

## **RIPENSARE IL CONTRATTO: VERSO UNA VISIONE ANTAGONISTA DEL CONTRATTO.**

**P.G.Monateri**

Ord. Diritto Civile Univ. Di Torino

Contratto rugiadoso e contratto rude .....	1
Il contratto tregua provvisoria tra le parti .....	4
La reimpostazione del problema della causa, e la qualificazione Pattizia dell' accordo. ....	8
Contratto e "contratto col consumatore" .....	10
Gli scambi non preceduti da accordi programmatici .....	11
Conclusioni ? .....	12

### **CONTRATTO RUGIADOSO E CONTRATTO RUDE**

Nel disporsi, oggi, a ripensare il contratto, si può avvertire come una sorta di lontananza, una certa qual barriera che , ormai, ci separa dai dibattiti di fine '900, e, più in particolare, si potrebbe avere l'impressione, non dico la certezza, ma un certo qual vago sentimento, che qualcosa è intervenuto, qualcosa, dicevo, che ci allontana da quelle discussioni, che pur tanto hanno affaticato la dottrina negli ultimi trent'anni; non qualcosa, si badi, che è avvenuto all'improvviso, ma qualcosa che , come uno stillicidio sotterraneo, è scorso man mano , e che, poi, ha aperto un solco profondo; e dico queste cose – ripeto – con una certa qual titubanza, giacché non si tratta ancora, e nemmeno, per così dire, lo si vorrebbe, di idee chiare e distinte, ma di percezioni, le quali, come certi elementi "eliotropici", si dispongono in forme bizzarre, che imitano melanconicamente la vita quando la luce batte su una soluzione di cromato di potassio e di solfato di rame, percezioni, appunto, le quali, come dicevamo, si radunano solo quando viene l'occasione di pensarci.

Orbene, infatti, l'attenzione dei civilisti - per così cercare di riassumere, pur nella consapevolezza del fastidio che qualunque riassunto porta con sé - si era andata arricciando intorno ad un modello di contratto, che può, sostanzialmente, delinearsi, come si usa dire, nel modo che segue: il

contratto, da sempre, è un *incontro*, un luogo in cui le parti collaborano, per uno scopo comune; *un gioco cooperativo*.

Questo “luogo”, questa radura di cooperazione, è un luogo tipizzato, anzi altamente tipizzato, dove le parti, come si dice, “pongono in essere” prodromi di ‘blocchi’ di regole, che si animano da sole, che intervengono a cascata, una volta che sia compiuta, che qualcuno abbia compiuto, la qualificazione giuridica del loro accordo; e, proprio perché si tratta di uno spazio di collaborazione, questo luogo è, deve essere, denso di “buona fede”; e ad essa si deve ricorrere per interpretarlo, per riempirlo, per valutare i comportamenti stessi delle parti; e, difatti, ad un certo punto, quasi “il” contratto parve dover soccombere, in favore “dei” contratti, e lo sforzo costruttivo costante, nel recepimento di nuove figure, avvenne all’insegna dell’edificazione, della piattatura, di serie di “nuovi contratti”, tant’è che quella parte complementare della teoria generale del contratto, la parte generale, cioè, delle obbligazioni, quasi cadde in disuso, e a stento, si ritrovano oggi non solo studenti, ma anche studiosi, che agevolmente la maneggino, la quale, appunto, rimase come un pezzo di lingua morta, suscitando quei medesimi sentimenti di melanconia, e forse anche di simpatia, che possono evocare i ricordi liceali, fuorché, come appunto dicevamo, fuorché per un riguardo: quello del principio generale di buona fede.

In tale panorama la diatriba fra sostenitori del mercato, e sospettosi (palesi o occulti) del medesimo, si svolgeva pur sempre intorno all’interpretazione del 1322 ss. C.c. , e alla teoria dei tipi e della causa, dando luogo ad una serie di scritti, incrociati gli uni agli altri, come le immagini degli specchi da barbiere. Così come, in diretto contrappunto, quasi si potrebbe dire in polemica, ma *allo stesso modo*, l’attenzione dei comparatisti si era *attardata* a contrapporre il contratto di *Civil Law* a quello di *Common Law*, in particolare, in virtù della divergenza fra elemento della causa, ed elemento della *consideration*, senza peraltro considerare appieno, nella sua versione ortodossa, il filone sotterraneo della derivazione continentale della *consideration* , oppure, al contrario, ma ancora, vorrei dire, nelle stesse forme sostanziali, nella versione, che *scherzosamente* potrebbe dirsi rivoluzionaria, a voler fare di tale corridoio nascosto della storia il fulcro d’ogni interesse, il segreto di una rivelazione, con cui si voleva far contenti il pubblico e sé stessi. Inoltre – e come ce ne si potrebbe dimenticare! – l’attenzione dei maggiori teorici si era compiaciuta di indicare quale dato sistemologico relevantissimo, un dato in grado, addirittura, di sconvolgere classificazioni acclamate, e riflessioni consolidate dal tempo, il dato, dicevamo, dell’invadenza del “promissory estoppel”, e , quindi, delle possibilità di “equitable reliefs”, le quali, appunto, depassando la necessità

formale della *consideration*, tendevano a distruggere la teoria classica del *contract*, onde questo, alla fin fine, e con buona pace della prassi sociale, ed anzi ciechi di fronte ad essa, quasi si volesse rimanere rinchiusi lontano, in compagnia delle figlie del mare, questo, appunto, poteva dichiararsi *morto*.

Non è pertanto stupefacente che si sia assistito, nella contrapposizione tra modello francese e inglese, al mettere in primo piano i discorsi sulla giustizia contrattuale, i quali predominano nel primo e mancano nel secondo; e che, nella contrapposizione tra modello tedesco e americano, quali modelli “più efficienti”, tra i vari dei sistemi romanisti e di *common law*, si sia vista un’orgia di considerazioni sul ruolo della buona fede, che pervade il primo, e che viene sostanzialmente rifiutata, o guardata con sospetto, nel secondo, onde, la valutazione dei doveri, che occorre imporre alle parti, nella fase della trattativa, riempiendo tale spazio il più possibile di norme giuridiche, non è stata che un corollario di tali impostazioni; né si può dimenticare che, dal canto suo, l’analisi economica del diritto, con l’indirizzare lo sguardo verso i contratti incompleti, e, quindi, verso i modi del loro completamento giudiziale, non abbia fatto che aggiungere, come si dice, gli ultimi ritocchi a tale quadro: consenso, cooperazione, causa, buona fede, doveri precontrattuali, vasti poteri ultraletterali di interpretazione e di completamento giudiziale degli accordi. Ecco gli assi dei *discorsi* che sin qui si conducevano.

Discorsi che venivano fatti, in modo, per carità, velato, anzi, talvolta velatissimo, e sempre con grande sofisticazione, anzi, con ricorso all’eloquio più ricercato, e, direi quasi, più aulico, sia pro che contro il “mercato”, questo poi variamente inteso da ogni autore a modo suo, a seconda di quello che in quel momento pensava, o gli interessava, o voleva che si credesse che lui pensasse, onde, appunto però, e questo è ciò che interessa, non si può dire che si trattasse di discorsi dipendenti da una scelta “politica” precisa, ma, piuttosto, oserei dire, di una certa qual *costrizione generale del discorso*, a piegarsi in una direzione, piuttosto che in un’altra.

Il trionfo del contratto rugiadoso lo si ritrova nei “Principi di diritto europeo dei contratti” della commissione Lando, laddove la buona fede diviene irrinunciabile limite alla stessa autonomia privata:

art. 1:102 “Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, *nel rispetto della buona fede e della correttezza, nonché delle norme imperative contenute nei Principi*”

art. 1:201 “(1) Le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza.

(2) le parti *non possono escludere o limitare* questo obbligo.

Art. 1:202 “Le parti *sono tenute reciprocamente a cooperare* al fine di dare piena esecuzione del contratto”

Ecco qui la formulazione della buona fede ...*sui trampoli*.

Sembra quasi di trovarsi di fronte ad un testo taoista. Il paziente archeologo, che, fra mille anni, ritroverà questo documento, potrà, magari, chiedersi come fu che gli europei di quel volgere di secolo si fossero dedicati a dare tanta importanza ad una simile traduzione di testi taoisti, evidentemente smarriti nella stessa Cina.

Senonché, e sempre con maggior contrasto, tali discorsi, che più volte ho definito *rugiadosi*, finiscono per cozzare con quanto si vede avvenire nella prassi, laddove sempre più si vedono, invece, allungarsi i testi contrattuali, onde prevenire integrazioni diverse da quelle volute, in *quel* momento, dalle parti; e si vede recepire un lessico ed una terminologia, che non si ritrovano quasi mai nei discorsi della dottrina, e si assiste al ragionare sempre meno per tipi di contratti, e sempre più per tipi di clausole e di termini contrattuali, una prassi, dicevamo, che ha pur anco visto i giudici stessi alquanto sospettosi verso le strade della buona fede, che la dottrina veniva loro additando.

Tutto ciò non significa necessariamente trionfo del mercato, atteso che spesso il contratto stesso si qualifica come strumento atto a limitare “il mercato”, mediante intese di integrazione verticale, ma anche orizzontale, patti di sindacato, patti di non concorrenza ed altro, clausole di fedeltà, ed altro, giacché gli agenti privati stessi vedono spesso nel mercato un intralcio per i loro “beni posizionali”, onde tendono, appunto col contratto, a limitare l’operare del mercato nelle loro aree, quasi che l’imposizione del “mercato” sia il peggior dispetto che possa farsi, una sorta di maledizione cinese: possa il mercato prevalere nel Tuo settore. Onde perciò, sgombrerei il campo da una contrapposizione fra contratto di mercato, e contratto integrato in più ampie considerazioni di diritto e di giustizia, per additare, invece, un diverso contrasto fra nature contrapposte del contratto.

In sostanza, fra un contratto *rugiadoso* (buona fede, obblighi di *renseignements*, cooperazione, giustizia) *ma* roccioso (causa, tipi, blocchi); ed un diverso contratto più *rude* (importanza estrema dei testi, e quindi loro lunghezza, con pochi obblighi e poche responsabilità fuori dal testo) *ma fluido* (autonomo, atipico, sfuggente alle qualificazioni).

#### IL CONTRATTO TREGUA PROVVISORIA TRA LE PARTI

*Contro* il modello consueto dei discorsi sul contratto, quale prima è stato, non direi delineato, ma piuttosto evocato, e certo in modo assai imperfetto, e, naturalmente, si potrà dire, in modo consono in anticipo all’argomento che si vorrà far seguire, cercherò, comunque, di delineare un secondo e diverso modello, che, in accordo con le convenzioni letterarie, più realisticamente,

secondo me, cerchi di catturare l'essenza del contratto per come esso sta diventando.

Innanzitutto occorre una visione del contratto che *spezzi* l'orizzonte della cooperazione, e che recuperi la natura *antagonista* del rapporto contrattuale: il contratto è una *tregua provvisoria fra le parti*, nel contesto di un gioco conflittuale fra i loro interessi.

Non che il contrasto di interessi fra le parti non si sapesse, o non si valutasse, ciò che intendo è proprio però un porre al centro della scena tale antagonismo, in luogo di farlo emergere ai margini della cooperazione raggiunta tramite il consenso.

Se così facciamo, se cioè poniamo l'antagonismo al centro della scena, si può, allora, vedere come il consenso dato all'accordo sia sempre necessariamente un consenso parziale e limitato per essenza. Esso è sempre il frutto di un *bargain* fra parti antagoniste, quale tregua provvisoria su punti specificati dei loro rapporti conflittuali. Su quei punti, e non su altri, le parti hanno trovato una tregua. Come si vede si recupera qui un'idea del contratto che era quella tipica del diritto del lavoro rispetto alla contrattazione collettiva. Da tale natura dell'accordo segue però, quasi *de plano*, che esso si è formato, per definizione, in modo incompleto rispetto all'universo delle possibili occorrenze e contingenze attuali e future. I "buchi" non sono una *failure*, ma parte integrante del processo antagonista, ed ogni loro riempimento *aliunde* non è che una violenza, che per essere attuata richiede una giustificazione ben più forte dell'usuale, giacché le viene meno la giustificazione cooperativa di fondo, che il giudice sia lì per aiutare le parti a meglio chiarire le loro idee; che il giudice possa fare per le parti quel contratto che le parti stesse avrebbero voluto, se si fossero immaginate l'occorrenza di quelle contingenze che non hanno previsto. Quest'idea, per quanto autorevolmente sostenuta da vari, e baldanzosi, autori dell'analisi economica, appare nell'ottica antagonista una immediata sciocchezza: non si può riempire una tregua provvisoria, e se lo si fa, lo si fa rompendola ulteriormente, e spostandone tutti i vari equilibri.

Naturalmente se scompare l'orizzonte rugiadoso della cooperazione, si appanna – il lettore mi scuserà per questa immagine così trita – si appanna, dicevamo, anche quello della buona fede. Gli antagonisti possono ben vincolarsi a regole di *fair play*, e possono appunto volere che si giochi *by the rules*, anzi normalmente lo vogliono, ma ciò assume ovviamente un senso ben diverso da quello usuale; innanzitutto tale buona fede dell'*agon*, richiede di essere una buona fede delle mosse ammesse, non degli impegni assunti, cioè una buona fede come regole di *fair dealing* la cui infrazione comporta una responsabilità, e non una buona fede fonte di integrazione dei doveri contrattuali. Infatti, le parti in cooperazione rugiadosa hanno come

sfondo anche gli impegni di buona fede, giacché l'intero spazio della cooperazione non può che essere pervaso dalla buona fede in senso oggettivo. Viceversa, per le parti che fra loro attuano una tregua provvisoria, ogni dichiarazione che rilasciano alla controparte è qualcosa che potrà essere utilizzata contro di loro. Come tale essa deve venire dall'altra parte ottenuta giocando *by the rules*, ma il suo contenuto deve essere quello, e quello soltanto, cui una parte ha consentito di vincolarsi. In sostanza la scelta delle parole del testo, che viene rilasciato alla controparte, affinché lo utilizzi contro di noi, diviene una scelta essenziale ed esiziale. Anzi maggiore è l'antagonismo degli interessi in gioco, minore è la possibilità di invocare, da un punto di vista neutrale, che qualche impegno scaturisca fuori dal cappello a cilindro dei prestigiatori della buona fede, e, nuovamente, chiedo perdono ai lettori per tale immagine.

Tutto ciò può, ovviamente, avvenire da un punto di vista *non* neutrale, dettato da ragioni di politica di protezione di alcune parti contro altre, come in effetti vedremo esser corretto nel caso dei contratti col consumatore, onde si accentua il carattere politico di tali protezioni, ma diviene stolido se giustificato in base alla neutralità a-politica.

Come si vede la visione del contratto rude, rispetto a quello rugiadoso, svela anzitutto la dimensione ideologica dei discorsi consueti sul contratto, nel senso di falsa coscienza della realtà, di questi ultimi. Buona fede oggettiva, e interventi del giudice, come soggetto esterno, che giunge a formulare un accordo come lo avrebbero formulato le parti, se avessero avuto il tempo e le risorse per figurarsi il *casus omissus*, sono essenzialmente strumenti ideologici che cadono nel vuoto quando viene messo in discussione il loro basamento rugiadoso.

Segue, infatti, ancora, che in tale visione *devono* valere regole strette di interpretazione del testo contrattuale. A questo punto cioè i vari canoni ermeneutici di interpretazione del contratto devono venire corretti in funzione di come la dichiarazione contrattuale rilasciata dalla controparte poteva essere intesa in buona fede, cioè con particolare attenzione ai termini da essa utilizzati, dal destinatario di essa. Così come i comportamenti antecedenti e successivi delle parti possono gettar luce solo sulla 'choice of words' effettivamente utilizzata nella dichiarazione, per quanto essa poteva valere come impegno circoscritto. Le formule stesse del ragionevole affidamento debbono quindi venir intese in senso restrittivo: fin dove era effettivamente ragionevole che una parte facesse affidamento sul senso delle parole utilizzate dall'altra? Si badi, appunto, che qui non è in questione una rivalutazione dell'accordo quale elemento principe del contratto, ma una valutazione, in senso circoscritto, delle *dichiarazioni* di impegno che ciascun antagonista contrattuale rilascia all'altro. La formula dell'incontro delle

volontà va allora intesa nel senso restrittivo, per cui si è sicuri che tale incontro si è realizzato quasi solo in presenza di un testo chiaro. Ed anzi vi è da chiedersi se, in assenza di un testo ambiguo, possa darsi alcuna rilevanza agli altri canoni ermeneutici. Il vincolo si estende solo alla chiarezza; l'ambiguità non diviene giuridicamente implementabile. E' appena il caso di ricordare come tale soluzione addossi (e giustamente) alle parti i costi sociali generati dalla loro ambiguità, e quindi incentivi una "choice of words" chiara e precisa, senza poter far sponda su un monitoraggio giudiziale posto a carico della collettività.

Prendere sul serio la teoria dell'incompletezza contrattuale, come componente essenziale della tregua circoscritta, raggiunta nel contratto dalle parti, fra le quali prosegue *aliunde* la lotta di mercato, significa proprio che il contratto *non* si estende a quanto in esso non espressamente previsto. Una materia analoga, per quanto collegata all'affare dedotto nel contratto, non è coperta dal contratto, cioè non rientra nell'impegno contrattuale assunto dalla parte di cui si chiede l'adempimento. Se la parte, che ne richiede il presunto adempimento, voleva includerla nel regolamento contrattuale, doveva ottenerne l'inclusione espressa, investendo più tempo e risorse nella contrattazione, ed eventualmente offrendo un *bargain* migliore, un prezzo più alto, suoi impegni ulteriori, alla controparte. Se ciò non ha fatto (il che diviene un nuovo perno dell'asse della causa) ma ciò viene creato, con costi sociali, a scapito di una controparte, che, a questo punto, riceve meno di quanto aveva pattuito, dato che il suo impegno tacito si rivela superiore all'impegno espresso cui si era vincolata, allora, in nome della buona fede o altro, si crea, in realtà, uno squilibrio contrattuale a favore di una parte contro un'altra, che può essere giustificato solo politicamente, ma non da un punto di vista di terzietà neutrale.

Agire altrimenti significherebbe sopperire, con aggravio della collettività, ad una *failure* nella strategia di contrattazione di una delle parti in gioco, sostanzialmente sovvenzionandola nelle sue pretese. Il che quindi diventa ammissibile solo in presenza di parti dotate all'origine di beni situazionali assai diversi (appunto, ad esempio, il caso dell'impresa e del consumatore).

D'altronde espungere la materia collegata, ma non coperta espressamente dal testo contrattuale, *non* significa respingerla in un vuoto giuridico. Essa può divenire precisamente oggetto, *non* di una responsabilità contrattuale, bensì di una responsabilità *extra*-contrattuale. Il diritto della RC, in quanto appunto prescinde dagli impegni contrattuali, è sempre lì, ed anzi si chiarisce come sia lì quale sfondo, o sponda, per quei comportamenti che il processo di contrattazione *non* ha chiaramente riportato all'interno del contratto stesso.

## LA REIMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA DELLA CAUSA, E LA QUALIFICAZIONE PATTIZIA DELL' ACCORDO.

Da quanto veniamo dicendo risulta anche evidente, allora, come salti l'impostazione della causa quale scopo oggettivo comune dei contraenti, che, lo si vede, trae la sua giustificazione dall'assunto della natura cooperativa dell'accordo. In luogo di essa rimane la teoria della causa come asse, stabilito dalle parti, fra gli impegni dell'una e quelli dell'altra, onde, appunto, quanto viene offerto determina la misura di quanto viene richiesto, ma non nel senso del riequilibrio delle prestazioni, sibbene nel senso della loro *non* estendibilità al di là del contenuto esplicito del contratto. Nella loro tregua le parti hanno stabilito che A era il corrispettivo di B, onde né A né B possono venire diversamente estesi.

Un tale slittamento di senso non è privo di conseguenze dal punto di vista della qualificazione del rapporto. Se infatti viene meno la nozione oggettiva di causa, che come tale prescinde dal voluto soggettivo delle parti, e dagli interessi contrastanti delle parti stesse, per accomunarle in un unico destino normativo, viene meno anche lo strumento principe per la qualificazione in tipi del loro rapporto, e la sua disponibilità da parte del giudice, anche al di là, e contro, le qualificazioni stesse operate dalle parti.

Delle due l'una: o le parti hanno fatto espressa e congiunta menzione di uno dei tipi contrattuali, o non l'hanno fatta. Se esse hanno proceduto alla qualificazione, evidentemente esse hanno inteso con ciò richiamare tutte le varie regole che automaticamente si riallacciano a quel tipo contrattuale. Esse cioè le hanno espressamente recepite nell'ambito esplicito del contratto. Ciò deve pure significare qualcosa per il giudice, che non è più lì per rifare il contratto per le parti, per la buona ragione che le parti non sono una coalizione unitaria, che unitariamente chiede aiuto al giudice, ma rappresentano poli antagonisti, onde se il giudice rifà il contratto, lo rifà *non* per *le* parti, ma per *una delle* parti. Il ché è politicamente giustificato solo in casi determinati di protezione, ma non nella generalità dei casi.

L'applicazione di una qualificazione, diversa da quella stabilita dalle parti, ha senso solo in quanto applicazione di una regola imperativa, che richiede di essere applicata in quel rapporto, onde, in tal caso, il comportamento qualificatorio, attuato delle parti, si pone come elusivo di una disciplina imperativa. Finché, però, parliamo di applicazione di regole dispositive la scelta contrattata sulla qualificazione dell'accordo fa sì che la parte, che ora disconosce la qualificazione cui aveva aderito, debba soccombere e ad essa rimanere legata.

Le conseguenze ulteriori del venir meno della causa, come scopo oggettivo dei contraenti, per la teoria dei tipi contrattuali necessitano, con evidenza,

d'un ulteriore meditato approfondimento, ma, intanto, appare chiaro come i vari tipi si pongano solo come depositi di regole per abbreviare, qualora le parti lo vogliano, mediante accordo sulla qualificazione, i testi contrattuali stessi. Cioè "Il" contratto, in generale, deve prendere finalmente il sopravvento sui singoli contratti. Anzi, quei singoli contratti devono, e finalmente, diventare le semplici ancelle del Contratto, il quale solo occasionalmente trova presso di loro la sua dimora.

La riconduzione dell'accordo ad uno dei tipi legislativamente, o giurisprudenzialmente, previsti tiene solamente luogo delle clausole, e dei termini, che le parti non hanno creduto di riproporre nello scritto.

La questione dell'eventuale contratto incompatibile con il tipo prescelto dalle parti deve, nuovamente, porsi in questi termini: o il rapporto richiede l'applicazione di una disciplina impositiva, che le parti hanno cercato di eludere, ed allora essa dovrà venire applicata; oppure, per quanto concerne le mere norme dispositive, si è in presenza di pezzi di dichiarazioni incongruenti e contraddittorie, e si dovrà allora procedere in tal senso, come già oggi avviene in tali casi, senza però poter semplicemente obliterare la scelta qualificatoria operata dalle parti, proprio perché essa è un pezzo della dichiarazione, che si è chiamati a risolvere, ed ha lo stesso valore degli altri pezzi della medesima.

Se, dunque, come si dice, muoviamo in questa direzione, allora, a ben vedere, la causa si pone come il nesso stabilito dalle parti tra le loro prestazioni, rimanendo oggettiva, in quanto scambio, e perciò fattore governante, misura, di quanto è dovuto, ragione dell'impegno, e quindi, anche delle responsabilità, ma non in quanto scopo cooperativo comune, sibbene quale misura della tregua, allorché questa venuta meno, l'una e l'altra parte cercano di invocare di più di quanto l'una e l'altra vorrebbero ora concedere, e perciò oggettiva, cioè come fatto di scambio di cui l'una e l'altra danno ora interpretazioni opposte, e sulla quale, quindi, il giudice deve ragionare come di fronte ad un fatto economico, in presenza di considerazioni giuridiche opposte, non per rifare il contratto per le parti, ma per determinare, nell'*agon* delle parti, quale interpretazione può vincere, quale non si spinge troppo oltre l'orizzonte dei fatti di scambio, così come nella considerazione delle dichiarazioni, quale fatto storico, determina quale interpretazione della volontà meglio si adatta a tale storicità delle dichiarazioni. In questo senso le dichiarazioni sono tanto oggettive quanto lo scambio, mentre l'intento non è che il risultato di una argomentazione su questi fatti.

Tutto ciò, infine, non muta di fronte all'impegno gratuito, laddove, riempite le condizioni varie che rendono giuridico tale impegno nel nostro ordinamento, l'assenza di contropartita onerosa vale proprio a determinare la

minor ampiezza degli obblighi e delle responsabilità. Ed, anzi, proprio la gratuità dell'impegno lo fa apparire come episodio circoscritto, dove spetta al giudice stabilirne i confini, più che scoprirne i risvolti inaspettati. Il giudice è più un agrimensore, che un Cristoforo Colombo.

#### CONTRATTO E "CONTRATTO COL CONSUMATORE"

Le conseguenze del discorso fin qui condotto, anche se, occorre ricordarlo, lo dico con un certo ritegno, vanno, tuttavia, nella direzione di indicare una divaricazione netta nel percorso del contratto: da un lato il contratto concluso fra impresa e consumatore, dall'altro il contratto concluso al di fuori di tale relazione, cioè il contratto in generale, rispetto al caso peculiare, e volutamente non dico speciale, rappresentato dalla tutela del consumatore. In questo modo la tutela contrattuale del consumatore si pone come schema generale alternativo allo schema del 1321 ss., con pari dignità, come fattispecie coordinata di impostazione generale nel proprio campo di applicazione. In essa le ragioni di tutela, legislativamente vagliate, impongono considerazioni peculiari, in ragione della stessa efficienza economica delle transazioni.

Si tratta, quindi, di assistere al sorgere di due orizzonti contrattuali diversi e paralleli. Da un punto di vista teorico è facile vedere nel contratto col consumatore un'ipotesi speciale rispetto alla fattispecie generale del contratto, e costruire, quindi, il classico rapporto di specialità fra la prima e la seconda figura di contratto. Nondimeno tale facile specialità nasconde in realtà una vera e propria diversa valutazione dei rapporti in gioco, così che, soprattutto se si accentua la considerazione del *trend* finora visto dell'antagonismo contrattuale, onde la figura generale del contratto si indirizza verso una particolare considerazione dell'accordo raggiunto in termini di tregua provvisoria fra parti essenzialmente contrastanti, altrettanto evidentemente la figura del contratto col consumatore vede una peculiare valutazione legislativa della "tregua" che può essere raggiunta, che legittima, infine, una costruzione di tale figura speciale di contratto, non come semplice specialità dell'accordo di cui al 1321 ss., ma come vero e proprio paradigma alternativo, che, pur rimanendo nell'ambito dell'accordo contrattuale, segue logiche sue proprie particolarmente divergenti da quelle seguite nella costruzione odierna del contratto in generale. Queste ragioni inducono quindi alla considerazione del contratto col consumatore come categoria coordinata e parallela a quella del contratto in generale, e non come mera ipotesi speciale del primo.

Una tale visione non può che uscire rafforzata dalle considerazioni pratiche

che attengono al contratto e al commercio elettronico, dove, evidentemente, si piono in modo ben diverso la costruzione di un eventuale accordo elettronicamente perfezionato fra, ad esempio, imprenditori, e la disciplina dei contratti “click and point” con i consumatori in un mercato che non conosce per definizione confini nazionali facilmente maneggiabili dalle tecniche consuete del diritto.

In sostanza così come, nel settore della responsabilità civile, si è giunti a riconoscere un rapporto di coordinazione fra ipotesi fondate sulla colpa, e ipotesi di *strict liability*, che prescinde dal mero rapporto di specialità fra fattispecie, pur riconoscendo alla colpa le caratteristiche di un criterio generale di prevenzione degli incidenti, allo stesso modo si può, e si deve, giungere, alla costruzione di un rapporto di coordinazione fra le ipotesi contrattuali che valgono come paradigma di sfondo dei contratti, e le ipotesi di contratti coi consumatori, che, pur riconoscendo la paradigmaticità delle prime, disconosca la mera costruzione di specialità delle seconde, in favore della costruzione di una coordinazione parallela tra figure che non seguono più la medesima logica, ma anzi logiche divergenti. (ben diversa rilevanza qui della buona fede e delle regole imperative e di default)

#### GLI SCAMBI NON PRECEDUTI DA ACCORDI PROGRAMMATICI

Come si inserisce in questa linea di pensiero la considerazione dei rapporti di fatto come rapporti contrattuali? Nel così detto contratto di fatto è evidente che non vi è alcun accordo programmatico che precede l'esecuzione del rapporto. Piuttosto si assiste ad una serie di esecuzioni che vengono poi ricostruire *come se* a monte vi fosse stato un qualche accordo da eseguire. Tutto ciò, naturalmente, è possibile in virtù dell'assimilazione fra dichiarazione e manifestazione della volontà che può consistere anche nell'attuazione stessa del rapporto contrattuale. Anche se, evidentemente, non può sfuggire la controfattualità del ragionamento che tende a costruire come avvenuto ciò che per definizione nella specie non si è mai verificato. Si tratta quindi di una classica operazione ideologica, che sulla base dell'ideologia del contratto, vi riporta operazioni economiche che in realtà non ne seguono il paradigma.

La questione è particolarmente delicata in considerazione della stragrande serie di rapporti anche commerciali che in pratica si realizzano mediante semplice fatturazione e ricezione della merce, senza predisposizione di alcuno schema contrattuale di programmazione. Il problema diviene tanto più arduo in quanto, come noi abbiamo fatto, si attribuisca rilevanza centrale agli effettivi termini posti dalle parti nell'accordo. Quid juris quindi quando tale accordo in fatto non c'è stato, ma è rimasto soltanto *latente* nei

comportamenti delle parti?

Il tema degli accordi, per così dire, latenti, fa emergere con chiarezza come la disciplina che noi diciamo del “contratto” sia in realtà una duplice disciplina che si indirizza a due orizzonti differenti. Da un lato la disciplina del contratto come “accordo” delle parti, dall’altro la disciplina del contratto come “scambio” delle prestazioni attuato dalle parti. Poiché l’oggetto dell’accordo è normalmente uno scambio di prestazioni, la divergenza può non essere colta, giacché il secondo è regolato appunto dal primo. Tuttavia essa salta all’occhio quando si sia in presenza di accordi senza scambio, o di scambi non preceduti da accordi volti a programmarli.

Occorre, allora, innanzitutto, che di scambio si sia trattato, e non di erogazione unilaterale di una prestazione. In tal caso più che a regole di giustizia contrattuale, salvo casi particolari che nuovamente si sottraggono in virtù della loro specialità “politica” (lavoro di fatto), si deve qui supporre che la mancanza di accordo significhi che le prestazioni vengono scambiate a condizioni *standard*. Il “contratto” rifatto dal giudice in caso di litigio è volto unicamente al reperimento delle condizioni standard a cui avviene lo scambio di quelle prestazioni, le quali si applicano appunto in mancanza di accordi specifici che mostrino di volerle modificare. Onde lo spazio che ne risulta per una discussione tra le parti risulta giustamente assai angusto, affinché esse non scarichino sulla comunità i costi che hanno risparmiato nel decidere di non volersi specificamente accordare sulle condizioni cui doveva avvenire lo scambio.

L’attuazione di un rapporto, che non sia riconducibile ad uno scambio standardizzato dal mercato, pone, ovviamente, problemi teorici tanto interessanti, quanto socialmente irrilevanti.

In questi casi, infatti, la riflessione può sbizzarrirsi, e trarre comunque giovamento da una considerazione “realista”, che mostri - con tutta evidenza - la controfattualità del riportare tali situazioni al paradigma dell’accordo programmatico; onde si mostra come l’invadenza della categoria del negozio abbia impedito un completo sviluppo di una teoria degli atti letici non dichiarativi, facendo riportare, attraverso lo schema della “manifestazione”, anche l’atto attuativo nel modello interpretativo della *willenserklärung*.

## CONCLUSIONI ?

Nel rileggere ora le pagine precedenti mi rendo conto dell’imperfezione che le ha guidate, e siccome già troppo ho abusato della pazienza dei lettori, mi chiedo, alla fine, se tutto ciò non poteva dirsi con minor pathos, e più

semplicemente; non che , in realtà, non ci si sia mossi, e decisamente, contro molti luoghi comuni, e questo forse, spiega, e spero possa scusare, il pathos che, mi accorgo, talvolta ha reso incalzante, e poco distesa, l'esposizione di quanto andavo pensando, ma forse, resta da chiedersi, se tutto ciò non potrebbe trovare, infine, una espressione, come dire, più concisa, e , forse, anche più chiara.

Ebbene, allora, senza ulteriori reticenze, potrebbe dirsi che il percorso pratico del contratto, rispetto a quello teorico nostrano, si è, per così dire, decisamente indirizzato verso *l'americanizzazione* di quest'ultimo: importanza decisiva del testo, virtù *passive* dei giudici, causa come *consideration* quale *governing factor* dello scambio, ma ingresso del *tort* a lato del contratto, e tutela legislativa forte del consumatore, con le sue logiche peculiari, *ma* soprattutto l'idea di efficienza che, proprio tutelando la *peace of mind* del consumatore, tende all'ampliamento dei mercati, contro quegli operatori che tale tutela non fanno, o non vogliono, offrire.

Non che nel mondo non esistano due modelli altrettanto apparentemente forti, e , in questo caso, decisamente contrapposti: quello americano, e quello tedesco, così apertamente e in modo, direi quasi ingombrante, incentrato sulle integrazioni giurisprudenziali imperniate sul principio di buona fede, ma, appunto, sebbene sia questo secondo che tende a esercitare il suo fascino sulla riflessione, è, invece –purtroppo, o non purtroppo, qui poco importa – proprio il primo che si sta *globalizzando*. Giacché il primo, e non il secondo, permette, diciamo così, un trattamento professionale del contratto, che prescinde dalle varianti locali, e dalla conoscenza locale, che, invece, è assolutamente necessaria, quando si debba sapere come quei giudici, di quella particolare giurisdizione, intendono applicare formule ampie e rugiadose, per dar loro un contenuto effettivo. Il testo, dunque, con le sue limitazioni, e proprio in virtù dei limiti che esso pone, a sua volta considerato come *battle of words* , come compromesso dell'antagonismo.

E poco importa, qui, che con l'interpretazione si possa lavorare poi sul testo, giacché chi conosce le possibilità inaspettate, e forse illimitate, dell'interpretazione, sa bene come la stessa possa invece limitarsi, ed essere stretta, e impedirsi di ricercare alcunché di più profondo, che non il *face value* delle parole impiegate. Ché, anzi, la famosa libertà dell'interpretazione, possa consistere proprio in ciò, nel poter decidere di spingersi nelle più remote scoperte di significato (il brodino del profeta Elihu come figura della Legge!), o invece verso la letteralità effettiva *Selbstbeschränkung des Geistes*.

