

L'homo oeconomicus e la teoria economica dei contratti

di Gian Cesare Romagnoli – Università degli Studi Roma Tre

II DIRITTO PATRIMONIALE – UNA RIVISITAZIONE: LE REVISIONI

Convegno Nazionale dell'Associazione Civilisti Italiani

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre – 14/15 giugno 2018

1. Introduzione

Ringrazio l'Associazione dei Civilisti per avermi invitato a questo convegno dedicato alla revisione e all'integrazione del Codice Civile nel segno della semplificazione della normativa.

Il mio tema riguarda alcuni aspetti del necessario confronto tra economia, scienza politica e diritto sul tema dei contratti nell'ambito dell'economia delle istituzioni. A motivo della centralità di questo approccio interdisciplinare, la teoria economica, consapevole dei limiti microeconomici del mercato (che sono rilevanti in questo ambito), ha un ruolo di comprimaria e deve abbandonare ogni pretesa di egemonia culturale nel disegno di buone istituzioni pubbliche. Infatti la ricerca di buone regole e istituzioni non può fare a meno di una valutazione preventiva degli effetti economici delle regole sui comportamenti dei diversi attori.

Nella sociologia del diritto le istituzioni sono date dall'insieme di regole, norme, valori e consuetudini che disciplinano in modo efficace i comportamenti sociali nell'ipotesi, ormai largamente condivisa nelle parole di Robin Matthews, che "*Institutions matter*".

Il pensiero istituzionalista, che concepisce la società moderna come un complesso di istituzioni si distingue in due filoni principali: l'Istituzionalismo economico e il Neo-Istituzionalismo. Il primo, che trova un legame con lo storicismo tedesco e le sue radici remote (ad esempio il dibattito tra Savigny e Thibaut sulla codificazione), segue un paradigma olistico e rappresenta una reazione e una violenta critica contro l'ortodossia economica prevalente nei primi decenni del '900 (Veblen, ma poi anche Commons fino a Galbraith e Ayres). Ne deriva il richiamo a una forma di relativismo conoscitivo nelle scienze sociali inteso a negare, in questo ambito, la validità e la possibilità stessa di giungere a leggi di carattere universale, almeno sino a quando la varianza comportamentale non venga risolta in un'omologazione generalizzata dei comportamenti individuali¹. Il Neo-Istituzionalismo, al contrario, si colloca entro il contesto contrattualistico di decisione razionale individuale di Andrew Schotter (1981) e riguarda l'applicazione dell'analisi economica (Hayek, Coase, Williamson, Becker, North) alla spiegazione della genesi sociale delle norme (costituzionali, amministrative, legislative). In particolare, per quanto riguarda lo studio dell'organizzazione, questa concezione si lega alla necessità di contenere i costi di transazione.

¹ Nell'analisi economica neoclassica questa è rappresentata dal ricorso all'agente rappresentativo.

Dopo il passaggio, tra le due guerre mondiali, dal “capitalismo organizzato” di Hilferding all’ordoliberalismo tedesco (Eucken, Röpke), che invocava le liberalizzazioni dei mercati, lo Stato ha finito per cedere parte della sua autorità agli interessi privati coinvolti. Da qui l’introduzione dell’incertezza e delle asimmetrie informative nello studio dei mercati. A questo punto la questione che si pone è se sia opportuno un ulteriore intervento delle istituzioni nel sistema economico con riferimento alla normativa sui contratti contenuta nel nostro codice civile.

Il mio intervento si colloca in questo contesto e ha una struttura tripartita. Esso analizza inizialmente le implicazioni comportamentali e politiche del riferimento normativo marcusiano a un “uomo a una dimensione”, quella economica, orfano dei diritti della persona e dell’equità, in un orizzonte temporale limitato. Successivamente tratta il tema dell’efficienza delle transazioni nella teoria economica dei contratti. Qui l’efficienza viene erroneamente intesa dai più come obiettivo da contrapporre all’equità piuttosto che come vincolo a questa gerarchizzato nella scelta politica. Questo è un punto centrale che verrà richiamato in alcune indicazioni collegate a un’antropologia multidimensionale, quella richiamata nella nostra Costituzione, sugli articoli del Codice Civile che possono essere oggetto di revisione e integrazione con riferimento all’autonomia contrattuale.

2. *L’homo oeconomicus*

Il riferimento antropologico fondamentale della ricerca economica neoclassica è quello dell’*homo oeconomicus*. All’inizio del XIX secolo, John Stuart Mill definiva con questo termine l’agire del soggetto economico contrapposto a quello dell’essere umano inserito in un determinato contesto socio-economico.

Il comportamento dell’*homo oeconomicus* si ritrova in quello dello *Universal Bogey*, l’orco universale descritto da Nassau Senior (il primo cattedratico di Economia dell’Università di Oxford, negli stessi anni di Mill), che segue, assolutizzandolo, il principio dell’utile economico individuale. Senior disprezzava il *Bogey* con la preoccupata consapevolezza del pericolo di contagio che il suo esempio rappresentava per tutta l’umanità. In effetti, questa concezione etico sociale, che si sarebbe estesa nel tempo, caratterizza realmente e in modo crescente le nostre società. Il *Bogey* ormai non è più oggetto di ironia, di scherno e, forse, neppure di disprezzo, anche perché, negli ultimi due secoli, i suoi valori hanno impregnato progressivamente il modo di pensare e di agire di un numero crescente di individui, soprattutto nelle società occidentali secolarizzate. Tuttavia, se si vuole invertire questa tendenza, esecrarlo ha poco senso. Il *Bogey* va piuttosto aiutato a riflettere sugli esiti antisociali di una razionalità economica egoistica e illimitata, e soprattutto convinto ad abbandonare il suo modello antropologico attraverso l’esempio di scelte diverse, solidali e altruiste. Questo atteggiamento risponde a una esigenza sociale di carità, ma è essenziale anche per tentare di comporre lo “scontro di civiltà” evocato da Huntington (1996), oggi drammaticamente in atto, e diviene anche una condizione necessaria di sopravvivenza dell’uomo. Per questo Keynes (1936) ha tanto insistito sul legame tra una società eticamente giusta e il mantenimento della pace.

Di fatto il complesso sociale, una volta assunto l’utile individuale come unico fine, ne accetta i criteri di giudizio. In un contesto caratterizzato dalla necessità della bipolarità bene-male per la libertà delle scelte umane, le opposizioni buono-cattivo, giusto-ingiusto, normale-anormale trovano una corrispondenza, e sovente una sostituzione, con quella conveniente-non conveniente. Il criterio di razionalità illimitata diviene un principio d’ordine di natura economica; ogni interferenza con altri

principi d'ordine comporta il disordine, rende impossibile la razionalità del comportamento e il raggiungimento della massimizzazione dei risultati. Si accetta così l'etica "conseguenziale" a scapito di quella "deontologica" che lascia spazio all'incommensurabilità e ai prezzi infiniti, concetti alieni nella scienza economica (Romagnoli, 2018). Tuttavia sappiamo che la "mano invisibile" di Smith che guida l'operatore economico è asimmetrica, in quanto può portare contemporaneamente ad una posizione di massimo economico e di minima equità distributiva per la società. In questo contesto, l'individuo teme la perdita economica, dimentica la fratellanza umana a favore della ferinità hobbesiana, vede nel vicino un cliente da conquistare o un concorrente da abbattere.

L'economia neoclassica è una branca della scienza economica riferita all'etica consequenziale; anche se ciò è dovuto soprattutto a una ragione metodologica, essa carica inevitabilmente di conseguenze i risultati di questa analisi. Gli economisti associano generalmente al principio dell'individualismo metodologico quello secondo cui le azioni individuali obbediscono a motivazioni utilitaristiche. Ne consegue che la spiegazione di questi fenomeni consiste nel ricondurli alle cause individuali di cui essi sono il prodotto: pertanto ogni fenomeno sociale è il risultato della combinazione di azioni, credenze o atteggiamenti individuali. La sua importanza nella storia delle scienze non deriva dalla sua capacità d'imporsi di per sé, ma dalla sua relativa efficacia nella spiegazione dei fenomeni sociali.

In posizione critica rispetto all'individualismo metodologico si collocano, tuttavia, diverse scuole di pensiero, dai neomarxiani agli istituzionalisti, dai neoricardiani ai keynesiani. Per tutti costoro, alcune proprietà di sistemi complessi non possono essere spiegate, in linea di principio, sulla base della conoscenza degli attributi delle parti. È per la presenza di queste proprietà inspiegabili, denominate "proprietà emergenti" da Thorstein Veblen (1899), che alcuni comportamenti di gruppo non possono essere analizzati mediante una teoria dei comportamenti dei singoli individui.

Inoltre, l'individualismo metodologico non va confuso con l'individualismo etico che è la posizione filosofico - morale secondo cui ogni valutazione di un sistema economico o sociale deve fondarsi sulle conseguenze per gli individui che ne fanno parte, i quali solo contano. L'individualismo etico presume che ogni individuo sia il miglior giudice di se stesso e che ciò che non è valutato dall'individuo come rilevante non debba essere valutato dalla società nel suo complesso. Si ricorda, a questo riguardo, che Mill conservava dei dubbi sulla capacità dei singoli di essere i migliori giudici del proprio benessere. A questo riguardo portava come esempio l'istruzione per indicare che ci sono cose il cui valore non è ben misurato dalla domanda di mercato. Su questo punto è tornato efficacemente Lester Thurow (1974). Successivamente, Giacomo Becattini (1979) aveva segnalato che la necessità di un atteggiamento umile dell'economista nei confronti degli schemi teorici di impostazione oggettivistica portava alla conclusione che "non è più possibile estromettere l'elemento della coscienza sociale dell'uomo dallo studio del suo essere sociale".

Si può ritenere che la mano invisibile (o la mano della Provvidenza) discenda direttamente dall'individualismo-illuministico settecentesco, ma Amartya Sen (2006) ha osservato che questo è stato uno dei passi della teoria smithiana più abusati dai suoi troppo entusiastici ammiratori. Egli fa notare come nel pensiero di Smith lo scambio è sì un beneficio per il funzionamento del mercato, ma anche come la ricerca del solo interesse personale non sia utile per il beneficio della società. Infatti, Sen fa notare come, nella Teoria dei Sentimenti Morali, Smith precisi che la prudenza sia la virtù più utile all'individuo ma anche che "l'umanità, la giustizia, la generosità e lo spirito pubblico (*public*

spirit) sono le qualità più utili per gli altri”. In sintesi, secondo la rivisitazione smithiana di Sen: «Un’economia di mercato per essere di successo richiede diversi valori che includono la fiducia reciproca e la fiducia nell’altro». Per Smith la giustizia è il pilastro principale su cui è edificata la coesistenza umana. Da questo sentimento gli individui dovrebbero dedurre regole morali di comportamento.

In realtà Smith attacca fortemente le “Caste”. Critica ripetutamente quei politici o individui che grazie alla loro influenza (politica ed economica) riescono a manipolare il funzionamento del governo per poterne trarre un proprio vantaggio a scapito dell’interesse della comunità. Quello che viene proposto contro queste *lobbies* sono delle dure leggi per riportare giustizia distributiva e libertà all’interno del mercato.²

Anche Aristotele, nella “Etica Nicomachea”, rispetto al fine di raggiungere il “bene umano”, evidenziava come “certo esso è desiderabile anche quando riguarda una sola persona, ma è più bello e più divino se riguarda un popolo e le città”. E G.B. Vico formula la sua prima legge dell’evoluzione della società affermando che la decadenza si radica quando gli individui non trovano dentro di sé motivi per legare la loro vita a quella degli altri e non quando le risorse materiali iniziano a scarseggiare.

L’agire dell’operatore economico di Adam Smith era tuttavia temperato dai sentimenti morali e dal diritto³. E credo che anche oggi la libertà del mercato e l’interesse del singolo non debbano prescindere in alcun modo dall’interesse collettivo pur con la difficoltà della sua definizione testimoniata dagli studi sull’economia del benessere.

L’egoismo del singolo non porterà mai al benessere della società. L’economia e la finanza senza i valori propri di un’etica deontologica, sono scienze realmente tristi, non tanto per i loro contenuti o per la loro utilità, quanto per quelli che sono i risultati finali, conseguenza di un uso edonistico. Ciò nonostante, la teoria economica dominante identifica la razionalità del comportamento umano con la massimizzazione dell’interesse personale.

² È importante ricordare che nel caso della Compagnia inglese delle Indie orientali, cioè di una società privata che aveva conseguito un dominio monopolistico sul proprio mercato, Smith si dichiarò a favore del controllo pubblico. È evidente l’utilità di questa riflessione anche per capire ciò che succede oggi giorno nel mercato delle materie prime. Negli anni più vicini a noi dobbiamo ricordare la tesi di Prebisch-Singer, rivisitata da Ocampo e Parra (2004), sul declino secolare delle ragioni di scambio delle materie prime rispetto ai prodotti manufatti e quella di Jagdish Bhagwati (1958) sulla crescita che impoverisce. Entrambe aiutano a capire come, nonostante l’aumento del benessere acquisito negli ultimi decenni, la distanza tra ricchi e poveri sia cresciuta.

³...ricorrendo alle parole di Noam Chomsky: “Tutti leggono solo il primo paragrafo della ricchezza delle nazioni dove viene esaltata l’importanza e la magnificenza della divisione del lavoro. Ma poche persone sono arrivate cento pagine più avanti, dove Smith precisa che la divisione del lavoro distruggerà l’anima umana rendendo le persone creature stupide ed ignoranti. Per questo in ogni società civilizzata lo Stato deve necessariamente prendere delle misure in modo tale da prevenire che la divisione del lavoro raggiunga i suoi limiti”.

Si deve ad apprendisti stregoni pensare che il codice civile debba rispondere unicamente all'Economia (che solo grazie a una pretesa di neutralità scientifica può limitarsi a coltivare l'obiettivo dell'efficienza) prima che alla Politica (che, grazie alle sue finalità extra-economiche ricordate da Jan Tinbergen (1952), dovrebbe avere un obiettivo nell'equità e solo un vincolo di efficienza)⁴. Una società non si regge senza un'ideologia posta a fondamento di ogni etica e l'economia non può sostituirla a meno di trasformarla in una società di uomini clonati a una dimensione, di *Universal Bogeys*, come era stato temuto da Nassau Senior e osservato da Herbert Marcuse.

Per concludere su questo punto, l'effetto peggiore della dottrina dell'interesse proprio è quella di far pensare che comportamenti diversi da quelli egoistici posti dalla cultura dei contratti portano al disastro. La fiducia, la reciprocità e l'altruismo vengono visti come disposizioni della natura umana che non hanno relazione con il processo di civilizzazione in corso nelle nostre società⁵.

Ma come si definiscono la funzione e l'utilità sociale predicate nella nostra Costituzione se gli individui sono diversi e le utilità inconfrontabili? L'economista del benessere, che segue approcci utilitaristici, postula definizioni e proposizioni basate su aggregazioni di utilità individuali indipendenti, che non tengono conto né del "vicino" né delle "proprietà emergenti". Una soluzione è quella di ricorrere a una politica degli approcci non utilitaristici come quella liberale del "titolo valido" di Robert Nozick o quella socialista di Amartya Sen basata su "*functioning e capabilities*". Questi approcci consentono di fare riferimento ad approcci della politica economica diversi da quello della crescita basato sul PIL, come quelli dei "*basic needs*" e dello "sviluppo umano" (Romagnoli, 2018). Coniugare l'utilità individuale a quella sociale consente di passare da una teoria dei contratti basata su miglioramenti paretiani forti (che valgono anche per un solo individuo) a una che assicuri miglioramenti paretiani deboli (che valgono *erga omnes*). A questo fine si presta la tassazione sugli scambi.

⁴ Vedi gli esiti del dibattito tra Robbins Hicks e Scitovsky (Romagnoli, 2018). Sia negli sviluppi della teoria economica, che nello studio dei problemi di politica economica, la considerazione dell'interdipendenza tra le varie misure di intervento ha assunto un rilievo crescente, portando al superamento del frammentarismo delle diverse politiche a favore di un disegno unitario e coerente (Tinbergen, 1952). Ma questa consapevolezza, se da una parte dava alla scienza economica una ragione fondamentale del suo statuto, dall'altra la separava maggiormente dalle altre discipline per un malinteso senso di autonomia nella spiegazione del comportamento economico degli operatori legato a un'ipotesi di razionalità illimitata. Questo invece è influenzato anche da motivazioni extraeconomiche che richiedono un approccio più ampio della ricerca che è, quindi, di natura interdisciplinare. Questa esigenza è rimasta a lungo disattesa e la ricerca economica si è focalizzata, sulla individuazione di posizioni di efficienza connotate da un massimo risultato o da un minimo costo all'interno dei due filoni dell'economia del benessere che affermano o negano la confrontabilità delle utilità individuali.

⁵ Come ha ricordato recentemente Gustavo Zagrebelski: "Le passioni, che esistano o no, non possono essere imposte per legge, le loro parole relegate al linguaggio dolciastro e consolatorio dei buonisti che fanno prediche costituzionali. Esse derivano da un'antropologia e impregnano le istituzioni e l'*humus* sociale." E la strategia vincente per generalizzare la fiducia non è quella di favorire la economia civile evocata da Stefano Zamagni, che si fonda su una specie di contratto. Vi sono, infatti, due insiemi di regole morali: quelle che si possono esprimere in termini di capitale umano reputazionale cui si associa una perdita per chi le viola, e quelle la cui applicazione dipende da vincoli interni dell'individuo ma la cui violazione comporta costi diversi da quelli economici.

3. La teoria economica dei contratti

Riguardo la teoria economica dei contratti, vediamo che fino agli anni '50, l'analisi dei mercati è stata effettuata sotto l'assunzione implicita di scambi *spot* con informazione perfetta in condizioni di certezza. La contraddizione antismithiana sia nella congiunzione tra opportunismo e mercati vuoti che nella disgiunzione tra comportamenti socialmente efficienti e opportunistici viene meno se gli scambi sono limitati a quelli walrasiani *spot*. Anche per questo la mano invisibile non contempla contratti incompleti che possano comportare mercati vuoti. Nei modelli di equilibrio economico generale (con regimi di mercato concorrenziali impersonali), o più semplicemente nei modelli microeconomici di impostazione tradizionale o "neoclassica", si suppone in genere, quasi sempre implicitamente, che gli agenti siano *self interested*, in un orizzonte temporale limitato e le transazioni tra gli agenti siano regolate da un contratto completo. Esso stabilisce, per ogni possibile situazione attuale o futura, i reciproci obblighi delle parti riguardo alle prestazioni e ai pagamenti, e quando il rispetto di tali obbligazioni –*enforcement*– è assicurato grazie alla capacità di verifica di un'autorità esterna – un giudice o un tribunale - e alla possibilità di imporre sanzioni alle parti eventualmente inadempienti (Nicita, Scoppa, 2015).

La possibilità di realizzare contratti completi è alla base dei due teoremi fondamentali dell'economia del benessere (corrispondenza biunivoca tra concorrenza perfetta e ottimo paretiano) e della prima proposizione di Coase. Un'economia di mercato con perfetta informazione produce risultati ottimali in senso paretiano senza la necessità dell'intervento pubblico: la 'mano invisibile' di A. Smith opera pienamente. Si fa spesso riferimento a una situazione ideale, quella di un mercato completo in cui il numero dei prezzi è uguale a quello dei beni e delle fonti di incertezza. In questo caso limite, studiato da K.J. Arrow, G. Debreu e J.E. Stiglitz, i prezzi trasmettono le informazioni a chi inizialmente non le aveva. Tuttavia i modelli ideali di società appartengono alle proposizioni analitiche della scienza, proprie di modelli convenzionali astratti, e non a quelle sintetiche che si addicono alla realtà dei mercati (Romagnoli, 2018)⁶.

In questa realtà, troviamo infatti incertezza, informazioni imperfette, incomplete e asimmetriche, agenti con razionalità limitata e quindi costi di transazione rilevanti. Per questo motivo, dagli anni '60, l'analisi del funzionamento dei mercati si è estesa alle condizioni di incertezza attraverso la teoria dell'utilità attesa (von Neumann, Morgenstern, 1944) e alla nozione di *state-contingent commodities* (Debreu, 1959; Arrow, 1964). Dagli anni 1970, l'analisi si è estesa anche agli effetti delle asimmetrie informative (Akerlof, 1970; Stiglitz, 1974; Spence, 1973) dando luogo alla nascita della nuova economia dell'informazione, quella branca della microeconomia che studia i modi in cui l'informazione incompleta e asimmetrica influenza le decisioni economiche in un contesto di incertezza con applicazioni alla teoria dell'impresa, dell'organizzazione industriale e della *corporate finance*.

Casi interessanti di fallimento del mercato nascono dalle asimmetrie informative, come la selezione avversa e l'azzardo morale: situazioni nelle quali ad alcuni agenti sono noti elementi non noti ad altri. È opportuno distinguere tra le asimmetrie informative concernenti il *prezzo* e quelle concernenti la

⁶ Inizialmente l'economia dell'informazione faceva riferimento a informazioni intese come conoscenze di natura oggettiva sullo 'stato del mondo', distinte dalle convinzioni o credenze (*beliefs*) di natura soggettiva (Hirshleifer, Riley 1992). Questo stock poteva essere incrementato grazie all'intervenire di 'notizie' oppure di 'messaggi' provenienti dall'ambiente e/o da altri soggetti.

qualità del bene oggetto di scambio. L'analisi del ruolo delle asimmetrie informative sulla qualità ha messo in luce una serie di importanti meccanismi di mercato, a cominciare dalla cosiddetta *selezione avversa*: l'asimmetria informativa opera una selezione della qualità che privilegia quella inferiore (poiché i venditori di buona qualità lasciano il mercato, la qualità media presente sul mercato stesso diminuisce). Qualora la qualità del bene non sia data (come in questo caso), ma oggetto di scelta (non osservabile all'esterno) da parte del singolo agente, opera un meccanismo noto come *azzardo morale*. Questo è tipico delle relazioni contrattuali bilaterali, in cui la remunerazione di una delle parti dipende dalle azioni non osservabili intraprese dall'altra: per esempio, il profitto ottenuto dall'imprenditore può dipendere dall'impegno (da lui non osservabile) profuso dal lavoratore sul posto di lavoro; oppure, l'equilibrio dei conti della compagnia assicuratrice può venire a dipendere dal comportamento più rischioso assunto dall'assicurato in virtù dell'assicurazione.

Lo studio sistematico delle asimmetrie informative concernenti la qualità si fa solitamente risalire al noto lavoro di G. Akerlof, nel quale si analizza – come esempio significativo – un mercato in cui si scambiano automobili usate la cui qualità è nota solo ai venditori. Essendo la qualità indistinguibile per gli acquirenti, ciascun bene deve essere venduto allo stesso prezzo: tale prezzo può però risultare sufficientemente elevato da incentivare la vendita di “bidoni” (*lemons*) e, al contempo, tanto basso da disincentivare la vendita di beni di buona qualità. Ciò spiega anche perché le auto usate, anche se appena uscite dal negozio, costano molto meno di quelle nuove. Il principio che ne discende (*lemons principle*) è che la cattiva qualità tende a scacciare dal mercato la buona (come d'altra parte aveva scoperto Gresham per la moneta nel XVI secolo).

Nelle ipotesi comportamentali compaiono l'opportunismo (perseguito con furbizia e finalità egoistiche), che spinge a non rispettare gli accordi stipulati e la razionalità limitata⁷, l'incertezza e gli investimenti specifici (che si accompagnano a relazioni *locked-in* dell'investitore e a tentativi di appropriazione *hold-up*⁸ della controparte) (18).

I problemi di natura contrattuale connessi all'incompletezza e all'opportunismo sono stati considerati dalla teoria economica attraverso i “costi di transazione” *ex ante* ed *ex post*, che dipendono anche dalla struttura contrattuale e organizzativa adottata e che, secondo Coase e Williamson, vanno minimizzati (attraverso un'assegnazione appropriata dei diritti di proprietà) (21). E Douglass North (1978) ha sostenuto la tesi che la divisione del lavoro smithiana avrebbe comportato, congiuntamente a una riduzione dei costi di produzione, un enorme aumento dei costi di transazione (prima compresi all'interno del processo di produzione individuale), oltre a una maggiore alienazione nelle attività di produzione di massa e a maggiori comportamenti opportunistici⁹. Se ne può dedurre che i nostri rapporti con le cose sarebbero migliorati di più di quanto lo siano stati i rapporti con gli altri individui (Romagnoli, 2018).

Oliver Williamson ed Elinor Olstrom hanno ricordato recentemente che: a. l'uso del mercato ha un costo; b. l'efficiente scambio dei diritti e delle promesse contrattuali sul mercato dipende dalla qualità

⁷ Opportunismo e razionalità limitata non costituiscono problemi nel caso di transazioni che prevedono uno scambio simultaneo di beni o servizi con qualità immediatamente verificabili (è la natura dei cosiddetti rapporti di scambio walrasiani).

⁸ Il problema dell'*hold-up* si verifica nel momento in cui una delle due parti rischia di perdere l'investimento effettuato per quella specifica transazione per colpa di un comportamento opportunistico dell'altra parte in seguito alla transazione.

⁹ Ma ha anche sostenuto che "to abandon neoclassical theory is to abandon economics as a science."

del disegno istituzionale e delle regole che lo governano; c. vi sono valori collettivi i quali non possono essere soddisfatti tramite il mercato. In particolare Williamson ha mostrato che ogni forma di governo della transazione comporta sempre un costo opportunità tale da consentire il conseguimento delle sole soluzioni di *second best*, e come uno dei più pervasivi fallimenti del mercato derivi dall'esistenza di rilevanti costi di transazione. Questi sono dovuti alla incompletezza dei contratti¹⁰ e alla scarsa verificabilità di molte promesse. In particolare essi nascono a causa di tre problemi. Il primo è associato alla presenza di razionalità limitata, per cui non è possibile prevedere tutti i possibili casi che si possono presentare e il loro esito. Il secondo e il terzo sono dovuti alla asimmetria informativa, perché i contraenti non posseggono le stesse informazioni, nel caso della selezione avversa, e perché vi sono comportamenti opportunistici di contraenti inclini a perseguire il proprio interesse anche a danno della controparte dopo la firma del contratto, nel caso dell'azzardo morale. Per affrontare transazioni di mercato complesse, allora, i soggetti economici devono sostenere costi rilevanti, la cui dimensione dipende anche dalla qualità della regolazione del mercato (Napolitano, Nicita, 2010).

Alchian e Woodward (1988) indicano due vie, in parte sovrapposte, seguite dalla teoria economica per affrontare i problemi dell'incompletezza contrattuale: 1. il modello principale-agente basato sui conflitti dovuti a selezione avversa (informazioni nascoste) e azzardo morale (azioni nascoste) affrontati dall'economia dell'informazione o degli incentivi basata sulla razionalità illimitata, ma senza investimenti specifici) dove gli interessi tra i due soggetti divergono e l'incertezza consente di mascherare i comportamenti sleali; 2. la teoria dell'impresa sull'integrazione verticale, sul problema dell'*hold-up* e della sua prevenzione (economia dei contratti incompleti o dei costi di transazione, o "neoistituzionale" con razionalità limitata e investimenti specifici) (Nicita, Scoppa, 2015, 23).

Il modello principale-agente è uno strumento analitico fondamentale dei problemi di incentivazione in contesti di asimmetria informativa. In una relazione di agenzia, una parte (principale) si accorda con una seconda (agente) perché questa agisca per suo conto. La moderna divisione del lavoro e i

¹⁰ La teoria dei contratti incompleti in presenza di investimenti specifici porta a individuare meccanismi alternativi di esecuzione contrattuale e di formulazione di rimedi al recesso del contratto in assenza di piena certezza giuridica o verificabilità (i problemi di *Re Salomone* di Williamson). I contratti incompleti sono le transazioni economiche caratterizzate da una pervasiva incertezza (note ed esogene oppure ignote ed endogene, nel senso che dipendono dalla strutturazione degli incentivi nel corso dell'attuazione del contratto circa la realizzabilità futura di un progetto iniziale tra due o più agenti economici. Da qui la classificazione delle ragioni di incompletezza contrattuale che provocano un fallimento del mercato (e quindi inefficienze) e il tentativo di porvi rimedio attraverso le istituzioni:

- Impossibilità di prevedere tutte le contingenze future;
- Difficoltà di descriverle in modo non ambiguo nel contratto;
- Elevati costi di contrattazione (*bargaining costs*);
- Difficoltà di assicurare la corretta applicazione del contratto (costi, asimmetrie che implicano "non osservabilità"), e di trasmettere queste informazioni all'autorità esterna "non verificabilità."

Campi privilegiati di applicazione dei contratti incompleti sono: la teoria dell'impresa e delle organizzazioni economiche, i problemi della delega e la teoria della burocrazia, l'analisi del coordinamento delle politiche economiche, lo studio delle relazioni internazionali, le politiche di regolazione e di tutela della concorrenza e così via. Questa caratterizzazione delle relazioni economiche e sociali costituisce un insieme utile di strumenti per la valutazione dell'impatto delle politiche economiche sugli incentivi dei soggetti economici: regolatori, imprese, lavoratori consumatori, burocrati (Nicita, Scoppa, 2015, 14).

vantaggi della specializzazione hanno favorito un'ampia diffusione dei rapporti di agenzia¹¹. È molto difficile delineare risultati generali nel modello principale-agente per la complessità dello schema di incentivo soggetto a molte variabili. Si consegue generalmente un risultato di *second best*, ovvero il miglior risultato date le imperfezioni nella distribuzione dell'informazione che si associano a una ripartizione non ottimale del rischio e da un livello di sforzo non ottimale dell'agente. Un contratto può invece raggiungere il livello di efficienza di *first best*, anche in presenza di asimmetrie informative, solo in tre casi: 1. la relazione tra sforzo e risultato è deterministica; 2. l'agente è neutrale al rischio; 3. il principale può inferire con certezza la scelta di azioni sub-ottimali e punirla con penalità estreme (Nicita, Scoppa, 2015, 48).

Il vantaggio informativo condiziona la definizione delle caratteristiche del contratto ottimale tra il *principale* (colui che propone il contratto) e l'*agente* (colui che può accettare o rifiutare)¹². In analogia alla fragilità empirica dell'ottimo paretiano, per Joseph Stiglitz, che ha dedicato grande parte della sua ricerca alla economia della informazione, "anche piccoli costi dell'informazione possono avere ampie conseguenze e molte proposizioni - compresi i teoremi fondamentali dell'economia del benessere - non valgono più nemmeno quando esistono piccole imperfezioni informative" (Stiglitz 2000, 1443-44). Pertanto un efficiente decentramento dei mercati attraverso il meccanismo dei prezzi, in mancanza di un significativo intervento pubblico, non dà vita in generale a ottimi paretiani. L'economia dei contratti mostra che i contesti con asimmetrie informative possono essere rappresentate con il modello principale-agente (Arrow, Mirrlees, Stiglitz) in cui il primo incarica il secondo di un compito (relazione di agenzia). La strategia tipica del principale per controllare i problemi di selezione avversa è quella di offrire un menu di contratti diversi (franchigia, garanzia, collegamento remunerazione-profitto, contratti impliciti, che sono *self enforcing*, ecc.). Ma i meccanismi contrattuali adottati dal principale per proteggersi dai rischi di opportunismo possono contribuire a creare situazioni inefficienti.

La nuova economia dell'informazione e l'analisi economica dei contratti guardano all'insieme di regole e incentivi, formali o informali, che i soggetti economici adottano in situazioni caratterizzate da asimmetrie informative (selezione avversa o azzardo morale, problemi di *enforcement* legati

¹¹ Esempi di relazioni di agenzia: contratto di lavoro, assicurazione, mandato, somministrazione. L'agente possiede informazioni private. Se vi è informazione nascosta o selezione avversa, il principale non ha alcune delle informazioni dell'agente, rilevanti per la stipula del contratto e riguardanti fatti precedenti la stipula stessa: la parte non informata stabilisce le condizioni \Rightarrow *screening problem*; la parte informata stabilisce le condizioni \Rightarrow *signaling problem*. Se vi è azione nascosta o azzardo morale il principale non può monitorare perfettamente le azioni dell'agente dopo la stipula del contratto. La natura della relazione intercorrente tra l'azione (*effort*) dell'agente e il risultato finale (*payoff*) del principale non è deterministica bensì stocastica in presenza di incertezza. Un altro elemento centrale del rapporto di agenzia è l'ipotesi di avversione al rischio da parte dell'agente. Il principale è invece generalmente considerato neutrale rispetto al rischio (o comunque meno avverso dell'agente) per la sua capacità di diversificarlo attraverso una molteplicità di contratti (Nicita, Scoppa, 2015, 34-37).

¹² Se le parti avessero interessi comuni, tutte le informazioni rilevanti verrebbero immediatamente scambiate e ogni asimmetria informativa cesserebbe di esistere. Quando una delle parti contrattuali possiede maggiori o migliori informazioni sulla disponibilità a pagare dell'avversario, questa asimmetria si riflette sulla capacità di influenzare a proprio favore il prezzo. Potere informativo è quindi sinonimo di potere contrattuale ed economico. È possibile notare che il contratto dell'economia dell'informazione non è nient'altro che il prezzo di equilibrio della microeconomia. Per la nuova economia della informazione, questo paradigma teorico è inadeguato alla comprensione di un significativo numero di fenomeni del mondo reale, dove l'informazione dei soggetti è imperfetta. Ma il carattere innovativo della nuova economia della informazione non sta tanto nel riconoscere che l'informazione nel mondo reale è imperfetta, quanto nell'evidenziare che anche l'esistenza di 'piccole' imperfezioni ha implicazioni analitiche e teoriche rilevanti (Akerlof, Yellen, 1985).

all'assenza di verificabilità), incertezza, razionalità limitata (costi di transazione) e investimenti specifici. Si guarda anche ai meccanismi contrattuali e istituzionali impiegati dai soggetti economici al fine di prevenire l'opportunismo e di incentivare gli agenti a comportarsi in maniera efficiente in una varietà di contesti economici (Nicita, Scoppa, 13).

Vi può essere un *trade-off* tra tutela dall'opportunismo post-contrattuale e tutela della concorrenza (nel senso di incrementare i costi di entrata sul mercato da parte di contraenti potenziali più efficienti, come nel mercato del credito). L'analisi del conflitto potenziale tra efficacia dei contratti (restrizioni contrattuali, integrazione proprietaria verticale tra imprese – ad esempio tra produttore e distributore) ed efficienza del mercato (maggiore benessere dei consumatori finali attraverso riduzioni del prezzo, innovazioni di processo o di prodotto, qualità migliore, altrimenti tesaurizzati dai soggetti che li realizzano) è rilevante in alcuni contesti di politica economica (tutela della concorrenza, legislazione *antitrust*, regolamentazione, liberalizzazione, ecc.) (Nicita, Scoppa, 319). I rimedi contro l'opportunismo prevedono: contratti incentivanti espliciti o impliciti e altri meccanismi istituzionali (diritti di proprietà, uso dell'autorità, organizzazione gerarchica, e così via). La "struttura di governo" da adottare è quella che evita o minimizza l'opportunismo e i costi di transazione. Il sistema organizzativo più efficiente è quello che massimizza il surplus monetario.

In generale, l'asimmetria informativa interferisce con il buon funzionamento dei mercati, portando a situazioni di sotto utilizzazione delle risorse disponibili. L'asimmetria informativa, infatti, può indurre l'operatore meglio informato a comportamenti opportunistici (azzardo morale): per esempio, un'impresa finanziata da terzi potrebbe assumersi rischi eccessivi, un assicurato potrebbe non tutelare le sue proprietà con la dovuta cura, un lavoratore difficilmente licenziabile potrebbe sottrarsi al proprio impegno. Questi comportamenti portano, rispettivamente, al razionamento del credito da parte delle banche, all'impossibilità di ottenere copertura assicurativa completa a prezzi equi e a una minore occupazione. Esistono tuttavia meccanismi contrattuali per attenuare le conseguenze nocive dell'asimmetria informativa: per esempio le banche saranno rassicurate, e concederanno maggior credito, se l'amministratore delegato si assume una parte del rischio investendo in azioni; le assicurazioni utilizzeranno contratti con franchigia per contenere la mancanza di cura dei beneficiari; i datori di lavoro saranno rassicurati se i lavoratori accetteranno premi di produttività anziché il solo salario fisso. Queste clausole, da una parte, contengono l'opportunismo, ma dall'altra interferiscono con la ripartizione ottimale dei rischi. La produttività, per esempio, dipende anche da fattori di rischio indipendenti dal lavoratore, la cui assunzione, se non ci fosse l'asimmetria informativa, andrebbe lasciata ai datori di lavoro; per questo, il sistema economico raggiunge solo un uso delle risorse di *second best*. Si noti che l'asimmetria informativa genera questo tipo di conseguenza anche quando non sia associata a opportunismo, ma semplicemente a selezione avversa.

Oltre al problema dell'asimmetria dell'informazione, esiste un problema più generale riguardante la relazione tra informazione e incertezza sul futuro. L'informazione che i soggetti possono acquisire riguarda necessariamente gli stati del mondo presenti e passati, non quelli futuri. Ma tutte le decisioni economiche rilevanti implicano e richiedono la 'conoscenza' del futuro¹³. Esse sono fondate su un uso

¹³ Basta un esempio banale per rendersi conto di ciò: il valore corrente di un titolo azionario dipende dai rendimenti che ci si attende esso genererà. Se si esclude l'ipotesi che i soggetti economici operino in condizioni di perfetta previsione del futuro, ci si trova in condizioni d'incertezza e le decisioni dei soggetti economici devono basarsi su aspettative. Esse sono

efficiente di tutte le informazioni disponibili, non solo sui valori storici delle variabili. I sostenitori della teoria delle aspettative razionali affermano che l'attesa di questi eventi futuri da parte degli operatori razionali, comporta inevitabilmente il verificarsi proprio degli stessi eventi che si attendono¹⁴. Ma l'informazione non è sufficiente a prevedere il futuro e si sottolinea l'opportunità che l'ipotesi di razionalità derivi ragionevolmente da uniformità comportamentali osservate in condizioni simili piuttosto che da assunzioni astratte e spesso estranee al comportamento degli operatori economici.

Riassumendo, con informazione perfetta è possibile determinare il punto di efficienza o di *first best* in corrispondenza dello sforzo dell'agente che massimizza il prodotto ottenuto dal principale. Ciò anche in presenza di incertezza vista la neutralità rispetto al rischio del principale. Infatti, se lo sforzo è verificabile, è possibile fare un contratto di *first best*. Se non lo è, si può determinare un contratto incentivante di *second best* in condizioni di informazione asimmetrica. Ma, in termini altrettanto ipotetici, si osserva che il *first best* si può raggiungere anche se gli agenti economici sono anche solidali e altruisti.

La soluzione di *first best* può essere raggiunta anche con un sistema di incentivazione efficiente, in presenza di asimmetrie informative e in assenza di incertezza, o se anche l'agente è neutrale al rischio¹⁵. Se lo sforzo dell'agente non è osservabile, il *first best* non si può raggiungere né con la forma contrattuale del salario costante che consente uno sforzo nullo dell'agente, né con quella della *performance related pay* (un "incentivo ad alto potenziale" secondo Williamson) in cui il salario dipende interamente dal risultato conseguito, imponendo un rischio eccessivo sull'agente. Sicché il rapporto principale-agente si caratterizza per un fondamentale *trade-off* tra l'obiettivo dell'incentivazione dell'agente (efficienza della produzione e l'ottimale ripartizione del rischio tra i due (attraverso un'assicurazione oppure una quota fissa pagata dal principale indipendentemente dallo sforzo dell'agente). La soluzione ottimale del problema di agenzia è data da un compromesso tra queste due esigenze contrapposte (Nicita, Scoppa, 41-44).

4. Linee di revisione e integrazione del codice civile con riferimento all'autonomia contrattuale

E veniamo, infine, al tema dell'autonomia contrattuale. Già nel suo *Discorso sull'origine e i fondamenti della diseguaglianza tra gli uomini* (1755), Rousseau aveva teorizzato, da buon contrattualista, come agli albori della civiltà umana fosse stato stipulato dagli uomini un primo Contratto sociale; tale contratto, però, era un *patto leonino*, iniquo, perché basato sulla forza e non sul diritto: non veniva istituito uno Stato che, con le sue leggi, garantisse i diritti naturali di ciascuno, l'unica legge vigente era quella del più forte. Dopo quasi tre secoli ci si chiede se la normativa

le previsioni degli operatori economici, sulla base delle proprie informazioni, esperienze e intuizioni, circa l'andamento delle variabili economiche nel futuro.

¹⁴ Cioè sono proprio gli operatori a provocare, attraverso il loro comportamento conseguente ad una certa aspettativa per un evento futuro, il verificarsi dell'evento economico che si aspettano. La conclusione tratta dai nuovi macroeconomisti classici è che l'economia si indirizza verso quei risultati che la maggior parte dei membri del sistema economico ritiene razionalmente che verranno raggiunti.

¹⁵ Come nell'esempio della mezzadria che vede nell'agente la possibilità di *residual clamant* – e quindi interessato allo sforzo ottimale detto in precedenza, facendosi carico dell'eventuale incertezza- e, nel principale, il percettore di una quota fissa di prodotto o un canone di affitto del terreno.

contrattuale prevista nel nostro Codice Civile abbia superato completamente questo problema e se la nostra democrazia liberale riesca nell'intento di governare il capitalismo e il progresso tecnologico o se, invece, si sia fatta strada un'idea della società che considera i diritti dell'uomo come un ostacolo verso l'obiettivo della crescita economica.

Nel Codice Civile il contratto configura una sistemazione di interessi particolari che, per realizzarsi, richiede l'assenso di altre parti. Il significato "privatistico" di contratto è quello di un accordo attraverso scambi e concessioni reciproche per realizzare propri propositi ma, secondo Gustavo Zagrebelski, tali propositi restano parziali anche a stipulazione conclusa e la mera sommatoria di interessi è offensiva e dissolutiva della Costituzione, come visione e concezione d'insieme della vita della *pólis*.

L'autonomia contrattuale rappresenta una delle questioni più dibattute in dottrina e in giurisprudenza, i cui limiti sono in continuo movimento, limiti che determinano la validità, ovvero la portata del contratto sia sotto il profilo strettamente privatistico sia nella sua funzione sociale (Morini, 2015). Il principio della libertà di contratto, codificato nell'art. 1322 c.c., non è specificamente garantito per se stesso dalla Costituzione italiana (Rescigno, 1988)¹⁶. Infatti, se da un lato gli artt. 41 e 42 della Costituzione, garantiscono la libertà dell'iniziativa economica privata ed il libero godimento della proprietà privata, dall'altro consentono che a tali libertà siano imposti limiti, al fine di farli armonizzare con l'utilità sociale e rendere possibile l'adempimento di quella funzione sociale che non può dissociarsi dal godimento dei beni di produzione o, più generalmente, dall'esercizio di ogni attività produttiva e di scambio. È così giustificata l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, mediante la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale. (Corte Cost., 27 febbraio 1962, n. 7).

Non sono mancati tentativi di ricondurre all'art. 2 della Costituzione, che « riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo »¹⁷, una garanzia implicita, tuttavia invano per ragioni storico e ideologiche. Tuttavia non si può ignorare il principio di solidarietà espresso nell'art. 2 della Costituzione se è vero che, in dottrina, taluni hanno rilevato che, il principio generale del sistema è la liceità e la libertà, e non anche la doverosità e l'obbligo (Cerri, 1989).

La connotazione dell'uomo *uti socius* ha reso necessario l'intervento del legislatore, ma anche dell'interprete, nel porre, da un lato, limiti all'esercizio dei propri diritti al fine di costituire uno *sbarramento all'individualismo esasperato* (Alpa, 1994, 365), dall'altro dei doveri ed obblighi finalizzati alla vita e allo sviluppo della società¹⁸.

¹⁶ La Corte Costituzionale ha in più occasioni affermato che: "*il carattere particolare o limitato della categoria economica considerata dalla legge non è, in linea di principio, sufficiente ad escludere che venga perseguita una finalità sociale*" (cfr. sentenza n. 54 del 1962).

¹⁷ Alcuni esempi di diritti inviolabili riconosciuti all'uomo come singolo sono: il diritto alla vita, all'integrità personale, alla libertà di pensiero, al matrimonio e all'iniziativa economica.

¹⁸ Nel campo dei rapporti patrimoniali la libertà individuale di contratto fruisce soltanto di una tutela costituzionale indiretta, in quanto strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà.

La garanzia delle libertà economiche (artt. 41 e 42 cost.) e l'obbligo che ne deriva al legislatore di riconoscerle e di determinarne i limiti destinati ad armonizzarne l'esercizio con l'utilità sociale e col rispetto della sicurezza, della libertà, della dignità umana, si riflettono sull'autonomia negoziale. Fino agli anni '80 la citata norma fondava il principio dello stato interventista ovvero l'intervento pubblico nell'economia, sovrapposto al sistema del mercato quale modello giuridico di sviluppo deciso dalla volontà politica realizzato con imprese pubbliche sottratte alle leggi del mercato. Dalla metà degli anni '80, dietro la spinta esercitata sull'Italia dall'Atto Unico Europeo del 1986 viene riqualficato l'intervento pubblico indirizzandolo esclusivamente a dettare regole al mercato per garantirne correttezza ed efficienza.

Il diritto comunitario ha dato una forte spinta verso le soluzioni decentrate che, rovesciando la gerarchia tra ragione politica e ragione economica, ovvero tra necessità e libertà, ha legittimato un concetto di mercato vicino a un obiettivo in sé (anche se diverso da quello fatto proprio dall'economia neoclassica) piuttosto che come strumento della società civile per raggiungere i suoi scopi. Ciò è avvenuto in ossequio all'ordoliberalismo tedesco, che tuttavia limita lo spazio della regolamentazione governativa allo scopo di stabilire una libera competizione tra eguali contro gli eccessi del capitalismo ingiusto e sleale (Röpke)¹⁹. Va qui ricordato che John Stuart Mill obiettava che ci sono obbligazioni (come la vendita di se stessi) che non devono essere consentite per principio. Oggi si discute se questa posizione debba essere rimossa con riguardo agli organi del nostro corpo il cui traffico è spesso mascherato dalle donazioni.

Nel 1948, con la riforma di Beveridge, il Trattato di Bretton Woods e i sindacati si è potuto affrontare la sfida ma poi la deregolamentazione dei mercati, soprattutto di quelli finanziari, ha portato a una crisi finanziaria ed economica internazionale. Ma, nonostante la gravità dei suoi esiti, non si è sostanzialmente modificato il contesto per cui se ne potrebbe sperimentare un'altra mentre la globalizzazione dei mercati e la rivoluzione tecnologica hanno portato al peggioramento della distribuzione del reddito in senso pigouviano sia tra paesi che al loro interno. Il primato riconosciuto al mercato ha portato ad una rilettura della Costituzione spostando l'intervento pubblico, dalla funzione programmatica a quella di rimuovere gli ostacoli al funzionamento del mercato²⁰. Necessita in questa sede ricordare come anche la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto rappresenti uno strumento per la tutela di valori costituzionalmente rilevanti²¹.

¹⁹ Un'opinione più ottimistica a questo riguardo è argomentata da Pitruzzella (2018).

²⁰ I nuovi fini proposti sono, quindi, quello di promuovere l'utilità sociale, valorizzare i diversi settori e le attitudini del mercato, produrre ricchezza e benessere. Tuttavia lo Stato dovrà intervenire per correggere le disparità di potere contrattuale che ostano alla libertà delle scelte economiche individuali. La nuova lettura dell'art. 41 della Costituzione identifica dunque i fini sociali oggetto della riserva di legge prevista nel terzo comma con i limiti della libertà di iniziativa economica indicati nel comma secondo.

²¹ Cassazione civile sez. un. 12 dicembre 2014 n. 26242: Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina *antitrust*. È il legislatore il primo protagonista nella gestione (discrezionale) dello spazio che esiste tra autonomia privata e funzione sociale, gestione comunque vincolata ai valori costituzionali, quali il principio

I diritti fondamentali, costituiscono strumenti ineludibili per una corretta interpretazione dei precetti normativi in materia di autonomia negoziale²². Questi diritti, che esprimono valori costituzionali, non acquisiscono tuttavia efficacia normativa sull'autonomia privata. Essi costituiscono un parametro valutativo, come gli standard sociali di valutazione, di cui si serve il giudice per valutare la liceità dello scopo del contratto.

La costituzionalizzazione dei valori etici della persona in diritti fondamentali ha consentito di utilizzare la clausola della correttezza e della buona fede come strumento di controllo dell'autonomia privata. Da qui la necessità (ovvero il dovere, ma non l'obbligo) di preservare gli interessi di ciascun contraente da comportamenti contrari a buona fede e correttezza sia nella fase delle trattative che dell'esecuzione del contratto, buona fede, intesa, dunque, come reciproca lealtà di condotta.

In nessun caso comunque, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni²³. La buona fede è dunque la regola di comportamento che vincola le parti nell'esecuzione del rapporto operando "al di là" e "contro" le specifiche previsioni contrattuali, in quanto fondamento etico di solidarietà e, quindi, dotata dei caratteri tipici di una norma di ordine pubblico, che è sovraordinata ai poteri dispositivi delle parti.

Oltre alle tradizionali figure dell'errore, del dolo e della violenza, il codice civile prevede due ipotesi di squilibrio delle prestazioni generato da fattori perturbanti la libertà di decisione di una parte, da cui però l'altra trae vantaggio. Queste sono: il contratto concluso in stato di pericolo e condizioni inique note alla controparte (art. 1447 c.c.); il contratto concluso in stato di bisogno, del quale l'altra parte ha approfittato per ottenere una prestazione *ultra dimidium* (art. 1448). A queste figure si

di ragionevolezza, congruità e proporzione (allo scopo). Ad esempio, stabilire i limiti della disponibilità patteggiata di un diritto fondamentale, come l'integrità fisica mediante atti di disposizione del proprio corpo, ovvero art. 5 c.c. e le leggi speciali.

²² Questi sono rinvenibili: a) nell'obbligo di correttezza tra debitore e creditore (art. 1175 c.c.), che si traduce nella collaborazione reciproca dei contraenti in ogni fase del rapporto per la salvaguardia degli interessi di ciascuna parte (art. 1206 c.c.); b) nel principio della buona fede precontrattuale, che regola il comportamento delle parti nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.); c) nel principio della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1366, 1375, 1440, comma 2, c.c.); d) nelle clausole dell'ordine pubblico e del buon costume (artt. 5, 634, 1343, 1354, comma 2, 2035 c.c.), che pongono un ulteriore limite agli atti di autonomia privata.

²³ Più precisamente, come principio di solidarietà contrattuale, la buona fede si articola in due canoni della condotta, che attengono, rispettivamente, alla fase di formazione - interpretazione (artt. 1337 e 1366 c.c.) e alla fase d'esecuzione del contratto (1375 c.c.). Il primo si traduce nel dovere di lealtà; il secondo si concreta nel c.d. obbligo di salvaguardia. Quest'obbligo vincola ciascuna delle parti ad assicurare l'utilità dell'altra - al di là delle particolari previsioni negoziali e del dovere generale del "*neminem laedere*" - nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico. È proprio la combinazione tra il dovere di lealtà e l'obbligo di salvaguardia che vincola ciascuna delle parti ad assicurare l'utilità dell'altra - indifferentemente dalle previsioni negoziali e del dovere generale del "*neminem laedere*" - ovviamente nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico. Più precisamente, come principio di solidarietà contrattuale, la buona fede si articola in due canoni della condotta, che attengono, rispettivamente, alla fase di formazione - interpretazione (artt. 1337 e 1366 c.c.) e alla fase d'esecuzione del contratto (1375 c.c.).

aggiunge quella di usura²⁴. La terza categoria è rappresentata dalla tutela del consumatore rispetto alle clausole che si presumono vessatorie ex art. 33 Codice del Consumo²⁵.

La libertà di contratto non esclude che una parte possa perdere e l'altra guadagnare. Infatti da un punto di vista dinamico l'art. 1322 c.c. ci descrive la libertà di contratto come libertà di due o più parti di darsi un regolamento di interessi sul quale si verifica una convergenza delle loro volontà. L'autodeterminazione deve essere tuttavia intesa quale libera decisione di stipulare il contratto a certe condizioni in accordo con una (o più) parti.

La scelta del legislatore del 1942 è stata quella di introdurre una nuova fattispecie: l'incapacità di intendere o di volere, definita in termini generici che possono comprendere non solo stati di obnubilamento mentale, ma anche di crassa ignoranza o disinformazione, oppure di dipendenza personale ed economica da un terzo interessato alla conclusione del contratto. Essa ha subito nel tempo modifiche volte ad introdurre figure di nullità del contratto (di solito limitata a singole clausole) improntate a tecniche di prevenzione di squilibri contrattuali, operanti mediante l'imposizione di limiti all'autonomia privata (Morini, 2015).

La riorganizzazione del diritto pubblico dell'economia mista ha determinato un intervento sempre più massiccio sulle restrizioni dell'autonomia privata al fine di garantire una maggior tutela della concorrenza, della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali, al fine di qualificare il mercato sulla matrice dell'utilità sociale. Ora bisogna domandarsi se il diritto privato può chiedere di più alla politica al fine di tutelare i diritti inviolabili di rango costituzionale nell'articolato sui contratti del Codice Civile. In altre parole, dare risposta alla questione se il diritto positivo, che è dato dalle norme vigenti dello Stato, e che costituisce il suo ordinamento giuridico, abbia recepito in modo adeguato il diritto naturale dato dall'insieme di norme che fanno parte della coscienza di un popolo e dei singoli individui, come il diritto alla vita, il diritto al rispetto della dignità umana²⁶, il diritto del rispetto della libertà dell'individuo, il riconoscimento e la garanzia del diritto di proprietà²⁷ (le quattro libertà dell'empirismo inglese). Esse sono innate nella natura umana e sono presenti nella nostra Costituzione.

A questo fine, in conclusione, possono essere utilmente articolate proposte di revisione e integrazione del Codice Civile con riferimento alla previsione della invalidità delle clausole dei patti

²⁴ Nell'ipotesi di un mutuo contratto con interessi usurari, la sanzione di nullità che colpisce la clausola che determina gli interessi, introdotta dall'art. 4 della l. 7 marzo 1996, n. 108, che ha escluso la sostituzione automatica degli interessi legali, prevista dall'originario secondo comma dell'art. 1815 c.c., sostituisce la disciplina generale dell'art. 1448.

²⁵ Sono ritenute vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede (la traduzione non appare fedele al testo francese che recita: *en dépit de l'exigence de bonne foi*), determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. In questa sede il criterio della *buona fede* non assume il ruolo di strumento di un giudizio (alla stregua del *bonus vir*) sul comportamento della parte che ha proposto la clausola (la determinazione unilaterale della clausola, è un presupposto, oggetto di accertamento di fatto, non di valutazione), ma piuttosto un *test of reasonableness* sul contenuto della clausola, ovvero assume un significato prossimo al concetto pragmatico di equità.

²⁶ Sul fondamento universale della dignità della persona, si costruisce l'edificio del diritto naturale, secondo la prospettiva filosofica d'ispirazione cristiana che sottolinea l'intima relazione tra il diritto e la morale (Sergio Cotta).

²⁷ La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti (Art. 42).

o accordi che risultino in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale. Ciò diverrebbe operante soltanto a vantaggio del titolare dei predetti diritti, con salvezza quando possibile delle altre clausole del contratto. In particolare queste proposte dovrebbero guardare alla possibile revisione o integrazione degli artt. 1418, 1421 e 1422 del Codice Civile²⁸ con la consapevolezza che introdurre ulteriori limiti all'autonomia contrattuale, a pena di invalidità o nullità del contratto, non contribuisce alla semplificazione normativa e introduce inefficienze. Ma qui si erge la distinzione nella natura dell'efficienza, come vincolo, e dell'equità, come obiettivo della politica.

Parafrasando Shakespeare, *All the World is a Contract*, e la Costituzione, che si rifà ad un pensiero filosofico che va dall'Aristotele dell'Etica Nicomachea al Keynes delle Considerazioni filosofiche della Teoria Generale, forse attende un suo ulteriore invero nel Codice Civile da parte di istituzioni animate da cittadini "anomali" che abitano l'isola di Peter Pan.

Opere citate

- Alchian A., Woodward S. (1988), The Firm is Dead. Long Live the Firm: A Review of Oliver Williamson's The Economic Institutions of Capitalism, *The Journal of Economic Literature*, 26, 1, 65-79.
- Akerlof G. A. (1970), The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, 84, 3, August, 488-500.
- Akerlof G., Yellen J. (), Can Small Deviations from Rationality Make Significant Differences to Economic Equilibria? *American Economic Review*, 1985, 75, 4, 708-20.
- Alpa G. (1994), Solidarietà, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II.
- Arrow K. J. (1963), The Role of Securities in the Optimal Allocation of Risk-Bearing, *Review of Economic and Studies*, 31, 91-6.
- Becattini G. (1979), *Scienza economica e trasformazioni sociali*, La Nuova Italia, Firenze.
- Bhagwati J. (1958), Immiserizing Growth: A Geometrical Note, *Review of Economic Studies*, 25, June, 201-205.
- Cerri A. (1989), *Doveri Pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica*, XII, Torino.

²⁸ Art. 1418 - Cause di nullità del contratto.

Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

Art. 1421 - Legittimazione all'azione di nullità.

Salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Art. 1422 - Imprescrittibilità dell'azione di nullità.

L'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione.

- Debreu G. (1959), *Theory of value : an axiomatic analysis of economic equilibrium*, John Wiley and sons, New York.
- Hirshleifer, J. and Riley, J.G. (1992) *The Analytics of Uncertainty and Information*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Huntingdon S.P.(1996), *The clash of civilizations and the remaking of world order*, Simon & Schuster, New York.
- Keynes J. M. (1936), *The General Theory of Unemployment, Interest and Money*, Macmillan, London.
- Morini G. (2015), Autonomia contrattuale: i limiti delineati dalla giurisprudenza, *Tribunale di Siena, sentenza 23/04/2015 n° 372*, Altalex.
- Napolitano G., Nicita A. (2010), Lost in Transaction? Il Nobel a Oliver Williamson e il governo delle relazioni economiche, *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 77-114.
- Nicita A., Scoppa V. (2015), *Economia dei contratti*, Carrocci, Roma.
- North D. C. (1978), Structure and Performance: The Task of Economic History, *Journal of Economic Literature*, 16 (3), September, 963-978.
- Ocampo J. A., Parra M.A. (2004), The Terms of Trade of Commodity in the Twentieth Century, *World Bank Working Paper*, Washington.
- Padoa Schioppa T. (2002), La costituzione economica europea Anno XLIV, 2002, Numero 3, Pagina 198
- Pitruzzella G. (2018), La costituzione economica europea: un mercato regolato e corretto, nulla a che vedere con il fondamentalismo di mercato, *Ifederalismi*, 16 - 01/08/2018.
- Rescigno P. (1988), voce Contratto, in *Enciclopedia Giuridica*, IX, Roma, 10 e ss.
- Romagnoli G.C. (2018), *Lezioni di Politica Economica*, Franco Angeli, Milano
- Schotter A. (1981), *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Sen A. (2006), *Etica ed economia*, Laterza, Bari.
- Spence A. (1973), Job Market Signaling, *The Quarterly Journal of Economics*, 87, 3, 355-374.
- Stiglitz J. (1974), Incentives and Risk Sharing in Sharecropping, *Review of Economic Studies*, 41, 2, 219-255.
- Stiglitz J. (2000), The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics, *The Quarterly Journal of Economics*, 115, 4, 1441-1478.
- Tinbergen J. (1952), *On the Theory of Economic Policy*, North Holland, Amsterdam.
- Thurow L. C. (1974), Cash Versus In-Kind Transfers, *American Economic Review*, vol. 64(2), May, 190-195.
- Veblen T. (1899), *The Theory of the Leisure Class*, MacMillan, New York.
- Von Neumann J., Morgenstern O. (1944), *The Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, Princeton.