.

casi, presumibilmente relativamente limitati, in cui un'anomalia fattuale crea la possibilità che l'applicazione meccanica di una norma conduca eccezionalmente a convalidare comportamenti scorretti.

In alternativa, l'interprete può considerarsi vincolato dal concetto fissato nella norma o nel principio, ma non dalla specifica concezione di quel concetto in qualche modo attribuibile al legislatore. L'interprete si sentirà allora autorizzato a proporre concezioni di correttezza argomentate non necessariamente in base all'analisi complessiva delle norme rilevanti e alle opinioni presumibili del legislatore storico al riguardo, ma anche in base al sentire sociale o ad esigenze pratiche mutevoli¹⁵. In questa prospettiva il riferimento al concetto generale servirebbe non a chiudere il sistema consentendo interventi coerenti in casi anomali, ma in un certo senso ad aprire il sistema stesso ad un confronto tra le varie (e mutevoli) possibili concezioni del concetto stesso.

Per concludere mi sembra che questi tre esempi illustrino la possibilità di operazioni interpretative, che sono rese possibili, o almeno facilitate da certe tecniche legislative (uso di termini connotati da maggiore vaghezza,

¹⁵Come fa, ad es., l'analisi economica del diritto, che valorizza, di un concetto antico come la buona fede, la concezione, coerente ai suoi assunti e difficilmente attribuibile al legislatore storico, che la riduce ad un semplice strumento di copertura dei vuoti della razionalità individuale, strumento la cui utilizzazione dovrebbe essere perciò legata al variabile atteggiarsi dei vari fenomeni rubricati sotto la voce fallimenti del mercato.

La letteratura è molto vasta e il modo con cui i diversi autori descrivono questa concezione non è sempre coincidente. V. ad es. SCHAEFER-OTT, *The Economic Analysis of Civil Law*, Springer Verlag, 2004, i quali ritengono che dal punto di vista dell'analisi economica del diritto l'applicazione della clausola di buona fede si giustifica solo quando ricorrono le seguenti quattro condizioni: "information costs are asymmetric; the information is productive; there is a good-faith premium; there is a distinct possibility of opportunism" (p. 385). L'accento è posto qui sul fallimento del mercato connesso alla asimmetria informativa. Considerano invece la buona fede come un mezzo per combattere i fallimenti connessi all'opportunismo MACKAAY-ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, seconda ed., 2008, p. 380 ss. In realtà la differenza è meno rilevante di quanto potrebbe sembrare. In assenza di problemi informativi i comportamenti opportunistici potrebbero essere previsti e quindi regolati esplicitamente in contratto rendendo così pressoché superfluo l'intervento della clausola di buona fede.

Altre osservazioni e citazioni in SEPE, *Good Faith and Contract Interpretation: A Law And Economics Perspective*, (August, 13,2010) 2010) <http://ssrn.com/abstract=1086323>.

norme di principio, ricorso a concetti suscettibili di diverse concezioni) e che possono essere complessivamente classificate come dirette ad ampliare (restringere) e complicare (semplificare) i criteri di giudizio rilevanti. La valorizzazione di una ratio che domina logicamente anche i termini più generali, la possibilità di procedere a bilanciamenti, la valorizzazione della pluralità di concezioni dello stesso concetto, sono tutti strumenti con i quali l'interprete può arricchire il novero dei criteri di giudizio rilevanti e con essi gli strumenti di ragionamento a sua disposizione.

4- Apertura valutativa e interessi sottostanti

Veniamo all'ultima questione, quella relativa alla funzione delle clausole generali e al loro rapporto con gli interessi sottostanti. Siamo ora in grado di apprezzare il fatto che questioni analoghe si pongono non solo con riferimento alle clausole generali in senso stretto, ma in tutti i casi in cui l'interprete dispone di una ragionevole alternativa tra ampliare o restringere l'apertura valutativa di una norma. Ci si può allora domandare quale sia il senso della tendenza a favorire (scoraggiare) questo processo. La risposta a questa domanda coinvolge una serie di problemi fondamentali (il ruolo dell'interprete, la completezza dell'ordinamento, il rapporto tra diritto e morale, ecc.) stancamente familiari a tutti i giuristi sin dai primi anni di studio. Non è perciò questo il luogo per affrontare questi quesiti e problemi in tutta la loro complessità. Qui vorrei limitarmi a qualche osservazione confrontando il modo tradizionale e un po' retorico di concepire le clausole generali come strumenti di apertura del diritto ai valori della società (se non addirittura come strumenti di progresso morale e politico del sistema giuridico) con il modo di concepirle proprio dell'analisi economica del diritto, che è l'unico movimento di pensiero che negli ultimi decenni abbia saputo coagulare un

consenso vasto e qualificato (nel senso di consenso motivato dall'adesione a precisi assunti e canoni interpretativi).

Ho già accennato al fatto che l'analisi economica concepisce la funzione delle clausole generali (e del diritto in genere o, almeno, di gran parte di esso) come semplice ausilio rispetto alla razionalità limitata degli agenti e come possibile rimedio ai c.d. fallimenti del mercato¹⁶. Essa spiega in tal modo sia la ragione del ricorso a clausole generali (la razionalità limitata del legislatore, incapace di prevedere tutte le manifestazioni che può assumere un fallimento del mercato) sia la funzione delle medesime (l'occasionale correzione dei risultati inefficienti che possono essere prodotti da qualche imperfezione del mercato). Ci si può chiedere, allora, in quale rapporto questa prospettiva, indubbiamente efficace e coerente, stia con le diverse impostazioni alternative che in variegata maniera fanno generico riferimento a valori presunti superiori (rispetto all'efficienza¹⁷) ma spesso, in realtà, molto mal definiti¹⁸. La mia opinione è nel senso che

¹⁶ In base al famoso teorema di Coase il diritto, in assenza di costi di transazione e dei connessi fallimenti del mercato, potrebbe limitarsi a stabilire e garantire adeguati titoli di proprietà (in realtà, in assenza totale di ogni forma di razionalità limitata e opportunismo, si può anche ipotizzare che gli agenti definirebbero e rispetterebbero spontaneamente l'assegnazione più efficiente dei diritti originari). Le contrattazioni tra i titolari di tali diritti assicurerebbero poi il raggiungimento dei risultati di volta in volta più efficienti, senza bisogno di ulteriori interventi del legislatore (per un approfondimento critico delle implicazioni teoriche di questa impostazione mi permetto di rinviare a DENOZZA, *Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana*, in *Riv.dir.priv.*, 2009, fasc.2, p. 31ss.).

Questi ultimi (gli interventi del legislatore) si rendono necessari, e sono legittimati, là (e solo là) dove questo meccanismo venga inceppato dalla razionalità limitata (in particolare, da deficit previsionali e informativi) e dall'opportunismo degli agenti. Qui il legislatore può venire (talvolta) in aiuto, dettando egli stesso le regole su cui, in assenza dei suddetti fenomeni, gli agenti si sarebbero spontaneamente accordati. Siccome, però, anche il legislatore soffre della stessa razionalità limitata di cui soffrono gli agenti, si danno casi in cui neanche lui è in grado di prevedere esattamente le regole opportune per ogni singola situazione. Le clausole generali e le norme elastiche possono allora sopperire (talvolta) al deficit cognitivo del legislatore.

¹⁷ Nel sistema dell'analisi economica del diritto l'efficienza, intesa come massimizzazione del benessere generale, si configura come un fine in sè, e non come l'ottima combinazione di mezzi destinati a raggiungere altri scopi.

queste impostazioni esibiscono una debolezza teorica profonda e sono destinate ad avere un'incidenza pratica molto limitata.

Cominciando dagli aspetti pratici, l'idea di governare società complesse ricorrendo, per preservare la pluralità di valori, a clausole generali¹⁹, mi sembra essersi rivelata come altamente illusoria. In assenza di quei valori organicamente condivisi che sono propri di società più tradizionali, è inevitabile che il vuoto venga tendenzialmente riempito dalle compatte concezioni tecnocratiche piuttosto che dalle sfrangiate concezioni moralistiche. Questo credo sia stato molto evidente nel diritto societario degli ultimi decenni dove, a fronte di qualche dozzina di casi di applicazione giurisprudenziale di disparate nozioni di correttezza, la teoria dello shareholder value ha in realtà legittimato, a livello mondiale, interi stili di comportamento il cui legame con la correttezza si è rivelato a dir poco labile. Il fenomeno è altrettanto evidente nel diritto antitrust, se si pensa alla diffusione dell'idea – da cui la stessa Commissione è stata contagiata - che si possa riempire la nozione di abuso di posizione dominante con un approccio meramente tecnocratico (il c.d. *more economic approach*²⁰) grazie alla presunta capacità di misurare le conseguenze delle pratiche delle imprese in termini di aumento o diminuzione del benessere e di poterne perciò calcolare l'effetto netto sul c.d. *consumer welfare*²¹, così neutralizzando l'approccio

¹⁸ Negativamente esemplare, resta, a mio avviso, il riferimento ad un valore ambiguo come la solidarietà, di cui molto parla anche la nostra giurisprudenza (v. ad es., le sentenze esaminate, con pertinenti annotazioni critiche, da GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 727 ss.), che resta, nonostante il richiamo costituzionale e tutto quanto si è scritto in argomento, sostanzialmente impreciso se non vuoto.

¹⁹ Tesi appassionatamente proposta tra gli altri da RODOTA' (n.4) 718.

²⁰ *An Economic Approach to Article 82*. Report by the European Advisory Group on Competition Policy, July 2005, <http://www.sfbtr15.de/dipa/82.pdf>. Sui più recenti sviluppi AKMAN, *The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?*, in *73 Modern Law Rev.* 605 (2010)

“moraleggiante”²² in passato sfociato nella elaborazione, da parte delle Corti europee, della nozione di “speciale responsabilità” dell’impresa dominante²³, nozione che si tenta di screditare o di interpretare in senso più economicistico²⁴. Si pensi poi, ancora, al dilagare del riferimento alle asimmetrie informative per spiegare e limitare la protezione che una volta si pensava dovesse essere istituita, per ragioni di giustizia, a favore dei soggetti più deboli.

Come ho detto non solo non credo che queste tendenze possano essere praticamente contrastate con la semplice invocazione di qualche indefinito valore generale, ma penso anche che i tentativi in questa direzione si esponano a serie obiezioni di carattere teorico. Posto che nessuno, credo, può in buona fede sostenere che l’attuale disciplina legislativa (italiana e, soprattutto, europea) dei rapporti economici privati sia ispirata da principi di solidarietà sociale, in qualunque modo intesi, non sembra operazione giuridicamente corretta quella di interpretare clausole generali come correttezza e buona fede in una direzione che le pone in rotta di collisione

²¹ Il consumer welfare come principale obiettivo del diritto antitrust europeo è recentemente ribadito dal commissario ALMUNIA, *Competition and consumers: the future of EU competition policy*, Madrid, 12 -05-2010, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/233&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

²² Significativo il contributo di AHLBORN-PADILLA, *From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law*, http://www.lecg.com/files/Publication/e6c44a2e-b652-4276-a90b-007941110989/Presentation/PublicationAttachment/cb3630f6-2a0d-4d4eaae152405ac5e31/Library_326070913_Ordoliberalism_Ahlborn_and_Padilla.pdf

²³ Il riferimento alla speciale responsabilità è stato peraltro ribadito recentemente dal Tribunale Generale, T-321/05, 1luglio 2010, *AstraZeneca v Commissione* che ha esteso la nozione di abuso fino a coprire anche comportamenti scorretti tenuti dall’impresa nell’interazione con pubbliche autorità.

²⁴ V. ad es. LAROUCHE, *Contrasting Legal Solutions and the Comparability of EU and U.S. Experiences* (November 2006). <http://ssrn.com/abstract=943615>; FLETCHER, *The Reform of Article 82: Recommendations on Key Policy Objectives*, http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/speeches/spe0205.pdf; GANSLANDT, *New Rules for Dominant Firms in Europe* (March 2006). <http://ssrn.com/abstract=970840>, e lo stesso Report dell’ Advisory Group (n.20).

con i valori del mercato che informano la disciplina specifica, senza spiegare come le due prospettive si possano coordinare e fingendo sostanzialmente l'esistenza di un sistema che in realtà non esiste²⁵. Accettare il mercato come meccanismo principale di coordinazione sociale, salvo poi contrapporre occasionalmente ai suoi valori altri valori in maniera priva di ogni coordinazione, non conduce a nessun risultato positivo e può anche arrivare a sommare ingiustizia ad ingiustizia. Cosa ancora più grave, credo che questo atteggiamento finisca per condurre le impostazioni che si limitano a generici richiami alla solidarietà, alla correttezza, all'abuso, all'equità ecc. a condividere lo stesso difetto fondamentale che affligge l'analisi economica del diritto, e che è a mio avviso quello di contribuire a rendere opachi e non trasparenti i rapporti sociali che si vogliono disciplinare²⁶. Se ci si pone l'obiettivo di una maggiore trasparenza delle valutazioni e degli interessi coinvolti nelle valutazioni stesse, piuttosto che la (ri)proposizione di orientamenti in fondo moralistici, penso che la strada da percorrere sia invece quella di una critica puntuale delle posizioni dell'analisi economica del diritto

In questa prospettiva si può immediatamente sottolineare la funzione ideologica dell'ossessivo riferimento alle c.d. market failures (interpretate come i soli fenomeni in grado di legittimare interventi regolativi) che finisce assurdamente per presentarle come una sorta di calamità naturali.

²⁵ Non sorprende allora l'accoglienza prevalentemente critica riservata dalla più attenta dottrina a uno dei più recenti e rilevanti exploit giurisprudenziali. Alludo a Cass.18 settembre 2009,n. 20106, in *I contratti* 2010, 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. Tra gli altri principali commenti, v. in *NGCC* 2010, parte seconda, p.129, M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* ; a p.139, C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*; a p. 319 ss. M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto, note critiche a Cass. N. 20106/2009*; in *Corr.giur.*2009,1577, MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*; in *Contratto e impresa*, 2010, 41, BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*.

²⁶ Obiettivo che l'analisi economica del diritto tenta di raggiungere cancellando i conflitti di interesse tramite la loro arbitraria aggregazione nella vuota nozione di benessere generale. v. DENOZZA (n.11)

La realtà è invece che esse sono prodotte dal modo in cui è organizzato il mercato. Un mercato con un certo tipo di distribuzione verticale, produce un certo tipo di difficoltà di informazione per i consumatori, un mercato popolato da enti finanziari polifunzionali, produce intricati conflitti di interessi ed enormi occasioni di suo fallimento, un mercato in cui si specula sui derivati produce i problemi legati all'uso opportunistico del voto sociale e fallimentare, un mercato in cui la possibilità di telefonare è un bene di consumo di massa omogeneo non soffre delle stesse asimmetrie informative di cui soffre un mercato in cui la possibilità di telefonare, di ricevere telefonate e di fare operazioni connesse, diventa un bisogno socialmente indotto e socialmente differenziato. In sintesi, i fallimenti del mercato non esistono in natura, ma sono il frutto di una certa organizzazione dei rapporti di produzione. Accettarli come naturali significa aver già in parte compromesso la soluzione, significa concentrare l'attenzione sul fenomeno anziché sulla causa.

Per di più l'idea di classificare i fallimenti del mercato come se fossero delle specie naturali (le asimmetrie informative, il potere monopolistico, i problemi di agenzia, ecc.) occulta il fatto che si tratta di fenomeni molto diversi all'interno di ciascuna specie e che per di più le specie si intrecciano. Così il tema dell'informazione imporrebbe di distinguere l'informazione che può essere ottenuta con un certo investimento da quella che non è comunque disponibile. Se si fa questa distinzione, si scopre non essere vero che il monopolista ha comunque interesse a trattenere su di sé i rischi che può fronteggiare meglio della controparte²⁷. Questa semplificazione trascura il fenomeno della c.d. incertezza assoluta e, in conseguenza, l'interesse che il monopolista può invece avere a

²⁷ Questo è l'argomento principe utilizzato per sostenere che la disciplina delle clausole contrattuali abusive deve essere interpretata come rimedio all'esistenza di asimmetrie informative e non come protezione nei confronti del potere monopolistico. Cfr. SCHAEFER-LEYENS *Judicial Control of Standard Terms and European Private Law – A Law & Economics Perspective on the Draft Common Frame of Reference for a European Private Law* (December 8, 2009) <http://ssrn.com/abstract=1520457>

scaricare sulla controparte i rischi inerenti a tutti i fenomeni di cui è impossibile stimare a priori la frequenza e la potenzialità dannosa. Ecco allora che il tema dell'informazione incrocia quello del potere. Analogamente, un conto è la posizione del consumatore che non valuta una certa informazione perché per lui è troppo costoso acquisirla, altro conto è la posizione del potenziale franchisee che non valuta correttamente un rischio perché pressato dalla necessità economica di concludere il contratto.

E' infine più che dubbia la possibilità di chiedere al mercato di fornire i criteri in base ai quali risolvere i problemi che si pongono là dove il mercato non c'è o non funziona. Detta in estrema sintesi, il mercato risolve il problema procedurale del coordinamento tra soggetti già proprietari e, almeno in alcune teorizzazioni, promette una distribuzione proceduralmente giusta della ricchezza prodotta (ognuno riceverà quello che risulterà essere il contributo al prodotto sociale fornito dal bene di cui ha la proprietà, sia esso il capitale o la forza-lavoro o altro) Se ci si mette invece nella prospettiva di ripartire un bene su cui nessuno può a priori invocare titoli di proprietà (sia esso il benessere derivante dal progresso tecnico o la copertura dell'insieme dei rischi nascenti da un contratto) i criteri di mercato non ci dicono in realtà nulla di definitivo, perché, in assenza dell'operare effettivo della procedura, sono indeterminati rispetto al conflitto distributivo che si tratta di risolvere. E infatti l'analisi economica del diritto può sostenere i suoi ragionamenti solo attraverso il sistematico occultamento dei conflitti di interesse, e cioè concependo i consumatori, i soci, i creditori, e, alla fine, tutta l'umanità, come altrettanti insiemi indistinti.

Io credo che un'adeguata discussione di questi, e altri, punti sia assolutamente necessaria. Ribadisco che a mio avviso la semplice, occasionale, contrapposizione al mercato di valori scoordinati tra loro, e con quelli propri dei meccanismi di mercato per il resto dominanti, non

credo possa essere una strategia alla lunga fruttuosa. Abbiamo invece bisogno di proseguire e approfondire l'analisi precisa degli interessi in gioco e la valutazione, aperta alla critica, di tutti i criteri che possono deporre nel senso della prevalenza dell'uno o dell'altro interesse. Credo che lo sforzo che talora l'interprete compie di sfruttare clausole e norme generali in direzione di una maggior apertura valutativa, meriti di essere approvato e sostenuto, ma solo se operato in questa direzione.