

## Aurelio Gentili

### *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*

#### *1. Razionalità assiologica e forme della razionalità economica*

Il reale è razionale?

A chi lo sostenne capitò di scriverlo proprio in un libro di (filosofia del) diritto<sup>1</sup>. Lecito, dunque, domandarsi se la realtà del diritto sia razionale. È facile rispondere che, lo sia o no, *deve* esserlo: basta considerare che *ex contradictione quodlibet* per convincersi che un *ordinamento* (già il nome lo dice) *debba* possedere razionalità, pena la disfunzione.

La storia del pensiero giuridico ci conferma che la razionalità del sistema giuridico è stata una preoccupazione costante. Il giusnaturalismo è stato essenzialmente il diritto della *recta ratio*. E il giuspositivismo delle codificazioni il tentativo pragmatico di attingerla<sup>2</sup> con i caratteri dell'oggettività e della certezza. Ma la razionalità in questione era razionalità assiologica: diritto equo, diritto giusto. La razionalità del dover essere. Altra cosa la razionalità dell'essere. Che, in pratica, è la razionalità economica<sup>3</sup> del diritto: la sua efficienza.

<sup>1</sup> G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin, In der Nicolaischen Buchhandlung, 1820.

<sup>2</sup> M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 34 ss.

<sup>3</sup> Per un esame critico, da varie prospettive, v. M. GODELIER, *Rationalité et irrationalité en économie*, Paris, Maspero, 1969 (trad.it. *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, Feltrinelli, 1970); G. B. RICHARDSON, *Economic Theory*, London, Hutchinson University Library, 1964 (trad. it. *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, F. Angeli, 1968, pp. 25-56); G. S. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1978 (trad. it. *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, Il Mulino, 1998, *passim*, ma spec. p. 447 ss.); cfr. C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; A. SEN, *Rationality and Freedom*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 2002 (trad. it. *Razionalità e libertà*, Bologna, Il Mulino, 2005); D. MCFADDEN, *Razionalità per economisti?*, in M. MOTTERLINI e M. PIATTELLI PALMARINI (a cura di), *Critica*

Per lungo tempo i giuristi non si sono posti il problema della razionalità economica del diritto: l'hanno data per scontata, o per secondaria. E comunque riferita agli atti, più che alla legge. Oggi l'atteggiamento è mutato. E il discorso sulla razionalità economica del diritto viene inteso nella sua accezione più lata, che comprende le attività giuridiche e le loro discipline: fatti e norme. Anche in questo ambito, tuttavia, la questione è fortemente controversa.

Si propongono così due domande:

- ha il diritto una sua razionalità economica?
- se sì, quale?

Constatare se l'abbia però non si può senza entrare nel merito della seconda domanda e dei diversi modelli di razionalità che essa sottende. Si fronteggiano infatti (con estrema semplificazione) quantomeno tre modelli principali:

- quello dell'economia neoclassica,
- quello dell'analisi economica del diritto,
- quello dell'economia cognitiva e comportamentale.

La tuttora dominante *tesi neoclassica* nella sua versione moderna<sup>4</sup> assume che, anche in condizioni di incertezza, e restando irrilevanti i gusti, i comportamenti di un agente che dispone di razionalità assoluta (*Homo oeconomicus*), consistenti in scelte economiche (scelte giuridicamente rilevanti, e come tali atti giuridici), perseguano la massimizzazione del suo vantaggio, e lo conseguano, nei limiti delle alternative disponibili, alla sola condizione (la cui mancanza è solo un accidente individuale) che egli abbia un sistema coerente e stabile di preferenze.

La diffusa *tesi giuseconomica*<sup>5</sup> assume anch'essa che, anche in condizioni di incertezza, e restando irrilevanti i gusti, i comportamenti di un agente che dispone di razionalità assoluta (*Homo oeconomicus*), consistenti in scelte economiche (rilevanti come atti giuridici), perseguano la massimizzazione del suo vantaggio, e lo conseguano, nei limiti delle alternative

---

*della ragione economica*, Milano, il Saggiatore, 2005, p. 25 ss.; D. KHANEMAN, *Mappe di razionalità limitata. Indagine sui giudizi e le scelte intuitivi*, *ivi*, p. 77 ss.; M. PIATTELLI PALMARINI e M. MOTTERLINI, *Galleria degli errori economici*, *ivi*, p. 233 ss.

Gli studi sulla razionalità sono notoriamente sterminati anche a prescindere dal concetto di razionalità economica. Per una prospettiva sociologica C. A. MARLETTTI, *Razionalità e valori. Introduzione alle teorie dell'azione sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

Cfr. inoltre S. LATOUCHE, *Le défi de Minerve : rationalité occidentale et raison méditerranéenne*, Paris, Fayard, 2003 (trad. it. *La sfida di Minerva. Razionalità occidentale e ragione mediterranea*, Torino, Bollati Boringhieri, 2007).

<sup>4</sup> Per indicazioni bibliografiche v. *infra*, § 3.

<sup>5</sup> Per indicazioni bibliografiche v. *infra*, § 4.

disponibili, e sempre a condizione (la cui mancanza è solo un accidente individuale) che egli abbia un sistema coerente e stabile di preferenze; ma obietta che ciò è possibile solo nella misura in cui si riesca ad abbattere i costi transattivi, sociali o naturali (che sono invece un accidente oggettivo).

La più recente *tesi di economia cognitiva*<sup>6</sup> (e con essa la *Behavioral Law and Economics*<sup>7</sup>) assume invece che, in condizioni di incertezza, e restando irrilevanti i gusti, un agente dispone di una limitata razionalità, e che i suoi comportamenti consistenti in scelte economiche (rilevanti come atti giuridici) perseguono una soluzione non ottimale ma semplicemente soddisfacente, non scevra al caso da scopi altruistici, e la conseguano, nei limiti delle alternative disponibili, e sempre a condizione (la cui mancanza è un accidente comune) che egli abbia un sistema coerente e stabile di preferenze, attraverso semplificazioni comportamentali (*Heuristic*) che incappano sistematicamente in errori (*Bias*), nonché solo nella misura in cui si riesca ad abbattere i costi transattivi, sociali o naturali (che sono invece un accidente oggettivo).

L'uno, l'altro, più d'uno di questi modelli sono presenti o possono essere immessi nel diritto?

Una risposta di ordine generale è possibile solo in termini di teoria generale del diritto. Se invece si vuole darla in concreto occorre dirigere il discorso ad un concreto sistema giuridico. E poiché qui si intende appunto parlarne in concreto, oggetto di indagine sarà *il diritto dello scambio* applicabile in Italia, e – per economia del discorso – quella sua parte che disciplina l'*invalidità* o *inefficacia* dei contratti di scambio.

## 2. *L'invalidità come strumento giuridico delle teorie economiche liberiste e interventiste succedutesi nella vicenda dei diritti nazionali e del diritto comunitario*

La delimitazione del campo di indagine, cioè dell'ordinamento di leggi e atti della cui razionalità economica ci si interroga, richiede qualche premessa.

Una disciplina dello scambio è presente da sempre nei sistemi giuridici<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Per indicazioni bibliografiche v. *infra*, § 5.

<sup>7</sup> C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, cit.

<sup>8</sup> Ma non universalmente condivisa. O meglio: contestata da coloro che ritengono che il mercato si autoregoli e dunque non abbia bisogno di regole legali. Per la piena formalizzazione di questa posizione, notoriamente, F. K. A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1978 (trad. it. *Legge, legislazione, libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, il Saggiatore, 1986).

Ma filosofie diverse l'hanno tempo per tempo connotata<sup>9</sup>, e non hanno mancato di influenzare i legislatori. Come esiste più di una teoria dello scambio, così esiste più di un diritto dello scambio<sup>10</sup>.

Se i fini differiscono, gli strumenti sono invece comuni. In positivo il diritto dello scambio si esprime nel riconoscimento dell'autonomia privata. Ciò significa validità giuridica dei contratti. In negativo, in un variegato strumentario di freni, fra cui l'invalidità o inefficacia (in diverse forme) degli atti di scambio.

Per le ragioni anzidette, oggetto di esame è qui il diritto dello scambio applicabile in Italia. Ma inteso come effetto nazionale di quel concorso tra diritto interno e comunitario cui la dottrina allude con la formula *diritto privato europeo*<sup>11</sup>. Di esso vanno subito sottolineate la composita struttura<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Per una ricostruzione essenziale dei diversi atteggiamenti W. J. BARBER, *A history of economic thought*, London, Penguin books, 1991 (trad. it. *Storia del pensiero economico*, Milano, Feltrinelli, 1993); A. RONCAGLIA e P. SYLOS LABINI, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, Roma-Bari, Laterza, 1995; P. D. GROENEWEGEN e G. VIAGGI, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, Roma, Carocci, 2007; E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, Roma, Carocci, 2007.

<sup>10</sup> Anche se, nei fatti, il fenomeno della globalizzazione, del quale qui si intende non sopravvalutare l'importanza, va uniformando prassi e regole, e nei concetti talune costruzioni finiscono per fare premio su altre. V. comunque in tema dal punto di vista giuridico M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

<sup>11</sup> Sul senso della nozione N. LIPARI, *Introduzione*, in *Diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 1997, I, p. 1 ss.; N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, *ivi*, p. 21 ss., p. 90 ss.; A. TIZZANO, *Presentazione*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, I, p. V ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, Cedam, 1998, p. 10 ss. In tema G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, cit. p. 14 ss., p. 18 ss.; e con particolare riferimento al diritto contrattuale, F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti*, Padova, Cedam, 2003; da un punto di vista di politiche legislative v. J. S. BERGÉ e S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, 2008, p. 74 ss.

<sup>12</sup> È evidente anzitutto la sua struttura composita; i diritti interni consolidatisi in un risalente passato, in altri contesti storici sociali ed economici, e il diritto comunitario dominato dapprima dallo scopo della creazione del mercato unico (cfr. ancora J. S. BERGÉ e S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, cit., p. 271 ss.) e poi della costruzione europea, hanno sensi differenti. Ma il diritto privato europeo non si esaurisce neppure nella sintesi della normativa comunitaria con ciascun diritto interno. Con l'istituzione, accanto alla Comunità europea, dell'Unione europea il quadro è fortemente mutato. Triplicemente. Anzitutto, alle finalità meramente economiche della Comunità, concentrate essenzialmente nella creazione del mercato interno, si sono aggiunte finalità esplicitamente politiche: progresso economico e sociale, difesa dell'occupazione, sviluppo sostenibile, tutela dei diritti individuali, libertà sicurezza e giustizia (cfr. l'art. 2 del

e la mista funzione<sup>13</sup> frutto della diversa ispirazione delle normative che vi

Trattato di Maastricht). Inoltre, è stato codificato lo sviluppo del c.d. *acquis* comunitario (cfr. l'art. 3, co. 1, del Trattato di Maastricht). Infine, è stata riconosciuta l'esistenza di principi giuridici comuni agli Stati membri, in materia di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali, dello stato di diritto e dei diritti fondamentali, quali risultano non solo dalla Convenzione di Roma del 1950 ma anche dalle tradizioni costituzionali degli stati membri. È stato statuito che essi tutti siano *principi generali del diritto comunitario* (cfr. l'art. 6, co. 1 e 2, del Trattato di Maastricht).

All'origine di quella struttura composita sta la pluralità delle fonti (v. R. ADAM, *Le fonti comunitarie*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, cit., I, p. 43 ss.) a fondamento, la diversità delle ispirazioni e degli scopi legislativi.

<sup>13</sup> Alla base di queste funzioni diverse (non necessariamente inconciliabili) sta un diverso sguardo sul reale. Che (traducendo una tradizionale distinzione dell'economista) si potrebbe definire macrogiuridico per il diritto comunitario e microgiuridico per i diritti interni. Se si vuole un lessico più familiare, si può dire che il diritto comunitario dello scambio regola il mercato, laddove il diritto interno dello scambio regola il contratto. La sostanziale identificazione di economia e mercato, il carattere originario di questo, sono contestati (ed il testo non intende prendere posizione): cfr. K. POLANYI, *The Great Transformation*, New York, Farrar & Rinehart, 1944 (trad. it. *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 1974, *passim*); *contra* O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975, p. 20. Per i fini del discorso si può omettere di approfondire il punto.

Il concetto di mercato, il suo ruolo nell'economia meriterebbero approfondimenti qui impensabili. Comunque non esiste un'unica nozione di mercato. A livello semantico esso rivela almeno quattro significati: mercato come luogo, come ideologia, come istituzione, come paradigma di azione sociale (M. R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 20 ss.).

Se la prima accezione è la più antica, come luogo il mercato ha cessato da tempo di essere significativo.

Molto più significativa l'accezione ideologica. La storia delle dottrine politiche vede il mercato protagonista di un'alterna fortuna: sviluppatosi nella prospettiva liberale e liberista come utile alternativa alla preponderanza del principe, e perciò intrecciato alle libertà politiche e all'eguaglianza A. O. HIRSCHMANN, *The Passions and the Interests. Political Arguments For Capitalism Before Its Triumph*, Princeton, Princeton University Press, 1977 (trad. it. *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Milano, Feltrinelli, 1979); M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962 (trad. it. *Efficienza economica e libertà*, Firenze, Vallecchi, 1967), nel corso del tempo il mercato appare ad altri luoghi invece di disuguaglianza e costrizione, che sollecita l'intervento correttivo del potere politico [oltre – ovviamente – la critica marxiana, v. A. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, Reislad, 1887 (trad. it. *Comunità e società*, Milano, Comunità, 1979); R. TAWNEY, *Eguaglianza*, in F. FERRAROTTI (a cura di), *Opere*, Torino, UTET, 1975, p. 706 ss.; R. DAHL, *Preface to Economic Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1985 (trad. it. *La democrazia economica*, Bologna, Il Mulino, 1989); W. RÖPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, Bologna, Il Mulino, 2004; J. P. FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, Paris, Editions Grasset & Fasquelle, 2004 (trad. it.

*La democrazia e il mercato*, Milano, Feltrinelli, 2004); L. BERTI, *Il mercato oltre le ideologie*, Milano, EGEA, 2006; H. J. CHANG, *Cattivi samaritani. Il mito del libero mercato e l'economia mondiale*, Milano, Università Bocconi Editore, 2008)]. Per gli uni la concorrenza è la forma pacifica per comporre un fecondo conflitto e per ottimizzarne l'esito. Per gli altri quel conflitto, lungi dall'autoregolarsi, data la sproporzione delle forze, deve essere regolato, con uno sguardo politico alla più giusta distribuzione di risorse scarse.

Come istituzione poi il mercato rivela di assolvere non soltanto ad una funzione di allocazione delle risorse disponibili, ma anche di conseguente conformazione dei rapporti sociali che coinvolge valori non esclusivamente economici. E così propone una domanda non solo sull'efficienza ma anche sulla correttezza dell'allocazione e conformazione, e sul criterio - economico, giuridico o etico - per sceglierla [A. SEN *On Ethics and Economics*, Basil Blackwell, Oxford, 1987 (trad. it. *Etica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2000); nella letteratura italiana una incisiva visione critica in E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, Il Mulino, 2006; v. anche i saggi raccolti in P. D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), *Mercato ed etica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009].

Del mercato come paradigma di azione - l'accezione più rilevante nella prospettiva di queste pagine - si dice nel testo. Su questo suo aspetto, e la sua preminenza, L. VON MISES, *Human Action: a Treatise on Economics*, San Francisco, Fox & Wilkes, 1996, p. 257 ss.: «The market is not a place, a thing, or a collective entity. The market is a process, actuated by the interplay of the actions of the various individuals cooperating under the division of labour. The forces determining the – continually changing – state of the market are the value judgements of these individuals and their actions are directed by these judgements».

Il mercato esprime dunque piuttosto una serie di problemi che di meri fatti. Da che una pluralità di teorie politiche, sociologiche, etiche, ma soprattutto giuridiche o economiche sugli scambi, come avvengono, quali forze li generano, quali leggi li reggono (schematicamente, S. SAGNOTTI, *Le teorie del mercato*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 2 e *passim*, le suddivide in economiciste, eticiste, giuridiciste).

Ovviamente la distinzione tra regolazione del mercato e del contratto non è netta: intendo solo dire che l'accento cade sull'uno o sull'altro. Vi sono anzi alcuni aspetti della disciplina del contratto (come la forma: in tema ampiamente S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, ETS, 2009) sui quali la normativa europea è intervenuta incisivamente. Ma sempre nell'ottica delle dinamiche economiche.

Nella letteratura giuridica italiana il rapporto contratto/mercato è raramente affrontato per sé (un recente tentativo ambizioso in questo senso mi sembra lo studio di M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico generali per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-L. Facco, 2008). Solitamente vengono affrontate, talvolta con ambizioni di sistema, le singole discipline che la Comunità ha emanato per il comune scopo della creazione del mercato unico, con preminente riguardo al problema delle asimmetrie informative e quindi dell'informazione (cfr. M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, Cedam, 2002; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; G. SICCHIERO (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2005; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2002; R. CALVO, *Contratti e mercato*, Torino, Giappichelli, 2006; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche

confluiscono, e la conseguente difficoltà di tradurla in regole specifiche<sup>14</sup>. Questa diversità nasce dalla diversità di scopo e quindi di metodo dei legislatori comunitario ed interno.

Rispetto al fenomeno dello scambio le moderne codificazioni manifestano l'iniziale accettazione dei principi liberali e liberisti<sup>15</sup>. Ma già nel tardo ottocento sopravvennero atteggiamenti interventisti, rimasti dominanti fino all'ultimo quarto del novecento<sup>16</sup>. A superarli però ha molto

---

Italiane, 2008; M. DE POLI, *Liberio mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 757 ss.).

Si fa infine rilevare che non è il mercato, ma il sistema di mercati interdipendenti, e indipendenti da regolamentazioni esterne, a costituire l'oggetto della teoria economica neoclassica: P. STEINER, *La sociologie économique*, Paris, La Découverte, 1999 (trad. it. *Economia, mercati, società*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 40). E che un sistema di scambi può essere realizzato invece che (all'esterno) dal mercato anche (all'interno) dall'impresa [sul punto L. MARENGO e C. PASQUALI, *Il mercato, l'impresa e il primato della conoscenza*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, Milano, Il sole-24 ore, 2005, p. 53 ss.; per la superiorità dell'impresa come strumento allocativo L. SCANDIZZO, *Il mercato e l'impresa: le teorie e i fatti*, Torino, Giappichelli, 2002, e *ivi* bibliografia].

<sup>14</sup> Un esempio pratico renderà più chiaro il problema. La ben nota direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori con le imprese tutela il mercato o il singolo (o entrambi: di *Janus-faced ideology* parlano tra altri G. G. HOWELLS e T. M. WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, Dartmouth, Ashgate, 1997, p. 89). Conseguentemente, lo statuito loro carattere 'non vincolante' deve tradursi in nullità assoluta, o nullità relativa, o annullabilità, o inefficacia? (sono note le oscillazioni del nostro legislatore passato dall'inefficacia dell'art. 1469 *quinquies* c.c. alla nullità 'di protezione' dell'art. 36 del c. cons.). E più in dettaglio: sono coerenti o incoerenti la legittimazione assoluta, la sanabilità, la rinegoziazione, la prescrizione?

<sup>15</sup> Che conducevano a vedere nell'autonomia privata, esercitata attraverso il semplice consenso, purché liberamente manifestato, anche un migliore sistema economico, ma prima di tutto un'irrinunciabile garanzia di libertà: F. WIEACKER, *Privatgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1952 (trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1980, I, p. 524); G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1970, III, p. 21; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 35. Centrale il rapporto tra proprietà e libertà teorizzato da Locke e dagli illuministi francesi. Per la sua teorizzazione moderna v. i saggi di von Mises, ora raccolti in L. VON MISES, *Proprietà e libertà*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-L. Facco, 2007.

<sup>16</sup> Si deve come noto a J. M. KEYNES, *The general theory of employment, interest and money*, London, Macmillan, 1957 (trad. it. *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, UTET, 2005) la sistemazione teorica del ruolo dell'intervento pubblico. Che - è importante notarlo - , non era tanto critica al mercato, quanto alle distorsioni introdotte dal sistema capitalistico.

Per un inquadramento del capitalismo: M. BEAUD, *Histoire du capitalisme*, Paris, Éditiones Du Seuil, 2000<sup>2</sup> (trad. it. *Storia del capitalismo, dal Rinascimento alla New Economy*, Milano, Mondadori, 2004); F. JAMESON, *Postmodernism, or The Cultural Logic*

contribuito la costruzione europea. Che ha subito imposto, del credo liberista, l'elemento della difesa della libera concorrenza<sup>17</sup>. E poi (a partire dalla metà degli anni ottanta) ha edificato un diritto liberista dello scambio armonizzato, e (dagli anni novanta), programmato anche interventi di politica sociale<sup>18</sup>.

Tutto ciò ha fatto evolvere il diritto contrattuale nazionale, e quindi le sue regole di validità. Ma è difficile dire se in senso soprattutto liberista o soprattutto sociale<sup>19</sup>. Lo si vede soprattutto nella politica consumeristica<sup>20</sup>.

---

*of Late Capitalism*, Durham, Duke University Press, 1991 (trad. it. *Postmodernismo, ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, Roma, Fazi, 2007); P. BOWLES, *Capitalism*, Edinburgh, Pearson Education, 2007 (trad. it. *Il capitalismo*, Bologna, Il Mulino, 2009). Per la critica al capitalismo, a parte ovviamente il marxismo, e limitandosi a visioni più moderne, F. BRAUDEL, *Afterthoughts on Material Civilization and Capitalism*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1977 (trad. it. *La dinamica del capitalismo*, Bologna, Il Mulino, 1988); S. LATOUCHE, *Petit traité de la décroissance sereine*, Paris, Mille et Une Nuits, 2007 (trad. it. *Breve trattato della decrescita serena*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008); Z. BAUMAN, *Capitalismo parassitario*, Roma-Bari, Laterza, 2009. È ben noto che dopo il predominio neoliberista degli anni novanta e dell'inizio dell'attuale secolo, e per effetto della crisi economica in corso, il ruolo dello Stato va riguadagnando terreno e consenso. Sul tema: J. STIGLITZ, *The Economic Role of the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1989 (trad. it. *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 1992). Nella prospettiva interna e dal punto di vista giuridico: M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008; cfr. *Il governo dell'economia e delle istituzioni*, Atti del convegno in ricordo di Giovanni Spadolini (Milano, 10-11 maggio 1996), Milano, Giuffrè, 1997.

<sup>17</sup> E di questo sono state strumento anche plurime comminatorie di invalidità: degli atti costitutivi di cartelli (ora gli artt. 81 ss. del TCE.), o attuativi di concentrazioni restrittive della libera competizione (cfr. soprattutto il Reg. 139/2004/CE, del 20 gennaio 2004).

<sup>18</sup> Riavvicinandosi così alle Costituzioni, come nota S. POLIDORI, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1 ss., p. 8.

<sup>19</sup> È possibile infatti interpretare i documenti comunitari tanto nel senso che l'incremento di efficienza era l'obiettivo economico perseguito per se stesso, sia pure nella consapevolezza che avrebbe giovato anche alla società, quanto nel senso che con l'evoluzione dell'ispirazione legislativa comunitaria circa il governo degli scambi, siano subentrate intenzioni politiche di riconoscimento di diritti civili e di protezione di contraenti 'deboli', giustificate anzitutto da necessità di efficienza ma *anche* dalla loro dignità e debolezza. In tema R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 145 ss. Un dibattito sul punto si legge in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, Cedam, 1996. Vale forse anche qui la tesi della *Janus-faced ideology* di cui parlano G. G. HOWELLS e T. M. WILHELMSSON, *EC consumer Law*, cit., p. 89.

<sup>20</sup> Divenuta politica comunitaria ufficiale solo con l'Atto Unico del 1985, essa esprime in questa prospettiva un approccio 'neocapitalistico' secondo il quale il miglior funzionamento del mercato non può prescindere dalla protezione dei diritti fondamentali di consumatori e utenti. In tema (ma la letteratura è amplissima) tra altri G. GHIDINI, *I*



La protezione dei consumatori, anello finale della catena distributiva, ha effetti di incentivazione economica, perché l'elevazione degli standard qualitativi dei beni o servizi<sup>21</sup> produce un miglioramento dell'offerta, e quindi un incentivo all'efficienza delle imprese. Ma al contempo è uno strumento di politica sociale, che eleva il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori<sup>22</sup>. I trattati comunitari oggi ci offrono, se non una compiuta scelta di sistema, almeno una formula intesa ad esprimerne il senso generale: *economia sociale di mercato*<sup>23</sup>.

*diritti dei consumatori come civil rights del mercato*, in L. KLESTA DOSI (a cura di), *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP, 2000, p. 43 ss., p. 44; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 2006; ID., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, , Laterza, 2007.

<sup>21</sup> Quando per esempio dispone che non possano essere imposte clausole vessatorie, che debbano essere garantiti prodotti che non infliggano danni, che debbano essere garantite qualità e conformità della prestazione.

Su tutto ciò S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss.

<sup>22</sup> La conferma è nella nozione di consumatore adottata dal diritto europeo. Buona parte della dottrina, sospinta da assonanze, vi ravvisa un contraente debole (alla stessa stregua dei lavoratori, dei conduttori di immobili urbani, dei coltivatori diretti e simili). Vi è del vero: la disparità di forza contrattuale. Ma sui punti di contatto prevalgono le differenze. Come detto quella di consumatore *non* è una condizione sociale ma un ruolo. La sua debolezza è tecnica: non sapere, non avere alternative; non politica. È giusto dire che nel moderno diritto ai fini dell'applicazione di un diritto speciale rilevano, come qui, gli status; ma qui lo status è giuridico, non di ceto. Per questo non può essere seguita l'idea che la protezione dei consumatori sia tutela di una classe non agiata, in tal senso debole e per tal fine protetta (V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss., p. 718. *Contra* G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 22 ss.), da commisurare in base ai bisogni. Il *favor* per il consumatore è – e per ora resta – della stessa natura del favore per il debitore. Del resto, se così non fosse non avrebbe senso la definizione ormai tralatizia del consumatore, che lo coglie non per le sue capacità o per i suoi bisogni, ma per gli scopi non professionali del negozio. In piena contraddizione con la sua presunta debolezza sociale, che sussisterebbe anche nelle negoziazioni professionali (si pensi al lavoratore), e in perfetta coerenza al ruolo, di acquirente non professionale, che non gli consente di sopportare pari costi di informazione.

Una costruzione generale di *favor* per il contraente debole è ora in A. P. SCARSO, *Il contraente "debole"*, Torino, Giappichelli, 2006 e *ivi* ulteriore bibliografia.

<sup>23</sup> Anche l'interprete più fervente europeista non può non notare che in prima lettura la formula è un ossimoro: mercato e economia sociale sono prospettive storicamente per lo più alternative. Maliziosamente, questo ossimoro pare una di quelle formule vaghe che proprio perché tali possono andar bene a tutti. E che ognuno interpreta a suo modo. In seconda lettura la formula è il motto di una visione ordoliberal intesa a conciliare l'intoccabile libertà economica con l'irrinunciabile giustizia sociale, facendo intervenire lo Stato, come regolatore, più spesso che come attore, solo laddove il mercato fallisce.

In questa lunga vicenda si sono andate consolidando le forme canoniche – nullità assoluta, nullità relativa, nullità parziale, «non meritevolezza di tutela»<sup>24</sup>, annullabilità, rescissione, inefficacia, *fictio juris* di non

Come noto, la formula risale alla Scuola di Friburgo, ed agli studi (tra altri) di W. Eucken, e poi di W. Röpke, ed in generale al pensiero ordoliberal. Quel che è certo è l'influenza che sulla scelta europea ha avuto il peso della Germania, in cui la tesi si è soprattutto formata ed ha conosciuto il maggior successo. Quel che è dubbio, e non può essere approfondito qui è fino a che punto l'intenzione dell'Unione europea denominata economia sociale di mercato coincida con il concetto ordoliberal di economia sociale di mercato. In tema di recente F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Roma, Lateran University Press, 2009.

Una prospettiva che, almeno quanto alla sua attuazione europea, ha suscitato un critico *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto* (leggibile in *European Law Journal*, 10 (2004), p. 653 ss. In tema A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 75 ss.) in cui si lamenta soprattutto il difetto di legittimazione democratica dei legislatori europei, l'esclusiva concentrazione sul solo problema delle asimmetrie informative a fronte di ben altre cause di debolezza negoziale, l'indifferenza per lo sfruttamento e l'esclusione sociale, la necessità per una vera giustizia sociale di interventi eteronomi sul contenuto dei contratti, la necessità di una solidarietà anche 'orizzontale' (e cioè direttamente tra le parti dello scambio e non solo da parte dello Stato verso il c.d. contraente debole) come quella sanzionata in molte Costituzioni europee, e quindi – in sintesi – l'incapacità del diritto contrattuale europeo di redistribuire ricchezza, in luogo di fermarsi a credere che il consumatore una volta informato possa fare da sé un contratto giusto (oltre il *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, cit., v. anche T. WILHELMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 10 (2004), p. 726 ss.; ID., *The abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 27 (2004), p. 317 ss.)

<sup>24</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 191 ss.: «La liceità è bensì condizione necessaria, ma non condizione sufficiente di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere anche ad un'esigenza durevole della vita di relazione, ad una funzione d'interesse sociale». Sull'ispirazione ideologica di questa posizione lo stesso A. non lasciò dubbi: E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss. Nella scia, oggi F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 795.

La disposizione dell'art. 1322 c.c. è stata disinnescata dalla dottrina e dalla prevalente giurisprudenza.

Per la dottrina v. L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981; M. COSTANZA, *Meritevolezza dell'interesse ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 428; S. VITALE, *Ordinamento sportivo e meritevolezza dell'interesse*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 186 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 32 ss.; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, UTET, I, 1999, p. 535 ss.; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 121

apposizione di clausole, loro sostituzione *ex lege*, diritto di ripensamento, e quant'altro – che ancor oggi sono usate dai legislatori come mezzo di governo degli scambi. Con esse la teoria dell'invalidità ha soddisfatto le diverse ideologie dello scambio succedutesi, traducendole in regole. Lo strumento non è stato solo l'invalidità, ovviamente<sup>25</sup>, ma ad essa si è fatto largo ricorso.

In termini giuridici, la scelta legislativa liberista si traduce nella insindacabile validità (e quindi coercibilità) degli accordi di scambio *voluti* dalle parti per i loro interessi; la seconda nella parziale o totale invalidità (e quindi incoercibilità) degli accordi difformi da un interesse ritenuto preminente<sup>26</sup>. Così, ad esempio, le nullità strutturali da difetto di elementi essenziali, e quindi di utilità, sono coerenti al liberismo perché ciò compromette la valutazione di utilità individuale; le nullità contenutistiche da illegalità o illiceità delle regole private, espressive dell'ordine pubblico, cioè del pregiudizio all'utilità generale; le nullità antitrust da violazione delle regole della concorrenza, proprie di un ordine pubblico economico di direzione;

ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 187 ss.; G. GORLA, *IL contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 199 ss.; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss., nonché ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1 ss., in chiave di critica a F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss.; G. STOLFI, *Luci ed ombre nell'interpretazione della legge*, in *Jus*, 1975, p. 145; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, Giappichelli, 1999, XIII, pp. 93-100; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, UTET, I, 1993, p. 693 ss.; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 425. Nello stesso senso A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 221 ss.

Per la giurisprudenza a parte una timida eccezione in App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss., con nota critica di G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*; per l'orientamento assolutamente dominante rinvio alla rassegna di M. R. URCIOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 764 ss., ed alla nota di commento a Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, di F. SBORDONE, *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 849 ss.

<sup>25</sup> Così G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 38 ss.; e di recente S. POLIDORI, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, cit., p. 6.

<sup>26</sup> Validità ed invalidità delle transazioni non sono per la verità l'unico strumento legale di governo degli scambi: importante è anche la tecnica inversa, ovunque praticata, dell'integrazione del contratto allo scopo di correggerne i vincoli. Ma validità ed invalidità sono sempre state lo strumento primario della scelta legislativa sugli scambi, fosse essa in senso liberista o dirigista.

e le nullità che difendono dall'abuso dell'altrui debolezza tipiche dell'ordine pubblico economico di protezione. Alla diversità di *ratio* consegue diversità di disciplina.

Si tratta allora di comprendere se quelle diverse forme di invalidità ed inefficacia siano anche traduzione in termini giuridici dell'irrazionalità economica. E in caso affermativo, di quale modello di razionalità economica.

### 3. *Il paradigma neoclassico e il diritto contrattuale dei codici*

La teoria economica liberista dimostra *che lo scambio è fonte di arricchimento*. Già Adam Smith teorizzò<sup>27</sup> che non solo la produzione ma anche lo scambio produce ricchezza; per gli individui, e per le nazioni (la fortunata metafora della mano invisibile<sup>28</sup>). Gli economisti 'classici' l'hanno seguito<sup>29</sup>. Ma è stato il marginalismo<sup>30</sup> a spostare definitivamente l'attenzione dalla

<sup>27</sup> L'opera celeberrima di A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, scritta tra il 1767 e il 1773 fu pubblicata nel 1776, (l'ed. qui cit. è *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, George Bell & Sons, 1892).

La letteratura su Smith è amplissima. Qui mi limito a ricordare alcune opere di carattere storico: W. J. BARBER, *Storia del pensiero economico*, cit., p. 21 ss.; A. RONCAGLIA e P. SYLOS LABINI, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, cit., p. 17 ss.; P. D. GROENEWEGEN e G. VIAGGI, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, cit., p. 115 ss.; E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, cit., p. 94 ss.

<sup>28</sup> In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, Roma-Bari, Laterza, 1999, *passim*; A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, Laterza, 2005, *passim*.

<sup>29</sup> Come noto per economia classica si intende la corrente la corrente che si personifica soprattutto nei nomi di D. Ricardo, T. R. Malthus, J. B. Say, J. S. Mill, K. Marx.

Quell'indirizzo, soverchiato per un secolo dall'economia neoclassica di cui si dice subito appresso, ha conosciuto una rivalutazione: per tutti P. SYLOS LABINI, *Torniamo ai classici. Produttività del lavoro, progresso tecnico e sviluppo economico*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

<sup>30</sup> Fondamentali i contributi di L. WALRAS, *Elements d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Lausanne, Corbaz, 1874-77; C. MENGER, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, Wien, Braumüller, 1871 (trad. it. *Principi fondamentali di economia politica*, Bari, Laterza, 1925, p. 131 ss., p. 214 ss.) e W. S. JEVONS, *The Theory of Political Economy*, Macmillan, London, 1871 (trad. it. *Teoria dell'economia politica*, Torino, UTET, 1952, p. 57 ss., p. 80 ss.).

In tema A. RONCAGLIA e P. SYLOS LABINI, *Il pensiero economico. Temi e protagonisti*, cit., p. 31 ss.; W. J. BARBER, *Storia del pensiero economico*, cit., p. 151 ss.; P. D. GROENEWEGEN e G. VIAGGI, *Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo*, cit., p. 187 ss.; E. SCREPANTI e S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico. Dalle origini a Keynes*, cit., p. 213 ss.

ricchezza al *valore*: scambiando ciascuno perviene, conseguendo beni la cui utilità è per lui maggiore di quelli che cede, ad un incremento di valore<sup>31</sup>, a parità di beni disponibili.

Per misurare le singole convenienze ci vuole un unità di misura: questa fu offerta dapprima dalla nozione di utilità marginale<sup>32</sup>. Un'utilità però solo *soggettivamente avvertita*<sup>33</sup>, anche se *rivelata* dal prezzo pagato. Espressa in esatte misure matematiche da Edgeworth,<sup>34</sup> poi depurata dell'originario psicologismo da Pareto<sup>35</sup>, l'utilità è stata infine tradotta da Samuelson da valutazioni in fatti, sostituendole la *preferenza rivelata*<sup>36</sup>, e su tale base assiomatizzata da J. von Neumann e O. Morgenstern<sup>37</sup> nella

<sup>31</sup> R. B. WILSON, *Exchange*, in J. EATWELL, M. MILGATE e P. NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of money and Finance*, London, MacMillan, 1992, I, p. 808 ss.

In tema, nella letteratura giuridica, da ultimo R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, Cedam, 2003, p. 23 ss.

<sup>32</sup> Negli stessi anni della pubblicazione dell'opera economica di Mill, Gossen elaborò la nozione di utilità marginale: H. H. GOSSEN, *Entwicklung der Gesetze der menschliche Verkehrrs und der daraus fliessenden Regeln für menschliche Handeln*, Braunschweig, F. Vieweg, 1854. La denominazione rimasta in uso si deve però ad un allievo di Menger, F. von Wieser. Ma la sua opera rimase sconosciuta per almeno un quarto di secolo, fino a che l'idea fu diffusa da Jevons in Inghilterra e da Menger in Austria.

<sup>33</sup> Al rischio di soggettivismo che la nozione introduce, la dottrina economica ha reagito teorizzando con strumenti matematici una situazione ideale. Secondo l'insegnamento di Walras, una volta tradotti in un sistema di equazioni i gusti dei consumatori, i costi di produzione, la necessità che per ogni bene la domanda complessiva pareggi l'offerta, e che domandanti ed offerenti scelgano in modo da massimizzare il loro utile individuale, in una situazione di concorrenza perfetta e in condizioni rese economiche dalla scarsità, lo scambio risponde necessariamente alle leggi della domanda – al rincaro – e dell'offerta – al ribasso – destinate ad incontrarsi su un prezzo di equilibrio che le soddisfa entrambe

<sup>34</sup> F. Y. EDGEWORTH, nel 1881, nello studio su *Mathematical Psychics. An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, New York, A. M. Kelley, 1961. In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, cit., p. 105, p. 124, pp. 279-280; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, Cedam, 2000, p. 25 ss.

<sup>35</sup> Da V. PARETO, ai primi del novecento nel *Manuale di economia politica*, Roma, Bizzarri, 1965. In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, cit., p. 117, p. 120, p. 124.

<sup>36</sup> Fondamentali sul punto gli studi di P. SAMUELSON, a partire da *Social Indifferent Curves*, in *Quarterly Journal of Economics*, 52 (1938), p. 1 ss.; ID., *A Note on the Pure Theory of Consumer's Behaviour*, in *Economica*, 17 (1938), p. 61 ss.

<sup>37</sup> Da J. VON NEUMANN e O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944. In tema B. INGRAO e G. ISRAEL, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, cit., p. 167 ss., nonché, per gli sviluppi recenti, P. L. SACCO e L. ZARRI, *Teoria dei giochi comportamentali e preferenze sociali*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 135 ss.

teoria dei giochi. In tal modo la visione neoclassica ha finito per *perdere qualunque aggancio alla psicologia da cui era partita*.

In tale prospettiva conosce la sua massima e più completa elaborazione il modello di perfetta razionalità strumentale dell'*homo oeconomicus*, base della perfetta razionalità funzionale del mercato. Nonostante le revisioni ed obiezioni di cui si dirà, esso costituisce tuttora un modello consolidato e imprescindibile<sup>38</sup>. Ma, si badi, un modello *normativo*<sup>39</sup>. Che cioè indica

<sup>38</sup> Infatti neppure le revisioni critiche di cui si dà conto più oltre nel testo ne prescindono (così anche G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 31). In economia per un riesame critico A. SEN, *Razionalità e libertà*, cit., 2005, p. 25 ss., che nota molto lucidamente il doppio senso (utilità come massimizzazione e utilità come benessere) in cui incorrono le dottrine economiche una volta sostituite le preferenze rivelate all'utilità soggettiva (p. 35).

<sup>39</sup> Nel pensiero economico è prevalsa per un po' l'idea (risalente soprattutto a M. FRIEDMAN, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, ora in *Metodo, consumo, moneta*, Bologna, Il Mulino 1996; su ciò F. GUALA, *Filosofia dell'economia: modelli, casualità, previsioni*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 70 ss.), che sebbene queste leggi, ed in specie quella della razionalità strategica per la massimizzazione del profitto siano fittizie, comunque sono valide in quanto occorre studiare il ciclo economico come se così fosse, perché gli operatori sono indotti dalla concorrenza a comportarsi così, sicché solo a questa stregua è possibile, non già spiegare, ma predire il loro comportamento. Altri ha osservato che ciò che spinge ad agire in tal modo gli operatori sono le istituzioni esistenti.

Queste teorie descrittive hanno in realtà un notevole carattere normativo [J. ELSTER, *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 (trad. it. *Come si studia la società. Una cassetta degli attrezzi per le scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 12; A. SEN, *Etica ed economia*, cit., 2000, p. 41 ss.)]. Da un lato perché, piuttosto che dalla neutra osservazione dei fatti deducono i loro presupposti da una assunzione di premesse; dall'altro perché, formando un modello del reale, formano un modello al reale: affermando infatti che *così è*, implicano che *così deve essere*. Quantomeno nel senso che esse trasformano un fatto - il modo di funzionare del mercato - in un valore - l'efficienza -. Non si tratta di un valore neutrale, né scientificamente né ideologicamente. Infatti, escludendo altre leggi che le leggi «naturali» dell'economia, queste dottrine tendono ad escludere qualsiasi conformazione dall'esterno del mercato, ispirata ad altro che l'agevolazione di ciò che le forze che agiscono sul mercato mostrano di voler fare.

Evidente la fallacia teorica dell'argomento: mentre è indubbio l'acume con cui vengono indicati i modi di perseguire l'obiettivo di una maggiore efficienza economica del sistema, non può essere accettata teoricamente l'impostazione intesa ad accreditare alla teoria economica una (falsa) neutralità e sue (pretese) necessità intrinseche, tali da trasformarla in una sorta di metafisica [G. MYRDAL, *The political Element in the development of economic theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1965 (trad. it. *L'elemento politico nello sviluppo della teoria economica*, Firenze, Sansoni, 1981, p. 23); ID., *Objectivity in Social Research*, New York, Pantheron Books, 1969 (trad. it. *L'obiettività nelle scienze sociali. L'illusione della "neutralità" della scienza*, Torino, Einaudi, 1973); R. M. UNGER, *Illusions of Necessity in the Economic Order*, in *American Economic Review*, 68 (1978), p. 369]. La violazione della

cosa dovrebbe essere, non cosa di fatto è.

Del resto, e sul piano descrittivo, anche in questa prospettiva che lo scambio sia fonte di arricchimento è vero solo a certe condizioni non date come necessariamente vere: perché l'effettiva massima possibile soddisfazione dei bisogni implica una corretta rilevazione dei bisogni stessi, e dei mezzi disponibili per soddisfarli. Insomma *autenticità valutativa e informazione*. Le leggi dell'economia neoclassica sono *valide su questo presupposto*.

Sia avvenuto in modo intenzionale o casuale, il diritto ha interiorizzato questa prospettiva sulla razionalità economica, già sottesa alla cultura dei primi codificatori grazie all'opera di Jean Baptiste Say<sup>40</sup>. Essa è stata tradotta nella nozione di un *homo juridicus*, di cui *si presuppone* che sia capace di *intendere e volere*<sup>41</sup>. Quel presupposto – una scelta negoziale razionale – è perciò nel tempo che va dall'*Ecole de l'Esegèse*<sup>42</sup> alla prima Pandettistica anche il presupposto della validità delle regole private così create. A partire dal *Code civil* per effetto del solo libero consenso<sup>43</sup> la regola dello scambio, definita «uso pienamente libero della ragione»<sup>44</sup>, ha forza di legge tra le

---

Legge di Hume, oltretutto su un falso dato, è evidente (in tema B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994).

<sup>40</sup> È all'opera di studiosi come Jean Baptiste Say (1767-1832) economista classico di indirizzo liberista il cui *Traité d'économie politique* precede di un anno il codice civile francese che si deve la diffusione delle idee liberiste di cui anche il codice è espressione.

<sup>41</sup> Una riflessione critica sul punto è ora in A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris, Seuil, 2005 (*Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto* Milano, Mondadori, 2006, spec. p. 37 ss).

Che la razionalità dipenda dalla libertà è osservato nella teoria economica da A. SEN, *Razionalità e libertà*, cit., p. 9.

<sup>42</sup> In realtà sarebbe più corretto includervi anche l'opera precorritrice di Domat e Pothier. Certo è che i commentatori del *Code civil* erano perfettamente consapevoli del senso economico del contratto: «Le convenzioni adunque stabiliscono un felice equilibrio tra i bisogni e i mezzi di soddisfarli» (A. DURANTON, *Corso di diritto francese secondo il codice civile*, Tipografia delle belle arti, Napoli, 1835, X, p. 7).

<sup>43</sup> Cfr. ad es. C. E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Bruxelles, P.J. de Mat, 1827 (trad. it. *Corso di codice civile*, Tramater, Napoli, 1828, VI, V, II, p. 70). Come noto, si derogava così all'antica tradizione romanistica [cfr. ad es. G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1841 (trad. it. *Corso delle istituzioni*, Napoli, Tipografia all'insegna del Diogene, 1854, I, § CCLXXI, p. 231); ma l'identificazione almeno concettuale del patto con il consenso è già in A. F. J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Jena, Mauke, 1803 (trad. it. *Sistema del diritto delle Pandette*, Napoli, Stamperia dell'iride, 1857, III, § 368, p. 341)].

<sup>44</sup> F. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil des hoitegen römischen Rechts*, Berlin, Bei Veit und Comp., 1840-49 (trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione Tipografica-Editrice, 1900, III, § 106, p. 23).

parti<sup>45</sup>: pone cioè la forza a disposizione della volontà<sup>46</sup>. La legge non fa che tradurre in vincoli giuridici la volontà<sup>47</sup>, ovvero in diritti gli interessi<sup>48</sup>, e quindi porre la forza a disposizione della libertà che si esprime nella promessa. Per comprendere appieno il sistema legale va però notato che in esso non rileva solo la razionalità individuale della scelta, ma anche la sua razionalità collettiva. Ordine pubblico, ordine pubblico economico di protezione, ordine pubblico economico di direzione, pianificazione, collettivizzazione, esprimono il sottinteso che in questi casi se anche non è compromessa l'utilità individuale è però compromessa l'utilità generale<sup>49</sup>.

Si comprende allora facilmente che il difetto determini l'invalidità (in senso ampio) della scelta negoziale, purché la sua irrazionalità sia sufficientemente grave da travolgere l'utilità generale (nullità), o quella di una parte (sempre che questa non opponga una contropotesa più razionale: buona fede nell'annullabilità, nella rescissione, ecc.). Ed è significativo che in questa idea il *common law* coincida con la dottrina dei paesi di *civil law*<sup>50</sup>.

Strumento è come si vede l'invalidità. Ma non sempre dello stesso

<sup>45</sup> Cfr. l'art. 1123 Cod. 1865, e oggi l'art. 1372 c.c.

<sup>46</sup> Se, infatti, il contratto è valido, l'ordinamento assiste con la coazione la sua esecuzione, e quindi garantisce la soddisfazione degli interessi cui è intesa la regola formata razionalmente dalle parti.

<sup>47</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, Dusseldorf, Buddeus, 1862 (trad. it. *Diritto delle Pandette*, Torino, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1930, I, § 69, p. 203).

<sup>48</sup> Quasi superfluo ricordare la nozione di R. VON JEHRING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf, 1883 (trad. it. *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi, 1972, p. 60), del diritto soggettivo come interesse protetto. Più utile segnalare che da questo punto di vista essa non esprime nulla di diverso dalla nozione di potere della volontà di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit.

<sup>49</sup> Un esempio che rende l'idea sono certe nullità «sanabili», come quella delle cessioni immobiliari prive dell'esibizione della licenza edilizia, e simili. Il legislatore scoraggia con la nullità quel che non vuole consentire, ma poi consente la convalida dell'atto quando il motivo della sua avversione vien meno. Il problema è ben studiato da S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>50</sup> Cfr. la ricostruzione di F. POLLOCK, *Principles of Contract. A Treatise on the General Principles Concerning the Validity of Agreements in the Law of England*, London, Stevens and Sons, 1911, p. 1 ss.

Nella letteratura contemporanea v. nel diritto inglese P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1995; G. C. CHESHIRE, C. H. S. FIFOOT e M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 1996; G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1999; nel diritto statunitense J. P. DAWSON, W. B. HARVEY e S. D. HENDERSON, *Contracts*, New York, Foundation Press, 1998; A. ROSETT e D. J. BUSSEL, *Contract Law and Its Application*, New York, Foundation Press, 1999. Nella letteratura italiana v. per tutti U. MATTEI, *Common Law. Il diritto angloamericano*, Torino, UTET, 1992, p. 336 ss.



tipo, neppure quando la comminatoria è comunque la nullità. La varietà delle ragioni che giustificano l'intervento pubblico correttivo dello scambio si traduce infatti in varietà di forme e discipline<sup>51</sup>.

#### 4. *Il paradigma giuseconomico ed il diritto contrattuale di derivazione comunitaria*

Con il tempo, sia il carattere normativo del modello di razionalità neoclassico, sia la sua incompletezza, sono divenuti espliciti.

Quanto al primo aspetto, il carattere normativo, nell'indirizzo noto sotto il nome di *Analisi economica del diritto*<sup>52</sup> è dall'origine chiaro che: «il razionale massimizzatore dell'utilità della teoria economica non ha punti di contatto con l'uomo sul bus per Clapham o, veramente, con alcun uomo o donna su un qualunque bus»<sup>53</sup>. Si teorizza però, ciò nonostante, che il *dover essere* espresso dai sistemi giuridici di fatto abbia storicamente ritenuto *giuste* (almeno in ambiente di *common law*) proprio le soluzioni

<sup>51</sup> La distinzione fondamentale passa tra ragioni di correzione dello scambio che operano in modo indistinto rispetto ad entrambi i contraenti, e ragioni che operano nella specifica prospettiva di un contraente. Le prime sono di ordine pubblico politico o economico di direzione. Le seconde di ordine pubblico economico di protezione.

Alle prime si addice la tradizionale nullità assoluta, totale, eccepibile da chiunque, rilevabile anche d'ufficio. Analoga perciò a quella che stronca regole private del tutto irrazionali sul piano semantico. Ma non caratterizzata dalla stessa necessità. Come ragioni politiche ed economiche la giustificano, così possono limitarla. Ed allora sono possibili deroghe, sanatorie, adattamenti.

Alle seconde invece si addice una nullità relativa alla posizione del contraente protetto. In certi casi questo significa solo restringere a lui la legittimazione. In altri casi però il conseguente crollo dell'affare sarebbe ancor più disutile. In termini classici questo significa nullità necessariamente parziale: l'invalidità opera (con il lessico oggi usato dal legislatore europeo) solo a vantaggio del contraente protetto.

<sup>52</sup> Su *Law and Economics*: D. D. FRIEDMAN, *Law's Order. What Economics Has to Do with Law and why it Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2000 (trad. it. *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004); S. SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, New York, Foundation Press, 2004 (trad. it. *Analisi economica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2007); L. A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003; R. COOTER *et alii*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino 1999, I e II; v. D. FABBRI, G. FIORENTINI e L. A. FRANZONI (a cura di), *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma, NIS, 1997.

<sup>53</sup> R. COASE, *The Firm, The Market and The Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 (trad. it. *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 44).

*efficienti* di cui è capace l'*homo oeconomicus*, e perciò debba ad esse conformarsi. Secondo questo indirizzo insomma non bisogna distinguere tra razionalità assiologica ed economica: il diritto deve adottare come *giuste* le soluzioni economicamente *efficienti*<sup>54</sup>. A sostegno si invocano sostanzialmente tre argomenti: che il principio di utilità unico massimizza la ricchezza; che la massimizzazione della ricchezza è l'ottimo per la società; che per raggiungerla, laddove altre regole dello scambio sono ideologiche, quella della massima efficienza ha un senso scientifico<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Ma anche R. A. POSNER, nel recente *A Failure of Capitalism: The Crisis of the '08 and the Descent into Depression*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009, non sembra alieno da ripensamenti.

<sup>55</sup> Tutti e tre gli argomenti sono contestabili. È utile mostrarlo nell'ordine inverso. È contestabile che laddove altre regole dello scambio sono ideologiche, quella della massima efficienza abbia un senso scientifico, e quindi oggettivo e neutrale (per un esame critico dal punto di vista epistemologico e metodologico P. CHIASSONI, *Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. ZANETTI (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanea*, Milano, R. Cortina, 1999, p. 183 ss.; C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 40-42; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 141 ss.). In realtà non si tratta di un valore neutrale (v. ancora G. MYRDAL, *L'elemento politico nello sviluppo della teoria economica*, cit. p. 23; R. M. UNGER, *Illusions of Necessity in the Economic Order*, cit.). Infatti, escludendo altre leggi che le leggi 'naturali' dell'economia, e quindi qualsiasi conformazione dall'esterno del mercato, il liberismo in concreto accredita come giuste le situazioni sociali create dagli operatori di fatto preponderanti (la critica al rapporto tra mercato e libertà nella visione liberista è sviluppata oggi da A. SEN, *Razionalità e libertà*, cit., p. 345 ss.). In pratica funge da giustificazione pseudoscientifica del capitalismo: il sistema degli scambi è un ottimo paretiano perché incrementa la ricchezza collettiva arricchendo ulteriormente i più ricchi. Ma la storia dimostra che il capitalismo, con le sue crisi cicliche, non è sempre efficiente, e con le sue sperequazioni enormi, è raramente giusto (v. ancora Z. BAUMAN, *Capitalismo parassitario*, cit.).

È poi contestabile che la massimizzazione della ricchezza sia l'ottimo per la società. Già un economista marginalista ma anche sociologo, come Pareto, passando da una considerazione meramente economica ad una sociologica, denunciava che il criterio di utilità non indica una soluzione 'ottimale' univoca: supposta una collettività in condizioni tali che ci sia la scelta tra averla molto ricca con grande disuguaglianza di entrate dei suoi componenti, oppure povera con entrate quasi eguali, la ricerca del massimo di utilità *della* collettività conduce al primo stato, mentre la ricerca del massimo di utilità *per* la collettività al secondo (V. PARETO, *Trattato di sociologia generale*, Firenze, Barbera, 1920, p. 402). E lo spunto si può sviluppare: è proprio vero che sia un ottimo paretiano (per esempio) raggiungere un totale maggiore aggiungendo a chi ha molto, sia pure senza togliere ad altri, piuttosto che raggiungere un totale minore aggiungendo a chi ha poco, sempre senza togliere ad alcuno? Bisognerebbe vedere se l'utilità complessiva sia eguale, minore o maggiore (ammesso che confronti interpersonali siano possibili; ma è dimostrato il contrario: K. J. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York-London-Sidney, John Wiley & Sons, Inc., 1963): è infatti ovvio che ogni incremento valga molto per

Quanto al secondo aspetto, l'incompletezza del contratto, deriva dal fatto che la nozione neoclassica di razionalità, accolta normativamente, viene però integrata descrittivamente. Poiché infatti gli scambi individuali non avvengono nel vuoto, ma in un preciso contesto – il mercato<sup>56</sup> – anche l'eventuale irrazionalità del mercato vi influisce. All'occasionale irrazionalità individuale si aggiunge così nella teoria l'irrazionalità del mercato (e

---

chi ha poco e poco per chi ha molto come aveva notato già A. C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, London, Macmillan, 1924 (trad. it. *Economia del benessere*, Torino, Unione tipografica-editrice torinese, 1969, p. 237). Nello stesso senso – più recentemente H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2002 (trad. it. *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Roma, Fazi 2004, p. 61). Comunque, scegliere è politica, etica, filosofia; non scienza economica.

E soprattutto è basilaramente contestabile la prospettiva utilitarista che costituisce l'*humus* dell'economia neoclassica (per un quadro delle versioni classiche del pensiero utilitarista L. FONNESU, *Storia dell'etica contemporanea*, Roma, Carocci, 2006, p. 59 ss.; S. CREMASCHI, *L'etica del novecento: dopo Nietzsche*, Roma, Carocci, 2005, p. 149 ss. Per un quadro sintetico della critica all'utilitarismo v. di recente A. CAILLÉ, *Anti-utilitarismo*, in *Dizionario dell'altra economia*, sotto la direzione di J. L. Laville, A. D. Cattani, Roma, Sapere 2000, 2006, p. 52 ss.). Contro la tesi benthamiana della insindacabile scelta razionale del massimo proprio bene, resta valida a livello individuale l'osservazione di Hume che sia perfettamente razionale preferire la fine del mondo ad un graffio al proprio dito. E contro l'idea, sempre benthamiana, della possibilità di un'algebra morale per calcolare la massima felicità del maggior numero, resta valida a livello collettivo la dimostrazione moderna dell'incommensurabilità di confronti interpersonali di utilità. Questa questione come si sa è molto dibattuta. La moderna dottrina economica ha escogitato metodi alternativi, quali la ricordata teoria delle preferenze rivelate, per aggirare il soggettivismo della nozione di utilità. Ma contro la possibilità di confronti interpersonali di utilità sta l'autorità (fra altri) di uno dei massimi economisti del novecento: K. J. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, cit.: «The social good was in some sense to be a composite of the desires of individuals. A viewpoint of this type serves as a justification of both political democracy and laissez-faire economics (pp. 22-23)». «It requires a definite value judgement not derivable from individual sensations to make the utilities of different individuals dimensionally compatible and still a further value judgment to aggregate them according to any particular mathematical formula. If we look away from the mathematical aspects of the matter, it seems to make no sense to add the utility of one individual, a psychic magnitude in his mind, with the utility of another individual. Even Bentham had his doubts on this point (pp. 10-11)». Sotto il profilo etico il punto sulla questione dei confronti interpersonali è in R. E. GOODIN, *Utility and the Good*, in P. SINGER (a cura di), *A Companion to Ethics*, Oxfors, Blackwell, 1993, p. 241 ss., pp. 245-246.

A tacer del fatto che la teoria neoclassica ha utilizzato una versione di comodo dell'utilitarismo, come nota I. MUSU, *Pensiero economico e diritto: più teorie economiche, ma terreni comuni*, in P. CIOCCA e I. MUSU (a cura di), *Economia per il diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006, p. 46 ss., p. 56.

<sup>56</sup> Per quanto riguarda le teorie del mercato rinvio alla nt. 20 che precede. V. inoltre G. BERTOLA, *Il mercato*, Bologna, Il Mulino, 2006.

talvolta delle leggi che lo regolano): i fallimenti dello scambio sono dovuti ad una serie di ostacoli umani e naturali (distorsioni della circolazione di informazioni, fenomeni di selezione avversa, esternalità negative, oltre che cause naturali), che suscitano altrettanti ostacoli ad un regolamento contrattuale integralmente razionale. Già Durkheim del resto aveva osservato che i contraenti non potrebbero ogni volta negoziare tutte le condizioni del loro accordo e operano in realtà grazie ad istituzioni sociali e modelli prestabiliti da esse forniti<sup>57</sup>. A partire da Ronald Coase questi ostacoli ad una piena razionalità dello scambio vengono riassunti nella nozione di *costi transattivi*<sup>58</sup>. Costi spesso troppo elevati perché le parti possano assumersi per predisporre clausole che vi rimedino. Si consolida così l'idea che i contratti sono necessariamente regolamenti incompleti<sup>59</sup>.

Si aprono allora due problemi: *prevenire*, e *rimediare*, le irrazionalità determinate dall'incompletezza imposta dai costi transattivi.

Quanto al prevenire, però, si discute se il corretto rimedio sia, come molti assumono, lasciare al mercato di autocorreggersi, o come pensano i neoistituzionalisti, fare delle istituzioni (ma quali? leggi? giurisprudenza? autorità indipendenti?) il modo per razionalizzare il mercato rimediando ai costi di transazione<sup>60</sup>.

Quanto al rimediare, si riflette su dove e come reperire buone regole di *default*.

Se ora ci si domanda se il nostro diritto abbia interiorizzato questo diverso modello di razionalità, con particolare riguardo all'invalidità ed inefficacia dei contratti, la risposta è sostanzialmente negativa, anche se non sono mancate proposte di rilettura giuseconomica di casi di invalidità come la violenza morale o lo stato di pericolo<sup>61</sup>. In positivo si trova solo

<sup>57</sup> E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Milano, Comunità, 1963. Sul punto P. STEINER, *Economia, mercati, società*, cit., p. 21.

<sup>58</sup> R. COOTER *et alii*, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., I, p. 151 ss.

<sup>59</sup> A. SCHWARTZ e R. SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale Law Journal*, 113 (2003), p. 540 ss., spec. p. 594 ss.; D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, cit., p. 275 ss., spec. p. 305 ss.; S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, cit., p. 60 ss.; A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: an Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *Journal of Legal Studies*, 21 (1992), p. 271 ss.; G. K. HADFIELD, *Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts*, *ivi*, 23 (1994), p. 159 ss.; nella letteratura italiana L. A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, cit., p. 127 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit.; A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, Giappichelli, 2005.

<sup>60</sup> Cfr. ancora O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985 (trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, F. Angeli, 1987, spec. p. 155 ss).

<sup>61</sup> D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, cit., p.

una vaga affinità in alcuni aspetti del diritto europeo dei contratti. Il diritto comunitario ha fatto propria l'idea che i contratti dei consumatori siano afflitti a causa dei costi di transazione da costante asimmetria informativa<sup>62</sup>, ed ha creduto di rimediarvi – a tutela del mercato prima ancora che del singolo<sup>63</sup> - estendendo a queste irrazionalità unilaterali, frutto sì di un limite alla capacità di intendere, ma non individuale come nei casi classici visti nel precedente paragrafo, bensì seriale, la comminatoria di invalidità (relativa e parziale). Ciò assevera il principio che il consenso vale almeno in questi casi solo se adeguatamente informato.

Inoltre, ma con approccio più neoistituzionalista che giuseconomista, si è disposto che almeno in certi settori circoli per volontà di legge – ma qui non a pena di invalidità delle transazioni - l'informazione da chi l'ha a chi non l'ha (come si impone agli intermediari finanziari e bancari con gli investitori<sup>64</sup>, ai commercianti a distanza con le controparti).

---

289 ss., p. 291 ss.; v. anche S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, cit., p. 73 ss.

<sup>62</sup> L'opera di riferimento obbligato è qui come noto G. AKERLOF, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84 (1970), p. 488 ss.

<sup>63</sup> Perché garantisce, come già da tempo è stato notato, il libero competere tra le imprese (N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 441 ss.) e quindi razionalità individuale e di mercato dell'offerta. Ma – e questo è il punto (senza di che il diritto europeo non avrebbe alcuna specificità rispetto ad un qualunque sistema di mercato e di difesa quindi della concorrenza), anche e soprattutto perché garantisce anche libera scelta dei consumatori, e quindi razionalità dal lato della domanda. La specificità sta perciò nel non affidare come di consueto la tutela degli interessi della domanda alla sola concorrenza nell'offerta (spesso insussistente, solo apparente o inefficiente). Questa linea è ovviamente rafforzata dalla introduzione di azioni collettive a tutela della domanda di beni e servizi.

<sup>64</sup> Cass., S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, p. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; e in *Contratti*, 2008, p. 229, con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*; e in *Soc.*, 2008, p. 449, con nota di V. SCOGNAMIGLIO *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S. U.*; e in *Corr. giur.*, 2008, p. 223, con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; e in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, con nota di V. ROPPO e F. BONACCORSI, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza "Rordorf"*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 432, con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi, e obiter dicta delle sezioni unite*; e in *Impresa*, 2007, p. 1733; e in *Mondo bancario*, 2008, p. 37, con nota di F. CAPRIGLIONE, *La tutela dell'investitore nell'orientamento della corte di cassazione*; e in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1175, con nota di n. A. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; e in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 604, con nota di F. BRUNO e A. ROZZI, *Le sezioni unite sciolgono i dubbi sugli effetti delle violazioni degli obblighi di informazione*;

e in *Guida. dir.* 2008, fasc. 5, p. 41, con nota di F. MAZZINI, *Valido il contratto d'investimento finanziario anche se è mancata l'informazione al cliente*: «Dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso»; Cass., S. U. 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, p. 221, con nota di V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti d'investimento dopo l'attuazione della Mifid*; e in *Giur. it.*, 2008, p. 347, con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*; e in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; e in *Resp. civ.*, 2008, p. 525, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La violazione di obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario: il rimedio risarcitorio*; e in *Corti sal.*, 2007, p. 840; e in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 17. «La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione; in nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, co. 1, c.c.»

La questione era stata rimessa alle S.U. con ordinanza Cass 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 999 ss., con nota di . SALANITRO. Per i precedenti di legittimità v. Cass 29 settembre 2005, n. 19024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 897 ss.; in *Giur. it.*, 2006, p. 1602 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; e in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO, G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

In dottrina, oltre gli scritti citt., R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 175 ss., p. 265 ss.; A. BOVE, *La violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2009, II, p. 143 ss.; V. CALDERAI, *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale di buona fede e dicotomie della giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 233 ss.; C. A. MARCHIANDI, *La*

### 5. Il paradigma dell'economia cognitiva ed il diritto contrattuale

Anche il modello giuseconomico però oggi non appare a tutti, nonostante le integrazioni, descrittivamente veridico.

La razionalità neoclassica dell'*homo oeconomicus*<sup>65</sup> che anche questo modello assume, almeno normativamente, presuppone come detto piena consapevolezza e libertà, di fatto limitate dai costi transattivi. Ma un diverso indirizzo di studi, che ritorna alla considerazione della psicologia, fa rilevare che in concreto negli scambi individuali i limiti alla razionalità non sono solo esogeni, come i costi transattivi, ma anche *endogeni*.

---

*responsabilità degli intermediari nei confronti dell'investitore: il quadro giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 376 ss.; M. GUERNELLI, *L'intermediazione finanziaria tra tutela del mercato, legislazione consumeristica e orientamenti giurisprudenziali*, *ivi*, 2009, I, p. 360 ss.; V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 485 ss.; A. A. DOLMETTA, *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, p. 80 ss.; F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cass., (S.U.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 2, p. 1 ss.; ID., *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive Mifid*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 25 ss.; F. CALISAI, *La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari - il contratto di intermediazione davanti ai giudici fino alla tanto attesa (o forse no) pronuncia delle S.U. della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 155 ss.; F. AUTELITANO, *La natura imperativa delle regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, p. 1157 ss..

In generale sulla questione poi pervenuta alle S.U. v. anche M. TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni*, *ivi*, 2007, p. 363 ss.; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, Jovene, 2005, p. 8 ss.; G. MUCCIOLI, *Intermediazione finanziaria e strumenti di tutela degli investitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 1254; D. MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 575 ss.; F. FIMMANÒ, *I gap di informazione e controllo nei crac Cirio e Parmalat e le prospettive di riforma*, in *Soc.*, 2004, p. 401 ss.

Per la giurisprudenza di merito v. da ultimo Trib. Torre Annunziata, 27 giugno 2007, in *Contratti*, 2008, p. 5 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto*, (e *ivi* precedenti). Sulla giurisprudenza di merito v. anche V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.; S. RIZZINI BISINELLI, *Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica*, commento a Trib. Ferrara, 25 febbraio 2005, in *Soc.*, 2006, p. 203 ss.; E. M. NEGRO, *Regole di condotta degli intermediari finanziari: gli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 489 ss.; M. DELLA CASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1241 ss.

<sup>65</sup> La concezione tradizionale è quella neoclassica di cui si è detto nel testo. Ovviamente non si riduce al solo artificiale procedimento supposto da Walras, ma anche ai contributi della scuola austriaca e alla più realistica visione teorizzata da A. MARSHALL, *Principi di economia*, Torino, Unione tipografica torinese, 1959, p. 83 ss.

Quanto al volere non sempre si è guidati solo da *self interest* ma spesso anche da considerazioni *altruistiche* o almeno da considerazione degli altri, e quanto all'intendere i *limiti cognitivi* umani inquinano la razionalità della scelta. Nei fatti insomma l'*homo oeconomicus* è solo un mito e *la razionalità economica degli uomini è limitata*<sup>66</sup>.

Nella scia di questo indirizzo la *Behavioral Law and Economics* dimostra sperimentalmente che la scelta è influenzata da propensioni psicologiche<sup>67</sup> come l'avversione al rischio, o da suggestioni nella presentazione delle alternative (*effetto framing*<sup>68</sup>). E si dovrebbero a mio avviso aggiungere le suggestioni pubblicitarie<sup>69</sup>, le pratiche sleali, aggressive o ingannevoli, e poi usi, costumi, relazioni personali, reti parentali e clientelari, che concorrono ad orientare sia la possibilità sia il contenuto degli accordi<sup>70</sup>. E – non dimentichiamolo – il bisogno.

Lungi dall'essere un calcolatore perfetto e impassibile, dunque, l'agente contrattuale – anche professionale – è per lo più vittima di *bias* (cioè errori sistematici e pregiudizi), non evitati ma anzi spesso favoriti dalle *euristiche* (intuizioni, abitudini, supposizioni) solitamente praticate come scorciatoie per rimediare all'incertezza senza affrontare sforzi conoscitivi e valutativi eccedenti le forze<sup>71</sup>.

Solo in condizioni ideali domanda ed offerta si incontrerebbero nell'equilibrio ottimale. Ma nelle condizioni reali, la diversa capacità negoziale

<sup>66</sup> Sulla razionalità limitata H. A. SIMON, *Reason in Human Affairs*, Stanford, Stanford University Press, 1983 (trad. it. *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, Il Mulino, 1984); ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1985; J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979 (trad. it. *Ulisse e le sirene*, Bologna, Il Mulino, 1983); cfr. inoltre M. EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 173 ss., spec. p. 180 ss.

<sup>67</sup> Occorre infatti tener conto della concorrenza di motivazioni di indole psicologica (e per l'economia cognitiva v. R. VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 233 ss.) ovvero sociologica (P. STEINER, *Economia, mercati, società*, cit., p. 33).

<sup>68</sup> Si parla per questa influenza del modo di presentazione sulla razionalità della scelta, di *framing effect* (sul quale lo studio di riferimento è quello di D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, "Prospect Theory": *An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 47 (1979), p. 263 ss.

<sup>69</sup> L'opera di riferimento è qui, ovviamente, V. PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, Einaudi, 1958.

<sup>70</sup> Per tutto ciò (P. STEINER, *Economia, mercati, società*, cit., spec. p. 51 ss., p. 81 ss.

<sup>71</sup> Sul punto l'opera di riferimento è A. TVERSKY e D. KAHNEMAN, *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in D. WENDT e C. A. VLEK (a cura di), *Utility, Probability and Human Decision Making*, Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1975, p. 141 ss.



determinata da quei fattori condizionanti l'intendere e il volere<sup>72</sup>, spinge ad accettare quelli che la teoria economica chiama - molto pudicamente - equilibri subottimali, purché almeno *soddisfacenti*.

Se ora ci chiediamo se e quanto di questa prospettiva sulla realtà di fatto delle scelte negoziali sia compatibile con il nostro diritto dei contratti, la risposta è complessa, e richiede delle distinzioni: tra il discorso *de jure condito* e *de jure condendo*; tra il discorso sulle debolezze in senso stretto *cognitive* e quelle *valutative*.

*De jure condito* la legislazione recente di fonte comunitaria non manca affatto di interventi leggibili nell'ottica del governo legale delle debolezze cognitive (intendere) e valutative (volere).

Tra le prime (cognitive e relative al retto intendere) si possono citare (senza pretesa di completezza):

la disposizione dell'odierno art. 35 del c. cons. sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole dei contratti proposti dai professionisti ai consumatori per iscritto;

le disposizioni del t.u. banc. sul Tasso Annuo Effettivo Globale nel credito al consumo, laddove impone modalità informative conformate dalla Banca d'Italia in conformità alle delibere del CICR (spec. art. 123, co. 2), ovvero prescrive di fornire le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di consentire una decisione informata e consapevole (art. 124, co. 1), e i chiarimenti necessari, in modo che il consumatore possa valutare se il contratto di credito sia adeguato (art. 124, co. 5);

le disposizioni del t.u.f. sulla forma facilmente analizzabile e comprensibile del prospetto di offerta di strumenti e prodotti finanziari (art. 94, co. 1 e 2);

le disposizioni del c. cons. che inibiscono pratiche commerciali ingannevoli in quanto idonee a falsare cognitivamente il comportamento economico del consumatore medio (artt. 21 ss.);

Tra le seconde (valutative e relative al libero volere) si possono citare (ancora senza pretesa di completezza):

le disposizioni del c. cons. sulla comunicazione pubblicitaria intese a sfruttare la superstizione<sup>73</sup>, o la paura, o a indurre comportamenti pregiudizievole

<sup>72</sup> In tema C. R. SUNSTEIN (a cura di), *Behavioral Law and Economics*, cit., *passim*; M. EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in R. VIALE (a cura di), *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, cit., p. 173 ss.; P. LEGRENZI e R. RUMIATI, *L'economia e la psicologia*, *ivi*, p. 203 ss.; N. BONINI, *L'intuizione nelle decisioni economiche*, *ivi*, p. 221 ss.; R. VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, *ivi*, p. 223 ss.; e v. anche *infra*, e nt. 98.

<sup>73</sup> Ora in tema V. ZENO-ZENCOVICH, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv.*

(artt. 29-31);

le disposizioni del c. cons. che inibiscono pratiche commerciali aggressive in quanto idonee a falsare nella autenticità e indipendenza della scelta il comportamento economico del consumatore medio (artt. 21 ss.).

Chi legge potrebbe ben obiettare che è poco (soprattutto perché relativo ai soli contratti dei consumatori, laddove il problema della razionalità limitata si pone anche per le imprese ed in generale per gli agenti contrattuali), oltre che solo approssimativamente connesso alla prospettiva dell'economia cognitiva e comportamentale.

È poco infatti, ma non è tutto. C'è qualcos'altro. E molto importante. A mio giudizio – e inopinatamente – il più vistoso segno di presenza della tesi economico-cognitiva nel sistema del diritto dei contratti è proprio nel cuore dell'ispirazione legislativa di questo. E vi è da sempre.

È stato poco o nulla notato che – nonostante una (fosse pure inconsapevole) adesione dei codici in generale e del nostro in particolare al paradigma neoclassico – essi *mai* hanno preteso per la validità della scelta economica sottesa al patto quel che il paradigma neoclassico pretenderebbe: la massimizzazione del vantaggio. *Hanno sempre ritenuto sufficiente (in termini di validità) che la scelta economica tradottasi nel regolamento negoziale desse agli interessi una sistemazione soddisfacente.* Esattamente come assume sul piano descrittivo il paradigma della negoziazione in condizioni di razionalità limitata e anomalie cognitive.

Pochi esempi lo provano: l'errore non è causa di annullamento se non è essenziale (a prescindere dalla riconoscibilità). La minaccia non è causa di annullamento se crea solo disagio e non paura. La causa non è mai ritenuta mancante se il patto realizza in ragionevole misura gli interessi. I motivi non rilevano se non sono determinanti.

Scontato dunque che i legislatori del 1942 non si siano certo valse di studi della seconda metà del secolo XX, di fatto *essi, anticipando, hanno presupposto che la validità dei contratti (sempre in senso ampio): a) non è incisa dalla circostanza che l'utilità non sia massimizzata; b) non è incisa dal fatto che non sia equilibratamente ripartita.*

In altri termini: inconsapevolmente, ed appunto anticipando, i legislatori hanno stabilito che ciò che di fatto è – che cioè gli uomini negoziano con limitata razionalità – di diritto sia – che cioè queste loro negoziazioni, purché almeno *soddisfacenti*, valgano.

## 6. Conclusioni

È il momento di una valutazione. Che introduce l'alternativo discorso *de jure condendo*.

In breve: il sistema si è evoluto. E crea tensione il fatto che la razionalità limitata del consumatore sia piuttosto largamente tutelata e quella del piccolo imprenditore lo sia assai poco (o nulla, se riteniamo non riconducibili ad anomalie volitive regole come quelle sul cd. terzo contratto). Crea tensione il fatto che per il consumatore e l'utente dei servizi bancari e finanziari si richieda un consenso informato e per l'agente contrattuale civile valga ancora il principio *caveat emptor*. Crea tensione che la giurisprudenza ragioni secondo il paradigma neoclassico, per il quale il contratto determina il giusto equilibrio, ma poi, attraverso clausole come la buona fede, voglia introdurre un paradigma negoziale per cui il giusto equilibrio determina il contratto.

A me pare che alla base di tali tensioni stia un'aporia insoluta: il conflitto tra razionalità assiologica e razionalità economica del diritto. Non è un caso che tutte le prospettive economiche sul diritto (tradizionale, giu-seconomica, cognitiva) adottino a livello normativo il paradigma neoclassico: quel che è pienamente efficiente è anche assolutamente giusto. Non è un caso che tutte a livello descrittivo pongano condizioni di fatto più o meno ampie e più o meno irreali della sua operatività: il modello nella realtà non è pienamente operativo né pienamente efficiente. Ed allora è evidente che non è nemmeno del tutto giusto.

In altri termini: si potrebbe probabilmente accettare, secondo buona logica deontica, la derivazione della conclusione prescrittiva circa la migliore regolazione legislativa dei contratti dalla premessa normativa circa la migliore maniera di fare scelte economiche. Ne verrebbe il seguente sillogismo:

‘la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il miglior modello praticabile di scelta economica,

il miglior modello praticabile di scelta economica è quello dell'*homo oeconomicus*,

la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il modello dell'*homo oeconomicus*'.

Ma se si riconosce, come riconoscono tutte e tre le prospettive ricordate, che quel modello vale solo per una perfetta razionalità, ma che nei fatti non è praticabile perché quel modello è solo normativo non reale, perché i costi di transazione ostano, perché le anomalie cognitive limitano, allora il sillogismo diventa:

‘la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il miglior modello

praticabile di scelta economica,

il miglior modello di scelta economica è quello dell'*homo oeconomicus* ma non è praticabile,

la legge deve adottare per l'*homo juridicus* contraente il modello dell'*homo oeconomicus*'.

Un cattivo sillogismo.

Se così è, *de jure condendo* non basterà infilare nelle leggi qua e là qualche disposizione *cognitive based*. Bisognerà scegliere con coerenza tra adeguare il dover essere all'essere (e allora *caveat emptor*, costi di transazione, e anomalie cognitive per tutti), e adeguare l'essere al dover essere (e allora consenso informato, chiarezza e comprensibilità senza reticenze, e nessuna pressione indebita per tutti).

Chi scrive preferirebbe la seconda.

Ma ricorda che già centocinque anni fa Jean Cruet, ha osservato che si è vista spesso la società rifare la legge, ma non si è mai vista la legge rifare la società<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup>J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908.