

Raffaele Caterina

Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale

1. Premessa

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

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

2. L'approccio tradizionale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Le cose si complicano*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

che i contraenti si convincano a cambiarle.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Questo quadro a sua volta solleva alcuni problemi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

