

## La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti

Duncan Kennedy

### 1. INTRODUZIONE

In questo saggio si cercherà di analizzare la funzione che possono svolgere le questioni «meramente tecniche» all'interno del diritto dei contratti. Che anche questo genere di problemi abbiano infatti una portata politica o ideologica sembra talmente scontato al punto che la loro discussione da parte dei giuristi avrebbe dovuto già da lungo tempo essere esaurita. Eppure persino porsi la questione sembra ancor oggi problematico ed ancora di più lo è trovare una risposta. Siamo di fronte dunque ad un semplice tentativo di avviare il discorso: un tentativo destinato ad essere probabilmente rielaborato o addirittura del tutto modificato nel corso dei prossimi tempi.

### 2. L'INDIVIDUAZIONE DEL TECNICISMO NELLA POSTA POLITICA IN GIOCO

Il termine questioni «meramente tecniche» si riferisce a problemi come le conseguenze dell'errore nel procedimento di conclusione del contratto o la tutela di una delle parti contrattuali attraverso la regola che permette al promissario di rifiutare l'adempimento a fronte della conoscenza di un futuro inadempimento del promittente. La soluzione di simili problemi (dei quali forniremo altri esempi più avanti) non pare destinata ad avere alcuna influenza diretta sull'economia e nemmeno su qualche altro importante aspetto della vita pubblica o privata, politica o culturale, tale da motivare le preoccupazioni che di solito si nutrono di fronte a problemi di tipo politico, quelle cioè che spingono ad occuparsi delle possibili conseguenze o della validità morale di simili scelte.

Il tecnicismo, in questa prospettiva, svolge una funzione ideologica o retorica piuttosto che produrre effetti diretti sulla distribuzione delle risorse. Nella discussione di questioni tecniche i giuristi producono argomentazioni e queste argomentazioni si richiamano, si associano o si rinforzano reciprocamente

con altre ragioni che di solito sono normalmente considerate di tipo politico piuttosto che «meramente tecnico». Le regole a cui questi ragionamenti danno vita, a loro volta, possono essere considerate analoghe, omologhe o assonanti rispetto alle regole di diritto pubblico che costituiscono invece l'oggetto principale delle preoccupazioni politiche.

Intanto una prima analisi della posta in gioco che è possibile svolgere attraverso le questioni «meramente tecniche» è estremamente semplice e sarà meglio chiarirla subito per evitare delusioni alla fine. Se il diritto dei contratti richiede a parti di uguale potere contrattuale di agire reciprocamente in buona fede, imponendo all'una di salvaguardare l'interesse dell'altra, allora diventa ancor più plausibile che nel diritto pubblico venga imposto ai gruppi più forti di salvaguardare i più deboli. Ma c'è anche una seconda e più recondita posta politica in gioco: la percezione di certi profili come «meramente tecnici» produce delle conseguenze (senza considerare di come i casi vengano risolti), rinforzando la distinzione pubblico-privato del pensiero politico *main-stream* e perciò rinforza le politiche del centro moderato contro i radicalismi (sia di destra che di sinistra).

In altre parole, la posta politica in gioco nelle discussioni tecniche è costituita da una serie di effetti indiretti sulla persuasività delle argomentazioni utilizzate in altre aree non tecniche, aree nelle quali vi è da tempo conflitto fra diverse posizioni politiche, filosofiche, o tra progetti di universalizzazione Habermasiani. Intanto si tratta di un effetto indiretto sul conflitto argomentativo ed un effetto ancor meno diretto sui conflitti elettorali, legislativi ed organizzativi fra posizioni che potrebbero definirsi genericamente di «sinistra» e di «destra».

Fra gli altri, questi conflitti toccano aspetti come l'organizzazione dell'imposizione fiscale o l'allocazione della spesa pubblica fra *welfare* ed interventi redistributivi da una parte e programmi «neutrali» o fondati sull'efficienza dall'altra (es. infrastrutture). Tali conflitti riguardano le inegualianze ed il modo in cui rispondere alle discriminazioni relative alla classe sociale, alla razza, al genere, all'orientamento sessuale o alla nazionalità d'origine, e come definire e reagire alla discriminazione. Cosa estremamente importante per tutto quanto seguirà, anche il problema della regolamentazione delle relazioni fra parti ritenute presumibilmente forti e deboli. Il tecnicismo nel diritto dei contratti è allo stesso tempo apertamente distinto da e velatamente correlato al disegno dell'insieme di leggi speciali che gli Europei,

anche se non sempre (es. Paesi Bassi), distinguono concettualmente dai codici civili. In tutto l'occidente queste leggi hanno determinato regimi giuridici, creati legislativamente ed affidati all'amministrazione pubblica, che limitano la libertà contrattuale nel campo della salute, del credito, del lavoro, dell'abitazione, della proprietà immobiliare, dell'ambiente, della sicurezza dei prodotti ed in molto altro ancora.

### 3. QUADRO ANALITICO DEI PROBLEMI «MERAMENTE TECNICI»

Nel diritto dei contratti una questione meramente tecnica può essere definita, in negativo, come una questione che per la sua soluzione non richiede la discussione di quei profili considerati politicamente controversi nei tipici conflitti che hanno nel tempo contrapposto la sinistra e la destra. L'errore e l'eccezione di inadempimento possono rappresentare esempi del genere. Per poterli considerare come «meramente tecnici» sarà necessario però limitare l'analisi alle controversie fra operatori commerciali di eguale potere contrattuale che operano in condizioni di mercato concorrenziale; ed immaginare anche che le parti siano libere di poter modificare qualunque regola i «tecnici» presentino come quella esatta.

Relativamente a questi casi, ma il discorso potrebbe valere anche per molti altri, è possibile allora costruire una griglia analitica nel modo seguente:

#### 3.1. *Le conseguenze dell'errore: i rimedi*

Una delle parti di un contratto altrimenti valido incorre in un errore per una delle ipotesi tipiche, che vanno dall'errore nella trasmissione della dichiarazione all'errore sull'oggetto del contratto. Non appena se ne accorge il dichiarante chiede a controparte di rettificare il contratto e si astiene dall'adempiere la propria prestazione quando la controparte rifiuta la rettifica. L'errore è unilaterale nel senso che riguarda soltanto il dichiarante ed è pregiudizievole per il dichiarante nel senso che se il contratto è adempiuto com'è stato concluso, il dichiarante si troverà in una condizione peggiore di quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato invece adempiuto nel modo in cui immaginava lo stesso dichiarante.

Nel nostro caso è utile distinguere quattro possibili soluzioni alternative. Ovviamente si tratta di soluzioni emerse in common law, ma tali soluzioni possono essere considerate abbastanza significative anche per tutti gli ordinamenti continentali.

Una prima possibilità è di non concedere alcun rimedio per l'errore unilaterale. In common law, però, «nessun rimedio» significa sostanzialmente che non può essere permesso a controparte di ottenere l'esecuzione del contratto (l'esecuzione dovrebbe dipendere infatti dalla *specific performance* che essendo un rimedio nato in *equity* è concesso soltanto in circostanze particolari), ma soltanto un risarcimento del danno. Questo risarcimento permette a controparte di ottenere il valore che si aspettava di conseguire dal contratto (*benefit of bargain*), ma controparte deve ignorare l'errore. Ciò significa che non ci sarà alcun rimedio se il destinatario della dichiarazione era a conoscenza dell'errore. Se queste condizioni vengono soddisfatte è possibile per controparte ottenere il risarcimento anche se ad esempio l'acquirente non ha fatto affidamento sul contratto e l'errore non può essere considerato colpevole.

Una seconda alternativa potrebbe continuare ad escludere l'esecuzione del contratto ed a richiedere l'ignoranza dell'errore da parte del destinatario come condizione del risarcimento, insieme però agli ulteriori elementi dell'affidamento del destinatario e della colpa della parte in errore. Questa alternativa corrisponderebbe al modello «nessuna responsabilità senza colpa» ed il risarcimento sarebbe misurato sul danno specifico provocato dalla colpa del dichiarante. La colpa del dichiarante e l'affidamento diventerebbero i fattori determinanti del risultato. In questa soluzione, non vi sarebbe il rischio di colpi di fortuna (*windfalls*) per il destinatario di una dichiarazione errata, ma entrano in gioco alcuni problematici profili della fattispecie che esigono una valutazione da parte del giudice, cosa che invece viene evitata nella prima soluzione.

Una terza alternativa potrebbe considerare il dichiarante sempre responsabile del danno da affidamento, ma solo di questo, senza alcun riguardo per la colpa (responsabilità oggettiva per l'errore unilaterale). Una quarta infine potrebbe modellare la responsabilità, scegliendo fra le varie misure di risarcimento, con o senza colpa da una parte o dall'altra, in modo da prevenire l'«ingiustificato arricchimento», una soluzione affidata alla valutazione di tutte le «circostanze rilevanti» del caso. Se ad esempio il danno da affidamento conduce ad un risarcimento eccessi-

vamente elevato il giudice potrebbe limitarsi all'aspettativa a meno che non venga rilevata una colpa grave da parte del dichiarante, in tal caso si potrebbe ritenere che, fra le due parti, la perdita debba cadere sul dichiarante, a meno che controparte, pur ignorando in realtà l'errore avrebbe dovuto riconoscerlo e così via.

Un'idea importante, davvero molto tecnica, è che ci possono essere soluzioni differenti per differenti tipi di errore: errori nella dichiarazione vengono trattati diversamente da quelli che costituiscono vizi della volontà. Una seconda idea altrettanto importante è che una soluzione generale o semplicemente una che riguarda una tipologia specifica di errori, possa essere derivata dalla natura giuridica che si riconosce al contratto, dalla scelta fra teorie oggettive e soggettive, dalla distinzione fra contratto e responsabilità civile, fra promessa e accordo, fra diritti ed efficienza, fra giustizia commutativa e distributiva, da una ricerca dell'intento implicito delle parti, dalla regola che avrebbero scelto due contraenti ipotetici o ancora dalle clausole generali contenute in un codice civile. Tutte queste tecniche sono sicuramente considerate estranee a valutazioni politiche, semmai possono essere considerate come un ponte di passaggio (*flight*) dal meramente tecnico al meramente filosofico o sistematico.

Una delle lezioni più importanti del diritto comparato, in particolare del lavoro di Rodolfo Sacco, è che talvolta da norme ugualmente formulate possono discendere soluzioni giurisprudenziali differenti o al contrario da norme formulate diversamente possono invece discendere soluzioni uguali. Lo stesso vale per le soluzioni teoriche. È evidente la strabiliante diversità di soluzioni ed approcci fra common law e civil law. Ed anche l'assenza di ogni tendenza dei sistemi a convergere intorno ad una singola soluzione corretta, sia a livello astratto di ciò che richiede la teoria in generale che a quello più specifico di che cosa richiede invece una determinata teoria. Ma non può essere negato che una serie di elementi continuano a contare molto nella scelta di una regola.

Viene in considerazione la dimensione della colpa della parte in errore per quanto riguarda il cadere in errore, e la dimensione della colpa dell'altra parte vuoi in quanto responsabile dell'errore, vuoi per la condotta che aggrava il danno. Vedremo tra breve che a fronte della colpa della parte che con la propria condotta aggrava il danno si apre una questione riguardante la condotta della parte in errore nel momento in cui l'errore viene sco-

perto. La parte in errore può adempiere regolarmente il contratto facendo affidamento sul fatto che la controparte e o il giudice troverà una soluzione successivamente, oppure potrà sospendere l'adempimento in circostanze tali da moltiplicare in modo opportunistico i danni della controparte ai fini di massimizzare il proprio vantaggio.

Una seconda dimensione è quantitativa. Se non vi sono danni da affidamento o se sono molto ridotti ed il grado di colpa del dichiarante è modesto, il risarcimento nella misura dell'aspettativa implica una perdita cospicua per la parte in errore e si rivela un colpo di fortuna (*windfall*) per controparte. D'altro canto, se il dichiarante è caduto in errore senza sua colpa ma ha provocato al destinatario altrettanto incolpevole una perdita notevole frutto di un affidamento del tutto ragionevole, allora la massima «nessuna responsabilità senza colpa» entra in rotta di collisione con l'altra «fra due innocenti, chi ha causato il danno deve pagare». E così via.

È opportuno notare ancora come, in questa discussione, sia stata mantenuta ferma l'ipotesi di due contraenti che si trovano sullo stesso piano in ordine alla ricchezza, alle dimensioni, al potere contrattuale, al potere di mercato, allo status, alla razza, al sesso ed altro, come il tipo di contratto in esame non abbia alcuno speciale significato sociale e come non vi siano effetti rilevanti sui terzi provocati dalla scelta di una soluzione o dell'altra.

### 3.2. *L'inadempimento: i rimedi*

L'ipotesi riguarda tutte quelle situazioni in cui una parte deve decidere come rispondere di fronte ad una forma di inadempimento o alla probabilità del suo verificarsi. In common law il caso classico è quello così detto dei «Giovani Mercanti». I giovani mercanti vogliono avviare un'attività economica: essi ottengono la promessa di un mutuo ed a fronte di tale impegno promettono di fornire una garanzia. Tuttavia non la riescono ad ottenere, pertanto il finanziatore dell'impresa rifiuta di concedere il mutuo. A questo punto i giovani mercanti, in modo avveduto, abbandonano il progetto, subendo però la perdita corrispondente alle spese ragionevoli sostenute in vista dell'avvio della nuova attività.

Sarà necessario presentare l'analisi in modo da sottolineare le somiglianze con il caso dell'errore. La parte inadempiente (nel

seguito: il promittente), è in una posizione analoga a quella della parte in errore. Possiamo nuovamente distinguere in modo netto diverse soluzioni. Una tra queste consiste nel ritenere che, nel momento in cui la parte inadempiente realizza l'inadempimento, la controparte (nel seguito: il promissario), non sia più obbligata ad adempiere (*perfect tender rule*). In questa ipotesi, interrotta la prestazione, la parte che subisce l'inadempimento può pretendere o la restituzione di quanto ha prestato, o l'interesse contrattuale positivo. La parte inadempiente ha diritto a recuperare il vantaggio recato alla controparte ma deve sostenere tutte le altre perdite causate dal fatto di non aver portato a termine la propria prestazione. Questa è la soluzione tradizionale nell'ipotesi di contratti di compravendita.

All'estremo opposto si può ritenere che il promissario rimanga obbligato comunque, anche nell'ipotesi di inadempimento del promittente. In tal caso il promissario avrà la possibilità di avvalersi di rimedi per che non conducono all'estinzione dell'obbligazione (*independent covenants*). In questa soluzione, se il promissario a sua volta non adempie la prestazione, egli diventa responsabile nei confronti del promittente per il danno pari all'interesse contrattuale positivo, decurtato però dei danni che il promissario stesso ha sofferto come risultato dell'inadempimento originario. Questa è la soluzione tipica adottata in common law per gli affitti commerciali.

Vi sono poi altre due soluzioni intermedie degne di essere considerate. La prima richiede di valutare se l'inadempimento è «essenziale» per il promissario, in un quadro in cui non dovrebbe essere richiesto a controparte di continuare il suo adempimento quando non può più ottenere niente in cambio. La seconda ricorre al modello di valutazione secondo «tutte le circostanze del caso». Molto spesso i giudici che ricorrono al test di «essenzialità» dell'inadempimento in un determinato campo usano la sua indeterminatezza per raggiungere risultati che altrimenti avrebbero dovuto essere valutati apertamente secondo le «circostanze del caso», mettendo in gioco una serie di fattori che corrispondono per lo più a quelli già considerati nel caso dell'errore.

Fra i quali possono annoverarsi: la condotta del promittente che a sua volta può riflettere un inadempimento opportunistico (se ha trovato un'occasione migliore), o un inadempimento non intenzionale frutto di colpa o di una valutazione comunque errata, oppure ancora un inadempimento senza colpa frutto di un evento non previsto che non costituisce però un caso di forza

maggiore; la condotta del promissario che può essere indotto a non eseguire la prestazione per ragioni che non dipendono dall'inadempimento di controparte (se ha trovato un'occasione migliore), ma può anche tentare di provocare l'inadempimento (senza per questo violare il dovere di cooperazione nell'adempimento), oppure all'altro estremo il promissario può sospendere la sua prestazione al solo scopo di mitigare il danno inevitabile dopo aver impiegato tutta la diligenza possibile per cooperare all'esecuzione dell'altra parte.

Anche in questo caso possono entrare in gioco fattori quantitativi. Se l'inadempimento o la sospensione della prestazione ad opera del promissario è in grado di provocare un danno assai elevato al promittente inadempiente, perdite che sarebbero state evitate se il promissario avesse esattamente eseguito per poi chiedere i danni alla fine, l'argomento a suo favore diventa più debole rispetto all'ipotesi in cui la perdita per la parte inadempiente fosse rimasta la stessa anche con la sospensione. Sarà invece più forte l'argomento a favore della sospensione quando è elevato il rischio che il promittente non sia solvente o che sia difficile convenirlo in giudizio o che i danni non siano esattamente quantificabili (per la loro eccessiva genericità o altri problemi di prova) e quindi il costo per il promissario di completare l'esecuzione della sua prestazione tende ad aumentare.

Anche la regola che permette al promissario di rifiutare l'adempimento a fronte della conoscenza di un futuro inadempimento del promittente (*anticipatory breach*) può determinare il punto nell'ambito di una relazione contrattuale, nel quale il promissario può esercitare qualunque tipo di diritto che il sistema gli accordi all'interno di una griglia di soluzioni possibili. Queste soluzioni vanno dal caso in cui il promittente è costretto ad attendere lo scadere del termine per l'esecuzione, oppure, all'estremo opposto, vi è il caso in cui è permessa la risoluzione se è ragionevole attendersi l'inadempimento del promittente. Quest'ultima regola (*anticipatory breach*) è ovviamente soggetta a tutte le stesse considerazioni fatte sopra. Come nel caso dell'errore, la più tecnica di tutte le operazioni possibili è la distinzione fra i differenti tipi di contratto ed i differenti tipi di inadempimento, minacciati o invece reali da parte del promittente, formulando diverse regole a seconda delle circostanze. E come nel caso dell'errore, sebbene vengano meno esaltate, vi sono comunque moltissime soluzioni teoriche possibili, incluse la volontà implicita o ipotetica delle parti, la *failure of consideration*, la natura del con-

tratto e così via. Come nel caso dell'errore, le soluzioni variano fra paesi e sistemi diversi ed anche al loro interno in modo non molto soddisfacente. E sempre, come nel caso dell'errore, le ipotesi discusse fanno astrazione da considerazioni politiche che possono modificare sensibilmente il quadro come accade quando entrano in gioco problemi contrattuali delicati (come per le locazioni) e l'ineguaglianza di potere contrattuale (come per le locazioni nei quartieri poveri).

#### 4. SFORTUNA, INETTITUDINE E VULNERABILITÀ C. SACRIFICIO E CONDIZIONE

##### 4.1. *Il continuum tra individualismo ed altruismo nella classificazione delle regole giuridiche*

4.1.1. *Il concetto di continuum.* – Se si guarda alle quattro diverse soluzioni enucleate per l'errore ed alle altre per l'inadempimento, non è dubbio che le soluzioni «nessun rimedio per un errore unilaterale» e dell'esattezza dell'adempimento (*perfect tender rule*) abbiano in comune di favorire (nella maggior parte delle circostanze, anche se non sempre) il promissario rispetto al promittente. Ma si può dire anche qualcosa di più.

Intanto si tratta di regole che favoriscono il promissario perché gli vengono imposti livelli più bassi di obbligo rispetto alle possibili alternative. Non che gli obblighi vengano meno del tutto: controparte non può indurre l'errore o esserne consapevole, né chi ha diritto all'adempimento può provocarlo violando il dovere di cooperazione nell'adempimento. Ma, all'interno dei limiti posti da ogni specifico caso, controparte non deve sopportare le conseguenze dell'errore del dichiarante o sacrificare ulteriormente i suoi interessi per prevenire il danno che può gravare sul promittente inadempiente. Anzi, è possibile per lui «avvantaggiarsi» della situazione, insistendo sui suoi diritti: rifiutare l'adempimento della sua prestazione di fronte ad un inadempimento lieve gli può permettere di concludere un affare migliore altrove.

In secondo luogo, si tratta di soluzioni che favoriscono il promissario poiché non prendono in considerazione la differenza tra l'inesperienza, l'imprevidenza o la negligenza del promittente, né i casi in cui l'inadempimento era del tutto innocente o anche lodevole. Naturalmente anche qui vi sono limiti: le soluzioni cambiano, per esempio, se l'inadempimento può essere

scusato sulla base dell'impossibilità e della forza maggiore. In terzo luogo, queste soluzioni almeno nel modo in cui sono state formulate, non sembrano sensibili alla dimensione quantitativa delle situazioni: non tengono infatti conto del fatto che i danni da aspettativa potrebbero costituire un autentico colpo di fortuna per il destinatario della dichiarazione errata o che perdite cospicue avrebbero potuto essere evitate dalla semplice concessione di un termine supplementare per l'adempimento.

È possibile allora formulare una generalizzazione di un certo respiro.

Le differenti soluzioni in materia di errore e di inadempimento della prestazione possono essere ordinate secondo una griglia fondata sull'intensità del dovere di sacrificio richiesto nei confronti di parti vulnerabili e sull'intensità del dovere di condivisione nei confronti delle parti svantaggiate. Queste soluzioni possono essere ordinate tenendo presente in quale misura l'obbligo diviene una funzione della colpa della parte in errore o inadempiente. Così ad esempio, su un estremo di questo continuum si avrà un dovere intenso indipendentemente dalla negligenza della vittima e all'altro estremo non si avrà alcun dovere benché la vittima sia innocente. In tal senso molto limitato sembra appropriato caratterizzare queste regole come più o meno ispirate all'altruismo o all'individualismo

Per esempio ad un estremo si pone un dovere intenso del promissario che opera comunque, sebbene il promittente manifesti inettitudine ed all'estremo opposto si negherà il dovere del promissario, pur essendo chiaro che il promittente è esente da colpa. In questo (limitato) senso sembra appropriato caratterizzare tali regole come più o meno «altruiste» o «individualiste».

C'è poi una possibile complicazione costituita dal fatto che le diverse soluzioni possono a loro volta essere combinate con altre varianti. Le regole in materia di errore per esempio devono necessariamente prevedere che cosa accade quando il destinatario della dichiarazione pur non essendone al corrente lo avrebbe dovuto conoscere anche se vi è comunque responsabilità per il danno da affidamento causato da un errore incolpevole. Ognuna di queste varianti può essere collocata nella griglia in modo che la valutazione della regola nel suo insieme e la sua comparazione con un'altra diventa la valutazione di due combinazioni. Due regole possono risultare dunque alquanto diverse nelle loro componenti anche se sembrano «collegate» o situate nella stessa posizione lungo un *continuum* che unisce altruismo ed individualismo.

Un'altra complicazione può essere costituita dal fatto che doveri di sacrificio e di condivisione nei confronti della vulnerabilità o della sfortuna di una parte e doveri di tolleranza nei confronti dei comportamenti colpevoli possono riguardare ambedue le parti di una stessa relazione contrattuale. Nelle situazioni più semplici è possibile caratterizzare una regola a seconda dell'intensità del dovere che impone ad una sola parte poiché è insensibile alla condotta dell'altra. Ma, in altre circostanze, una regola che consente ad una parte di liberarsi da un obbligo riflette la decisione di imporre all'altra parte un dovere altruistico che viene realizzato proprio attraverso la riduzione dell'obbligo correlativo. In questo modo uno standard che richiede la buona fede per valutare se sospendere o meno l'esecuzione della prestazione può consentire al contraente di sospendere opportunisticamente l'esecuzione della prestazione in risposta ad un inadempimento altrettanto opportunistico di controparte.

È necessario però richiamare l'attenzione sul fatto che questo modo di classificare le soluzioni offerte dalle diverse regole non riguarda in nessun modo i motivi soggiacenti alle regole stesse. Com'è stato già ricordato, le diverse soluzioni non sono il frutto né di una concezione individualista, né di una concezione altruista, ma rappresentano soltanto punti lungo un *continuum* che collega due estremi che nella realtà non è mai possibile trovare allo stadio puro. I motivi per spostarsi lungo il *continuum* da una soluzione all'altra sono altrettanto vari quanto i motivi per scegliere fra le possibili regole in ogni altra situazione. Può essere importante sottolineare ancora come, nella scelta della regola da adottare in un conflitto fra una parte forte ed una debole, un modo per favorire la prima è l'imposizione di un forte dovere altruistico sulla seconda.

4.1.2. *La concezione di continuum contrapposta all'idea di un nucleo individualista coerente con eccezioni periferiche altruiste ed irrazionali.* – In questa prospettiva, nessuna regola è davvero del tutto individualista nel senso di essere il prodotto di una concezione individualistica diversa da quella altruistica. La caratterizzazione di una regola come individualista significa sempre e soltanto che, nel confronto con un'altra regola, quest'ultima è ritenuta più altruistica rispetto alla prima. Questa caratterizzazione, a sua volta, ha senso soltanto rispetto ad un punto determinato situato lungo un *continuum* tra individualismo ed altruismo.

Siamo di fronte ad un passaggio cruciale – una vera e propria teorizzazione critica e non una semplice osservazione empirica – che si rivelerà essenziale per tutto il discorso che segue. La difficoltà ad averne piena consapevolezza sta nella tradizione della teoria del diritto privato fondata, sin dal tardo medioevo, sull'idea di una «logica» del contratto all'interno della quale il concetto di volontà individuale gioca un ruolo fondamentale.

I tentativi classici di produrre «logiche» partono tutti dalla volontà individuale e mirano a dedurre anche teorie meramente tecniche. È una idea profondamente radicata in Europa che già dalla fine del diciannovesimo secolo la teoria del diritto privato avesse raggiunto questo risultato attraverso l'elaborazione di un corpus coerente di teorie tecniche riconducibili tutte a questo concetto fondamentale. In questa concezione, ancor oggi vitale seppur in modo molto meno forte rispetto al passato, sono stati alcuni sviluppi economici, sociali e poi anche politici a produrre un graduale abbandono del sistema individualistico

Il cambiamento, in questa prospettiva, ha fino a poco tempo fa messo in evidenza il sacrificio di una logica individualista davanti ad una tendenza «sociale» (talvolta «collettivista») magari frammentaria e non strutturata ma persistente. La «frammentazione» o lo «smantellamento» della sintesi ottocentesca di fronte alle domande del «sociale» si traduce anche nella politicizzazione del diritto contrattuale, riflesso nella creazione legislativa di sistemi pubblicistici nel campo del credito, salute, lavoro, locazioni, pianificazione urbanistica e così via. In questa prospettiva, i problemi «meramente tecnici» sono quelli che rimangono soggetti alla elaborazione tradizionale in termini di logica individuale. E possono rimanere tali, piuttosto che politici, proprio perché manca una valenza sociale che entra apertamente in gioco.

La presentazione dei problemi tecnici nella prospettiva del *continuum*, con posizioni che possono essere considerate individualiste o altruiste (non «sociali») solo in senso relativo, rappresenta un forte e consapevole rifiuto di questa visione, che trova le sue radici nella tradizione teorica del realismo e del post-realismo giuridico.

4.1.3. *La generalizzazione dell'analisi dall'errore e dal rifiuto dell'adempimento ad altre questioni «meramente tecniche».* – È possibile dunque sottoporre allo stesso tipo di analisi e classificazione tutto quanto di solito viene definito convenzionalmente come questione «meramente tecnica». In breve, questa struttura

analitica non risolve alcun problema di scelta, ma consente di collocare scelte variamente giustificate con l'etichetta di *consideration*, buona fede ed altro all'interno di un'unica griglia e di compararle fra di loro. Si potrebbero includere come ulteriori esempi senza con ciò esaurirne la lista:

- a. le teorie che riguardano l'impossibilità, l'*hardship* e la forza maggiore.
- b. le teorie sulla forma e gli oneri formali (requisiti relativi alla forma notarile o alla scrittura privata, trascrizioni, *consideration*, accettazione, determinabilità dell'oggetto, divieto di patti aggiunti, forma richiesta *ad probationem*).
- c. Le teorie che riguardano le conseguenze dell'inadempimento degli oneri formali:
  - i. intento di vincolarsi e tentativi di sciogliersi dal vincolo.
  - ii. intento di non vincolarsi ma tentativo di invocare la protezione dell'affidamento.
- d. Le teorie che riguardano i contratti «incompleti».
  - i. oggetto o prezzo indeterminato.
  - ii. contratti in cui uno dei contraenti ha la facoltà di determinare l'ammontare della prestazione (*output e requirement contracts*).
  - iii. doveri impliciti di buona fede.

#### 4.2. *La giustificazione della scelta di una regola lungo il continuum tra altruismo ed individualismo: il modello delle considerazioni contrapposte*

Nella scelta di una collocazione lungo il *continuum* di regole-risultati, le parti fanno ricorso ad argomentazioni che tendono amplificare o a ridurre il sacrificio o l'obbligo di condivisione del convenuto a favore dell'attore, oppure, al contrario, che prevedono l'intensificarsi o l'alleviarsi del dovere dell'attore di badare ai propri interessi.

Queste argomentazioni si presentano in una serie risaputa di coppie:

1. Argomenti morali:
  - a. individualismo (self-reliance) come etica (piuttosto che individualismo come polo immaginario di un conti-

nuum di regole-soluzioni, cioè etica individualista come ragione per adottare un punto particolare lungo il *continuum*);

- b. altruismo (sacrificio e condivisione) come etica (piuttosto che polo immaginario di un continuum di regole-soluzioni, cioè altruismo come ragione per adottare un punto particolare lungo il *continuum*).
2. Argomenti utilitaristici:
    - a. prevenire la negligenza o l'opportunismo dell'attore;
    - b. prevenire la negligenza o l'opportunismo del convenuto.
  3. Argomenti di dirittosoggettivo nei suoi due profili:
    - a. interesse alla sicurezza dinamica del convenuto-diritto ad ottenere il risultato del proprio affare così com'è stato realizzato;
    - b. interesse alla sicurezza statica dell'attore- diritto di non essere privato dei suoi beni o vantaggi in modo contrastante con le sue aspettative e senza sua colpa.
  4. Argomenti di amministrabilità:
    - a. virtù delle regole, certezza per le parti e controllo della discrezionalità del giudice ecc.;
    - b. virtù degli standards, clausole generali, flessibilità equitativa.
  5. Argomenti di ompetenza istituzionale:
    - a. virtù della subordinazione del giudice alla legge;
    - b. virtù della creatività giurisprudenziale.
  6. Argomento basati sulle aspettative:
    - a. il diritto dovrebbe seguire le consuetudini;
    - b. il diritto dovrebbe determinare le consuetudini.

Anche questa lista, proprio come il caso del contrasto fra l'idea della continuità e la contrapposizione fra nucleo razionale e periferia irrazionale, rappresenta una forma di vera e propria teorizzazione nell'attuale dibattito sul diritto privato in civil e common law (richiama infatti la genealogia della teoria del contratto di Stewart Macaulay, rifiutata per contro nel trattato di Alan Farnsworth). È insomma l'affermazione che il moderno discorso del diritto privato e dei suoi argomenti giustificativi sono stati or-

mai «semioticizzati», cioè ricondotti ad una sorta di campo di forze contrapposte in continua attrazione fra di loro nel modello delle contrapposte considerazioni. Non è necessario elaborare ulteriormente questa posizione se non per sottolineare che, come l'idea di un continuum, costituisce un'acquisizione fondamentale per il discorso che seguirà, contribuendo alla creazione del modello della «continuum-più-considerazioni contrapposte».

#### 4.3. Un «sistema» di regole tecniche del contratto

Un sistema di regole tecniche del contratto – quell'insieme cioè che ha a che fare con tutte le questioni viste in precedenza, dall'errore ai contratti «incompleti» – diventa in questa prospettiva una serie di scelte isolate, piuttosto che il risultato della logica prodotta dall'adozione di una singola concezione teorica. Anche se si ammette che tali scelte non rappresentino il prodotto di una logica determinata, queste possono nondimeno rappresentare il frutto di una tendenza, un pregiudizio o una preferenza nei confronti dell'uno o dell'altro polo del *continuum* che va dall'individualismo all'altruismo che è riflesso dalle varie teorie tecniche. In ogni caso – coerentemente con l'idea che individualismo ed altruismo sono il prodotto della posizione relativa delle regole sul *continuum* e non della «natura» in sé della regola – il significato del pregiudizio, della preferenza o della tendenza finisce per essere molto limitato. In primo luogo, ciò significa che soluzioni all'interno di un sistema possono raggrupparsi – quando si compara questo sistema ad un altro – verso un polo o l'altro del *continuum*. Vi possono essere però infiniti altri modelli capaci di caratterizzare un sistema quando guardiamo ad esso attraverso questa lente.

Un sistema potrebbe essere considerato «centrista», nei confronti di altri sistemi, anche se centrismo non vuol dire qualcosa che trascende le controversie fra i due poli di individualismo ed altruismo. Centrismo può significare «ridurre le differenze», cioè scegliere la via di mezzo fra i due estremi, o «bipolarità», cioè raggiungere un equilibrio combinando tendenze apparentemente contraddittorie piuttosto che concentrare tutto nel mezzo. Un'altra possibilità per un sistema è di sfuggire del tutto ad un'analisi in questi termini, in modo tale che la serie di scelte da operare nella lista delle teorie tecniche possa apparire stravagante, incoerente, arbitraria o «senza senso».

In tutti questi casi, l'ottica con cui si analizza il problema è «esterna». Sono regole di diritto positivo che vengono comparate, usando il proprio metro individuale per misurare l'intensità del dovere di condividere la sfortuna di controparte o di sacrificarsi per prevenire il danno che gli potrebbe occorrere in un momento di vulnerabilità, avendo riguardo al suo maggiore o minore grado di colpa. In questo settore di studi, non si devono conoscere i motivi che inducono a scegliere una posizione sul *continuum* o anche se l'operatore giuridico ha una sua concezione del *continuum* (naturalmente questo tipo di informazione potrebbe essere importante per l'accuratezza delle interpretazioni giuridiche che sottostanno ad ogni comparazione di diritto positivo).

Ovviamente un'indagine del genere è possibile e potrebbe essere addirittura molto importante, ma non è questo l'obiettivo. Il problema riguarda invece l'individuazione di quale sia la posta politica, nel senso più specifico di posta ideologica, in gioco quando vengono scelte soluzioni tecniche per questi problemi del contratto. E la posta politica è rappresentata non dall'impatto delle regole positive che vengono scelte sulla vita sociale, economica o politica, ma dall'impatto indiretto che il discorso con il quale vengono scelte è destinato ad avere.

##### 5. CONTRO L'IDEA CHE LA POLITICA DEL «MERAMENTE TECNICO» RIGUARDI «LA FUGA VERSO LE CLAUSOLE GENERALI»

Nella prossima parte, saranno presentate due teorie, una probabilmente eccessivamente semplice, l'altra al contrario forse eccessivamente complessa, che riguardano la posta ideologica che è in gioco quando si discute delle questioni meramente tecniche in materia di contratto. La teoria più semplice sostiene che se gli imprenditori di fronte alle difficoltà di altri imprenditori meno avveduti o sfortunati devono essere comprensivi, allora vi sarà pressione sul legislatore affinché in generale le parti strutturalmente più forti vengano costrette a tenere in considerazione gli interessi di controparti strutturalmente deboli. La teoria più complessa invece sostiene che la «tecnicità» nelle questioni tecniche è una componente importante che serve a rafforzare la distinzione fra pubblico e privato e la funzione politica che la distinzione stessa a sua volta afferma.

Prima di affrontare questi argomenti complessi è necessario premettere però una critica di quella che appare, nel sistema di civil law ed in qualche misura anche nei paesi di common law, la versione più accreditata della politica del diritto che svolge il tecnicismo. In questa prospettiva la politica del tecnicismo è costituita dall'incentivazione di letture espansive delle clausole generali, particolarmente della buona fede e per interpretazioni estensive dei doveri impliciti, particolarmente di quelli che trovano le proprie origini sempre nella buona fede. La politica del diritto che si ispira ad una lettura espansiva delle clausole generali da contrapporre alle interpretazioni restrittive è condizionata dall'idea che le clausole generali siano una minaccia per la separazione dei poteri e per la distinzione fra diritto e morale. La preoccupazione dei teorici del diritto privato per questo genere di conseguenze finisce per esercitare un effetto distorsivo che devia l'attenzione da quello che costituisce invece la posta politica che è in gioco in questo campo.

#### 5.1. *La politica delle letture espansive delle clausole generali: la versione classica*

Molti sistemi prevedono una varietà di norme – regole generali definite in modo relativamente chiaro, determinato e formalmente realizzabile – che costringono una parte a prendere in considerazione gli interessi dell'altra fino ad un certo limite, ma al di là di questo autorizzano controparte ad ignorarli. Questi sistemi però includono anche una clausola generale che impone ai contraenti di agire in «buona fede» (e qualche volta anche in modo che non contrasti con l'ordine pubblico ed il buon costume). Un contraente di regola invoca l'obbligo di buona fede per imporre all'altra parte di agire in modo più altruistico di quanto sarebbe stato obbligato a fare in base ad altre regole. Quando la parte che invoca la buona fede è soccombente questo avviene perché in punto di diritto – vale a dire sotto il profilo della regola da stabilire – il giudice ritiene che il livello del dovere o della tolleranza pretesi non siano appropriati nella specie.

Tutto ciò vuol dire semplicemente che la clausola di buona fede, piuttosto che ristrutturare su basi altruistiche un sistema originariamente individualistico, gioca invece un ruolo più limitato nello stabilire il limite dell'altruismo rispetto al principio di autoresponsabilità. Dire che un sistema giuridico richiede la

buona fede non significa tanto sostenere che richiede l'altruismo in astratto o che sia altruista, quanto piuttosto che – in una serie di circostanze non pienamente specificate in anticipo – richiede ad un soggetto di considerare gli interessi dell'altro al di là della misura richiesta dal diritto generale o dalle regole di fondo in materia contratti. Le parole con cui è espressa la clausola sono il luogo o il sito in cui gli interpreti discutono sul limite al di là del quale può essere promossa in sede giudiziaria la pretesa di altruismo, vale a dire al di là del compromesso iniziale rappresentato dalle regole di fondo in materia contrattuale.

Concesso che il risultato della controversia si traduce semplicemente nell'individuazione di un confine per una serie limitata di casi fra le due posizioni – proprio come una parte di teorici del diritto privato sostengono da molte generazioni e recentemente Martin Hesselink ha ribadito con particolare enfasi – l'espressione buona fede non assume alcun contenuto proprio. Il risultato realizzato attraverso l'adozione della clausola è un secondo compromesso – che si aggiunge a quello originario rappresentato dalla scelta di una regola generale che la preveda – piuttosto che l'applicazione di un concetto con un significato preciso.

Due aspetti di questa problematica sono stati al centro dell'attenzione di alcune generazioni di giuristi. In primo luogo, è ovvio che sia il giudice piuttosto che il legislatore a decidere quali siano i limiti da porre all'altruismo. In tutti i casi in cui la clausola è in vigore, la giurisprudenza tende a ridurla ad una serie particolare di regole da applicare ad una serie particolare di casi, dando luogo ad un classico esempio di creazione giurisprudenziale del diritto che, come minimo, finisce per essere considerato un pericolo per la separazione dei poteri. In secondo luogo – poiché la clausola generale è invocata da una parte che esige un obbligo più stringente di quanto l'altra parte è disposta a riconoscere – la sua applicazione può facilmente (seppur erroneamente) essere considerata come un caso in cui il diritto viene adeguato alla «morale».

Questa interpretazione trae la sua forza dall'idea che l'esistenza di quella serie di regole generali, chiaramente definite, che permettono ad una parte di «comportarsi male» sia il risultato, ottenuto in modo più o meno logico e deduttivo, delle premesse individualistiche che caratterizzarono il diritto privato «classico» all'epoca della sua piena affermazione nel tardo diciannovesimo secolo. In questa prospettiva, la clausola generale

rappresenta la moralità, la flessibilità, la soggettività ed aspirazioni etiche difficilmente raggiungibili che si contrappone alla norma che rappresenta invece il diritto, la tradizione giuridica, l'individualismo, la coerenza, la deduzione, la scienza giuridica e soprattutto la certezza. La certezza garantisce la subordinazione del giudice alla lettera (rafforzata dalla logica individualistica) di un codice. Per dirlo in modo leggermente diverso, il problema delle questioni «meramente tecniche» è stabilire se queste sono destinate a rimanere tali o soccomberanno all'aspirazione anti-tecnicistica delle clausole generali.

È possibile allora procedere ad una spiegazione di questo tipo della politica del diritto del «meramente tecnico»: la contrapposizione principale in questa area è fra coloro che sostengono un altruismo giuridico intrinsecamente vago o anche difficilmente definibile e coloro che sostengono invece un individualismo giuridico ben definito e facilmente amministrabile. La prima tendenza «espansionistica» mira ad abolire la distinzione fra diritto e morale cercando di accreditare una impegnativa moralità delle aspirazioni a scapito di una più modesta moralità degli obblighi. La seconda tendenza «restrittiva» favorisce invece l'individualismo giuridico perché lo si ritiene in grado di definire in modo corretto i limiti dei doveri morali che si hanno nei confronti degli altri o si teme che una concezione più aperta ma meno definibile possa portare a conseguenze negative.

In questo dibattito, gli espansionisti si trovano a controbattere la deprecabile richiesta di certezza giuridica dei loro oppositori e cantano le lodi della creatività giurisprudenziale. Gli oppositori sostengono che andare al di là di un'etica individualista per affermare un obbligo generale di buona fede costituisce una minaccia per l'autonomia individuale, consentendo con ciò di decidere soprattutto questioni etiche e sostituirsi alla coscienza individuale dei singoli. Questi ultimi possono concordare sul fatto che l'individualismo, pur essendo moralmente meno attraente dell'altruismo, almeno ha una logica precisa, per quanto limitata ed eticamente ristretta rispetto a quanto Gesù o Levinas hanno detto sui doveri nei confronti degli altri.

Nella visione prevalente, o si tende ad avere un progetto ricostruttivo di tipo generale (fondato sulla natura del contratto, sulla giustizia commutativa, sull'efficienza ed altro) o si accetta l'idea che questa è una «scelta tragica», un vero dilemma che rimane sempre aperto alla discussione. Sia nell'uno che nell'altro caso, solo i fanatici spingono la posizione individualista o altru-

sta all'estremo; nella maggior parte dei casi invece il modo in cui ci si orienta fra i due estremi è ritenuto in genere il frutto del proprio orientamento personale riguardo alla morale o alla filosofia politica ma anche del proprio carattere e della propria esperienza di vita.

## 5.2. *Una critica dell'idea che la funzione del tecnicismo implichi la «fuga verso le clausole generali»*

5.2.1. *Forma c. sostanza.* – Una prima obiezione che può farsi nei confronti di un'analisi in termini di clausole generali riguarda la confusione che può essere indotta se si sposta l'attenzione dal profilo sostanziale, in cui si tratta di affrontare la questione del grado di sacrificio e condivisione che dovrebbe essere favorito da un sistema di diritto contrattuale, a quello formale, in cui la questione diventa invece se una norma debba essere formulata come regola o come *standard*.

È diventato un luogo comune osservare che le norme giuridiche possono essere formulate nell'uno e nell'altro modo (oppure in un altro ancora diverso che appartiene alla vasta gamma di possibilità comprese fra questi due poli). La scelta fra le due alternative (regola o *standard*) è cosa diversa dalla scelta che riguarda la misura del dovere altruistico richiesto. Per di più è possibile strutturare come *standard* una soluzione individualista e come regola una soluzione altruistica.

È possibile per esempio sostenere che un contraente sia in ogni caso obbligato a rispettare gli interessi della controparte; ne segue l'impossibilità di interrompere l'adempimento, *eccetto* situazioni in cui vengono minacciati profili come la persona del debitore o la sicurezza delle contrattazioni. Nondimeno, una volta che la distinzione fra forma e sostanza sia chiaramente formulata, è possibile stabilire una relazione (direi di omologia o di analogia strutturale) fra i due tipi di scelte, aspetto che si rivelerà più avanti molto importante.

La buona fede costituisce un esempio emblematico di *standard*, mentre una norma che preclude la sospensione dell'esecuzione della prestazione se non in casi eccezionali è un esempio emblematico di regola. E ci possono essere ragioni (del tipo enunciato a proposito delle considerazioni contrapposte) a favore dell'uno o dell'altra, ragioni del tutto differenti allora da quelle che entrano in gioco quando si tratta di decidere qual è la misura appropriata di obblighi altruistici che devono gravare su di

una parte. regole, ad esempio, garantiscono solitamente sicurezza nelle contrattazioni ed assicurano il controllo della discrezionalità giudiziale, anche se possono risultare approssimate per eccesso o per difetto rispetto ai principi di fondo che le ispirano e possono in realtà finire per essere meno certe nella loro applicazione rispetto agli *standards* che invece appaiono più vaghi. In questo caso sia la regola che lo *standard* impongono un livello di dovere (relativamente) elevato, così la questione dell'intensità del dovere non potrà più considerarsi la ragione principale della scelta, almeno finché non cominciano ad entrare in gioco contesti più particolari in cui le diverse formulazioni possono ricominciare a fare ancora la differenza.

La scelta tra la norma che conduce sempre a risolvere il contratto in caso di inadempimento (*perfect tender rule*) e la norma che ammette la possibilità di conservarlo riconoscendo vita autonoma alle reciproche obbligazioni delle parti (*independent conditions*) è l'esempio classico di scelta tra norme che impongono un dovere di altruismo più o meno intenso all'altra parte. Almeno in prima approssimazione questa scelta non riguarda il problema dell'amministrabilità (sebbene in particolari classi di casi possa rivelarsi importante). Anche se questa svolgesse un ruolo, potrebbe essere controbilanciata da altre considerazioni dal momento che le due regole possono ovviamente differire anche dal punto di vista della moralità, dei diritti, dell'efficienza, della rispondenza alle aspettative e così via.

5.2.2. *Dal momento che il «meramente tecnico» riguarda principalmente la scelta fra regole, piuttosto che fra norme e standards, la sua politica non è legata alla separazione dei poteri.* – Ad un primo livello, la distinzione che viene convenzionalmente tracciata fra profili formali e sostanziali non consente di ricondurre la politica del tecnicismo a quella tipica nel caso del paragone fra regole e *standards*. Ad un secondo livello: il meramente tecnico implica nella maggior parte di casi, e non solo sporadicamente, una scelta fra norme formulate come regole piuttosto che una scelta fra una regola e uno *standard*. E dunque se l'attenzione è chiaramente rivolta alla scelta fra regole piuttosto che alla scelta tra regole e *standard*, è evidente anche che la separazione dei poteri diventa in questa prospettiva un tema minore, anzi un falsa traccia (qualche cosa cioè che serve per sviare l'attenzione dal carattere politico della politica del tecnicismo) piuttosto che il «vero problema».

In primo luogo, c'è da dire che il problema del grado di sacrificio e condivisione richiesto alle parti è presente in molte altre controversie teoriche. In tutti i sistemi, alcuni settori non sono governati dalla buona fede ma da altre formule tecniche, come l'intento implicito, la consideration o l'abuso del diritto, oppure da regole adattate ad una serie particolare di circostanze, non necessariamente integrate in un concetto più generale. Per esempio nel sistema di common law le due problematiche dell'errore e del diritto di interrompere l'adempimento, pur potendolo, non sono trattate attraverso la buona fede. Il primo è governato da regole precise e non da clausole generali ed il secondo si affida a meccanismi che variano da super-regole (o perfect tender rule o *independent conditions*) a super-standards (valutazione de comportamento della parte nell'adempimento alla luce di tutte le possibili circostanze del caso).

In secondo luogo, anche affrontando il problema nella prospettiva della clausola di buona fede, i giudici tendono a formulare regole sulla misura di altruismo richiesto e queste regole rappresentano diverse forme di compromesso che permettono di confrontare il trattamento di certe questioni con quello di altre e di comparare il sistema a cui hanno dato vita con un altro. In altre parole, i giudici all'interno di tutti i sistemi, cercano di concretizzare o come si dice in Europa di «materializzare» la clausola generale di buona fede oltre agli altri concetti tecnici come l'intento implicito o la consideration. In questo modo diventa anche possibile ridurre i concetti astratti ad un sistema di sotto-regole che governano particolari situazioni tipiche.

Questo accade perché, come hanno sostenuto da parecchie generazioni i comparatisti europei ed americani, sia la common law che il civil law sono fondati in buona misura sul precedente, i giudici quando ricorrono alla clausola di buona fede guardano al modo in cui i giudici hanno in precedenza trattato situazioni simili. Anche se qui è in gioco qualcosa di più della semplice tendenza dei sistemi occidentali a fondare il proprio sviluppo sulla casistica giurisprudenziale. All'interno della vasta gamma di soluzioni possibili nell'articolazione della clausola di buona fede, tutti i sistemi cercano di rendere prevedibile il risultato della tensione fra individualismo ed altruismo, riducendo la buona fede (l'intento implicito o la consideration) ad una regola. Se accade davvero così, diventa anche evidente come attraverso questo metodo i giudici rifiutino di seguire un'altra possibile so-

luzione: quella di diminuire l'importanza del singolo caso per le future decisioni, in modo che la buona fede (o qualunque altra cosa) mantenga il suo carattere aperto di puro «*standard*» o di «valutazione sulla base dei fatti».

Quando si sceglie una regola non è sensato dire che un maggiore grado di altruismo implica necessariamente una maggiore dose di intervento giudiziale, nel senso di creazione ad opera del giudice della regola, in contrasto con la sua semplice applicazione. Una decisione giudiziale in favore di una regola che impone un più intenso obbligo di sacrificio e condivisione non è più o meno creativa di un'altra meno altruistica. Una volta che la scelta è stata fatta a favore di una soluzione o di un'altra, il processo applicativo potrà essere considerato più o meno discrezionale non sulla base dell'altruismo richiesto, ma in base alla natura di *standard* o di regola della disposizione in questione. La funzione del tecnicismo nel diritto dei contratti pertanto non dipende in primo luogo, anche se non può escludersi un collegamento in seconda battuta, dalla politica della separazione dei poteri.

5.2.3. *La scelta lungo il continuum che va dall'individualismo all'altruismo non minaccia «la distinzione fra diritto e morale».* – A questo punto è necessario criticare l'affermazione secondo la quale la funzione del tecnicismo giuridico è collegata essenzialmente ai rapporti fra due settori distinti. Uno è quello delle valutazioni giuridiche in cui deve essere deciso ciò che è desiderabile sotto il profilo giuridico o che dovrebbe essere considerato moralmente obbligatorio per il diritto. A questo si contrappone invece quello in cui le valutazioni riguardano ciò che è moralmente desiderabile in sé o in astratto. L'idea di fondo è dunque che vi siano due diversi ordini di moralità per esempio il giusto ed il bene, l'ordine dell'obbligazione e dell'aspirazione, l'ordine dei diritti e l'ordine dell'etico, l'ordine della giustizia e l'ordine della virtù. In questa prospettiva, il modello morale da seguire per il diritto, la moralità adatta per il diritto non è altrettanto esigente in materia di altruismo di quanto accadrebbe invece in quell'ordine più alto costituito semplicemente dalla moralità. Il «giuridico» può essere considerato come una sottospecie di moralità, che partecipa in qualche modo ad essa, ma che non si colloca al suo stesso livello. Più semplicemente il giuridico può essere etichettato come individualista diversamente da quanto accade al più esigente livello della coscienza o dell'etico, che viene considerato invece altruista.

Questa distinzione non corrisponde a quella fra diritto positivo (emanato da un legislatore o valido in quanto rappresenta il diritto giurisprudenziale consolidato) e la norma giuridica ideale. In altre parole, sostenere che la funzione delle technicalità implica «il crollo della distinzione fra diritto e morale» non significa temere che la distinzione fra giudizi sulla validità di una regola e giudizi circa la sua desiderabilità possa venire meno. La questione consiste invece nella possibilità che il tecnicismo possa servire per contrapporre coloro che farebbero crollare la distinzione fra diritto e bene (o giustizia e virtù) a favore del bene a coloro che invece conserverebbero la distinzione a favore del diritto.

La scelta fra le regole che si trovano in un *continuum* di soluzioni possibili fra individualismo ed altruismo non è una scelta fra diritto e morale: tutte le regole della gamma sono compromessi fra due differenti propensioni morali e le regole che si trovano nella direzione altruistica del *continuum* non sono meno «diritto» di quelle che si trovano nella direzione individualistica. Dall'analisi svolta in precedenza è emerso infatti il rifiuto assoluto dell'idea che possa essere configurata una logica individualista all'interno del diritto dei contratti che corrisponde al giuridico in contrapposizione ad una più esigente logica altruistica che invece si colloca al di fuori di esso.

L'idea di una distinzione possibile fra il diritto ed il bene (giustizia, virtù ecc.) rimane però estremamente influente nella teoria giuridica e gode ancora di larga diffusione per molti teorici di estrazione differente (sia nella prospettiva aristotelico-tomistica che in quella del diritto naturale di origine kantiana). Questa è una delle ragioni per le quali la concezione fondata sul *continuum* fra individualismo ed altruismo rimane ancora controversa. Non è necessario sviluppare quest'aspetto se non per ribadire in primo luogo che, qualora una delle ricostruzioni che si richiamano a queste tradizioni fosse convincente, si potrebbe superare il modello del *continuum* e delle considerazioni contrapposte. In secondo, luogo poiché nessuna delle numerose ricostruzioni disponibili (a nostra conoscenza) sembra aver avuto successo, siamo in effetti confinati nell'ambito di una razionalità giuridica ristretta, qual'è quella fin qui descritta, cosa di cui alcuni tra noi sembrano essere contenti.

Un secondo punto che riguarda il problema dei rapporti fra diritto e morale richiede però un trattamento più ampio. Il problema è legato all'idea che un sistema, per poter essere conside-

rato davvero «altruista», deve assoggettare tutte le sue regole alla possibilità di essere costantemente derogate attraverso l'applicazione di una clausola generale *ad hoc* (buona fede) eticamente orientata. E questo per la ragione che è nella natura dell'altruismo autorizzare l'intervento quando le regole minacciano di non riuscire a raggiungere i loro obiettivi altruistici.

Una volta adottato un orientamento altruistico, ci si pone su di una sorta di piano inclinato in cui rimane sempre aperta la possibilità – secondo questa ricostruzione – di raggiungere più o meno rapidamente la completa deformalizzazione del diritto privato. Per esempio, chi desidera favorire l'altruismo potrebbe preferire la teoria che non consente la risoluzione del contratto pur in presenza di inadempimento (*independence of conditions*) rispetto alla teoria che viceversa ammette la risoluzione anche per inadempimenti di carattere non grave (*perfect tender rule*). La stessa persona potrebbe però ritenere migliore la soluzione secondo cui l'adempimento deve essere valutato alla luce di tutte le circostanze, in quanto tale *standard* infatti consente a chi è chiamato a rendere la decisione di considerare i doveri che gravano su entrambe le parti.

Ci sono buone ragioni per sostenere questo punto di vista: è probabile che un acceso sostenitore dell'altruismo come orientamento morale preferirebbe il ricorso alla clausola generale. È plausibile ritenere che lo stesso impulso che spinge un giurista verso l'altruismo lo induca anche a preferire degli *standards* alle regole. Per di più, vi è indubbiamente una complessa politica di deformalizzazione giuridica che viene sviluppandosi trasversalmente in diversi settori del diritto (come si verifica per i problemi sostanziali, anche qui le scelte non sono scelte fra due estremi; la realizzabilità formale di una norma non è valutabile in astratto ma soltanto rispetto ad un'altra, così come non vi è un pericolo concreto né di una completa deformalizzazione, né del suo opposto, la completa abolizione della possibilità di fare eccezioni).

È importante sottolineare, però, ai nostri fini, che il tipo politica in discussione è assolutamente diversa rispetto a quella che può essere perseguita quando si tratta di scegliere fra regole all'interno di un campo meramente tecnico. Anche in un sistema organizzato in modo tale da eliminare del tutto clausole generali o *standards*, vi saranno infatti ancora innumerevoli possibilità di scelta fra individualismo ed altruismo, ci saranno sempre errori o inadempimenti e dovranno pure esserci regole (e non *standards*) per trattare queste situazioni.

In conclusione, per individuare la funzione delle questioni meramente tecniche nella teoria del contratto è necessario spostare l'indagine al di là dei vizi e delle virtù delle clausole generali per domandarsi invece qual è la posta in gioco nella scelta fra due regole precisamente definite, una delle quali richiede maggiore sacrificio e condivisione ed è più tollerante rispetto alla incapacità ed all'inesperienza dell'altra. Emerge allora una politica del diritto propria del «meramente tecnico» distinta da quella che contrappone il tecnico alla buona fede.

## 6. I RISVOLTI POLITICI DELLE QUESTIONI MERAMENTE TECNICHE NEL DIRITTO DEI CONTRATTI

È arrivato il momento di affrontare le due questioni che sono rimaste aperte sin dall'inizio: prima la più semplicistica e poi quella estremamente più complessa. In ogni caso sia l'argomentazione, sia la scelta di posizioni lungo il continuum che lega altruismo ed individualismo assumono sfumature politiche, in cui destra e sinistra costituiscono però posizioni ricomprese all'interno di un centro *liberal* latamente definito (à la Bobbio di Destra e sinistra). Queste sfumature sono distinte (sebbene non assolutamente diverse) da quelle emerse a proposito della «fuga verso le clausole generali».

### 6.1. *Doveri reciproci tra imprenditori = doveri reciproci fra gruppi sociali*

Il punto è che doveri ed obblighi di venditori e compratori sono analoghi ai doveri ed obblighi che i gruppi sociali generalmente si devono l'un l'altro. Se si opta a favore di intensi doveri di sacrificio e di condivisione verso soggetti vulnerabili e sfortunati anche nell'ipotesi in cui essi siano imprenditori coinvolti in relazioni di affari, e si pretende un atteggiamento di tolleranza a fronte della loro inettitudine, allora bisogna giustificare la ragione per la quale non si può fare altrettanto quando sono di fronte datori e prestatori di lavoro, professionisti e consumatori individuali, ricchi e poveri in genere, bianchi e neri, uomini e donne, eterosessuali e omosessuali, cittadini ed immigrati, settentrionali e meridionali.

Vi sono due livelli ai quali l'analogia può funzionare. In primo luogo, il dibattito che riguarda il tipo di doveri che un grup-

po sociale ha nei confronti dell'altro utilizza argomentazioni che sono strettamente analoghe a quelle considerate nella discussione sulle «considerazioni contrapposte» a proposito della scelta lungo il *continuum* che lega altruismo ed individualismo. In questo settore, le fazioni contrapposte sono impegnate in un progetto di lungo termine che prevede l'elaborazione di argomentazioni a favore dell'uno e dell'altra. Le argomentazioni in settori analoghi tendono a rinforzarsi reciprocamente, così se argomenti sviluppati nel campo del diritto privato a favore di doveri intensi sono coerenti e cogenti, vi sarà un «effetto» che si produce anche sul versante pubblicistico dello stesso dibattito. In secondo luogo, anche la scelta di particolari regole o risultati hanno altrettanta forza. In altre parole, se le regole di diritto privato che governano le relazioni nelle operazioni commerciali assumono connotazioni più altruistiche, sarà anche più forte l'argomentazione per l'adozione di un regime analogo nel diritto pubblico. Anche se non vi è alcuna necessità logica per una connessione del genere. È possibile sostenere un livello elevato di altruismo nel diritto privato e contrapporsi energicamente a tutte le misure protettive o redistributive proposte da un programma *liberal* di sinistra per rispondere alle esigenze delle relazioni fra gruppi forti e deboli. Ed è possibile che rientrino in questo gruppo anche i conservatori che favoriscono una risposta «sociale». Mentre al contrario è possibile sostenere un impianto individualistico del diritto privato insieme ad un intervento pubblico in materia di *welfare*, come fanno alcuni socialdemocratici.

Anche la posizione che si assume sulle clausole generali è destinata ad esercitare la sua influenza. I giacobini tradizionalisti desiderano evitare ogni forma di creatività giurisprudenziale a tutti i costi e possono perfino pensare che l'individualismo sia il prezzo da pagare nel diritto privato. I sostenitori del diritto naturale possono considerare l'applicazione delle clausole generali come il luogo inevitabile e desiderabile della «ragion pratica». Ed ugualmente per l'efficienza: se le regole individualistiche nel diritto privato sono efficienti, la soluzione migliore per il *liberal* di sinistra è mercato più imposizione fiscale.

La relazione che si viene a creare fra i rispettivi dibattiti è del tipo che può essere definito di trasposizione o analogia strutturale (come accade per la relazione fra regole e *standards* o fra altruismo ed individualismo nel diritto sostanziale). Gli studiosi del diritto privato hanno talvolta consapevolezza della relazione che può intercorrere fra le loro valutazioni tecniche e la loro po-

litica generale nel campo del diritto pubblico. Quando il dibattito sui profili tecnici diventa caldo, molto spesso la ragione è che qualcuno dei partecipanti da una delle parti ricomincia a mettere in discussione la separazione con il diritto pubblico, mentre gli altri continuano a ribadirla altrettanto vigorosamente.

Almeno di una cosa inizialmente nessuno dubita più: che l'altruismo sia espressione della sinistra (della socialdemocrazia) e l'individualismo del liberismo di destra. Anche se il fatto di essere disposti a rimettere successivamente in discussione la questione dimostra l'indiscutibile relazione che si viene a creare fra il tecnico ed il politico.

*6.2. Che il tecnico non sia politico è un sostegno importante per l'affermazione della distinzione pubblico-privato da parte del centro moderato*

La posta politica più recondita del tecnicismo in materia contrattuale mette in gioco la percezione della coerenza della distinzione fra pubblico e privato. La percezione di tale coerenza è importante per l'ala destra e per l'ala sinistra del centro moderato e costituisce invece l'oggetto principale delle critiche da parte di coloro che non appartengono allo schieramento di centro. Secondo la destra, la gerarchia organica assorbe il pubblico nel privato. Secondo la sinistra, l'egalitarismo, che l'autore del saggio qui si sottoscrive, tende a ridefinire la proprietà privata come forme di regolamentazione pubblica. La questione è resa così complessa dal fatto che la vera posta in gioco del meramente tecnico non è la natura più o meno individualista o altruista delle regole che si adottano, ma piuttosto il fatto che venga mantenuta la percezione secondo cui si è comunque in presenza di questioni meramente tecniche. In altre parole, per la distinzione pubblico-privato non è importante che il diritto dei contratti assuma l'una o l'altra veste, ma che le scelte all'interno del diritto dei contratti appaiano fondate su considerazioni e procedure fondamentalmente differenti da quelle che operano nel diritto pubblico.

*6.2.1. Le questioni meramente tecniche del diritto dei contratti costituiscono il cuore del diritto dei contratti che è a sua volta il cuore del diritto privato.* – La critica della distinzione fra diritto e morale nel diritto privato indebolisce una particolare concezione della struttura del diritto nella sua totalità, quella che con-

trappone il pubblico al privato ad una serie di livelli diversa ma ognuno dei quali si rinforza a vicenda. Secondo questa concezione il diritto privato nel suo insieme tende ad assomigliare al suo nucleo classico, che si presenta essenzialmente giuridico, razionale, scientifico ed individualista, mentre il diritto pubblico al contrario è politico, non razionale, discrezionale, ed altruista.

Supponiamo che anche le questioni «meramente tecniche» che costituiscono il cuore del diritto dei contratti, che a sua volta è il cuore del diritto privato, richiedano un processo decisionale che non è più logico o razionalmente strutturato di quello a cui normalmente si ricorre nel campo del diritto pubblico, dal diritto costituzionale al settore della legislazione sociale.

Anche in assenza di ineguaglianza fra le parti o di effetti sui terzi, vi possono essere soluzioni alternative nessuna delle quali è presupposta necessariamente dalle premesse della proprietà privata o dalla libertà contrattuale, o dal concetto di legalità. Nessuna di queste può essere spiegata attraverso il preteso «carattere individualista del diritto privato», dal momento che i sistemi, internamente e comparativamente, adottano soluzioni più o meno altruiste ampiamente differenziate: la buona fede non è una minaccia per la coerenza del diritto privato poiché fin da principio non ha mai avuto un contenuto coerente. Pertanto anche il nucleo c.d. tecnico diventa il sito di un conflitto morale e scientifico.

Se vi è conflitto morale all'interno del nucleo centrale del (dominio del) diritto, allora non è plausibile che le soluzioni giuridiche possano essere nettamente distinte dalle soluzioni politiche sulla base di una loro presunta maggiore scientificità. La scelta fra le alternative sembra richiedere una valutazione giudiziale (bilanciamento) fra argomentazioni morali, economiche, di diritti, di amministrabilità e di competenza istituzionale in contraddizione o almeno in tensione fra di loro. Questo processo di bilanciamento non sembra essere soggetto a vincoli di carattere razionale più di quanto non lo siano le scelte scopertamente politiche che la teoria liberale attribuisce al potere legislativo, come ad esempio le decisioni di limitare la libertà contrattuale, di confiscare o tassare la proprietà, o di scegliere la flessibilità della discrezionalità amministrativa rispetto all'intervento giudiziale.

In questo scenario, le affermazioni della sinistra e della destra *liberal* sulla prevalenza della legalità o la semplice aspirazione ad essa anche come un ideale soltanto parzialmente raggiungibile diventano largamente sospette, poiché la separazione dei poteri collegata con il carattere razionale del diritto privato non

appare precisa, anche rispetto al suo nucleo tecnico che ha sempre costituito il suo lato apparentemente meno problematico. Se le decisioni non possono essere apolitiche a questo livello non possono esserlo nemmeno altrove.

6.2.2. *Se viene minacciata la distinzione fra pubblico e privato, si innesca un «effetto domino» che minaccia anche altre distinzioni cruciali per il centro moderato.* – La distinzione fra diritto pubblico e diritto privato serve per fondare la separazione dei poteri (il diritto privato tecnico è il paradigma delle decisioni giudiziali contrapposto alle valutazioni politiche del legislativo). La distinzione serve anche a rafforzare la diversità fra libero mercato e regolamentazione legislativa, e fra sistemi politici e professionali nella allocazione di posizioni di potere sociale.

Così è normale rappresentare la regolamentazione legislativa come il rifiuto della logica della libertà contrattuale in favore di una visione nella quale interessi sociali confliggenti ricevono una sistemazione *ad hoc*. Nell'analisi che precede, il sistema apparentemente individualista del diritto privato assume innegabilmente un carattere preciso che lo contrappone ad altri regimi (regolamentare) di questo tipo. Il concetto di meramente tecnico gioca un ruolo importante, per di più, quando ci consente di distinguere fra settori in cui è opportuno allocare potere secondo criteri di competenza professionale ed aree in cui i fattori politici sono considerati inevitabili e persino desiderabili data l'assenza di criteri razionali e meritocratici precisi.

La critica nei confronti del tecnicismo dimostra anche che nel diritto privato i tecnici non «risolvono» questioni tecniche, ma possono soltanto di indicare una serie di scelte che richiedono poi bilanciamenti e giudizi di valore. E nell'accademia ciò significa che le scuole e la politica dei professori sono aspetti inevitabili della vita professionale e non sintomi di corruzione. Un'ermeneutica del sospetto è pertanto sempre opportuna di fronte all'attribuzione apparentemente meritocratica di incarichi e posizioni accademiche.

## 7. IMPLICAZIONI DELL'ANALISI PER IL PROGETTO DI UNIFICAZIONE DELLE REGOLE MERAMENTE TECNICHE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI DEI SISTEMI GIURIDICI EUROPEI (O OCCIDENTALI)

Vi è una dimensione politica del progetto di unificazione insieme a quella scientifica e culturale (sempre che vi sia). Nella

valutazione dell'unificazione del diritto privato, sembra oportuno fare lo stesso tipo di considerazioni che di solito si fanno quando si decide nel diritto pubblico, ad esempio si prendono decisioni sui servizi di assistenza sociale. In tali casi, sembra anche preferibile – guardando al proprio sistema in comparazione con quello o quelli con cui l'unificazione dovrà avvenire – immaginarsi che le differenze verranno trattate all'interno del quadro esistente di forze e di potere piuttosto che aspettarsi il raggiungimento di soluzioni scientificamente superiori. E poi sembra anche importante domandarsi, date le proprie posizioni politiche sul valore del proprio e di altri sistemi, se alla fine i compromessi raggiungibili saranno positivi nel loro complesso.

Per quanto riguarda le questioni meramente tecniche tipiche del diritto privato, questo vuol dire immaginarsi quali debbano essere i compromessi auspicabili fra altruismo ed individualismo e domandarsi poi se il loro raggiungimento sarà promosso od ostacolato dall'unificazione. E ciò implica anche porsi il problema del se il processo di unificazione, presentato nelle vesti di un fatto «meramente tecnico» da parte dei suoi autori, potrà avere l'effetto di oscurare il dato politico contribuendo con ciò, nel lungo periodo, al progetto di mistificazione del diritto privato.