

Marco Giraudo

Incertezza giuridica ed instabilità economica

(doi: 10.1422/106993)

Sistemi intelligenti (ISSN 1120-9550)

Fascicolo 1, aprile 2023

Ente di afferenza:

Università di Torino (unito)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

MARCO GIRAUDO

INCERTEZZA GIURIDICA ED INSTABILITÀ ECONOMICA

1. INTRODUZIONE

Il presente scritto intende riflettere su alcuni aspetti economici dell'incertezza giuridica. Il problema è fondativo, in quanto ha a che fare con la stabilità e la prevedibilità delle pretese giuridiche e delle aspettative che su di esse poggiano, con profondi risvolti di natura economica, politica e sociale. Il tema è noto in campo giuridico, meno in campo economico (e.g. Pistor, Xu, 2003). È risaputo quanto il diritto sia inevitabilmente incompleto, incoerente e plurale (Graziadei, Zhang, 2023; Grossi, 2021; Sacco, 2023; Pino, 2018). Nonostante la “certezza giuridica” sia sempre più considerata un ideale, il diritto rimane un meccanismo istituzionale fondamentale nelle nostre società contemporanee quale strumento di mitigazione del conflitto intorno a beni, attività e relazioni sociali.

Né il diritto né l'economia tendono ad abbracciare l'incertezza giuridica ponendola al cuore di un programma di ricerca compiuto (Samuels, 2009; Coase, 1991), pertanto anche le riflessioni economiche in materia rimangono rare (vedi Jhonston, 1991; Dagan, 2018; Lee, Schoenherr, Starmans, 2022; Engel, 2020). In particolare, nel campo dell'analisi economica dal diritto, l'incertezza giuridica viene considerata un'anomalia diffusa, ma correggibile, dovuta principalmente a cause ascrivibili a limiti ideologici e cognitivi dei giuristi o a difetti nel processo di redazione dei materiali normativi. Salvo eccezioni (e.g. Hodgson, 2019; Beckert, Bronk, 2019; Zywicki, Boettke, 2017), la Law and Economics dominante sostiene che l'uso di strumenti propri dell'economia neoclassica sia in grado di offrire un quadro “scientifico”, razionale e prevedibile tale da riordinare le regole giuridiche altrimenti contraddittorie ed imprevedibili (Posner, 1973; Coase, 1978).

Ancorché pervasiva e profonda, l'“incertezza giuridica” rimane spesso relegata a questioni teorico-filosofiche volte, da un lato, ad esasperare la dimensione meramente discrezionale del diritto ed a minimizzarne l'autonomia quale disciplina compiuta (Posner, 1973; Tafani, 2022), dall'altro a negare l'esistenza di tale incertezza presentando il diritto come il “nobile

sogno” in cui i giudici non fanno altro che applicare regole prestabilite (Hart, 1977). Gli stessi “realisti americani”, una scuola di pensiero eterodossa e anti-formalista dell’inizio del XX secolo (Williamson, 1997), non sono stati in grado di costruire un diritto dell’incertezza, ossia un compiuto programma di ricerca capace di fornire una cornice teorica per lo studio di azioni giuridiche in un contesto apertamente incerto.

A maggior ragione non esiste un’ampia e compiuta riflessione economica riguardo alle scelte giuridiche assunte in contesti di incertezza. Né con riguardo a come i giudici assumono decisioni in tali contesti, né rispetto alle scelte compiute dagli agenti economici quando le regole giuridiche applicabili sono instabili ed incomplete. In particolare vengono trascurati aspetti di “epistemologia sociale” alla base della costruzione delle aspettative giuridiche in contesti incerti, sia all’interno del mercato che all’interno del gruppo epistemico dei giuristi, ivi inclusi i giudici (Polanyi, 1962; Kitcher, 2018).

Tali dinamiche hanno tuttavia un’importanza sempre maggiore nel processo di costruzione di aspettative più o meno ottimistiche riguardo alla validità delle nuove soluzioni giuridiche applicate ad attività emergenti, le quali a loro volta influiscono in maniera profonda sulle aspettative di redditività e successo di nuovi modelli di business oggetto di indagine giuridica. Esiste, infatti, una complementarità tra futuri giuridici e futuri economici pericolosamente trascurata, in ragione della quale modelli di business commercialmente di successo possono trovarsi improvvisamente sprovvisti di fondamenta giuridiche robuste, per effetto della reiezione da parte del sistema giudiziario (custode dell’ordine giuridico) delle innovazioni giuridiche su cui i primi si fondano. È così possibile che alcune industrie o imprese possano implodere a causa di “scommesse giuridiche fallite” poste a fondamento di mercati di frontiera dove si scambiano prodotti innovativi.

Le pagine che seguono intendono abbracciare l’incertezza giuridica come tratto imprescindibile del diritto offrendo alcune riflessioni con particolare riguardo al tema della regolazione delle nuove tecnologie. Lo scopo è mettere in guardia rispetto alle conseguenze economiche di scelte di investimento in nuove attività e tecnologie innovative le cui fondamenta giuridiche siano ancora instabili. Il riconoscimento del ruolo svolto dall’incertezza non implica la rinuncia al diritto o alla regolazione (e.g. Clarke, 2021). Tuttavia, impone l’uso di una pluralità di euristiche e strumenti epistemici tali da prevenire la standardizzazione eccessiva delle aspettative giuridiche sul futuro a favore di prospettive plurali riguardo a *futuri gius-economici* in competizione.

L’articolo procede nel modo seguente. Il secondo paragrafo tratta dell’incertezza giuridica anche alla luce di alcune riflessioni economiche. Il terzo paragrafo sottolinea la marginalità assunta dal tema nella riflessione giuridica ed economica. Il quarto tratta della co-evoluzione e della complementarità tra aspettative giuridiche ed economiche in

contesti di incertezza. Il quinto tratteggia i costi associati alla sottovallutazione delle implicazioni economiche dell'incertezza giuridica che possono manifestarsi sotto forma di "bolle giuridiche". Il sesto tratta alcuni esempi di bolle giuridiche in materia ipotecaria negli USA e nel campo dell'economica digitale. Il settimo conclude.

2. INCERTEZZA GIURIDICA E CONOSCENZA GIURIDICA LIMITATA

Nella letteratura giuridica la nozione di certezza del diritto è tanto utilizzata quanto indeterminata, suscettibile di diverse ed alterne interpretazioni (Graziadei, Serio, 2018; Pino, 2018; Lipari, 2015; Zagrebelsky, 1992). Sul piano teorico, non vi è accordo sulla possibilità stessa della certezza giuridica né sulla misura in cui essa sia desiderabile o meno. Dal punto di vista degli operatori giuridici professionali, invece, vi è la diffusa percezione di quanto sia difficile immaginare e sperimentare un ordine di regole completo, capace di regolare *ex ante* ed in maniera prevedibile le attività socio-economiche attraversate da conflitti sempre nuovi (Rizzo, 1999; Dagan, 2018).

L'infinità delle opportunità di conflitto, unita all'evoluzione imprevedibile della cultura e delle relazioni sociali all'interno di una società, fa risultare il ruolo mediatore e creativo dell'interprete inevitabile (Calabresi, 2010; Sacco, 2023; Grossi, 2021). Tale ruolo creativo rende il diritto radicalmente incerto in quanto suscettibile di molteplici *usi* o *interpretazioni*. Il problema della "conoscenza giuridica limitata" si estende dunque anche al diritto e reca con sé il fatto che sia necessario attendere l'esito di molteplici processi di scoperta delle implicazioni delle attività oggetto di indagine ed interpretazione, prima di poter raggiungere un consenso relativamente stabile intorno alle regole giuridiche applicabili a realtà nuove.

Esiste infatti un aspetto di "epistemologia sociale" molto importante nel definire quale sia il diritto applicabile ad un determinato aspetto della realtà. Come emerge chiaramente nelle parole di Lord Goff "se messi in prospettiva storica, ogni proposizione giuridica, sia che provenga dal potere legislativo, o dai giudici, o da giuristi, non è altro che un'ipotesi di lavoro. Si tratta, molto semplicemente di un'approssimazione temporanea che alcune persone nella loro saggezza hanno trovato convincente in un determinato momento" [trad. aut.] (Goff, 1987). Medesime considerazioni valgono anche per il diritto negli USA o in Italia, al di là di aspetti formali e tecnici che spesso vengo enfatizzati per distinguere paesi appartenenti alla famiglia di civil law e di common law (Vettori, 2017).

Tali dinamiche di consenso e scoperta sono ampiamente guidate da regole non verbalizzate, atteggiamenti di conformismo ed ideologie più o meno dominanti all'interno della società e del gruppo epistemico dei giuristi (Sacco, 1991; 1995). Il giurista "conosce più di quanto non sappia

dire” rappresenta la dimensione tacita della conoscenza del diritto, che in qualche modo guida l’attività interpretativa del giurista (Sacco, 1995; Polanyi, 1966, 1951; Llewellyn, 1931). Infatti, il sapere tacito ed extra giuridico detenuto dal corpo dei giuristi è una fonte irrinunciabile di adattamento, completamento e legittimazione delle decisioni giuridiche fondate formalmente su regole di diritto positivo (Caterina, 2009). Tale aspetto tacito e di gruppo rende spesso imprevedibile tanto la direzione quanto la velocità con cui il consenso giuridico evolve e si consolida.

Anche in campo giuridico, si esibisce quindi il “problema della conoscenza” esposto magistralmente, fra i molti, da Frank Knight nel 1921:

Viviamo in un mondo pieno di contraddizioni e paradossi, un fatto di cui la prova migliore è la seguente: l’esistenza del problema della conoscenza deriva dal fatto che il futuro è diverso dal passato, quando la possibilità di risolvere un problema che emerge dipende dal fatto che il futuro sia in qualche modo uguale al passato (Knight, 1921, p. 313).

Infatti, come scrisse efficacemente un maestro del realismo giuridico americano oltre cento anni fa:

“milioni di situazioni” non sono ancora state prese in considerazione, e non sappiamo ancora abbastanza per azzardare una previsione o per formulare una regola da applicarvi. La società imporrà limiti e soluzioni in situazioni che oggi non sono coperte dal nostro sistema di regole” (Corbin, 1922).

Tale impossibilità di prevedere il futuro, che caratterizza anche il diritto, ci porta a prendere a prestito anche la nozione stessa di incertezza radicale espressa da Frank H. Knight (1921, p. 233), così da estenderla anche al nostro campo di ricerca:

La differenza pratica tra le due categorie, rischio e incertezza, sta nel fatto che nel primo caso la distribuzione di un gruppo di eventi è conosciuto ... mentre nel caso dell’incertezza questo non è più vero, la ragione di ciò risiede nel fatto che risulta impossibile formare un tale gruppo di eventi possibili, dato che l’agente si trova a doversi interfacciare con una realtà per moltissimi aspetti unica [trad. aut.].

Se l’evoluzione dell’ordine delle cose è imprevedibile, così anche l’ordine delle regole non può che essere incompleto ed imprevedibile di fronte a nuovi ed imprevedibili conflitti. Saranno dinamiche di scoperta interne al gruppo dei giuristi a determinare *ex post* quale futuro giuridico sarà a prevalere tra i tanti possibili, sulla base dei quali *ex ante* gli agenti economici hanno pianificato le proprie azioni economiche, definendo così vincitori e vinti nel processo di esplorazione del diritto (vedi Jhonston, 1991). L’incertezza impone umiltà e smaschera ogni forma di leggenda oggettivista tanto nella scienza quanto nel diritto, ridimensionando in maniera significativa il ruolo svolto da indovini e

consulenti che commerciano analisi di impatto e previsioni sul futuro giuridico (Kitcher, 1993; 2018; Fuller, 1940).

A riprova di ciò, vale la pena ricordare quanto recentemente affermato dal giudice Samuel Alito, della Corte Suprema degli Stati Uniti, in una *dissenting opinion* in materia di regole giuridiche applicabili alle “nuove” tecnologie internet, ormai diffuse da decenni. Il giudice afferma che “egli non ha ancora avuto modo di farsi un’idea definitiva riguardo alle nuove questioni poste [...] al fine di affrontare compiutamente il cambiamento delle “condizioni sociali ed economiche” percepite dal procuratore generale. [...] Non è chiaro come i precedenti della Corte Suprema Federale, che sono anteriori rispetto all’adozione di internet, debbano trovare applicazione nei confronti delle grandi società di social media” (Kern, 2022, trad. aut.).

È evidente che a seconda di come i precedenti giudiziari verranno definitivamente applicati alle attività economiche condotte via internet, dipenderà il successo di alcuni modelli di business che nel frattempo si sono diffusi commercialmente. In tale contesto, lo studio dei futuri giuridici non può non estendersi alle implicazioni in termini di complementarietà con i futuri economici che ne possono seguire. Tali *futuri gius-economici* possono rimanere compresenti per molto tempo, o possono improvvisamente collassare a favore di un’interpretazione intorno a cui viene a costituirsi un consenso.

3. INTERDIPENDENZA TRA INCERTEZZA GIURIDICA ED ECONOMICA

Aspettative economiche e giuridiche sono tra loro complementari (Samuels, 2009; Coase, 1991). Infatti, non esiste mercato senza diritti di proprietà, tutela dei contratti e responsabilità per i danni causati ad altri nel corso delle interazioni sociali ed economiche (Gambaro; 2017). L’economia stessa, quale ambito della realtà in cui si producono e scambiano beni, si fonda ampiamente sulla circolazione di titoli giuridici e capacità giuridicamente tutelate di sfruttamento delle diverse risorse disponibili (Merrill, Smith, 2001; Coase, 1991). Non solo, ma la delimitazione ed il collegamento tra *mercato*, *impresa* e *Stato*, quali meccanismi istituzionali di coordinamento economico, sono anch’essi giuridicamente fondati (Vatiero, 2021; Commons, 1924).

Anche dal punto di vista della “divisione del lavoro” tra economia e diritto la distinzione è meno netta di quanto si vorrebbe. Uno dovrebbe occuparsi dello studio “dell’ordine delle azioni” economiche, l’altro “dell’ordine delle regole” che ad esse dovrebbero applicarsi. Tale distinzione tra descrizione positiva e valutazione normativa rimane piuttosto evanescente (Fuller, 1940). Infatti, le due discipline sono tra loro complementari e compenetranti, al punto che diritto ed economia sono legati da un nesso così stretto da rendere impossibile una distinzione

pratica e netta tra i due ambiti di ricerca (Irti, 2003, Cooter *et al.*, 2006; Calabresi, 2016).

Ad esempio, i giudici e gli accademici usano tacitamente le narrazioni implicite nell'economia e nelle scienze sociali per prevedere le conseguenze delle proprie decisioni riguardo agli interessi fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico (Calabresi, 1991; 2010). Tali euristiche sono utilizzate per assumere decisioni riguardo alla qualificazione giuridica ed il bilanciamento di interessi coinvolti nell'ambito delle diverse attività oggetto di indagine (Calabresi, 1991; 2018). Non è infatti possibile bilanciare diritti o qualificare fenomeni se non alla luce di aspettative più o meno tacite riguardo alle interazioni ed agli effetti che questi avranno sull'ordine delle azioni e sulla società nel complesso. Così facendo, l'uso tacito della conoscenza "economica" nei precedenti giudiziari e nelle dottrine accademiche rende quest'ultima "normativa", in quanto diventa parte dei materiali "giuridici" a cui altri giuristi potranno attingere nelle decisioni successive.

In un mondo certo ed in equilibrio, le regole giuridiche svolgono una funzione di stabilizzazione delle aspettative condivise relativamente all'uso ed alla circolazione di beni, favorendo investimenti e la collaborazione spontanea tra agenti economici. Tali vengono descritte le regole giuridiche nella gran parte dei manuali di economia istituzionalista, come se esse fossero dei "prezzi" per svolgere attività economiche (Mercuro, Medema, 2020). In un modo del tutto simile al mercato, le regole giuridiche dovrebbero segnalare il "costo" delle diverse attività giuridicamente rilevanti fungendo da meccanismo di coordinamento tra agenti con piani economici e personali spesso divergenti gli uni dagli altri. Fintanto che ci troviamo nel mondo in equilibrio e conosciuto non vi è spazio per grandi sorprese o problemi di coordinamento tra aspettative economico-giuridiche (Littlechild, 1977; Boettke, 2002).

Non stupisce che le analisi economiche del diritto di maggior successo tendano a muovere da assunti molto forti riguardo alla possibilità che le regole giuridiche siano certe, così da poterle utilizzare come vincoli entro cui gli agenti economici possono compiere decisioni razionali e di ottimizzazione (Milhaupt, Pistor, 2008; Michaels, 2009; Cooter, 1984). In tal senso, la nozione di (in)certezza del diritto svolge un ruolo molto simile alla nozione di "equilibrio" in economia (Nicita, 2006; Demsetz, 1969). La certezza del diritto e la completezza dei mercati perfettamente competitivi rappresentano il "nirvana" giuseconomico, dove è possibile compiere predizioni, analisi oggettive e mettere in campo politiche centralizzate "ottimali", capaci di risolvere i fallimenti di mercato se non addirittura di sostituirsi ad esso. L'oggettivismo che ne deriva caratterizza l'atteggiamento culturale dominante nel campo dell'analisi economica del diritto (Hodgson, 2019; Buchanan, 1969; Bronk, Beckert, 2022), favorendo il ricorso all'inferenza statistica ed all'analisi del rischio per pianificare il futuro.

Il coordinamento delle aspettative economico-giuridiche si complica, nel momento in cui abbandoniamo il “Nirvana” ed affrontiamo l’incertezza giuridica ed i suoi effetti (North, 2006). Infatti, nel mondo dell’incertezza le norme giuridiche sono incomplete e suscettibili di “usi” imprevedibili da parte tanto degli agenti economici quanto dei giudici stessi. Ciò è tanto più vero nel contesto delle transazioni innovative (Dagan, 2018), in quanto non è possibile prevedere *ex ante* le implicazioni giuridiche di nuove attività dai risvolti spesso sconosciuti. Infatti, quando agenti economici e giuristi si trovano di fronte ad una realtà nuova si apre un periodo in cui sia gli uni che gli altri procedono attraverso un processo di scoperta e sperimentazione di soluzioni diverse, pronti a falsificare e rivedere le proprie aspettative giuridiche iniziali.

Da un lato, i giudici cercano di comprendere il significato giuridico delle implicazioni dei nuovi scambi man mano che essi si rivelano nella prospettiva di arrivare ad un consenso intorno alla loro qualificazione giuridica. Nel corso di tale processo di scoperta essi procedono per tentativi e, come sottoprodotto della loro attività, formulano regole provvisorie riconoscendo diritti sullo sfruttamento delle risorse impiegate nel corso delle nuove attività (Harnay, Marciano, 2006). Dall’altro lato, gli agenti economici cercano di conoscere il quadro giuridico applicabile alle nuove transazioni così da poter pianificare le proprie attività ed investimenti (Libecap, 2003). *Ex ante* non è possibile stabilire con certezza quali diverse interpretazioni giuridiche ed aspettative su di esse fondate prevarranno, è dunque possibile che vi sia un periodo, una sorta di “presente giuridico esteso” (vedi Boettke, Coyne, Leeson, 2014, p. 538; Boulding, 1971), durante il quale coesistono regole diverse, fondate su aspettative sul futuro giuridico anche radicalmente divergenti.

In altre parole, di fronte ad un futuro plurale e solo parzialmente visibile, gli agenti economici debbono compiere i propri investimenti sulla base di mere aspettative riguardo alle interpretazioni che prevarranno nei tribunali, facendo una “scommessa giuridica” sul futuro che ritengono essere il più verosimile.

4. CO-EVOLUZIONE TRA INNOVAZIONE GIURIDICA ED ECONOMICA IN CONTESTI INCERTI

Lungo la frontiera dell’innovazione tecnologica, le regole giuridiche sono instabili, in quanto non sono fondate su un corpo di conoscenza robusta e condivisa riguardo alle “qualità giuridiche” ed agli effetti delle nuove attività (vedi Dekker, Kuchař, 2021). Agenti economici e giudici si trovano a dover decidere ed agire alla luce di aspettative relative a quale “futuro giuridico” verrà a stabilizzarsi, con effetto sulla qualificazione giuridica delle nuove attività e sul bilanciamento dei diversi interessi da esse coinvolti. Infatti, gli agenti economici devono pianificare *oggi*

investimenti e attività che verranno interpretate *domani* alla luce di conoscenze, implicazioni giuridiche e consenso giuridico futuri.

Allo stesso modo, i tribunali devono assumere le proprie decisioni circa la compatibilità tra innovazioni giuridiche e l'insieme dei diritti e degli interessi giuridicamente tutelati. Nel decidere le questioni poste loro innanzi, i tribunali si trovano a contemperare da un lato la propria esigenza di esplorare, approfondire e comprendere la nuova realtà su cui debbono esprimersi, dall'altro la necessità di decidere tempestivamente le liti intorno alle nuove attività la cui natura giuridica è ancora incerta. L'unica certezza è che essi non possono “decidere di non decidere”.

Infatti, i giudici sono tenuti a scegliere se sostenere le pretese dell'attore o del convenuto ad annunciare la “regola” sulla base della quale intendono fondare la propria decisione, a costo di far ricorso ad una massima mentitoria, che si renda necessaria per dare una parvenza di legittimazione giuridica ad una decisione fondata piuttosto sull'intuizione e la necessità di risolvere la lite (Sacco, 1988).

Al fine di giustificare tali decisioni riguardo alla “qualità giuridica” delle nuove soluzioni, i giudici tendono a fare proprie le narrazioni dominanti nella società e meno “costose” sul piano cognitivo e dell'argomentazione (e.g. Calabresi, 2018). Tale spinta verso l'adozione tempestiva delle argomentazioni più liquide ed apparentemente convincenti (Sacco, 1988; Pino, 2016) favorisce l'emersione di regole, enunciati e proposizioni “provvisorie” fondate su mere aspettative, spesso ottimistiche, riguardo alla compatibilità delle nuove soluzioni giuridiche con i diritti e gli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico. Sulla base di tali regole provvisorie, altre decisioni verranno assunte e azioni economiche verranno pianificate

Così facendo, ecco che le aspettative implicitamente contenute nei precedenti diventano “normative”, più “disponibili” e pronte all'uso. I costi cognitivi del loro utilizzo sono ridotti e l'assenza di dottrine alternative mature ne rende molto facile l'adozione da parte di altri colleghi. Infatti, i precedenti traggono vantaggio “dall'effetto di rete”, in quanto più vengono utilizzati più il loro valore persuasivo cresce ed il “costo di giustificazione” della decisione diminuisce. Le “cascate di precedenti” che seguono fanno sì che queste prime interpretazioni intuitive e fondate su mere aspettative sul futuro vengano codificate nella giurisprudenza, diventando temporaneamente normative (si veda in generale Talley, 1999).

Vengono così ad essere avallate soluzioni giuridiche spesso predisposte dagli agenti economici stessi, che essi definiscono attraverso contratti standard e non negoziati al fine di costruire le fondamenta giuridiche loro utili per commercializzare i propri prodotti. Tali “innovazioni giuridiche” sono infatti il frutto di investimenti specifici in consulenze ed expertise specialistiche da parte degli agenti economici di maggior successo commerciale, non altrettanto possibili per le corti e i giudici

che si trovano a dover valutare la validità delle prime (McDonald, Forte, 2021; Hoffmann, *et al.*, 2018; Galanter, 1974).

Tali regole iniziali sono suscettibili di verifica da parte dei colleghi giudici e giuristi, che possono vagliarne i fondamenti così da avallarle o respingerle. In contesti di incertezza radicale, tuttavia, il processo di verifica e stabilizzazione delle regole giuridiche annunciate da parte dei tribunali e delle corti tende ad essere meno agevole e lineare di quanto uno potrebbe attendersi. In assenza di saperi condivisi i giudici sono più inclini ad “usare” e fare proprie la conoscenza o le narrative predisposte dagli operatori economici nella misura in cui esse appaiano “abbastanza adeguate” per fondare le proprie decisioni e risolvere i conflitti entro un termine di tempo ragionevole (Graziadei, 2009; Van Erp, 2015; Heller, 2001).

In tal modo, i tribunali implicitamente assegnano temporaneamente “diritti” sulle risorse contese sulla base di aspettative giuridiche di parte o eccessivamente ottimistiche riguardo alle implicazioni delle nuove attività. Si apre così un periodo iniziale in cui, anche all’interno del sistema giudiziario, può sembrare che gli agenti economici siano stati in grado di costruire solide fondamenta giuridiche per il nuovo modello di business (Harnay, Marciano, 2006; Calabresi, Melamed, 1972, p. 1090).

Tali regole possono continuare a venire utilizzate anche se progressivamente indebolite, o apertamente smentite dall’emergere di conseguenze ed implicazioni indesiderabili e non previste. Ciò può accadere almeno fino a quando le dissonanze tra narrazioni e realtà siano tali da imporre una verifica approfondita della validità delle regole in uso (Graziadei, 2009; Calabresi, 2018), fino a modificarle e sostituirle con effetto “retroattivo”.

Il consenso all’interno della giurisprudenza può rapidamente oscillare passando da una prima fase di “aspettative eccessive” a quella successiva della “disillusione” (Giraudo, 2022b). Quest’ultima legata all’emergere sempre più evidente delle implicazioni indesiderabili e delle effettive qualità giuridiche di un’innovazione giuridica, spesso accompagnata da un processo di revisione e ri-bilanciamento delle decisioni precedenti. Vi è dunque la possibilità che si creino hype nell’innovazione giuridica tali da rinforzare dinamiche di esuberanza collettiva già presenti in economia (vedi Giraudo, 2022a).

Con il rafforzarsi del processo di ri-qualificazione giuridica e ri-bilanciamento degli interessi e dei diritti coinvolti, le fondamenta giuridiche di un’attività innovativa e l’intera struttura degli incentivi che ne deriva vengono progressivamente e *retroattivamente* trasformati. Un ribaltamento che una volta completato può travolgere investimenti ed influenzare in maniera significativa la redditività di attività che, prima del processo di riadattamento del consensus all’interno delle corti, risultavano altamente profittevoli (Hoppner, 2022).

5. LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELL'INSTABILITÀ GIURIDICA

Il mondo dell'innovazione tecnologica può essere un buon terreno per riflettere sulle conseguenze economiche dell'instabilità giuridica. In un mondo in cui la competizione si è estesa alla dimensione giuridica dei nuovi modelli economici (Pollman, Barry, 2017), il successo economico sul lungo periodo dipende anche dall'esito delle "scommesse giuridiche" dirette ad assicurarsi i titoli giuridici necessari per svolgere le nuove attività (Giraud, 2022b, 2022c). Infatti, senza il continuo e duraturo sostegno dei tribunali, l'effettiva capacità di raccogliere i risultati dei propri investimenti non è garantito da semplici successi giudiziari iniziali (Dagan *et al.*, 2020; Deakin *et al.*, 2017; Pistor, 2019).

I modelli economici innovativi si rivelano redditizi anche in funzione della capacità degli imprenditori che li sviluppano di ottenere il sostegno dei tribunali nel tempo, anche di fronte all'emergere di pretese avverse dirette a tutelare interessi consolidati e diritti esistenti. Esiste infatti una dimensione condizionale propria delle regole inizialmente accettate come base giuridica di modelli economici innovativi, tale da rendere sempre possibile scoprire che le scommesse giuridiche compiute dagli agenti economici sono state successivamente respinte dai tribunali, per effetto di dinamiche di scoperta e consenso interni al sistema giudiziario.

In altre parole, c'è un periodo tra l'introduzione di innovazioni giuridiche e la stabilizzazione di un consenso all'interno della comunità giuridica riguardo alla validità di queste ultime, in cui le "percezioni giuridiche" espresse dal mercato sono potenzialmente fuorvianti al punto da incoraggiare investimenti in attività che si riveleranno poi giuridicamente fragili, in quanto condizionate al fatto che il futuro giuridico su cui implicitamente si fondano si realizzi (cfr. Schnyder *et al.*, 2021). Potremmo infatti assistere alla erosione sistemica di redditività e sostenibilità di alcuni modelli economici innovativi, dovuta alla progressiva falsificazione del futuro giuridico atteso. Dal punto di vista economico, la previsione errata riguardo alla struttura dei titoli giuridici definitivamente applicabili alle nuove attività si trasforma in una scommessa giuridica fallita creando così le condizioni per l'esplosione di una "bolla giuridica".

Le bolle giuridiche si riferiscono all'ipotesi che il mancato riguardo verso l'instabilità delle regole giuridiche applicabili alle attività innovative possa causare il tracollo economico di alcune industrie. Esse sono il risvolto economico dell'emersione inattesa dell'incertezza giuridica attraverso il collasso delle fondamenta giuridiche di alcuni mercati innovativi. Come accade con riguardo alle bolle speculative di natura finanziaria che si legano ad un eccessivo ottimismo rispetto all'affidabilità e stabilità dell'andamento dei prezzi azionari, le bolle giuridiche originano da aspettative eccessivamente ottimistiche riguardo alla stabilità delle fondamenta giuridiche di industrie e modelli economici fondati sullo sfruttamento di "risorse" nuove, la cui "mercificabilità" sia dubbia o la

cui compatibilità con norme imperative del sistema giuridico non sia del tutto chiara (Giraudò, 2022b, 2021).

Le bolle giuridiche e l'incertezza che le origina travolgono *retroattivamente* le operazioni già compiute fondate su aspettative giuridiche eccessivamente ottimistiche, esponendo gli operatori economici a rapidi stravolgimenti tanto dello stato patrimoniale, quanto nel conto economico. Le bolle giuridiche possono scoppiare quando, improvvisamente, uno dei diversi futuri giuridici possibili si afferma sugli altri, riqualificando retroattivamente la natura giuridica di una risorsa e di fatto dichiarando giuridicamente insostenibile o fallito il modello economico fondato sullo sfruttamento di quest'ultima (Giraudò, 2022b).

L'incertezza giuridica si distingue pertanto dal mero rischio regolatorio. Il rischio regolatorio è onnipresente e riguarda la possibilità che il legislatore ordinario intervenga nel definire il bilanciamento di interessi e diritti coinvolti in una attività alla luce di valutazioni politiche, economiche, o morali. Tale intervento non può valere che per il futuro e permette un adattamento da parte degli agenti economici alla nuova struttura degli "incentivi giuridici" posti dalle nuove regole. Per quanto riguarda la qualificazione giuridica delle attività oggetto di nuova regolazione, il rischio regolatorio si riferisce alla possibilità che esse vengano qualificate diversamente, ma non mette in dubbio la liceità della mercificazione di alcune risorse o la sostenibilità giuridica di un modello economico nel complesso (Fosch-Villaronga *et al.*, 2023; Giraudò, 2021).

Diversamente, l'incertezza giuridica riguarda *l'esistenza di un mercato* sin dal principio in quanto si riferisce al fatto che molteplici ed alternative qualificazioni del nuovo prodotto o attività possano portare anche alla scomparsa di "mercati di frontiera". Ossia di quei mercati dove vengono scambiati beni le cui fondamenta giuridiche sono instabili e la cui compatibilità con il sistema giuridico sia dubbia.

6. BOLLE GIURIDICHE E MERCATI DI FRONTIERA

La distinzione tra incertezza giuridica e rischio si coglie tanto più ci si avvicina alle frontiere giuridiche del mercato. Più il nuovo mercato si avvicina al confine tra contratto e proprietà più le fondamenta giuridiche delle nuove industrie diventano instabili (cfr. Van Erp, 2015; Singer, 2015; Arrunada, 2017). Similmente ciò accade quando l'innovazione giuridica mette alla prova la separazione tra "oggetto" e "soggetto" spingendo il processo di mercificazione dei diritti fondamentali al punto da confondere tale distinzione. Infatti, la differenza tra chi può essere oggetto di diritti e chi ne è titolare è una precondizione per il corretto funzionamento di un processo di mercato (si veda in generale Van Erp, 2015, p. 64). Quest'ultimo ed i diritti di proprietà che ivi si scambiano

iniziano quando soggetti e oggetti sono ben “separati l’uno dall’altro”(Van Erp, 2015; Lehavi, 2013).

Un esempio di bolla giuridica scoppiata a causa della forzatura della frontiera tra contratto e proprietà, è stata la vicenda del Mortgage Electronic Registration Systems negli Stati Uniti (MERS) (Giraudo, 2022c). Essa prende avvio negli Stati Uniti a metà degli anni novanta del secolo scorso, dalla volontà dell’industria americana del credito di superare il pluralismo giuridico in materia di ipoteche, così da poter costruire un mercato unico dei mutui ipotecari tale da permetterne la rapida circolazione e “finanziarizzazione”. Il travolgente successo commerciale del MERS si è sin da subito fondato sulla costruzione di un registro immobiliare privato unico delle ipoteche per tutti gli Stati Uniti, regolato da un diritto uniforme di origine convenzionale e privatistica. Un’audace sortita contrattuale nel campo dei diritti di proprietà che per lungo tempo è stata oggetto di alternative qualificazioni giuridiche tra loro radicalmente diverse. Sulla base di tale “scommessa giuridica”, oltre il 60 % dei mutui ipotecari americani è stato trasferito all’interno del sistema nel corso del tempo.

La c.d. forecloruse crisis del 2010-2011 rese evidente lo scoppio della “bolla giuridica” pochi anni dopo la crisi finanziaria globale. Infatti, nel corso di tale crisi giuridica l’intera industria del credito si trovò sospesa e ad un passo dal fallimento a causa del fatto che la “scommessa giuridica” su cui l’intera industria era stata costruita fu improvvisamente respinta dai tribunali statali americani (Van Erp, 2015; Singer, 2015). Solamente il “soccorso” da parte di alcune corti supreme statali sventò il fallimento anche *economico* dell’industria e, probabilmente, una seconda recessione dell’economia americana (Giraudo, 2022c; Singer, 2015). Come ogni salvataggio di natura istituzionale le decisioni emergenziali delle corti supreme hanno avuto un costo sia per la collettività nel complesso sia per i proprietari di casa esecutati (Singer, 2015). Il tempo dirà se il nuovo equilibrio di forze tra creditori e debitori che si è inteso raggiungere saprà resistere a future crisi immobiliari e “giuridiche” (Giraudo, 2022c).

Un altro esempio di possibile bolla giuridica del nostro tempo è l’economia digitale, fondata sulla “scommessa” della mercificazione dei dati personali da molti considerati come la vera “nuova moneta di internet”. La possibilità tecnica di mercificare i dati personali ha permesso di estendere il perimetro degli scambi economici, includendo persone e fasce della popolazione prima escluse dai servizi di socializzazione ed informazione (e.g. Harris 2012, Schwartz, 2004; Rodotà, 2005).

Nonostante l’evidente successo sociale e commerciale della nuova moneta (nonostante i dubbi anche in materia antitrust Hoppner, 2022), le basi giuridiche della “moneta di internet” sono sempre più in subbuglio, al punto da mettere a repentaglio il successo economico dei modelli di business fondati sulla mercificazione e libera circolazione dei dati personali (Custers, Malgieri, 2022, Giraudo, 2022). Per usare un termine

tanto efficace quanto autorevole, sono ormai alcuni anni che l'ecosistema digitale ha raggiunto un "boiling point" giuridico-istituzionale che ne minaccia la stabilità (Buttarelli, 2018).

Al cuore del problema ritroviamo il fatto che la moneta su cui si basa una parte significativa degli scambi economici dell'economia contemporanea è sempre meno "liquida", sempre più costosa da mantenere e trattare, se non addirittura in molti casi non del tutto mercificabile (Custers, Malgieri, 2022). L'emergenza di costi di gestione sempre più significativi, uniti alla crescente incertezza legata all'effettiva "spendibilità" e "mercificabilità" dei dati personali sta creando seri problemi all'industria della *data driven economy*. Come le vicende legate al sempre più frequente ricorso ai paywall dei quotidiani italiani ed internazionali confermano: molti operatori economici stanno rivalutando il ricorso alle vecchie "fiat currencies" meno smart, ma anche dai costi più prevedibili e dalle fondamenta giuridiche più stabili.

Uno dei modelli di business più precari nel vasto panorama dell'economia digitale è la pubblicità personalizzata online su cui si fonda la gran parte dei ricavi di molte imprese del settore. Le basi amministrative e contrattuali delle transazioni sono da anni oggetto di aspre liti davanti alla corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sono state spesso dichiarate incompatibili con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, tanto con riguardo alle operazioni "denominate" in dati personali compiute all'interno al mercato unico UE quanto sui mercati internazionali (Graziadei, 2018; Veale *et al.*, 2022, Custers, Malgieri, 2022). Ultimo in ordine di tempo è lo scontro tra META, European Data Protection Board, e Data Protection Commission irlandese riguardante le basi giuridiche per il trasferimento negli USA dei dati personali degli utenti del social, dal quale dipende il flusso di dati tra Stati Uniti e EU. Esso rappresenta solo l'ultimo scossone giuridico vissuto da un modello economico per molti versi sempre più vicino al fallimento giuridico (Manancourt, 2023; Giraudo, 2022a).

7. CONCLUSIONI

Il presente scritto ha discusso alcuni aspetti economici dell'incertezza giuridica. Il diritto è sempre in divenire di fronte a conflitti sempre nuovi in una realtà che non conosce sosta. La frontiera dell'innovazione giuridico-tecnologica presenta sempre nuove questioni e conflitti ai giudici, che non hanno né regole precise da applicare, né conoscenze specifiche a cui attingere. Nonostante ciò devono decidere annunciando anche una regola formalmente generale e astratta su cui fondare le proprie decisioni.

In tali contesti di incertezza, i futuri economico-giuridici sono molteplici e compresenti, anche per lunghi periodi di tempo, fintanto che

uno dei futuri giuridici possibili non si affermi stabilmente e le corti non decidano *ex post* la qualificazione giuridica delle nuove attività ed il definitivo bilanciamento di interessi ivi coinvolti. In tal senso le dinamiche giuridiche diventano economicamente rilevanti ed insidiose, in quanto riguardano l'eventualità che determinate attività economiche vengano fondate su regole giuridiche figlie di aspettative eccessivamente ottimistiche, che con il tempo si scoprono incompatibili ab origine con il sistema costituzionale.

Infatti, attività che producono esternalità giuridiche negative, a volte di natura costituzionale (Giraudò, 2021), sono state a volte incoraggiate solamente per via dell'inconsapevolezza rispetto alle loro implicazioni giuridiche indesiderate. Ciò è particolarmente visibile oggi nell'economia digitale dove le più grandi ondate di innovazione giuridica sono state strumentali a modelli di business dirompenti fondati sullo sfruttamento dei dati personali, i cui effetti sui titolari degli stessi e dell'ordine democratico sono rimasti a lungo sottovalutati e minimizzati, per favorirne l'adozione.

Le emergenti restrizioni alla mercificazione e al commercio dei dati personali – se non l'affermazione della loro parziale inalienabilità – sembrano essere foriere di profondi grattacapi per molte imprese attive nel settore (Opinio Lex, 2022). In altre parole, il successo della scommessa giuridica della mercificazione è sempre più dubbio al punto da colpire al cuore il capitalismo della sorveglianza (Hern, 2020, European Commission, 2023; Giraudò, 2022; cfr. anche Scorza, 2023).

Il presente tentativo di far emergere il ruolo dell'incertezza nel campo del diritto non è un'esortazione all'inerzia o all'anarchia metodologica. Al contrario, la consapevolezza dell'incertezza e della pluralità dei futuri giuridici possibili deve aprire alla diversificazione degli investimenti, anche in materia di innovazioni giuridiche e tecnologiche. In un'epoca di entusiasmo collettivo per il “nuovo”, soprattutto nel campo del digitale, si corre il pericolo di trascurare le persistenti antinomie giuridiche presenti nelle nuove realtà, così da alimentare grandi e “pericolose mistificazioni”, con pesanti ricadute giuridiche, economiche e politiche (Legrand, 1997). Prima di incentivare ed abbracciare acriticamente migrazioni digitali massive è meglio comprendere la natura del terreno su cui ci muoviamo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Arruñada, B. (2017). Property as Sequential Exchange: The Forgotten Limits of Private Contract. *Journal of Institutional Economics*, 13, 4, pp. 753-783.
- Beckert, J., Bronk, R. (2019). *Uncertain Futures. Imaginaries, Narratives, and Calculation in the Economy*. Oxford: Oxford University Press.
- Beesley, A. (22 febbraio 2022). Facebook's Meta facing order from Irish regulator to suspend data transfers to US. *The Irish Times*.

- Boettke, P.J. (2002). Information and Knowledge: Austrian Economics in Search of its Uniqueness. *The Review of Austrian Economics*, 15, pp. 263-274.
- Boettke, P.J., Candela, R.A. (2021). The common sense of economics and divergent approaches in economic thought: a view from Risk, Uncertainty, and Profit. *Journal of Institutional Economics*, 17, pp. 1033-1047.
- Boettke, P.J., Coyne, C.J., Leeson, P.T. (2014). Earw(h)ig: I can't hear you because your ideas are old. *Cambridge Journal of Economics*, 38, pp. 531-544.
- Boulding, K. 1971. After Samuelson, who needs Adam Smith? *History of Political Economy*, 3, pp. 225-237.
- Bronk, R., Beckert, J. (2022). The instability of preferences: Uncertain futures and the incommensurable and intersubjective nature of value(s), *MPIfG Discussion Paper*, No. 22/1,
- Buchanan, J.M. (1958). The Thomas Jefferson Center for studies in political economy. *The University of Virginia News Letter*, vol. XXXV, 2, Oct 15t.
- Buttarelli, G. (Relazione, Brussels, March 20, 2018). Speech to LIBE on Annual Report 2017.
- Calabresi, G. (1991). The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further. *The Yale Law Journal*, 100, 5, pp. 1211-1237.
- Calabresi, G. (2010). Being Honest About Being Honest Agents. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 33, pp. 907-913.
- Calabresi, G. (2016). *The future of Law and Economics*. New Haven: Yale University Press.
- Calabresi, G. (2018). Reflections of a Torts Teacher on the Bench. *Journal of Tort Law*, 11, pp. 161-172.
- Calabresi, G., Melamed, A.D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85, 6, pp. 1089-1128.
- Caterina, R. (a cura di) (2009). *La dimensione tacita del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Clarke, C. (2021). The Legacy of Frank H. Knight for the Politics of Financial Governance. *Journal of Institutional Economics*, 17, pp. 973-987.
- Coase, R.H. (1978). Economics and Contiguous Disciplines. *The Journal of Legal Studies*, 7, pp. 201-211.
- Coase, R.H. (1991). Prize Lecture. NobelPrize.org. Nobel Prize Outreach. Accessibile <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/>20> (ottobre 2022).
- Commons, J.R. (1924). *Legal Foundations of Capitalism*. New York: The Macmillan Company.
- Cooter, R. (1984). Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*, 84, pp. 1523-1560.
- Cooter, R., Mattei, Monateri, P.G. Pardolesi, R. Ulen, T. (2006). *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*. Bologna: Il Mulino.
- Corbin, A. (1922). What is a Legal Relation?. *Illinois Law Quarterly*, 50, pp. 51-55.
- Custers, B, Malgieri, G. (2022). Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data. *Computer Law & Security Review*, 45, 105683.
- Dagan, H. (2018). The Real Legacy of American Legal Realism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, pp. 123-146,

- Dagan, H, Dorfman, A, Kreitner, R, Markovits, D. (2020). The Law of the Market. *Law and Contemporary Problems*, 83, 2, pp. i-xviii.
- Deakin, S.F., Gindis, D., Hodgson, G.M., Huang, K., Pistor, K. (2017). Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law. *Journal of Comparative Economics*, 45, pp. 188-200.
- Demsetz, H. (1969). Information and Efficiency: Another Viewpoint. *The Journal of Law & Economics*, 12, pp. 1-22.
- Dekker, E., Kuchař, P. (2021). Introduction: Governing Markets as Knowledge Commons (March 22, 2018). *Governing Markets as Knowledge Commons*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Engel, C. (2008). Learning the law. *Journal of Institutional Economics*, 4, pp. 275-297.
- Engel, C. (2020). Uncertain Judges. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 176, 1, pp. 44-47.
- European Commission (2003), Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Armitage, C., Botton, N., Dejeu-Castang, L. *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, Publications Office of the European Union, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/294673>.
- Fosch-Villaronga, E., Drukarch, H., Giraudo, M. (2023). A legal sustainability approach to align the order of rules and actions in the context of digital innovation. In H. Sætra, *Technology and Sustainable Development. The Promise and Pitfalls of Techno-Solutionism*. London: Routledge.
- Fuller, L. (1940). *The Law in the Quest of Itself*. Chicago: The Foundation Press, Inc.
- Galanter, M. (1974). Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change’. *Law & Society Review*, 9, pp. 95-160.
- Gambaro, A. (2017). La proprietà: beni, proprietà, possesso. In G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè.
- Giraudo, M. (2021). Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le “esternalità costituzionali”. *Media laws/Rivista di Diritto dei Media*, 3, pp. 108-123.
- Giraudo M (2022a). On legal bubbles: some thoughts on legal shockwaves at the core of the digital economy. *Journal of Institutional Economics*, 18, pp. 587-604.
- Giraudo, M. (2022b). “Legal Bubbles”. In Alain Marciano and Giovanni Ramello (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics* (2nd edition). New York-London: Springer.
- Giraudo, M. (2022c). *I mutui ipotecari americani e la loro circolazione*. Pisa: Pacini Giuridica.
- Goff, R. (1987). Judge, Jurist and Legislature’. *Denning Law Journal*, 2, pp. 79-95.
- Graziadei, M. (2009a). Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. *Theoretical Inquiries in Law*, 10, pp. 723-743.
- Graziadei, M. (2009b). La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze. In R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Graziadei, M. (2009c). What went wrong? Tort law, personal responsibility,

- expectations of proper care and compensation. In H. Koziol, B.C. Steininger (a cura di), *European Tort Law Yearbook*. Berlin: Springer.
- Graziadei, M. (2018). Collisioni Transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. In F. Di Ciommo, O. Troiano (a cura di), *Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Milano: La Tribuna, pp. 361-368.
- Graziadei, M., Serio, M. (a cura di) (2018). *La regolazione della complessità: l'apporto delle scienze sociali alla comparazione giuridica. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro. Atti del V Convegno Nazionale della SIRD*. Torino, Giappichelli Editore.
- Graziadei, M., Zhang, L. (2023). On Civil Codes: A Twenty-Firt Century Perspective. In M. Graziadei e L. Zhang (a cura di), *The Making of The Civil Codes*. Singapore: Springer.
- Grossi, P. (2021). *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Hale, R.L. (1923). Coercion and distribution in a supposedly non-coercive state. *Political Science Quarterly*, 38, pp. 470-494.
- Harnay, S., Marciano, A. (2006). Intellectual Property Rights and Judge-Made law. An Economic Analysis of the Production and Diffusion of Precedent. In D. Porrini, G. Ramello (a cura di), *Property Rights Dynamics in Third Millennium: A Law and Economics Perspective*. London-New York: Routledge, pp. 198-218.
- Harris, D. (2012). Data Isn't Just the New Oil, It's the New Money. Ask Zoë Keating, *Gigaom.com* (20 novembre 2012).
- Hart, H.L.A. (1977). American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Georgia Law Review*, 11, pp. 969-989.
- Heller, M.A. (2001). The Dynamic Analytics of Property Law. *Theoretical Inquiries in Law*, 2, 1, pp. 3-4.
- Hern, Alex (2020). 'Facebook says it may quit Europe over ban on sharing data with US' *The Guardian* (22 settembre 2020).
- Hodgson, G.M. (2019). *Is There a Future for Heterodox Economics? Institutions, Ideology and a Scientific Community*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Hoffmann, A.L., Proferes, N., Zimmer, M. (2018). "Making the world more open and connected": Mark Zuckerberg and the discursive construction of Facebook and its users. *New Media & Society*, 20, pp. 199-218.
- Hoppner, T. (2022). From creative destruction to destruction of the creatives: innovation in walled-off ecosystems. *Journal of Law, Market & Innovation*, 1, pp. 10-37.
- Irti, N. (2003). *L'ordine giuridico del mercato*. Bari: Laterza.
- Jhonston, S.J. (1991). Uncertainty, Chaos, and the torts process: An economic analysis of legal form. *Cornell Law Review*, 76, pp. 341-400.
- Kern, R. (2022). Supreme Court blocks Texas law on social media censorship. *Politico* (31 maggio 2022) accessibile: <https://www.politico.com/news/2022/05/31/texas-social-media-censorship-scotus-00036146>.
- Kitcher, P. (1993). *The Advancement of Science: Science without Legend, Objectivity without Illusions*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Kitcher, P. (2018). The Importance of Social Epistemology. *Research Policy: A Journal on Research Policy and Evaluation*, 6, p. 1.

- Knight, F. (1921). *Risk, Uncertainty, and Profit*. Boston: Hart, Schaffner and Marx.
- Larsson, O. (2021). Political and constitutional overrides: the case of the Court of Justice of European Union. *Journal of European Public Policy*, 28, pp. 1932-1949.
- Lee, J., Schoenherr, D., Starmans, J. (2022). The Economics of Legal Uncertainty European Corporate Governance Institute. Law Working Paper No. 669/2022.
- Legrand, P. (1997). Against a European Civil Code. *The Modern Law Review*, 60, pp. 44-63.
- Lehavi, A. (2013). *The construction of property: Norms, institutions, challenges*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lipari, N. (2015). I civilisti e la certezza del diritto, *Ars interpretandi*, 2, pp. 55-76.
- Littlechild, S. (1977). Change Rules, OK? Inaugural Lecture delivered in the University of Birmingham (28 maggio 1977).
- Llewellyn, K. (1931). Some Realism about Realism. *Harvard Law Review*, 44, pp. 1222-1257.
- Lockwood, E. (2015). Predicting the Unpredictable: Value-at-Risk, Performativity, and the Politics of Financial Uncertainty. *Review of International Political Economy*, 22, pp. 719-756.
- Manancourt, V. (2023). €390M fine strikes blow to Meta's ad-fueled business model, Politico.eu (4 January 2023), <https://www.politico.eu/article/meta-fina-ad-business-model/>.
- McDonald, N., Forte, A.. (2021). Powerful Privacy Norms in Social Network Discourse. *Proc. ACM Hum.-Comput. Interact.* 5, CSCW2, Article 42.
- Mercuro, N., Medema, S.G. (2020). *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond – Second Edition*. Princeton: Princeton University Press.
- Merrill, T.W., Smith, H.E. (2001). What Happened to Property in Law and Economics? *The Yale Law Journal*, 111, pp. 357-398.
- Michaels, R. (2009). Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, 57, pp. 765-795.
- Milhaupt C.J., Pistor, K. (2008). *Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*. Chicago: University of Chicago Press.
- Nicita, A. (2006). On incomplete property A missing perspective in law and economics? In D. Porrini, G. Ramello (a cura di), *Property Rights Dynamics*, New York: Routledge, pp. 77-91.
- North, D. (2006). Cognitive Science and the Study of the “Rules of the Game” in a World of Uncertainty. In J.N. Drobak (a cura di), *Norms and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 48-56.
- Opinion Lex (22 marzo 2022). Digital advertising: companies reliant on behavioural technology need new workarounds, *Financial Times*.
- Pino, G. (2016). Riflessioni sul ragionamento giudiziale (a partire dalla teoria di Manuel Atienza). *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, pp. 331-351.
- Pino, G. (2017). Costituzione come Limite, Costituzione come Fondamento, Costituzione come Assiologia. *Diritto e Società*, 1, pp. 91-120.

- Pino, G. (2018). La certezza del diritto e lo Stato costituzionale. *Diritto pubblico*, 2, pp. 517-544.
- Pistor K. (2019). *The code of capital*. Princeton: Princeton University Press.
- Pistor, K., Xu, G. (2003). Incomplete Law. *Columbia Law Review*, 35, pp. 931-1013.
- Polanyi, M. (1962). The Republic of Science: Its Political and Economic Theory. *Minerva*, 1, pp. 54-73.
- Polanyi, M. (1966). *The Tacit Dimension*. London: Routledge and Kegan Paul
- Pollman, E., Barry, J.M. (2017) Regulatory entrepreneurship. *Southern California Law Review*, 90, pp. 383-448.
- Posner, R. (1973). *The Economic Analysis of Law*. New York: Little Brown & Co.
- Rodotà, S. (2005). *Privacy e libertà*, Bari: Laterza.
- Sacco, R. (1988). La massima mentitoria. In G. Visintini (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova: Cedam, pp. 51 ss.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39, pp. 1-34.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39, pp. 343-401.
- Sacco, R. (1995). Mute Law. *The American Journal of Comparative Law*, 43, pp. 455-467.
- Sacco, R. (2023). Codification and the Interpreter. In M. Graziadei, L. Zhang (a cura di), *The Making of Civil Codes*. Singapore: Springer.
- Samuels, W. (2009). *The Legal Economic Nexus*. London: Routledge.
- Schwartz, P.M. (2004). Property, Privacy, and Personal Data'. *Harvard Law Review*, 117, pp. 2056-2128.
- Schnyder, G., Grosman, A., Fu, K., Siems, M., Aguilera, R.V. (2021). Legal perception and finance: The case of IPO firm value. *British Journal of Management*, 33, 1, pp. 88-116.
- Scorza, G. (2023). *Pubblicità online*, Scorza: "Ecco i tre scenari dopo la maxi multa a Meta", in Agenda digitale, accessibile <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/pubblicita-online-scorza-ecco-i-tre-scenari-dopo-la-maxi-multa-a-meta/>.
- Simon, D., N. Scurich (2013). Judicial Overstating. *Chicago-Kent Law Review*, 88, pp. 411-431.
- Singer, J.W. (2015). *No Freedom without Regulation. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis*. New Haven: Yale University Press.
- Tafani, D. (2022). What's wrong with "AI ethics" narratives. *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*.
- Talley, E. (1999). Precedential Cascades, an Appraisal. *Southern California Law Review*, 73, 1, pp. 87-137.
- Van Erp, S. (2015). Fluidity of ownership and the tragedy of hierarchy. *European Property Law Journal*, 4, 1, pp. 56-80.
- Vatiero, M. (2021). *The Theory of Transaction in Institutional Economics. A History*. London: Routledge.
- Veale, M., Nouwens, M., Santos, C. (2022). Impossible Asks: Can the Transparency and Consent Framework Ever Authorise Real-Time Bidding After the Belgian DPA Decision?. *Technology and Regulation*, 2022, pp. 12-22.

- Vettori, G. (2017). La giurisprudenza fonte del diritto privato?. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 71, pp. 871-896.
- Williamson, O.E. (1997). Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective. In S.G. Medema (a cura di), *Coasean economic: Law and economics and the new institutional economics*. Dordrecht, Springer.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.
- Zywicki, T.J., Boettke, P.J. (2017). Conclusion: The Future of “Austrian” Law and Economics’. in T.J. Zywicki, P.J. Boettke (eds.), *Research Handbook on Austrian Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 423-429.

Legal uncertainty and economic instability

The article discusses uncertainty as an inescapable feature of the legal phenomenon, with a special focus on the topic of new technologies. It emphasizes the economic consequences of investment choices in innovative technologies whose legal foundations are still unstable. Some industries or firms may suffer the consequences of “failed legal bets” such that the profitability, if not the legal existence, of frontier markets in which innovative products are traded is struck to the core.

Keywords: legal uncertainty, economic instability, legal bets, legal bubbles.