

**Roberto Pardolesi**

## **Una postilla sul Terzo Contratto**

1.- Esiste una Pangea del contratto? Ha senso, ancora oggi, coltivare il mito di un approccio monolitico, di una teoria onnicomprensiva, che permetta di trattare il tema al singolare e con la lettera minuscola?

La risposta, inevitabile, è quella dietro la quale sogliono trincerarsi i giuristi (ma gli economisti non sono da meno...) quando la domanda diventa davvero impegnativa: *dipende*.

Dipende da molti fattori. Primo fra tutti, la 'distanza' del punto di osservazione. Se si guarda, da molto lontano –e, quindi, in termini di estrema generalità--, alla galassia dei contratti, viene spontaneo individuare un nucleo primigenio di principi chiamati a fornire le coordinate complessive del progetto di autonomia privata per eccellenza. La risposta, dettata dal livello prescelto di astrazione, sarà positiva. Nei limiti, beninteso, dei suoi presupposti.

2.- Una dimostrazione eterodossa potrebbe rinvenire dall'esperienza di *common law*, segnata dal dibattito statunitense. I moniti severi sull'impraticabilità di omologazioni all'ingrosso, sulla non coincidenza della categoria 'contratto' e dell'universo del 'contract' (ma non è già questa prospettiva un modo indiretto di accreditare la proficuità di una visione d'insieme?), possono qui essere deposti, almeno per un attimo. Non è in gioco, infatti, una valutazione comparativa, col diavolo perennemente annidato in dettagli che mettono subdolamente in crisi qualsivoglia tentativo di attingere un ragionevole livello di razionalizzazione a largo raggio, quanto una questione di metodo, un modo di concepire la riflessione giuridica di più largo respiro sistematico.

Ebbene, non c'è esperienza più intransigente, almeno all'apparenza, nel respingere ogni ansia di ricomposizione unitaria. Già sul fare degli anni '50, e più ancora nel decennio successivo, l'influenza del realismo giuridico, persino in ritardo rispetto al versante dei *torts*, aveva tolto dal giro l'impostazione "concettualistica" che, dominante da Langdell sino a Williston, aspirava a derivare l'esito dei casi da paradigmi e regole generali. La nuova generazione puntava, piuttosto, a far luce sul complesso intreccio di considerazioni che il giudice avrebbe dovuto soppesare nel prendere la propria decisione; e avvertiva l'inermità di ogni sforzo inteso a definire *ex ante* il novero dei fattori rilevanti. 'Riduzionismo', ecco il giudizio sommario con cui veniva liquidato lo stesso disegno di ridurre la complessità entro una qualche formula 'semplice'. Il fascino di una ricostruzione così decisamente eversiva rispetto alle strette concettuali che avevano sin lì tenuto banco si sposava ad un'acuta sensibilità "conseguenzialistica", attenta –come mai in passato-- all'impatto di *policy* dell'operare della regola. Niente sarebbe più stato come prima, l'ansia di 'Grand Theory' era destinata ad inglorioso tramonto, il mestiere del giurista sembrava votato a nuove, e più pragmatiche, coordinate.

Sennonché, nella denuncia della vacuità dell'impianto teorico unificante e del suo specioso rigore dogmatico non si stentava a riconoscere i segni di un'abdicazione spinta ben oltre il segno di un recupero disincantato dell'effettivo *modus operandi* del diritto (nel nostro caso, dei contratti). Dopo tutto, era in discussione la stessa possibilità di rivendicare un *proprium* per la scienza giuridica, di cui pure il *legal realism* era espressione (sia pure dirompente). E l'approccio scientifico persegue, per definizione, la riduzione della complessità: non per negarla, quanto per renderla conoscibile e governabile. C'è un ovvio *trade-off* tra il modello semplificato su cui opera il teorico e l'infinita complessità del reale. Nel momento stesso in cui la stilizzazione dell'uno prevarica la ricchezza del secondo sino ad apparire inadeguato a rappresentarlo, sia pure per approssimazioni rozze, viene meno l'utilità stessa dell'ipotesi euristica (che rischia anzi, per effetto dell'isteresi dei movimenti concettuali, di trasformarsi in una penosa camicia di Nesso, di cui stentiamo a liberarci). Ma senza il modello, quello che in un certo momento si candida come più atto a convivere con le irriducibili *vagaries* dell'esistente, s'inaridisce la stessa capacità di comprendere il reale e si aprono le porte

alle leggi del caos: il giurista perde la sua legittimazione di scienziato sociale; la norma, nella sua dimensione applicativa, si fa arbitrio.

Non sorprende, pertanto, la piega assunta dal dibattito: dopo aver intimato che non c'era più spazio, né bisogno, per una teoria unificante del contratto, la dottrina nord-americana dell'ultimo quarto di secolo si è dedicata con inesausta energia alla sua rivitalizzazione. E' assai probabile che un contributo cruciale a questa nuova deriva sia provenuto dall'irrompere, sulla scena, del movimento di *law & economics*: portatore di un'istanza indiscussa di neo-dogmatismo, sì, ma nel presupposto di un'attenzione alle conseguenze del fenomeno giuridico –“legal rules do matter”!— che gli permetteva di raccogliere l'afflato realistico, la sua nota più autentica, senza sprofondare nel nichilismo giuridico; e che, d'altro, nella stessa direzione abbia operato la “normative legal philosophy” emersa come reazione alla vocazione ‘conservatrice’ di larghi settori dell'analisi economica del diritto della prima ora. Ma, di là dalla validità di quest'ipotesi a due anime, resta il fatto che l'ultimo scorcio del secolo scorso ha registrato un vigoroso rinnovarsi di sforzi miranti a ritrovare il bandolo di una matassa teorica aggrovigliata come non mai. Da Grant Gillmore a Charles Fried e Randy Barnett, da Michael Trebilcock a Peter Benson e Melvin Eisenberg, giusto per citare qualche nome alla rinfusa, è stato tutto un fiorire di riflessioni intese a rintracciare gli obiettivi –autonomia, efficienza, l'una e l'altra insieme— del diritto dei contratti e a gestire i loro eventuali conflitti. Non si tratta soltanto di un confronto di prospettive diversamente orientate sul piano ideologico: qua e là affiorano, in termini assai netti, le divaricazioni applicative. Ne è esempio paradigmatico la contrapposizione fra Summers e Burton sul tema della buona fede. Mentre il primo elenca le circostanze, in tutto sei (ma senza pretesa di esaustività), in cui far operare la clausola generale, negando in radice ogni margine per un'ulteriore generalizzazione (condannata, a suo dire, ad essere risucchiata nella spirale di una vacua generalità o di una restrittiva specificità), Steven Burton saggia il terreno alla ricerca di un principio operativo a largo raggio e ritiene di trovarlo, stante la discrezionalità che l'esecuzione del contratto lascia al promittente, nella tentazione, quest'ultimo, di sfruttare l'ambito di manovra a lui dischiuso per riappropriarsi delle opportunità consapevolmente perse con l'assunzione dell'impegno contrattuale. Il confronto è accesissimo. Ma Summers non trova di meglio che smentire ogni tentativo di riportare la buona fede ad un paradigma definitorio, mentre il suo interlocutore anela a costruire un criterio in base al quale attribuire rilevanza giuridica ai fatti. La seconda via è infinitamente più scoscesa; ma promette di approdare ad un'impronta ‘normativa’, che manca del tutto alla passiva descrittività dell'altra.

Quello testé ricordato è solo un frammento, fra i più visibili, di una vicenda che ha lasciato tracce in ogni dove. Sempre nel segno della necessità di evitare che l' “infinita ricchezza” della *contract theory*, per dirla con Hillman, si avviti su se stessa al punto di diventare specchio impietoso di una desolata povertà concettuale. Quanto dire, insomma, che disporre di un impianto teorico unificante non è esercizio sterile. E', piuttosto, un modo significativo di promuovere un discorso giuridico fedele alla sua vocazione originaria.

3.- Discorso speculare ed opposto –salvo, poi, ravvisare un'analogia ispirazione di fondo— andrebbe condotto con riguardo all'esperienza di *civil law*. Qui, infatti, la teoria del contratto è saldamente radicata, sulla scorta di un'elaborazione risalente e, se possibile, ulteriormente rafforzata dal declino dell'astrazione negoziale. La sua ‘presa’ è, anzi, talmente forte da consentirle di metabolizzare sollecitazioni, maturate a livello di prassi, davvero devastanti, perché atte a mettere in discussione taluni pilastri sino a ieri supposti indefettibili.

Basterebbe, con riferimento al nostro sistema, far riferimento al declino del principio causalistico. La tormentata parabola che ha portato all'inserimento della causa fra i requisiti essenziali del contratto è troppo nota per dover essere qui anche sommariamente evocata. La meritevolezza dell'interesse perseguito, ai sensi dell'art. 1322, comma, 2, cod. civ., esprimeva il punto di raccordo tra la facoltà dei privati di dare regola ai propri rapporti e l'impegno ordinamentale a sostenere qualunque *lex contractus* coerente con i propri dettami. Ma lo spazio di quel precetto è stato

inesorabilmente eroso dalla salienza della tipicità sociale –chi mai s’interrogherà sulla compatibilità con il sistema di un contratto innominato ma capillarmente diffuso nella quotidianità?--, mentre il giudizio ex art. 1343 cod. civ. annega nel paralogismo da circolarità là dove ci spiega che la causa, ormai avviata alla dimensione economico-individuale della “causa in concreto”, è illecita quand’è illecito, in definitiva, il programma di autonomia di cui essa dovrebbe essere elemento esponenziale. Ovvio, allora, che, all’atto di intraprendere il cammino verso un diritto europeo dei contratti, della causa e delle sue complesse bardature concettuali non si avverta bisogno alcuno: la teorica del contratto sopravvive, senza troppe scosse, alla *demise* di uno dei suoi tradizionali punti di forza. Meno ovvio, ma ancora comprensibile, che la rivoluzione inconsapevole innescata da un legislatore distratto col varo dell’art. 2645 *ter* abbia indotto a cercare, nella riscoperta della meritevolezza di tutela dell’interesse perseguito con l’atto di destinazione, l’argine ad un rivolgimento inopinato: che, ad avviso di taluni commentatori (percorsi da profondo sgomento di fronte all’irriverenza della novità), sarebbe rimasto entro limiti accettabili, perché tutto sommato marginali, se quella meritevolezza avesse potuto assumere i contorni di una valutazione etica particolarmente elevata. A questi livelli, però, torna a far premio la compattezza espressa da una teoria unitaria: la meritevolezza ha assunto, nel tempo, il significato di mera conformità ai principi dell’ordinamento, nulla di più, dunque, della nuda liceità, che diventa, altresì, il solo crivello possibile per la segregazione patrimoniale autodichiarata. Se ciò vale, o non, come viatico per l’*asset protection trust*, è altra storia: per certo, nessuno potrà dire che, mettiamo, il mio intento di autoassicurarmi contro possibili esposizioni risarcitorie future sia, di per sé, immeritevole di tutela. Le virtù di un approccio teorico coeso si mostrano con nettezza anche maggiore quando è l’intera costruzione a scricchiolare minacciosamente. L’esempio della promessa unilaterale è, sotto questo profilo, istruttivo. Il nostro sistema, esibendo le stimmate di un’eredità persa nella storia, la ingabbia nel *numerus clausus*. I motivi di questa ghettizzazione sono diventati, nel tempo, imperscrutabili. Avrebbero potuto trovare nuova linfa nella teorica del *bargaining* e nella sua vulgata gius-economica, a tenore della quale una promessa reciprocata alimenta la presunzione, salvi risvolti patologici, di massimizzazione del valore congiunto, all’evidenza insussistente quando l’impegno non ha sponda. Sennonché, quella teorica non tiene il campo neppure nel sistema dove ha avuto origine, spiazzata com’è dall’affermarsi dello *unilateral contract*; e si misura con le sollecitazioni di una prassi incline a prendere molto sul serio la promessa, anche se resa in assenza di *consideration*. Nemmeno a dirlo, il nostro sistema non è rimasto indifferente a questa pressione: una sentenza di legittimità di una dozzina di anni fa ha percorso all’incontrario la via che dall’art. 1333 cod. civ. porta, appunto, alla promessa unilaterale, spiegando che la lettera di *patronage* forte implica obbligazione del solo proponente e transita, per questa scorciatoia, nell’ambito del legittimo dispiegarsi dell’autonomia privata. E qui la teoria unitaria del contratto mostra l’apprezzabile capacità di traghettare, in modo relativamente indolore, il sistema verso un impianto del tutto innovativo, col semplice espediente di camuffare il nuovo con i panni rassicuranti di ciò s’era, sia pure faticosamente, acquisito per l’addietro.

4.- Dipende, si diceva in esordio. Se, infatti, far leva su un calco unitario aiuta a tenere la rotta quando i punti di riferimento mancano (o, peggio ancora, vengono meno), la risposta diventa ineluttabilmente negativa quando la galassia cessa di essere un’immagine indistinta, rivelando una pluralità di sottoinsiemi che, per la loro specificità, postulano regole dedicate e si candidano come ‘ontologie regionali autonome’.

Gli esempi si sprecano. A partire da quello dei contratti di intermediazione finanziaria: con la penetrante disciplina dei servizi d’investimento, con gli obblighi di informazione attiva e passiva, con la *suitability rule* e le clausole generali operative di correttezza, diligenza e trasparenza, più la disciplina spinosa dei conflitti d’interesse. Qui, com’è stato finemente osservato, campeggia l’intervento regolatorio *ab externo*, con tanto di moltiplicazione dei soggetti regolatori “terzi” rispetto al legislatore e al giudice. E’ plausibile che la tutela del consumatore di servizi finanziari discenda dal perseguimento di finalità di più ampio respiro rispetto alla mera protezione della parte

“debole” del rapporto (quando risulta davvero tale); e che, in ultima analisi, il fondamento della *regulation* finanziaria vada individuato nella salvaguardia dell’integrità del sistema finanziario, dal punto di vista della stabilità individuale e sistemica degli intermediari (regolamentazione prudenziale) e della trasparenza e correttezza del relativo *market behaviour* (regolamentazione transattiva); che, dunque, investitori e consumatori di servizi finanziari vengano protetti non individualmente, bensì attraverso la tutela della *public confidence*, della buona reputazione complessiva dell’industria e del sistema finanziario. Ma è un fatto che la protezione individuale – foss’anche strumentale rispetto all’obiettivo di assicurare l’integrità del mercato— opera sul piano del diritto contrattuale e si traduce nel disegno d’incidere sull’attività e sulle condotte che preparano il (o derivano dal) contratto, piuttosto che sul suo contenuto sostanziale. Nelle pieghe di questa prospettiva, matura il superamento di un antico dogma: quello secondo cui l’atto nullo, in quanto improduttivo di effetti, non può essere fonte di danno, che deve necessariamente derivare dall’esistenza di una condotta rilevante di là dall’atto. Non a caso, è proprio su questo versante che, di recente, la Corte di legittimità ha riconosciuto, per la prima volta, la compatibilità di contratto valido e responsabilità precontrattuale. Può darsi che questa logica riveli insospettite capacità espansive. Ma non sembra dubbio che, per i contratti finanziari, sia dato invocare un’impronta autoctona.

Ancora più plateale il caso dei contratti di durata. La felice intuizione di Lorenzo Mossa ci ha consegnato, ormai quasi da un secolo, un calco provvido, che lasciava intravedere fecondi sviluppi. Ma le attese sono andate, per larga parte, deluse. C’è voluta l’elaborazione d’oltre Atlantico in tema di contratti relazionali per rendersi conto fino in fondo che il paradigma del “long-term contract” è comunque irriducibile allo schema della “discrete transaction”, segnatamente al suo archetipo per eccellenza, la compravendita. Inutile cercare nelle pieghe del contratto la disciplina di contingenze non previste semplicemente perché appariva irrazionale (*id est*, troppo costoso in rapporto alla ridottissima probabilità di materializzazione dell’evento) sobbarcarsi all’onere di trovare regola condivisa anche per un rischio così remoto: sotto questo profilo, la pratica giubilazione dell’art. 1467 cod. civ. –soppiantato da una prassi negoziale restia ad assegnare responsabilità che le parti non hanno inteso allocare, senza che ciò fosse da loro esigibile—, rappresenta il segno più tangibile di una *legacy* andata sostanzialmente dispersa. Il contratto di durata non è incompleto soltanto perché, come si constata con riguardo a qualsivoglia pattuizione, è obiettivamente fuori della portata dei paciscenti prefigurare l’assetto ottimale per ogni possibile evenienza; è incompleto perché progettato come tale, nella consapevolezza dell’inutilità di cercar lumi nella sfera di cristallo e nella convinzione che il ricorso a meccanismi d’integrazione contrattuale *ex post*, resi auspicabilmente più virtuosi da sedimentate valutazioni d’interdipendenza reciproca, spianino le inevitabili difficoltà a venire. L’autonomia privata tocca il punto forse più alto della sua esplicazione proprio nel momento in cui si nega, rinunciando all’insana tentazione di tutto ricomprendere e attualizzare nei “four corners” del testo contrattuale e propiziando, piuttosto, tecniche atte a ricomporre, di là dagli opportunismi d’occasione, la trama cooperativa. Va da sé che, così stando le cose, la tematica dei contratti di lungo periodo esibisce caratteristiche che ne fanno, a buona ragione, una provincia a sé.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi. Ma, lungo questa traiettoria, diventerebbe viepiù evidente che si tratta della fatica dell’ovvio, nel segno di slittamenti progressivi verso uno specialismo settoriale accentuato dall’analiticità della ricognizione. Le particolarità connesse ad una materia individuata segnalano diversità disciplinari anche vistose, che però, per definizione, restano confinate entro il perimetro di volta in volta considerato. Le riflessioni sviluppate a ridosso di anfratti problematici ben definiti non hanno ambizioni imperialistiche, non esprimono logiche espansive, votate ad occupare trasversalmente una pluralità allargata di scenari. Pur rendendo testimonianza inequivoca di un intreccio quanto mai variegato e ricco di sfumature, non intersecano né aspirano a smentire l’unità della matrice contrattuale; si prestano, senza scossoni, alla formula compromissoria dell’unità nella frammentazione. La ‘crisi’ si manifesta su altri versanti: quando, cioè, viene in luce un problema genuinamente tassonomico, perché s’individuano i tratti di approcci tendenzialmente

generali, vere e proprie ‘filosofie’ aggreganti al loro interno –e, quindi, in grado, ciascuna per suo conto, di esprimere una deriva ermeneutica coerente— ma diversamente orientate l’una rispetto all’altra. E’ allora che, intorno alla scoperta di ‘nuclei duri’ di realtà contrattuali segnati da *imprinting* reciprocamente irriducibili perché segnati da DNA marcatamente differenziato, prende corpo una risposta davvero negativa alla domanda da cui si sono tratte le mosse. Una risposta, si badi bene, che va ben oltre le mere esigenze di razionalizzazione didascalica e aspira, piuttosto, ad indirizzare il processo ermeneutica ed applicativo.

5.- Un primo polo intorno al quale riorganizzare la riflessione è dato dal ‘contratto negoziato’. L’etichetta è passabilmente slavata –il contratto, nella sua astrazione monolitica e universalizzante, era assunto, sempre e comunque, come frutto di un processo di mutuo avvicinamento all’ipotesi programmatica finale--, ma è venuta acquisendo pregnanza col proliferare esponenziale di patti a predeterminazione unilaterale, scambi “senza accordo”, contratti “non negoziati” e variazioni consimili. La caratteristica che si supposeva fondante per l’intero arco di situazioni contrattuali ha conservato, sì, il ruolo di fattore d’identificazione, ma per un novero assai più ristretto di ipotesi.

Nella categorizzazione dell’universo delle “bargaining transactions” tracciata ---con l’accetta, vero, ma anche con grande efficacia espressiva— da Alan Schwartz e Robert Scott, la giustapposizione di due classi di protagonisti, individui e imprese, mette capo, per puro esercizio combinatorio, a quattro scenari. Un primo, in cui un’impresa vende ad altra impresa. Un secondo, in cui un individuo vende ad altro individuo. Un terzo, in cui l’impresa vende ad un individuo. Un quarto, in cui è l’individuo a vendere all’impresa. Su questa base, il quadro è presto fatto. Il terzo aggregato è soggetto principalmente al diritto dei consumatori (ma anche alla disciplina delle *securities*). Il quarto fa capo alla disciplina lavoristica. Imbarazza di più il secondo che, a detta degli autori –i quali fanno leva su un’esperienza, sotto questo profilo, assai lontana dalla nostra—, è dominato dal diritto di famiglia (accordi prematrimoniali e divorzili) e della proprietà immobiliare. Resta, dunque, la prima categoria come oggetto di quello che eravamo abituati a chiamare ‘diritto generale dei contratti’. Orbene, questa categoria si presta ad un’ulteriore suddivisione. Da un lato, gli operatori economici sofisticati, comunque li si vada a rintracciare nel dettaglio, che si assume abbiano contezza di come costruire e disciplinare una relazione economica complessa; dall’altro, soggetti attivi in contesti di mercato, epperò vicini, quanto a caratteristiche ‘fisionomiche’, ad individui ordinari (l’esempio proposto è quello di un negozio di regali gestito da un professore in pensione). L’autentico ambito in cui si dispiega il *contract law*, erede della filosofia che un tempo si riteneva dovesse valere per l’intero affresco, è quello dei contratti fra operatori sofisticati, arbitri delle loro fortune, pienamente responsabili delle proprie azioni (o omissioni), perché sanno –o sono comunque tenuti a conoscere— le conseguenze delle proprie iniziative.

Piaccia o no, l’impostazione testé delineata ha il pregio di individuare un’area rispetto alla quale ha senso ragionare nei termini cari all’analisi economica del diritto, nella sua versione meno accomodante. E’ l’area del patto negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un’arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo; il contratto *self-contained*, la cui disciplina vorrebbe star tutta –aspirazione, come già si è avvertito, impossibile per definizione: ma questa è un’altra storia— nel testo elaborato dalle parti, con un *drafting* faticoso e, all’apparenza, bolso perché incline a ripetere quanto già stabilito a chiare lettere dal diritto dispositivo, a testimonianza del preciso disegno di far sì che il regolamento d’interessi derivi per intero dal dispiegarsi della volontà delle parti, senza margine alcuno per interventi d’integrazione eteronoma. A questo livello, il “problema canonico” del contratto è assicurare tanto il risultato efficiente *ex post* (valore della prestazione, per chi l’acquista, maggiore del costo sostenuto da chi la rende), quanto l’investimento efficiente *ex ante* (massimizzazione del surplus atteso dall’affare). La disciplina rilevante ha il compito di propiziare un siffatto risultato.

Le implicazioni sono molteplici. *In primis*, il ridimensionamento del ruolo tradizionalmente assegnato alle *default rules*, che solo a patto di una semplificazione di comodo possiamo far corrispondere alle nostre regole dispositive. E’ vero, infatti, che contrattare costa; che i costi

transattivi costituiscono una barriera strategica all'attività contrattuale (le parti vi rinunziano se i guadagni attesi sono inferiori ai costi complessivi della negoziazione); che le *default rules* mirano, appunto, ad arginare questa difficoltà in quanto risultato (per sedimentazione) di un processo di standardizzazione sociale, poi avallata dal legislatore. Ma, ecco il punto che preme sottolineare, questa difficoltà non rileva per programmi di autoregolamento di privati interessi di alto profilo, che infatti non transitano attraverso un formulario né discendono da una predisposizione unilaterale, ma si affidano a *dickered terms*, ossia alla negoziazione puntigliosa dei singoli risvolti. Le regole di *default* non possono costituire il paradigma in base al quale orientare la valutazione di quanto pattuito dalle parti, semplicemente perché, se così fosse e l'esito non corrispondesse alle aspettative dei paciscenti, essi le taglierebbero fuori negozialmente. La disciplina del contratto appartiene interamente alle parti che lo stipulano.

D'altro canto, il contratto tra operatori sofisticati, proprio perché consapevole e tendenzialmente *self-contained*, postula la riduzione al minimo dello spazio rimesso all'interpretazione giudiziale. La sola ermeneutica coerente con tale espressione dell'autonomia privata è quella che si appunta sul significato fatto palese dalle parole. Ciò consente alle parti di pianificare le loro operazioni senza il timore di subire decisioni che ne stravolgano il significato. Se ai giudici non è dato di spingersi oltre l'interpretazione letterale del testo, si azzera il rischio che le valutazioni effettuate dalle parti siano sostituite con quelle di altri soggetti, presumibilmente meno informati; mentre la soluzione opposta aumenta a dismisura i costi transattivi, perché costringe le parti a redigere testi sempre più dettagliati. Beninteso, non c'è polemica con l'esercizio della funzione giudiziale. Piuttosto, la scelta del criterio di interpretazione deve tener conto ad un tempo dei costi transattivi affrontati dalle parti e dei costi di decisione dell'interprete. E' evidente che quest'ultimo sarà raramente in grado di ottenere dalla parti o di raccogliere d'ufficio tutte le informazioni che sarebbero necessarie per sostituire la sua valutazione a quella dei contraenti. La letteratura gius-economica parla, in proposito, di osservazioni non verificabili. Un chiaro esempio di tale categoria di informazioni è rappresentato dalla qualità delle prestazioni promesse. Non è infrequente che, sotto questo particolare profilo, l'accertamento della violazione degli impegni assunti richieda valutazioni difficilmente ricollegabili a dati oggettivi. Si pensi agli investimenti necessari per lo sviluppo di una rete di franchising o a qualunque contratto che preveda la prestazione di servizi. Il mancato conseguimento dei risultati promessi può essere dovuto allo scarso impegno di una delle parti, ma anche a circostanze esterne, del tutto indipendenti dalla sua volontà. Il criterio di interpretazione letterale rappresenta la soluzione più equilibrata quando le parti abbiano le risorse necessarie per regolare in modo esaustivo il loro rapporto. L'interprete non avrà bisogno di affrontare costi di decisione elevati e potrà limitarsi a ricavare le informazioni necessarie dal testo del contratto. Il rischio di interpretazioni errate, che producono un'allocazione inefficiente delle risorse, sarà pressoché annullato.

Vi sono altri vantaggi connessi all'interpretazione letterale del contratto negoziato fra soggetti consapevoli e responsabili. Essa, per un verso, scoraggia i tentativi di rimettere in discussione le scelte effettuate; per l'altro, favorisce la sperimentazione di soluzioni contrattuali innovative. Le parti sono incentivate a disegnare strutture di governo che rispondano alle loro peculiari esigenze solo se i giudici sono disposti a riconoscere tali manifestazioni dell'autonomia privata. Concedere spazio alle innovazioni dei privati significa favorire una più efficiente allocazione delle risorse. Non è un caso che tutti i tipi legali siano sperimentati nella prassi commerciale prima di ottenere un formale riconoscimento dal legislatore. Un orientamento giurisprudenziale propenso a rimettere in discussione le scelte effettuate dai privati renderebbe eccessivamente rischioso il ricorso ad innovazioni contrattuali. L'interpretazione letterale incoraggia tali innovazioni, escludendo dal novero dei possibili significati quelli che contrastano con il testo dell'accordo.

In definitiva, si può convenire che, rispetto alla dimensione qui considerata, il ruolo del diritto dei contratti diventa minimale: di presidio dall'esterno delle regole di un gioco in cui ciascuno si carica del rischio integrale del proprio agire. Risputano, in definitiva, le tracce di un'impostazione —il dare da sé regola ai propri interessi— che costituiva un tempo la dottrina classica del contratto,

tracce ora rinvigorite dall'aspirazione a non subire la diluizione connessa alla coesistenza conflittuale con logiche diversamente orientate.

6.- All'estremo opposto, con contorni anche più definiti perché scanditi dal dato positivo, si colloca il polo dei contratti dei consumatori. L'*acquis communautaire* ha assunto, al riguardo, dimensioni imponenti. Soprattutto, ha dettato un complesso intreccio di regole che obbediscono ad una logica passabilmente unitaria, ma decisamente eccentrica rispetto al solco tradizionale. Diversa la lingua, diversa la strumentazione, diversa, in definitiva, la stella polare.

Il riscontro più plateale è fornito dal regime delle clausole vessatorie. Fino a due lustri fa, si risolveva in un paio di disposizioni, di cui pure un tempo si era menato vanto, perché erano state le prime a raccogliere le provocazioni di Ripert e gli sviluppi successivi di Rittner (e della dottrina tedesca degli anni '30). Sennonché, quella disciplina, che si sarebbe voluta ancorare alla protezione del soggetto debole, non solo aveva finito per trovare applicazione formale *across the board*, ma si era rivelata incongrua persino rispetto alla cultura formatasi nell'immediato secondo dopoguerra, quando si era pensato che quello delle clausole abusive fosse, a conti fatti, una declinazione del potere di mercato. Tale impostazione risale, si sa, all'elaborazione di Friedrich Kessler, che in quel torno di tempo pubblicava i suoi principali contributi sui contratti di adesione e delineava una fascinosa ricostruzione di posizioni di debolezza contrattuale derivante da condizionamenti strutturali. Alle corte: un'analisi economica in chiave di (monopolio o) di oligopolio, in cui le clausole vessatorie apparivano inevitabile portato dell'esercizio del potere di chi ha il mercato alla sua mercé.

Le riflessioni successive non hanno, peraltro, tardato a riconoscere che l'ambito applicativo delle condizioni generali di contratto si estende ben al di là delle ipotesi in cui è dato toccare con mano il dispiegarsi di un significativo potere di mercato. Come spiegare la propensione del commesso viaggiatore, il vinto per antonomasia evocato da Arthur Miller, a trasformarsi d'improvviso in emulo del conte Dracula non appena qualcuno si fosse indotto ad accettare la sua proposta? In realtà, l'idea di una disciplina delle clausole abusive legata alla necessità di riscattare l'*imbalance* contrattuale nei rapporti tra imprese e consumatori appare ormai datata. L'elaborazione giuridico-economica ha messo capo ad una lettura differente, la quale postula che le condizioni generali di contratto costituiscano l'inevitabile risultato di un sostanziale fallimento del mercato. Gli economisti usano il gergo della *market failure* per indicare, fra l'altro, una situazione di irrimediabile asimmetria informativa.

Il consumatore si misura con un mondo estremamente complesso, che non conosce se non nelle sue parvenze epidermiche. Si trova ad interagire con un *repeat player*, il professionista *-alias* imprenditore—, che di quel mondo, delle sue pieghe, dei rischi connessi e delle corrispondenti opportunità, è di necessità esperto conoscitore. Date queste premesse, la logica dell'intervento codicistico, che con l'*highlighting* delle trappole mira a richiamare il consumatore a scelte più avvedute, nel segno dell' "uomo avvertito mezzo salvato", appare impraticabile, oltre che ingenua. Quanto costerebbe la scelta d'acquisto, se dovessimo davvero onerarci dell'accumulo di informazioni necessario per valutare situazioni di limitata rilevanza statistica, come quelle regolate dalle clausole vessatorie? A veder bene, non c'è modo realistico di recuperare il consumatore alla dimensione conoscitiva di chi tratta da eguale; il suo destino, insomma, è di essere normalmente ignorante. La novità sta, però, nella scoperta che il problema non è questo.

La scoperta è di fresca data, ma di lignaggio risalente. Rimonta all'elaborazione di Herbert Simon in quel di Chicago. Ma il suo ulteriore sviluppo è ben più recente, perché si riannoda agli studi di *behavioral economics*, l'elaborazione economica in chiave di limitazione cognitiva, l'ultima e più inquietante frontiera del nuovo modo di pensare l'analisi economica. Al centro del paradigma non c'è più l'astrazione algida dello *homo oeconomicus*, dotato di conoscenza perfetta, impermeabile a debolezze ed emozioni, bensì un soggetto vincolato da una razionalità ineludibilmente limitata. Quest'operatore investe in informazione fino al punto in cui l'utile che gli deriva dal conseguire conoscenza aggiuntiva supera il costo della stessa acquisizione. Oltre tale limite, il vantaggio

diviene impercettibile e, per converso, il costo d'acquisizione molto alto. Ecco perché il consumatore è ignorante ed è bene rimanga tale; quella sua situazione di incapienza informativa esprime il massimo di razionalità che è da lui esigibile, pena, ovviamente, la sua ghettizzazione in un mondo in cui passare tutto il tempo disponibile - ed anche quello che non si ha - a cercare di acquisire un'informazione che normalmente non serve.

La verità è che, a parte sporadiche eccezioni, le condizioni generali di contratto non vengono lette. Occorre rassegnarsi all'idea che la *bounded rationality*, di cui è puntuale espressione il consumatore ignorante, frustra ogni altra possibilità di recupero ad opera del mercato. L'imprenditore, che voglia offrire un *bundle* del prodotto e del contratto d'acquisto, puntando anche sulle qualità del secondo, troverebbe enorme difficoltà nel valorizzarle. Ciò in quanto il consumatore ignora la cattiva qualità della proposizione contrattuale alternativa. Sicché, chi mirasse ad emergere sottraendosi alla prassi ricevuta nel mercato, sperimenterebbe l'esercizio in frustrazione di dover prima educare il consumatore che non ha modo di apprezzare quanto gli viene offerto. Un'operazione disperante, assai meno appetibile dell'alternativa di abbassare il prezzo, variabile alla quale, nei fatti e senza complicazioni di sorta, il consumatore riesce davvero sensibile.

Negli anni più recenti, l'approccio testé delineato, avviato ad imporsi come il *mainstream* della riflessione giur-economica sulle clausole abusive, è stato messo in discussione a diversi livelli. Su tale revisione critica gioca un'influenza rimarchevole il mito sofferto del *boilerplate*, ovvero il complesso di clausole standardizzate in uso nei contratti dei consumatori (come pure nei contratti B2B, ma con funzioni profondamente diverse). Ad esempio, Richard Poster e Lucien Bebchuck sostengono l'idea che la *one-sidedness*, ovvero la tipica situazione di sbilanciamento descritta a suo tempo con grande incisività da Todd Rakoff, sia figlia non già, o non solo, dell'asimmetria informativa, bensì di quella reputazionale. In altre parole, si possono immaginare situazioni nelle quali l'impresa ha un investimento importante in *goodwill*, laddove il consumatore ha nulla o poco da perdere. In circostanze del genere, quest'ultimo potrebbe essere incline ad un comportamento opportunistico rispetto ad un'impresa che, per non mettere a repentaglio il proprio *goodwill*, è costretta, viceversa, ad agire con estrema cautela. Da notare come, nell'ipotesi così prospettata, ci si muova su un versante di difficile *observability*, nel quale risulta problematico per il giudice operare efficaci valutazioni - non a caso, di natura eminentemente qualitativa - e stabilire se l'obbligazione assunta in termini di rispetto di standard di qualità sia stata davvero adempiuta. In sostanza, l'impresa rischia di trovarsi esposta ad un ricatto reputazionale; e, nell'impossibilità di stabilire *ex ante* chi inclini a comportarsi opportunisticamente e chi no, può essere tentata di sbrogliare la matassa predisponendo un *boilerplate* particolarmente punitivo verso tutti gli acquirenti. Ma sia chiaro, avvertono gli autori (con toni che riecheggiano quanto scriveva Marc Gallanter negli anni '70): l'intenzione non è quella di utilizzare condizioni deliberatamente vessatorie, se non come argine -giusto quando serve- nei confronti di comportamenti opportunistici. La tesi appare (suggestiva, ma) poco suadente. Il suo presupposto è che il consumatore conosca perfettamente i problemi d'immagine della controparte imprenditoriale e sappia altrettanto bene di poter sfuggire, per parte sua, ad un tributo in termini di reputazione. Ciò può certamente verificarsi. Mai, però, a livello di generalità, perché per questa via si approderebbe al paradosso di negare la condizione ricorrente del consumatore distratto, inconsapevole e platealmente innocente.

Altri, fra i quali spicca Richard Epstein, hanno obiettato che, nel lungo periodo, la *misperception*, da un lato, e l'approfittamento, dall'altro, non potrebbero sopravvivere alla forza correttiva e redimente del mercato. Ma qui l'ottimismo della ragione sembra vigorosamente smentito dalla cruda realtà empirica; e, del resto, lo stesso Epstein, per ogni altro verso così intransigente nel negare l'opportunità di interventi correttivi, non disdegna l'eccezione rappresentata dagli obblighi d'informazione, rinviando a soluzioni che, come già sottolineato, si sono rivelate irrimediabilmente sterili.

In definitiva, ci si ritrova alle prese con un consumatore disarmato ed irrecuperabile. Se così è, se non si danno capacità redimenti, allora l'economista -con il giurista che gli fa eco- è indotto ad opinare che il fallimento strutturale del mercato richieda e giustifichi una correzione regolamentare.



Si delinea, così, la conclusione secondo cui l'ambito delle clausole abusive deve essere innervato da una disciplina in grado di sterilizzare l'asimmetria informativa e fungere da supporto al consumatore. Appunto ciò che ha fatto la Direttiva 93/13/CE, introducendo –pur con tutte le incongruenze di un difficile compromesso fra il modello francese e quello tedesco, incongruenze che il legislatore italiano si è incaricato volenterosamente di esasperare— uno strumento sin lì estraneo al diritto dei contratti, anzi respinto sdegnosamente (sulla scorta delle ragioni esaminate nel paragrafo precedente, ma valide per una diversa epifania contrattuale): il controllo di contenuto. L'esempio delle clausole vessatorie è la testimonianza più macroscopica dell'agglutinarsi di principi e tecniche d'intervento –dallo *jus poenitendi* alle nullità di protezione, con tanto di compenetrazione delle regole di validità con quelle di comportamento e concorso di rimedi invalidatorio e risarcitorio, sino all'ostracismo disposto, ben al di là degli art. 1434 ss. cod. civ., per le pratiche aggressive di cui alla Direttiva 29/05/CE— che hanno valenza monotonica, non esportabile ad ambiti diversi da quello considerato. In fondo, la migrazione della materia verso il Codice del consumo è metafora tangibile del distacco dei contratti dei consumatori dall'ambiguo mito del monolitismo contrattuale.

7.- Nessun dubbio, dunque, sull'esistenza di almeno due nuclei solidi, in grado di esprimere, ciascuno per la sua parte, una *ratio* destinata ad orientare il momento applicativo: da un canto, una sublimazione pressoché autoreferenziale di autonomia e responsabilità, con la funzione del diritto tendenzialmente ridotta a garantire –quando il carattere normalmente *self-enforcing* di tali pattuizioni non basti ad arginare deviazioni opportunistiche— la coattività degli impegni assunti; dall'altro, un consapevole paternalismo, che intende supplire all'insanabile miopia di chi popola i mercati senza poterne essere protagonista dall'interno.

Vengono così in evidenza due polarità opposte, irriducibili ad una matrice comune (che non sia quella, indistinta, di una galassia osservata da troppo lontano per coglierne tratti individuanti), ma per certo incapaci di esaurire, da sole, l'intero spettro delle possibili manifestazioni di attività contrattuale. Tra i due poli si estende una 'terra di mezzo', ancora in cerca di identità. Qui alligna, se mai ha ragion d'essere, l'ipotesi del terzo contratto.

Nemmeno a dirlo, l'idea non deriva dalla meccanica trasposizione degli 'incroci' tracciati da Schwartz e Scott (ed altri ancora): la giustapposizione di coppie di categorie, di là dallo svilimento da superfetazione di numeri, non promette nulla di buono persino sul piano meramente descrittivo. Perché abbia senso parlare di un'altra aggregazione, oltre a quelle di cui si è detto, occorre trovare un sostrato comune, forte quanto serve per orientare la prassi applicativa. La scommessa sul terzo contratto si vince solo in quanto conduca ad un esito ermeneutico non meno definito di quelli dianzi ricordati.

Ora, a prestare una qualche consistenza all'ipotesi concorre un pugno di disposizioni normative di conio relativamente fresco. In prima linea, niente di meno di una nuova clausola generale, l'abuso di dipendenza economica, ex art. 1. 192/98. Sempre a livello di scrutinio dell'impianto contrattuale opera il meccanismo (nullità dell'accordo gravemente iniquo, applicazione dei termini legali o riconduzione ad equità) divisato dall'art. 7 d. lgs. 231/02, in tema di ritardo dei pagamenti nelle transazioni (*sic*) commerciali. Mira a determinare un singolo aspetto di contenuto (durata minima del rapporto) l'art. 3 della l. 129/04 sul contratto di franchising, riproducendo la tecnica inopinatamente utilizzata dalla Commissione europea nelle ultime due versioni del regolamento (antitrust!) in materia di distribuzione di autoveicoli. Proprio quest'ultima notazione consente di affermare che si tratta di frammenti di un discorso più ampio: se ne trovano tracce, per chi abbia la pazienza di andarle a cercare (e non tema di scrutare il futuro), nella Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio CE sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Rome I, varata nel dicembre 2005, che dovrebbe sostituire l'ormai datata Convenzione di Roma), agli artt. 4.1.g e 4.1.h., là dove si stabilisce che, in assenza di scelta concordata tra le parti, il contratto di franchising e quello di distribuzione saranno governati dal diritto del paese in cui l'affiliato o il

distributore hanno residenza abituale (perché, spiega il commento ufficiale, “Community law seeks to protect the franchisee and the distributor as the weaker parties”).

Le molte incertezze che ancora connotano tali istituti possono qui rimanere sotto traccia (anche perché doviziosamente analizzate nei contributi che precedono), così come i più intriganti interrogativi che campeggiano sullo sfondo (si danno situazioni di abuso di dipendenza economica che non si sarebbero potute correggere mercé un oculato impiego delle preesistenti clausole generali di buona fede e correttezza? la grave iniquità in danno del creditore, a livello di accordo sulle condizioni di pagamento –per esempio, interessi moratori fissati ad un tasso inferiore a quello legale, col risultato di rendere illusoria l’obbligazione di pagamento— non è, in fin dei conti, un’ipotesi specifica di abuso di dipendenza economica?). Preme, piuttosto, cogliere il *fil rouge* che collega tali disposizioni: il fatto, cioè, di riferirsi a contesti contrattuali (o dintorni) che vedono impegnati due imprenditori, l’uno dei quali appare in condizione di prevaricare l’altro.

Il tema è, dunque, quello dei “nuovi soggetti deboli”, se si preferisce dell’ “abuso di potere contrattuale”, ma in una proiezione diversa da quella tradizionalmente incentrata sul rapporto impresa/consumatore. Perché, in questo caso, esposto a subire l’altrui imposizione è un altro imprenditore, presumibilmente in grado di farsi valere sino a quando non si trovi al cospetto di un *Diktat* che ne paralizza le opzioni.

Come sempre avviene quando si discute di ineguaglianza di potere contrattuale e della sottesa aspirazione, di carattere pre-giuridico, a denervare la vincolatività di una promessa ‘estorta’ in condizioni che non permettono di attivare la disciplina dei vizi del consenso, il tentativo di razionalizzare forme d’intervento a livello individuale sconta difficoltà cogenti. A partire dalla diffusa percezione che la disparità di forza negoziale non soltanto è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell’attività contrattuale: senza *bargaining power*, che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili ed occasionali, le parti non sarebbero indotte a contrarre. C’è quanto basta per concludere, con l’avallo pressoché unanime della dottrina di ogni dove, che l’intervento giuridico dovrebbe limitarsi alle sole ipotesi in cui la disparità produca conseguenze tanto gravi da mettere a repentaglio la stessa idoneità, per la parte soccombente, di partecipare alla determinazione dell’assetto d’interessi divisato in contratto. La formula magica è l’abuso. Magica, ma sdruciolevole, perché il suo accertamento individualizzato – passaggio obbligato perché dall’asimmetria di potere contrattuale possa farsi discendere la decisione di negare efficacia ad un contratto o a sue particolari previsioni— è esposto a gravi rischi di incoerenza ed arbitrarietà: la complessità e la natura dinamica del fenomeno esasperano oltre ogni limite di tollerabilità il pericolo di “falsi positivi”. Ma ciò che appare sostanzialmente precluso a livello analitico-individuale è, invece, attingibile a livello ‘macro’, segnatamente quello delle regole normative intese ad arginare disparità “sistemiche”. Laddove la loro esistenza sia “legally cognizable”, e presenti dunque caratteristiche di condivisibile salienza, emergono regole intese ad arginare il dispiegarsi inconsulto dell’autonomia privata; regole che rimettono al giudice il compito di decidere, sulla base di indici predeterminati, se la relazione contrattuale possa ancora darsi legge da sé, oppure debba sottostare a correttivi regolatori, riattivando un attivismo giudiziale in grado di spiegare perché, in determinate situazioni, gli impegni contrattuali possano essere messi nel nulla.

Il problema del terzo contratto è tutto qui: nel verificare se le norme su richiamate consentano di individuare un contesto di ineguaglianze sistemiche a carico di imprenditori segnati dalle stimmate della dipendenza economica. Ove la risposta fosse positiva, il suo diritto di cittadinanza, sul piano euristico –il solo a contare in una riflessione di questo tipo—, dovrà considerarsi acquisito.