

Aurelio Gentili

Il contratto dopo il Novecento

1. Il contratto come nome e le concezioni di ciò di cui è nome alla fine del novecento

‘Contratto’: un nome. Ma di che?

Non di un fatto materiale. Non c’è nulla nella realtà cui il nome convenga¹. Termini come *contratto*, *contrat*, *contract*, *Vertrag*, *contracto*, *contrato*, *kontrakt*, *umowa*, *Контракт*, e altri corrispondenti nelle diverse lingue, sono dei *significanti*, hanno un *significato*, abbastanza sovrapponibile, ma *non hanno un referente*². Nel mondo materiale il teorico non potrebbe additare nulla per far comprendere ostensivamente che cosa intende per *contratto*, *contrat*, *contract*, *Vertrag*, ecc. Certo, perché si possa parlare di contratto in concreto ci vuole un fatto: esistono le parti che contrattano, il testo che mettono a punto, le volontà contrattuali, le attività esecutive e quelle in violazione. Un fatto che coinvolge valori: i beni e servizi negoziati, l’equità o iniquità dello scambio. Ma nulla di ciò è in sé “il contratto”.

Né di un fatto istituzionale³. O meglio: certamente esiste un fatto istituzionale di cui ‘contratto’ è il nome. Ma è piuttosto il nome ad essere costitutivo del fatto⁴ e non viceversa. Ed il fatto in sé, senza l’apporto che il nome gli arreca, resta una mera realtà sociologica e non assurge a diritto. Privati delle valenze deontiche che solo il linguaggio (e quindi il nome) vi introduce, gli scambi sono sociologia, economia, non diritto. Vivono nell’essere, laddove ‘contratto’ è nome di un dover essere. E il dover essere può sussistere solo nel linguaggio prescrittivo. Cioè, qui, nel nome di contratto.

Beninteso: il contratto non nasce dal nulla. Alla sua origine ci sono fatti, materiali e sociali, e in essi si manifestano valori. Il contratto non è senza questo. Ma *non è questo*. Contratto è piuttosto *il senso prescrittivo* di tutto questo: che l’uno e

1 Un approccio analogo (ma di ordine generale e non riferito al contratto) in J.R. Searle, *Mente, linguaggio, società. La filosofia nel mondo reale*, Milano, 2000, p. 15. Nella dottrina giuridica l’osservazione è esplicita in F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 1077.

2 Utilizzo qui come schema semantico quello di C.K. Ogden, I.A. Richards, *The Meaning of Meaning*, London, (1923) 1972, pp. 10-12.

3 Sui fatti istituzionali J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006; Id., *La razionalità dell’azione*, Milano, 2003, p. 53.

4 J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, cit. p. 70 s.

l'altro può o deve fare qualcosa. Il contratto non si coglie nella realtà materiale o sociale. Il contratto non si coglie fuori dei discorsi prescrittivi sul contratto.

L'assunto fondamentale è dunque che il contratto sia solo il comune denominatore dei discorsi sul contratto. Se vogliamo parlare del contratto dobbiamo parlare di quei discorsi.

Tutti discorrono del contratto. Ma non allo stesso modo. Sotto il nome comune sta una varietà di idee, discipline, modelli, principi: concezioni differenti confluiscono in quel nome. Le diversità non cancellano la larga sovrapposizione semantica⁵ tra *contratto*, *contrat*, *contract*, *Vertrag*, e simili, ma mostrano che sono termini di un diverso discorso sul contratto. Discorsi diversi, ma di un unico tipo, descrittivo. Ciascuno pretende di dirci cosa veramente è il contratto. Essi ipostatizzano una 'realtà' che chiamano *giuridica*, e in essa isolano ciò di cui veramente 'contratto' sarebbe il nome: un fatto, o un valore, di quella realtà, assunto in quei discorsi come il vero referente reale del nome 'contratto'.

Schematizzando, si possono individuare almeno quattro diversi discorsi sul contratto, espressivi delle quattro concezioni principali che sono all'origine dell'idea novecentesca del contratto:

a) *psicologica*: il volontarismo nato nella tarda giurisprudenza romana e la sua rielaborazione fin dopo le codificazioni;

b) *sociologica*: le moderne teorie del contratto come precetto, autoregolamento, e simili;

c) *etica*: la tradizione aristotelica, poi ripresa nel tempo, e in oggi in altre forme dalle teorie sociali,

d) *economica*: le dottrine dello scambio.

Sono queste concezioni che hanno connotato la (variegata e moderatamente incoerente) idea del contratto consegnataci dal secolo appena decorso. Concezioni però dei fatti o valori cui quel nome viene collegato, più che del nome con cui li si richiama. Storicamente infatti le dottrine del contratto non si sono mostrate molto consapevoli del valore semantico della nozione, e della sua mancanza di referente nella realtà. Hanno invece creduto di riconoscere il contratto nel fatto o nel valore privilegiato, e presentato le relative concezioni come ontologiche: concezioni della cosa e non del nome, perché in quelle concezioni quel nome è inteso come nome di una cosa esistente (così si pretende) nella realtà giuridica.

Se come detto il contratto non esiste fuori dei discorsi che ne parlano, per conoscerne l'idea corrente alla fine del novecento è a quei discorsi – quelle concezioni – che bisogna guardare. Esso ha il senso che gli dà l'uso che ne è stato fatto.

Ci chiederemo dopo se e cosa oggi sia cambiato.

5 Secondo altri (J. Gordley, *The Philosophical Origins of modern Contract Doctrine*, Oxford, 2011, p. 1) esisterebbe una comune struttura dottrinale, di misteriosa origine ma comunemente legata alla diffusione del diritto romano.

2. La concezione psicologica

La ‘cosa’ di cui il contratto sarebbe il nome include fatti e valori. Alcune concezioni hanno enfatizzato l'importanza dei fatti. Nella concezione più classica del contratto il fatto che predomina è quello psichico: la volontà.

Le origini sono antiche ma l'idea moderna. Nella giurisprudenza romana più antica il *contractus* si identificava solo in base all'effetto, di produrre vincolo⁶: il *quid contractum*; e risale solo a Sesto Pedio (fra Nerone e Adriano) l'idea che in ogni contratto vi sia una convenzione⁷, cioè un consenso. La *stipulatio* si riconduce ad una *conventio* vestita di una forma.

Di qui, nel tempo, l'idea del contratto come *duorum plurimumve in idem placitum et consensus*: il giusnaturalismo razionalista di Grozio⁸ e Pufendorf⁹ identificò volontà e contratto facendo di quella non più un elemento ma l'essenza di questo. Su queste basi Domat e Pothier hanno elaborato per il diritto civile una nozione generale di contratto come *convention*, recepita dal *Code civil* del 1804, poi dai codici latini, e dalla pandettistica. Il diritto tedesco riconosce nel *Vertrag* un tipo di *Willenserklärung*. Il *common Law* ha seguito un diverso percorso. Ma l'idea di *promise* che lo caratterizza, sebbene non coincidente è equivalente. Il contratto è l'atto di volontà produttivo degli effetti giuridici voluti. In questo la sua razionalità. Su questo la sua organica e coerente disciplina.

Il trionfo del volontarismo ha trovato ragione nella diffusione del liberalismo, e quindi nel valore di libertà della signoria del volere, ma anche nella diffusione del metodo delle scienze, e quindi nel valore scientifico della riconduzione del contratto ad un dato fattuale come la volontà. Ragioni presto venute meno.

Per motivi di politica del diritto. Già alla fine del XIX secolo la dottrina giuridica valorizza in contrapposizione all'interno volere la dichiarazione¹⁰, assai più atta ad un'economia, nel frattempo mutata, e ormai basata sulla circolazione – che fida sulla dichiarazione – oltre che sulla produzione. La prospettiva dichiarativista ha fondato la tutela dell'affidamento, ma non ha mutato la concezione del contratto.

6 Cfr. ancora G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, p. 30, che richiama Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione del "contractus"*; Id., *Il contratto e la causa del contratto*; Id., *Sui "contractus" e sui "pacta"*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, p. 107 ss., p. 125 ss., p. 135 ss.

7 D. 2, 14, 1, 3: "adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis [sive litteris] fiat". Sul punto G. Grosso, *Contratto (dir. rom.)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, p. 750 ss., p. 753.

8 H. Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), spec. cap. XI.

9 S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Libro I, Cap. II, qui cit. nell'ed. francese *Le droit de la nature et des gens*, curata da J. Barbeyrac, Londres, 1740, vol. I, p. 14 ss.; libro V, cap. XII, nell'ed. cit. vol. II, p. 533 ss.

10 R. Leonhard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach Römischen Rechte*, Berlin, 1882, Bd. I, § 2; E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1897; J. Kohler, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik*, 1878, XVI, p. 91 ss., p. 325 ss.; v anche O. Bähr, *Über Irrungen in Kontrahiren*, *ivi*, 1875, XIV, p. 401; P.E.W. Oertmann, *Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil*, Berlin, 1927, n. 9a.

Ma il teorico nota che lungi dall'essere una reale teoria della volontà, in sé inafferrabile, il volontarismo non è mai stato altro che una teoria allargata della dichiarazione¹¹. E se così è, nemmeno la teoria della volontà è sinceramente volontaristica.

Per motivi di teoria del diritto. La "teoria" della volontà manifesta evidenti debolezze tecniche: mutuo dissenso, errore, *misrepresentation*, violenza, dolo, *fraud*, simulazione, interpretazione secondo l'espressione e non secondo l'intimo pensiero, integrazione legale degli effetti, fatti propri dai legislatori, non possono essere spiegati in base ad essa. Ciò che sotto il nome di contratto si forma, si interpreta, si convalida o invalida, si esegue, non è la volontà *ma la regola* che ne nasce. Cioè un "voluto" semantico, non un volere psichico. Certo, non è possibile pensare il contratto senza implicare la volontà da cui normalmente nasce. Ma così si scambia la causa per l'effetto: come la norma giuridica si distingue dalla legge, che ne è solo fonte, così la regola contrattuale si distingue dalla volontà, che ne è solo fonte. La teoria volontaristica confonde l'origine con l'essenza.

Per questa via la razionalità della nozione volontaristica si è sfaldata. E la disciplina ha rivelato le incoerenze (riserva mentale, vizi della volontà, simulazione, rescissione, e tanti altri) che affliggono la disciplina del contratto, spesso inevitabilmente contraria alla logica dei principi.

Tuttavia questa è tuttora, ovunque, l'idea prevalente che i giuristi dogmatici hanno del contratto.

3. La concezione sociale

Alla visione volontaristica, individualista, si è nella prima metà del novecento contrapposta una visione diversa, in cui predomina il fatto *sociale* ravvisabile nel contratto.

Se agli esordi del giuspositivismo il contratto era un atto di volontà, nei primi decenni del XX secolo, di pari passo con la diffusione della società di massa, e degli indirizzi dirigisti succeduti ai liberisti, ha cessato di essere atto individuale per divenire atto soprattutto di rilevanza sociale: un precetto, o un autoregolamento. Di qui una sequenza di dottrine diverse: il precettivismo, diffusosi in Germania

11 Come magistralmente chiarito da N. Bobbio, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, p. 313, nt. 7: "La distinzione tra teorie della dichiarazione e teorie della volontà è equivoca. Anche le teorie della volontà sono teorie della dichiarazione: s'intende di una dichiarazione diversa da quella di cui si parla nella teoria della dichiarazione propriamente detta. In base ad esse, infatti, non ci si deve limitare a considerare la dichiarazione contrattuale quale risulta dal senso comune delle parole, ma bisogna esaminare anche tutte quelle dichiarazioni collaterali che servono a determinare il significato specifico delle parole del contratto".

Questa idea larga della dichiarazione è ormai da tempo diffusa: cfr. G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 17; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 291; C. Grassetti, *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, in *Nov.mo Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 903; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, (1943), Napoli, 1994, p. 329.

nella prima metà del XX secolo e recepito da qualche nostro autore¹², o le teorie del negozio come atto di autoregolamento¹³ che vi sono succedute.

Per esse più che il dato soggettivo ed individualistico del volere – che in sé è inafferrabile e che può anche mancare o essere diverso, senza che ciò faccia venire sempre meno l'esistenza, e l'efficacia giuridica del contratto – conta l'interesse – dato oggettivo e sociologico, che ispira e spiega la scelta negoziale. E più che il dato psichico ed interiore del voluto – che nessuno percepisce direttamente – conta il precetto o autoregolamento che ne deriva – dato socialmente rilevante – a cui la legge, se coerente ai suoi valori, può riconoscere rilevanza anche giuridica. In questo la razionalità del contratto. Su questo la sua organica e coerente disciplina.

Il precetto conta di più, ma non cancella l'atto. Le teorie sociali non riescono da sole a spiegare per intero la disciplina del contratto. E si avvolgono in contraddizioni quando per spiegarla fanno ricorso all'idea di un 'intento contro-operante', o alla tesi che l'ordinamento a volte recepisca ed a volte rifiuti il precetto dell'autonomia privata. Così la prospettiva precettivistica diviene "eclettica": le trattazioni solitamente mettono in luce come "contratto" nel linguaggio del legislatore abbia più sensi, indicando a volte la fattispecie, ma altre volte il regolamento¹⁴. Vi domina l'idea che nel contratto sia distinguibile una dicotomia di *Akt e Regelung*¹⁵, ovvero (ma la corrispondenza concettualmente non è perfetta) fattispecie e autoregolamento¹⁶, o comunque una diade di fatto e regola, che renderebbe possibile la concomitanza fra fatto ed effetto¹⁷, essendo ovviamente la regola, e non la componente fattuale, a significare gli effetti, cioè a dire chi può o deve fare cosa, ma – si ritiene – non a produrli.

L'eclettismo può avere delle giustificazioni pratiche. Ma il giurista che consideri la necessità della 'teoria' precettiva di dichiarare – contro la sua consequenzialità logica – che «i problemi del diritto non sono problemi di aritmetica o di logica formale, nella cui soluzione la legge sia vincolata a schemi concettuali»¹⁸, in questa ammissione riconosce la confessione della stessa dottrina precettivistica di non essere in grado di dominare da sé i problemi tecnici del contratto.

12 E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 54 ss. Osserva giustamente A. Di Majo, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 89 ss., p. 112, che "Il negozio-precetto in realtà era più una categoria sociologica che giuridica".

13 R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Bari, 1972.

14 V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 19-21; G.B. Ferri, *La nozione di contratto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, Milano, 2006, p. 1 ss., pp. 12-13; C.M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000., pp. 5-6.

15 W. Flume, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, p. 57 ss.

16 R. Scognamiglio, *Contributo*, ecc. cit., *passim*.

17 Per la nozione più tradizionale è caratteristico del negozio non semplicemente produrre effetti, come qualunque fatto giuridico, ma produrre gli effetti voluti, e quindi legati da un rapporto di concomitanza alla volontà efficiente.

18 E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 457.

4. La concezione etica

Si è detto come nel (preteso) referente del nome contratto stiano fatti ma anche valori. Non potevano mancare concezioni che ne enfatizzassero il ruolo. Ma qui due direttrici: quella orientata ai valori etici e quella orientata ai valori economici. Cominciamo dalla prima.

La concezione *etica* del contratto è entrata a far parte della cultura giuridica attraverso una dilatata vicenda storica. Anzitutto la dottrina aristotelica, e molto più tardi la sua recezione da parte della Scolastica. Poi, la concezione del giusto prezzo proposta anticamente dal diritto canonico, quindi dalla seconda Scolastica, e oggi dalle dottrine sull'equilibrio del contratto. In tempi moderni e senza rifarsi ad Aristotele le teorie sociali del contratto.

Aristotele si occupa del contratto sotto il profilo della giustizia nello scambio¹⁹ per cui giusto è ciò che è equo verso gli altri: eguagliare perdita e vantaggio, secondo il principio della giustizia correttiva²⁰. Questa concezione però non ha influenzato i giuristi romani²¹, rimasti indifferenti all'equilibrio contrattuale. Ed è da respingere²² la tesi²³ che il cristianesimo introducendo un valore morale delle promesse abbia dato fondamento morale al vincolo giuridico. È vero invece che il diritto cristiano fu sensibile all'idea di *justum pretium*²⁴. È nota del resto l'assimilazione in esso del profitto all'usura. I glossatori intuirono che dal caso di *laesio* poteva essere dedotto un principio generale ma, se accennarono, non osarono il passo. La pratica del resto resisteva: per la sicurezza dell'impegno preso si faceva giurare la rinuncia anche ad impugnative fondate. Come si fa ancor oggi in *common Law*.

La concezione etica aristotelica del contratto è stata recuperata dalla Scolastica. Tommaso d'Aquino riprende, sul piano etico, l'idea di giustizia commutativa, applicandola ai contratti in termini di parità di valori scambiati, salvo un piccolo compenso per l'opera. I canonisti la trasportano sul piano tecnico, vedendo nella *laesio*, anche *infra dimidium*, una *deceptio*, che – contemporaneamente – giustifica la *nullità* del patto perché in quanto iniquo non contratto se la *laesio* è *enormissima*, la rescissione per vizio se *enormis*, e comunque la responsabilità del *deceptor* per illecito²⁵.

19 Aristotele, *Etica nicomachea*, di cui qui è usata l'ed. Bari, 1965, Libro V *La giustizia*, (1129 ss) p. 111 ss.

20 Aristotele, *Etica nicomachea*, cit., pp. 119 ss. Sul punto, nella prospettiva giuridica, C. Pelloso, *Diorthotic Justice and Positive Law*, in *Riv. dir. ellenico*, 2011, p. 195 ss., spec. p. 210.

21 R. Dekkers, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1921, p. 1 ss. *L'exceptio doli* si fonda su elementi soggettivi più che oggettivi. E provvedimenti come la "*Lex secunda*" di Diocleziano, introduttiva della rescissione per *laesio enormis*, hanno verosimilmente altre cause (la crisi economica del basso impero e il contrasto dell'improduttivo latifondo) e comunque ci sono giunti interpolati sicché non sappiamo per certo come fossero.

22 G. Astuti, *Contratto (dir. interm.)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, p. 759 ss., p. 765.

23 Sostenuta da M. Roberti, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, spec. p. 85 ss.

24 B. Biondi, *Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 134 ss.

25 G. Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, p. 23.

Nel XIX secolo e fino alla metà del XX i principi liberali e liberisti hanno rovesciato il principio di equivalenza nello scambio. L'equivalenza dei valori è nella volontà di scambiarli: *qui dit contractuel dit juste* (come diceva un filosofo coevo, Alfred Jules Emile Fouillée). Può esserci un vizio della volontà: la giusta ragione di scambio è solo quella scelta con coscienza e libertà; ma non un vizio del prezzo.

Il principio di equità contrattuale ha avuto poca recezione legale: una legge veneziana del 1478 sulla rescissione delle vendite dei poveri, qualche *coutume* francese, qualche caso di plateale approfittamento nella giurisprudenza inglese del sei-settecento²⁶, il § 937 del codice austriaco. Ha invece trovato fieri oppositori (come Thomasius) che avevano buon gioco nel denunciare il carattere cerebrino della presunta equità: quale prezzo? Pothier tentò una mediazione ammettendo il principio equitativo ma limitandolo alla divisione ed alle vendite immobiliari²⁷. La codificazione francese pur avendo considerato il tema, nonostante il favore di Portalis per l'idea, non ne fece nulla²⁸.

Negli ultimi decenni però una tendenza equitativa si è manifestata nel *soft Law*: i *Principi Unidroit*, i *Principi del diritto contrattuale europeo*, il *Draft Common Frame of Reference*, recano tutti disposizioni (alquanto generiche) sull'equilibrio. E non è assente in singoli istituti di vari sistemi positivi. I precipui sono l'istituto della *laesio enormis*, dell'usura, della *unconscionability*, e il principio di buona fede contrattuale. Da essi sono andati gemmando indirizzi intesi ad espandere il principio di giustizia commutativa, anzi correttiva²⁹. Interventi, ma

26 Ampi ragguagli in A.H. Angelo, E.P. Ellinger, *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1992, p. 455 ss., pp. 460-472.

27 R. Pothier, *Traité du prêt à consommation*, 2, *De l'usure*, n. 55.

28 Accolse però da Pothier nell'art. 1118, ma in un ambito ristretto (alienazioni da parte di minori, alienazioni immobiliari a meno di sette dodicesimi del valore), l'idea di *lésion*.

29 Quanto al primo tipo di istituti, gli esempi sono vari. Il § 138 BGB cpv commina la nullità di contratti di scambio evidentemente sproporzionati frutto dell'approfittamento dell'altrui stato di costrizione, inesperienza, mancanza di discernimento, o rilevante debolezza della volontà. Vi si deve vedere l'approdo di una legislazione che nel quarantennio 1860-1900 ampliò il concetto, e la repressione, del *Wucher* (A. von Thur, *Allgemeiner Teil des deut. bürg. Rechts*, II, 2, München u. Leipzig, 1918, p. 40 ss.), anche oltre gli scambi monetari. Ma non vi si deve vedere l'adozione del principio di equilibrio dello scambio: la *nichtigkeit* del contratto non segue se non c'è, oltre l'elemento oggettivo (*Missverhältnis*), quello soggettivo (*Ausbeutung*) (C. Crome, *System des deut. bürg. Rechts*, Tübingen u. Leipzig, 1900, I, p. 375 ss.). Analogo il senso dell'art. 1448 cod. civ. 1942, in cui la *laesio enormis* rileva solo sulla base dell'approfittamento, configurando – a detta di alcuni (G. Mirabelli, *La rescissione del contratto*, cit., p. 147; *contra* S. Gatti, *L'adeguatezza tra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 424 ss., p. 455) – una sorta di quarto vizio del consenso, senza diritto al ripristino della proporzione. Oggettivo invece – ma di applicazione circoscritta – il senso delle norme francesi sull'usura, riprese dalle nuove norme italiane sull'usura, con la fissazione di soglie specifiche per i tassi usurari (ambigua e sinora non sfruttata invece la clausola oggettiva ed assai estensiva della nullità di tutti i contratti che comunque diano vantaggi usurari). Oggettivo il senso della *section 2-302* dello *Uniform Commercial Code* che permette di rifiutare o limitare l'*enforcement* di contratti *unconscionable* (A.H. Angelo, E.P. Ellinger, *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States*, cit., p. 494 ss.).

sempre settoriali, si sono avuti anche nel diritto nazionale e comunitario³⁰. Su tali istituti particolari certa dottrina tende a costruire principi generali di equilibrio contrattuale. In realtà la legislazione si interessa solo delle asimmetrie informative (non anche delle debolezze sociali) e solo a tutela del mercato, e non va oltre il

Disposizioni analoghe nello *Uniform Consumer Credit Code*, §§ 5-108, 6-111.

Quanto al secondo istituto, di per sé e nel senso in cui è entrato nelle codificazioni – di esclusione di scorrettezze ed opportunismi – il principio di buona fede, o *Gute Sitten*, non ha nulla a che vedere con l'equilibrio nello scambio o la tutela dei contraenti deboli. Ma può venirvi connesso per la via del divieto di approfittamento. La giurisprudenza, in Italia, in Francia, in Germania, nel diritto internazionale dei contratti, ha spinto in questo senso. Non bisogna però guardare alle applicazioni del diritto europeo dei consumatori: qui la torsione di significato imposta soprattutto al divieto di clausole vessatorie (posto a tutela dell'efficienza del mercato, non dell'etica) ha senso solo come prova della forza della spinta etica. Sono invece significativi i filoni giurisprudenziali sulla riduzione della penale eccessiva (da ultimo Cass., 6 dicembre 2012, n. 21994, in *Rep. Foro it.*, 2012, Contratto in genere [1740], n. 447: “Ai fini dell'esercizio del potere di riduzione della penale, il giudice non deve valutare l'interesse del creditore con esclusivo riguardo al momento della stipulazione della clausola – come sembra indicare l'art. 1384 c.c., riferendosi all'interesse che il creditore «aveva» all'adempimento – ma tale interesse deve valutare anche con riguardo al momento in cui la prestazione è stata tardivamente eseguita o è rimasta definitivamente ineseguita, poiché anche nella fase attuativa del rapporto trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, di cui agli art. 2 cost., 1175 e 1375 c.c., conformativi dell'istituto della riduzione equitativa, dovendosi intendere, quindi, che la lettera dell'art. 1384 c.c., impiegando il verbo «avere» all'imperfetto, si riferisca soltanto all'identificazione dell'interesse del creditore, senza impedire che la valutazione di manifesta eccessività della penale tenga conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto”), sulla nullità del prezzo derisorio (in Francia sin dal 1908: Cass. req., 27 maggio 1908, in *Recueil Dalloz*, [D.P.] I, 480 (Fr.), sul controllo giudiziale del contenuto di contratti fortemente diseguali e eccezionalmente onerosi (BVerfG, 19 ottobre 1993, 1 BVG 567/89 e 1044/89, in *NGCC*, 1995, I, p. 197 ss.), sull'obbligo di informare compiutamente la controparte (Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, 3420: “In tema di responsabilità precontrattuale, sussiste violazione della buona fede non solo nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative, ma anche in caso di mancata osservanza dell'obbligo di completezza informativa circa la reale intenzione della parte di addivenire ad una conclusione del contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a giustificare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative”), sul potere del giudice di riconformare il contratto (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. comm.*, 2011, II, 286, n. Barcellona: “I principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli art. 1175, 1366 e 1375 c.c., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti; sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'utilità del contratto per la controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto”).

30 Esempi si sono avuti anche in passato, come la legislazione sui contratti di lavoro o sull'equo canone locativo o sui rapporti agrari, e oggi si possono fare quelli dell'equità voluta dal Codice del consumo, dell'abuso di dipendenza economica tra imprese, o della normativa sui rapporti tra fornitori e distributori di carburanti (cfr. il d.l. n. 32/1998, la l. 5 marzo 2001, n. 57, il d.l. n. 98/2011 (convertito in l. n. 111/2011), e la l. n. 27/2012, art. 17).

tentativo di restituire in fattispecie particolari quella capacità di scelta razionale che farebbe ‘giusto’ il prezzo nel senso di Fouillée.

Di portata più larga le esplicite dottrine sociali del contratto. Ve ne sono (state) versioni “di destra” o dirigiste. In queste però rileva poco o nulla l’equilibrio del contratto, e molto conta invece ai fini della sua concezione etica la sua funzionalizzazione a scopi generali, fissati dalla legge³¹. Ve ne sono oggi versioni “di sinistra” o socialiste³². Queste lamentano (e sono nel vero) che nel diritto comunitario manchi un modello di giustizia sociale, e sostengono la necessità di promuovere nel diritto dei contratti la giustizia sociale, anche in senso “orizzontale” (solidarietà tra privati).

È perfettamente razionale sul piano del dover essere assumere il principio di giustizia commutativa e quindi l’equivalenza dei valori scambiati. Ma per applicarlo bisogna misurarli. La difficoltà delle concezioni etiche, contro le costanti resurrezioni, sta nella determinazione del *Valore* in concreto: individuare un sistema razionale dei prezzi (e condizioni) *giusti* che non sia semplicemente quello dei prezzi *correnti* – cui si fa sempre riferimento negli interventi giudiziari correttivi, ma che sono determinati dal mercato con le sue storture, e possono essere del tutto iniqui quando, come spesso, sono espressione della forza contrattuale dell’offerta – o quello dei prezzi *politici* – con cui si torna alla “solidarietà verticale”, e che però determinano inefficienze alla lunga insostenibili.

Per questa via la razionalità delle concezioni etiche si sfalda. Nessuno trova obiezioni contro il *giusto prezzo*. Ma nessuno fornisce validi criteri per il *prezzo giusto*.

5. La concezione economica

Se non si riesce a stabilire se le scelte contrattuali siano giuste, può essere sensato chiedersi in alternativa se siano efficaci. Motivi di ordine politico spingono infatti ad adottare una concezione *economica* del contratto, anche se la concezione etica di fatto finisce per porsi come limite al suo integrale recepimento³³.

La concezione economica del contratto nasce insieme alla scienza economica. Esprime una realtà che può essere giudicata – con estrema semplificazione – da due punti di vista, opposti.

31 Il riferimento è al corporativismo, e simili. Una versione tecnico-giuridica privatistica in E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, (1943), Napoli, 1994, spec. p. 43 ss.

32 Ad es. A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 75 ss.

33 Analoga osservazione si trova in R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, in *Harv. Law Rev.*, 1983, p. 561 ss., a p. 616 ss

Il primo è il liberismo³⁴. Adam Smith teorizzò³⁵ che lo scambio dà alla ricchezza delle nazioni³⁶, ed il marginalismo³⁷ del tardo ottocento giustamente spostò l'attenzione dalla ricchezza al valore che lo scambio produce (allocando i beni laddove l'utilità di ciò che si acquista è per l'acquirente maggiore di ciò che cede)³⁸. Ciò esprime la razionalità strumentale dell'*homo oeconomicus*, base della razionalità funzionale del mercato³⁹: l'equilibrio dei singoli scambi crea l'equilibrio economico del mercato. La teoria dello scambio è perciò una teoria della scelta razionale. Questa scelta è il contratto. La disciplina del contratto del primo ottocento traduce fedelmente l'approccio liberista. La scelta compiuta attraverso il libero consenso⁴⁰ ha forza di legge tra le parti⁴¹.

Il secondo è il dirigismo. Con la fine dell'ottocento accanto alla rilevanza degli interessi degli scambisti, si afferma la rilevanza dell'interesse pubblico, motivato tanto da ragioni economiche quanto da ragioni non economiche. Questa "filosofia", già propria del mercantilismo colbertiano, fino ad oltre la metà del secolo scorso in base ad ideologie diverse determina l'intervento pubblico nell'economia a tutela dell'interesse generale. Questa è la razionalità economica globale, che impone l'intervento pubblico – valutativo della meritevolezza e al caso correttivo – sui contratti individuali di scambio⁴². Vi si ravvisano: un ordine pubblico

34 A rigore il liberismo non è una dottrina politica ma economica. Ma lo diviene, mi pare, quando afferma che lo Stato deve evitare di intervenire nell'economia.

Sui complessi rapporti, di implicazione storica e differenziazione ideologica del liberismo con il liberalismo G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1995, p. 139 ss.

35 L'opera celeberrima di A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, scritta tra il 1767 e il 1773 fu pubblicata nel 1776 (l'ed. qui cit. è *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1892).

36 In tema B. Ingrao, G. Israel, *La mano invisibile. L'equilibrio economico nella storia della scienza*, Roma-Bari, 1999, *passim*; A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005, *passim*.

37 Fondamentali i contributi di L. Walras, *Elements d'economie politique pure ou theorie de la richesse sociale* (1874-77); C. Menger, *Principi fondamentali di economia politica*, Bari, 1925, p. 131 ss, p. 214 ss.; e W.S. Jevons, *Teoria dell'economia politica*, Torino, 1952, p. 57 ss., p. 80 ss.

38 R.B. Wilson, *Exchange*, in J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Money and Finance*, I, London-Basingstoke, 1992, p. 808 ss.

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

39 Infatti neppure le revisioni critiche di cui si da conto più oltre nel testo ne prescindono (così anche G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 31).

In economia per un riesame critico A. Sen, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005, p. 25 ss., che nota molto lucidamente il doppio senso (utilità come massimizzazione e utilità come benessere) in cui incorrono le dottrine economiche una volta sostituite le preferenze rivelate all'utilità soggettiva (p. 35).

40 Cfr. ad es. C.E. Delvincourt, *Corso di codice civile*, VI, V, II, Napoli, 1828, p. 70. Come noto, si derogava così all'antica tradizione romanistica (cfr. ad. es G.F. Puchta, *Corso delle istituzioni*, I, § CCLXXI, Napoli, 1954, p. 231; ma l'identificazione almeno concettuale del patto con il consenso è già in A.F.J. Thibaut, *Sistema del diritto delle Pandette*, III, § 368, Napoli, 1857, p. 341).

41 Cfr. l'art. 1123 Cod. 1865, e oggi l'art. 1372 c.c.

42 "...Underlying them all [*scilicet*: gli approcci filosofici al diritto privato] are conceptions of will or choice and why it matters, although these conceptions are different from one

economico di protezione delle categorie pregiudicate; un ordine pubblico economico di direzione delle attività private di impresa; la diretta ed integrale gestione statale dell'economia, attraverso la pianificazione, o anche attraverso la proprietà pubblica esclusiva dei beni produttivi. Gli strumenti giuridici che ne conseguono, operanti sui contratti, sono a volte distruttivi della scelta, come le forme di invalidità, a volte costruttivi della scelta, come l'inserzione di clausole sui prezzi, l'integrazione legale, l'obbligo di contrarre. Vi si aggiungono incentivi (fiscali, imprenditoriali) e disincentivi (fiscali o effetto di provvedimenti antitrust). Oggi la diffusione delle autorità indipendenti genera attraverso i loro interventi conformativi la fenomenologia dei c.d. contratti amministrati⁴³.

Quantunque ispirati all'«equilibrio» e all'«ordine» entrambi gli approcci creano problemi. Possono fallire e spesso falliscono sia la razionalità individuale dei contraenti sia la razionalità collettiva dello Stato. Quanto al liberismo, in cui il prezzo non è un presupposto ma un risultato dello scambio⁴⁴, e il prezzo in cui si incontrano domanda ed offerta è *in condizioni ideali* per definizione giusto, la realtà mostra che di fatto l'*homo oeconomicus* è solo un mito e la razionalità economica degli uomini è limitata⁴⁵. Le condizioni ideali sono travolte dalla disinformazione o più spesso dalle asimmetrie di informazione⁴⁶, da propensioni psicologiche⁴⁷, come l'avversione al rischio, da suggestioni pubblicitarie⁴⁸, dalla distanza, da pra-

other and from that of the Aristotelian tradition. According to one conception, which can be traced to the utilitarians, the task of the law is to see that people's preferences are satisfied to the greater extent possible. Choices matter because they reveal the parties' preferences. According to the other conception, derived from Kant and Hegel, law is obligatory because it is rooted in human freedom and autonomy. Choices matter because they express freedom or autonomy. In both cases, will or choice is central" (J. Gordley, *Foundations of Private Law. Property. Torts, Contracts, Unjust Enrichment*, Oxford, 2006, p. 16).

43 Per un quadro v. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006.

44 La sua base concettuale fu l'utilitarismo, in duplice senso. Sia perché era appartenuta a questo indirizzo filosofico l'aspirazione, esplicitamente espressa da J. Bentham, ad un calcolo razionale dei moventi delle azioni umane. Sia perché il criterio di questo calcolo veniva individuato appunto nell'utilità. Già in Mill l'utilità sviluppa un proprio ruolo rispetto alla teoria classica del valore, per la quale il prezzo è determinato essenzialmente dal costo di produzione: J.S. Mill, *Principi di economia politica*, Torino, 1983, II, p. 634 ss.

45 Sulla razionalità limitata H.A. Simon, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; Id. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985; J. Elster, *Ulisse e le sirene*, Bologna, 1983; cfr. inoltre M. Egidi, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in *Le nuove economie*, a cura di R. Viale, Milano, 2005, p. 173 ss., spec. p. 180 ss.

Si parla per questa influenza del modo di presentazione sulla razionalità della scelta, di *framing effect* (sul quale lo studio di riferimento è quello di R. Kahneman, A. Tversky, "Prospect Theory": *An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 1979, p. 263 ss).

46 L'opera di riferimento obbligato è qui come noto G. Akerlof, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 1970, p. 488 ss.

47 Occorre infatti tener conto della concorrenza di motivazioni di indole psicologica (e per l'economia cognitiva v. R. Viale, *Quale mente per l'economia cognitiva*, in *Le nuove economie*, cit., p. 233 ss) ovvero sociologica (Ph. Steiner, *Economia, mercati, società*, Bologna, 2001, p. 33).

48 L'opera di riferimento è qui, ovviamente, V. Packard, *I persuasori occulti*, Torino, 1958.

tiche sleali, aggressive o ingannevoli, dai fallimenti del mercato. Quanto all'intervento pubblico, sprovvisto dell'intelligenza diffusa propria del mercato, funziona grazie ad un'organizzazione. Ma questa per lo più degenera in burocrazia inefficiente, esposta a muoversi secondo convenienza politica antieconomica e al di fuori delle regole della libera concorrenza⁴⁹.

Il presente vede nel diritto contrattuale comunitario il tentativo, salvi pochi interventi diretti delle istituzioni governative, di ripristinare finché possibile la razionalità individuale. Dal lato dell'offerta attraverso una legislazione a favore della libera concorrenza, che ha riflessi anche sui contratti che tendano a restringerla. Dal lato della domanda attraverso rimedi alle asimmetrie informative sussistenti soprattutto a carico di contraenti occasionali e non seriali, che non possono affrontare i costi di una adeguata informazione: la distanza, la sorpresa, l'uso delle nuove tecnologie di comunicazione, le clausole vessatorie, le pratiche commerciali aggressive o ingannevoli.

6. L'eclettismo della dottrina del contratto nel novecento e i suoi due problemi

Le quattro concezioni ricordate hanno dato nel corso del novecento quattro risposte diverse alla domanda 'di cosa parliamo quando parliamo del contratto?': un fatto di volontà, un fatto sociale, un valore etico, un valore economico. Quattro risposte possono sembrare troppe. Ma se qualcosa distingue la dottrina del contratto nel novecento è proprio l'eclettismo derivato dallo stratificarsi di quelle quattro concezioni.

Questo disinvolto eclettismo incappa però in due fallacie destinate a distruggerlo.

La prima è che nessuna delle concezioni, e neppure il loro insieme, coglie davvero ciò che inevitabilmente intendiamo quando parliamo di contratto. Già la diversità di referenti (volontà, socialità, giustizia, efficienza) ne fa prova: quale? Eppure di 'contratto' parliamo, e ne parlano – sotto questo stesso nome – tutte le diverse concezioni. Dunque c'è necessariamente un nucleo duro comune, indifferente al *proprium* di quelle concezioni. Non ci capiremmo, altrimenti.

La seconda è che ciascuna di quelle concezioni se fedelmente seguita conduce i discorsi sul contratto dei legislatori e degli interpreti in direzioni divergenti e inconciliabili: fatti o valori? se fatti, individuali o sociali? se valori, etici o economici? Altrimenti, non discuteremmo.

L'eclettismo imperante ha finora dissimulato entrambe queste fallacie. Ma la sua capacità di riuscirci sembra al punto di rottura. Continuiamo a capirci, ma anche

49 Per il carattere burocratico dell'intervento pubblico rinvio ancora a L. von Mises, *Burocrazia*, Milano, 1991.

Per una critica più ampia v. L. von Mises, *Socialismo*, Milano, 1990; F.K.A. von Hayek, *Legge, legislazione, libertà*, Milano, 1994, spec. p. 154 ss.

Per il rapporto tra intervento e concorrenza dal punto di vista comunitario un quadro è ora in C. Iannone, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009.

– dopo secoli – a discutere. Non a caso la nozione unitaria di contratto, che giustificava la disciplina ‘Dei contratti in generale’ del Titolo II del quarto Libro del nostro codice (ma lo stesso si potrebbe dire degli altri sistemi), si frammenta continuamente sia nel discorso legale sia in quello scientifico: ci capiamo, ma sentiamo sempre più il bisogno di specificare, ‘primo’, ‘secondo’, ‘terzo contratto’⁵⁰, contratti civili, commerciali⁵¹, dei consumatori⁵², d’impresa⁵³, nazionali, internazionali⁵⁴, alieni⁵⁵. ‘Contratti’, tutti: c’è ancora unità. Ma diversi: c’è pluralità in quell’unità.

50 La nozione è ampiamente illustrata nei saggi raccolti in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008; v. anche A. Gianola, *Autonomia privata e “terzo contratto”*, in AA. VV., *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, p. 131 ss.; G. Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell’autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 300 ss.; F. Bocchini, E. Quadri, *Diritto privato*, Torino, 2008, p. 624; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, “terzo contratto”*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 124 ss.

51 V. Zeno Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra “contratti commerciali” e “contratti dei consumatori”)*, in *Giur. it.*, 1993 IV, 57 ss.

52 A. Catricalà, M.P. Pignalosa, *Manuale di diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 87 ss.; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012; G. Benacchio, *Diritto privato della comunità europea*, Padova, 2008, p. 259 ss.; *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004; E. Gabrielli, *I “principi” del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009; A. Orestano, *Contratti del consumatore*, Torino, 2004; D. Di Sabato, *Contratti dei consumatori e contratti d’impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 657 ss.; V. Buonocore, *Contratti del consumatore e contratti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 1 ss.

53 A. Dalmartello, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962; Id., *Contratti d’impresa*, cit.; C. Angelici, *La contrattazione d’impresa*, in *L’impresa*, a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, Milano, 1985, p. 183 ss.; V. Buonocore, *Contrattazione d’impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; G. Capo, *Impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001; L. Sambucci, *Il contratto dell’impresa*, Milano, 2002; B. Inzitari, *L’impresa nei rapporti contrattuali*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, p. 309 ss.; F. Galgano, *I contratti d’impresa; i titoli di credito; il fallimento*, Bologna, 1980; G. Oppo, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 629 ss.; Id., *Impresa e mercato*, *ivi*, 2001, I, p. 421 ss.; Id., *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 15 ss.; M. Bessone, *Gli standards dei contratti d’impresa e l’analisi economica del diritto*, in *Giur. merito*, IV, 1984, p. 982 ss.; A. Di Amato, *Impresa e nuovi contratti*, Napoli, 1998; Id., *L’interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999; G.F. Vecchio, *In tema di contratti d’impresa*, in *Giur. it.*, 1999, IV, 1563 ss.; F. Bochicchio, *Il contratto quadro nell’ambito dei contratti d’impresa*, in *Dir. fall.*, 2002, p. 889 ss.; L. Delli Priscoli, *I controlli sui prezzi nei contratti d’impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 83 ss.; A. Falzea, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I 2005, p. 1 ss.; P.G. Monateri, *I contratti di impresa nel diritto comunitario*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., p. 73 ss.; G. Gitti, *L’oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell’oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I 2005, p. 11 ss.; S. Monticelli, G. Porcelli, *I contratti dell’impresa*, Torino, 2006; F. Di Marzio, *I contratti d’impresa. Profili generali*, Torino, 2007.

54 M. Torsello, A. Frignani, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010; F. Galgano, F. Marelle, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2007, p. 284 ss.; D. Memmo, *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 51 ss.; S. Ferreri, *Il giudice italiano e l’interpretazione del contratto internazionale*, Torino, 2000.

55 Per la nozione G. De Nova, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011.

Così usiamo lo stesso nome e concetto di ‘contratto’ per gli scambi individuali negoziati della tradizione come per quelli seriali ‘senza accordo’⁵⁶ della moderna organizzazione sociale, sbandando disinvoltamente dal più classico individualismo al più radicale sociologismo; o per gli scambi ricondotti a equilibrio dei contratti B2c e B2b come per quelli libero frutto del potere contrattuale dei contratti B2B e internazionali, sbandando disinvoltamente dal predominio dell’assiologia a quello dell’economia.

Questo, comunque, è lo stato dell’arte che abbiamo ereditato dal secolo trascorso. Ma la tensione che lo pervade è crescente. Se il nuovo secolo vorrà scioglierla, dovrà farci i conti. È possibile farli tornare?

Per far tornare quei conti occorre dare una risposta a due diverse domande. La prima è: come in un discorso così eclettico sul contratto la perdurante unità del nome abbia potuto sopravvivere. È un problema teorico. La seconda è: se e come le divergenti direzioni delle diverse concezioni possano essere combinate. È un problema dogmatico.

Senza pretesa di risolverli, vale la pena di esaminarli.

7. Il nucleo invariabile della nozione di contratto: il contratto come segno di una regola

Come ha potuto l’unità del nome di contratto sopravvivere in un intreccio di discorsi così diversi sul contratto? Eppure non può essere un caso se attraverso discorsi diversi il nome e l’idea di contratto resistono. Evidentemente esiste un nucleo persistente. Rispondere a questa domanda significa perciò individuare il nucleo teorico perennemente valido dell’idea di contratto. Ma questo nucleo non è colto da nessuna delle quattro concezioni.

A loro modo esse sono tutte in parte corrette. È del tutto vero che in un contratto concorrano fatti psichici individuali e fatti sociali in cui si esprimono valori etici ed economici. Ma resta il fatto che esse sono incompatibili, e comunque fallaci nella parte in cui *scambiano per essenza del contratto ciò che ne è se mai complemento*. È facile mostrarlo.

Consideriamo allora anzitutto il contratto come fatto di volontà: sebbene un contratto sia anche un fatto psicologico, coglierlo sotto questo profilo è psicologia, non diritto: la volontà è la matrice del contratto, ma non è il contratto. Ed in sé è inafferrabile: nulla, e tantomeno la volontà, si coglie⁵⁷ fuori dei segni che lo manifestano. Quel che si afferra è il vincolo che quei segni esprimono.

Consideriamo poi il contratto come fatto sociale: sebbene indubbiamente un contratto sia anche un fenomeno sociale coglierlo sotto questo profilo è sociologia, non diritto; un interesse non è un diritto; un precetto non è un contratto. Se in certi

56 N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

57 Nello stesso senso G. Zaccaria, *Una definizione di interpretazione*, in F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., p. 106 s.

precetti, e tanto più nel fenomeno dell'autoregolamento, cogliamo un contratto è perché presupponiamo in esso una regola che gli dia senso⁵⁸.

Consideriamo ora il contratto come valore etico: certo, in ogni contratto si riscontra una valutazione che giustifica le attribuzioni patrimoniali, ma questa è etica, non diritto. Che una proporzione debba presiedere allo scambio è fuori questione, ma di nessun valore oggettivo (il 'giusto prezzo') si riesce a dimostrare che sia quello che *deve* presiedervi. Ogni giustizia è opinione.

Consideriamo infine il contratto come operazione economica: indubbiamente il contratto, almeno laddove per scelta legale sia di necessario contenuto patrimoniale, è strumento di un'operazione economica, ma coglierlo sotto questo profilo è economia, non diritto. E per essere efficiente quello strumento dovrebbe derivare da una razionalità perfetta là dove non ce n'è che una limitata: quel che avviene non sempre conviene.

Proviamo a spostare la prospettiva. Non si tratta qui di stabilire, ambiziosamente, che cos'è il contratto⁵⁹. Si tratta piuttosto di capire che intendiamo per 'contratto' al di là di concezioni che si presentano come dogmatiche ma in gran parte sono ideologia. È discutibile infatti che la sostanza dei contratti sia psicologica (e l'efficacia di certi contratti non voluti?) o sociologica (e l'efficacia dei precetti di rilievo puramente individuale?), o etica (e l'efficacia dei contratti squilibrati a favore del contraente forte?), o economica (e l'efficacia delle scelte economicamente irrazionali?).

La risposta però è scontata. È infatti già stata data nelle pagine iniziali. I fatti e i valori *non* sono il contratto. Sono al più delle possibili connotazioni del suo significato, che non ha referente. E possono dunque – e debbono se vogliamo una nozione pura – essere trascurati, senza che ciò ne alteri il significato. Domandiamoci allora: dedotti i fatti psicologici e sociali, i valori etici e economici, che resta? Sullo scranno del giudice che interpreta, applica, invalida un contratto, nessuno ha mai visto, oltre il fascicolo, con i suoi documenti, una volontà, un autoregolamento sociale, un'operazione economica, un equilibrio. Il contratto ne parla, certo, e perciò ne parlano i discorsi sul contratto. Ma l'oggetto del discorso non è il discorso. E il contratto – a questo punto è chiaro – è quel discorso, non il suo oggetto. Il contratto è quel particolare discorso fatto dalle parti in modo prescrittivo. Cioè il *segno* che esprime la *regola*. Quel senso prescrittivo che ci dice chi può o deve fare cosa, posto da due o più soggetti a se stessi, che è il significato del nome, a prescindere da qualsiasi referente nella realtà.

Diviene così evidente che, sia individuale o sociale, equilibrato o conflittuale, il contratto è il *segno di una regola*. Le maggiori 'teorie' (piuttosto 'dottrine') del novecento ci hanno in parte ingannato. Riguardando in questa prospettiva le quattro principali concezioni del contratto ci avvediamo facilmente che tutte, valorizzando altro, hanno sempre implicato – e tuttavia messo in ombra – la natura di «segni di

58 Vale ricordare ancora gli studi citt. di J.R. Searle sulla necessaria costitutività del linguaggio per la costruzione della realtà sociale.

59 Sul pericolo di una definizione metagiuridica del negozio in generale e del contratto cfr. ancora A. Di Majo, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, cit., p. 112.

regole» dei contratti: natura implicata nella volontà che li fabbrica ed impone, nel precetto che ne deriva, nel valore del prezzo giusto o ingiusto e della ragione di scambio efficiente o inefficiente che esprimono.

Per un'eterogenesi dei fini, più quelle concezioni hanno enfatizzato prospettive diverse, intese a valorizzare la sostanza psicologica, o sociologica, o etica, o economica del contratto, più ne hanno dimostrato la natura deontica di discorso prescrittivo.

Appartiene dunque in qualche misura a tutte le concezioni che hanno dominato il novecento una parte di ragione; ma se concezioni tanto diverse hanno potuto continuare a usare il nome di 'contratto' è perché – pretendendo che esso nella sua essenza sia altro – tutte hanno implicato che sia comunque il segno in cui sta la regola (privata, plurilaterale, riflessiva, e da noi patrimoniale), posta dalla volontà, e socialmente rilevante, di un'operazione economica, dominata da un rapporto ritenuto giusto.

8. Un problema per la dottrina del XXI secolo: prendere atto del significato perenne del contratto e combinarne le diverse concezioni in un diritto contrattuale coerente

Le divergenti direzioni delle diverse concezioni possono essere combinate? Il problema è serio perché tutte le concezioni hanno delle ragioni, quand'anche non abbiano ragione.

Il volontarismo, ben più antico delle codificazioni, non è stato solo un fenomeno giuridico⁶⁰. Ha ragioni anche di ordine assiologico. La moderna dottrina del contratto fu influenzata dalla diffusione del liberalismo: nel contratto si manifesta la libertà degli individui. Un negozio non conforme alla volontà sarebbe privo di giustificazione, non realizzando la libertà e gli interessi per cui l'autonomia è dalla legge riconosciuta ai privati⁶¹.

Ma anche le dottrine sociali hanno le loro ragioni: la rilevanza del dato soggettivo ed individualistico del volere trova giustificazione nel dato oggettivo e sociale dell'interesse meritevole di tutela⁶², considerato tale secondo canoni socialmente rilevanti.

60 Cfr. ad es. A. Schopenhauer, *Il mondo come volontà e come rappresentazione*, (1844), trad it., Bari, 1914.

Sul volontarismo in Germania nel XIX secolo: W. Windelband, *Storia della filosofia*, II, Palermo, 1937, pp. 343-344.

61 Ciò conduceva a vedere nell'autonomia privata, esercitata attraverso il semplice consenso, purché liberamente manifestato, anche un migliore sistema economico, ma prima di tutto un'irrinunciabile garanzia di libertà: F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano, 1980, p. 524; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970, p. 21; M. Barberis, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1993, p. 35.

Centrale il rapporto tra proprietà e libertà teorizzato da Locke e dagli illuministi francesi. Per la sua teorizzazione moderna v. i saggi di von Mises, ora raccolti in L. von Mises, *Proprietà e libertà*, Soveria Mannelli, 2007.

62 Nel complesso favorevoli al giudizio di meritevolezza E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, p. 191 ss.; Id., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p.

E così anche le dottrine etiche ed economiche hanno le loro ragioni: il mercato – lo constatiamo anche troppo bene in questi anni – non può fare a meno di un sistema produttivo e distributivo efficiente, e tale dev'essere il contratto. Ma neppure gli può essere permesso di continuare a generare le enormi disuguaglianze che purtroppo connotano l'attuale sistema capitalistico⁶³: la giustizia contrattuale è strumento necessario della giustizia sociale⁶⁴.

Ogni concezione dunque ha le sue ragioni. Ma ragioni divergenti. Il guaio è che, a dispetto di tante declamazioni sul 'sistema', il diritto attuale – o, per esso, i suoi interpreti – parla in modo incoerente. Da un lato ci dice di voler ampliare al massimo le libertà individuali, ma dall'altro è talora ostile agli interessi sia pure leciti che ritiene non meritevoli di tutela (senza però saper dire quali siano); predica efficienza e concorrenza, perché compito di un ordinamento è accrescere la ricchezza, ma pure equilibrio e protezione, perché compito di un ordinamento è anche redistribuire la ricchezza. Abbiamo dati normativi per la difesa dell'individuo come della società, per l'incremento dell'efficienza come della giustizia. E dottrine e giurisprudenze che le implementano, accentuando questo o quello.

Qui poco importa se queste diverse concezioni siano espressione di indirizzi legislativi o invece dogmatici. Il diritto è, al contempo, diritto vigente e vivente, e parla non solo attraverso il discorso del legislatore ma anche dei suoi interpreti. Se però già le divergenze della dogmatica bastano a porre il problema è discusso se bastino pure a risolverlo. Come è stato scritto: «Una dogmatica che opera astrazioni in modo funzionale [qui funzionale al reperimento della giusta concezione del contratto] deve richiedere al legislatore che egli prenda le necessarie decisioni preliminari riguardo agli orientamenti del sistema (...). Una dogmatica funzionale può

795; P. Barcellona, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 220 ss.; F. Lucarelli, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 170 ss.; M. Nuzzo, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1975, p. 97 s.; sostanzialmente contrari, se non in termini di liceità, G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I lineamenti generali*, Milano, 1954, p. 199 ss.; G.B. Ferri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss., nonché Id., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1 ss.; L. Lonardo, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1981; M. Costanza, *Meritevolezza dell'interesse ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 428; R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, I, Torino, 1993, p. 693 s.; A. Guarneri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; S. Vitale, *Ordinamento sportivo e meritevolezza dell'interesse*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 186 ss.; G. Grisi, *L'autonomia privata*, Milano, 1999, p. 32 ss.; D. Carusi, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 1999, p. 535 ss.; U. Breccia, *Causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, III, Torino, 1999, pp. 93-100; A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2001, p. 187 s.; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 425; F. Di Marzio, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno, in Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, p. 121 ss.

63 Z. Baumann, *Capitalismo parassitario*, Bari, 2009; T. Piketty, *Le capital au XXI^{ème} siècle*, Paris, 2013.

64 Per una sintesi recente nella letteratura giuridica italiana v. ancora A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 75 ss.

quindi sostituire delle interpretazioni di decisioni – ma appunto per questo, dichiara la possibilità di decisioni diverse»⁶⁵. Interrogheremo il legislatore, allora?

Temo che lo faremmo inutilmente. Il legislatore, è vero, è onnipotente. Ma non è onnisciente. Egli può imporre – e solo fino ad un certo punto – una soluzione. Ma non può inventarla. Per questo dipende dalla cultura di cui è espressione. Quella stessa che si manifesta nelle concezioni contrastanti di cui si è detto, e nelle tesi dogmatiche in cui esse si traducono.

Alla dottrina del contratto il secolo trascorso consegna dunque un compito almeno ben definito. Da un lato prendere finalmente coscienza che, al di là di tutto il resto, il contratto è sempre stato, è, e sarà comunque, il segno della regola che le parti si sono date. Dall'altro trovare una buona combinazione tra valori contrastanti etici ed economici, di efficienza ma anche di giustizia, prendendo atto che il novecento ha saputo impostare, ma non ancora risolvere, la tensione fra loro, fattasi stridente.

Il compito è difficile, ma non impossibile. D'altronde, a dir la verità il nostro diritto dei contratti nonostante la pluralità delle concezioni che ne fanno un ordinamento a più valori, spesso sostenuti da fonti diverse (la fonte legale e costituzionale, la legislazione interna e comunitaria, la tradizione dogmatica e le carte dei diritti), è (in una certa misura) incoerente ma non addirittura contraddittorio.

È incoerente. A volte difende strenuamente le libertà individuali⁶⁶. Altre le subordina a valori di rilevanza sociale⁶⁷. In certi casi mette sopra ogni altra cosa eco-

65 N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 115.

66 A titolo di esempio: Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Riv. dir. ind.*, 2013, II, 357, n. Tassoni, e in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1295, n. Tonetti: “Non è sanzionabile in via disciplinare il comportamento del farmacista che, avvalendosi di una facoltà riconosciuta da una norma di legge (art. 36 l.reg. Campania 19 gennaio 2007 n. 1), disattenda l'accordo raggiunto con gli altri appartenenti all'ordine professionale volto a vietare l'apertura dell'esercizio farmaceutico al di fuori dei turni minimi, trattandosi di un contratto atipico che, in quanto persegue una finalità meramente economica e personale dei partecipanti all'accordo (i.e. regolamentazione dei flussi di clientela), idonea a vanificare il perseguimento dei principi generali dell'ordinamento di effettività della concorrenza anche nel settore farmaceutico, non supera il vaglio di meritevolezza di interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322 c.c.”; Cass., 21 settembre 2012, n. 16049, in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, 285, n. Guadagno: “Il carattere «sicuramente rischioso», per il cliente, del piano finanziario *My Way*, non può inficiare in radice la validità, *sub specie* della non meritevolezza di tutela ex art. 1322 c.c., dell'intera operazione, posto che la concessione di finanziamento agli investitori è espressamente prevista dall'ordinamento (tuf art. 1, 6° comma, lett. c); reg. Consob n. 11522/1998 art. 47, 2° comma); Cass., 15 febbraio 2007, n. 3388, in *Rep. Foro it.*, 2007, Contratto in genere [1740], n. 539: “In tema di azione generale di rescissione per lesione, il requisito dello stato di bisogno richiesto dall'art. 1448 c.c., che costituisce uno degli elementi per l'ammissibilità dell'azione generale di rescissione, non coincide con l'assoluta indigenza o con una pressante esigenza di denaro, ma deve tuttavia intendersi come ricorrenza, anche se contingente, di una situazione di difficoltà economica riflettentesi non solo sulla situazione psicologica del contraente di modo da indurlo ad una meno avveduta cautela derivante da una minorata libertà di contrattazione, ma anche sul suo patrimonio, sì da determinare, in rapporto di causa ed effetto, una situazione di lesione ingiusta del medesimo in conseguenza della sproporzione tra la prestazione eseguita e quella ottenuta; il giudizio in oggetto costituisce una valutazione di fatto incensurabile in sede di legittimità”.

67 Cass., 5 marzo 2009, n. 5348, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 571, n. Bruni: “L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione

nomicità ed efficienza⁶⁸. In altri equilibrio⁶⁹ ed eticità⁷⁰. Alla scienza giuridica del XXI secolo si propone un ciclopico compito di razionalizzazione.

Ma non addirittura contraddittorio. È vero, in esso esplodono le contraddizioni del mercato, delle libertà, della giustizia, della società. Tirato di qua e di là da chi

di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo, in definitiva, in ogni sua fase"; T. Roma, 29 novembre 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, 870, n. Miotto: "L'esercizio del diritto di recesso, contrattualmente stabilito, deve essere valutato nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, onde accertare se sia stato o meno esercitato secondo modalità e tempi che rispondono ad un interesse del titolare meritevole di tutela"; Cass., 07 ottobre 2011, n. 20622, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2566: "In tema di gioco e scommesse, l'art. 1935 c.c. stabilisce che le lotterie autorizzate danno luogo ad azione in giudizio, riferendosi, però, soltanto ai rapporti tra il giocatore (o i giocatori, nel caso di giocata ad intestazione plurima) e l'ente che gestisce il gioco autorizzato; ne consegue che la disciplina posta dalla richiamata norma non può estendersi ai molteplici e variegati accordi meramente privati tra i giocatori, che – a differenza dal gioco autorizzato – restano al di fuori di ogni regolamentazione, siccome affidati a passioni ed influenze reciproche, nell'ambito di rapporti sociali che la legge non considera meritevoli di tutela, salvo che per i limitati effetti della *soluti retentio*".

68 T. Firenze, 19 aprile 2005, in *Corriere giur.*, 2005, 1271, n. Di Majo: "Il contratto tra il cliente e la banca avente ad oggetto l'acquisto di un c.d. «prodotto previdenziale» deve ritenersi nullo per violazione degli obblighi di correttezza e trasparenza i quali non hanno solo una dimensione «protettiva» con specifico riferimento alla formazione della volontà e del convincimento ma assurgono ad un ruolo attivo di conformazione del rapporto, spostandosi così nella definizione di un modello ottimale ed efficiente di scambio di mercato".

69 T. Napoli, 22 gennaio 2013, in *Banca, borsa ecc.*, 2013, II, 555, n. Berti De Marinis: "Il piano finanziario denominato «4 you», con cui la banca virtualmente eroga al cliente in un'unica soluzione un prestito a scopo di investimento per l'acquisto di strumenti finanziari costituiti in pegno a garanzia del prestito e il cliente si impegna a restituire la somma maggiorata di interessi e spese di gestione attraverso rate mensili, costituisce una complessa fattispecie negoziale, di natura atipica, riconducibile alla categoria degli strumenti finanziari, che deve intendersi nulla per difetto di meritevolezza di tutela per essere caratterizzata da eccessivo squilibrio contrattuale a favore dell'intermediario"; ma v. in contrario T. S.M. Capua Vetere, 21 novembre 2012, *ivi*: "Il contratto finanziario denominato «4 you» costituisce una forma di risparmio a capitale garantito concepito in modo tale da consentire il recupero integrale del capitale e degli interessi grazie alla componente obbligazionaria dell'investimento (mentre la componente fondi è quella che influenza il margine di redditività dell'operazione) e appare, per conseguenza, meritevole di tutela ex art. 1322 c.c."; in tema V. Velluzzi, "4 for you": c'è "spazio" per il contratto immeritevole di tutela?, in *I Contratti*, 2006, p. 888 ss.; v. anche Arb. Roma, 13-12-2012, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2013, 151: "Ai fini della valutazione concreta del rischio economico gravante sulle parti contrattuali e sul suo bilanciamento, occorre, primariamente, verificare di continuo la sussistenza dei presupposti contrattuali e della causa del contratto nel rispetto della causa reale; secondariamente, laddove tali adeguamenti non siano possibili in sede negoziale attraverso il ricorso a strumenti contrattuali, rimettere al giudice tale operazione riequilibrativa del contratto degli apporti interni, che devono trovare equo temperamento (il collegio afferma tale principio ricorrendo ai principi dell'Unidroit e alla dottrina europea)".

70 Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Rep. Foro it.*, 2010, Contratto in genere [1740], n. 498: "Il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la relazione ministeriale al codice civile, «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore» – deve essere inteso in senso

vuole lo sviluppo della libertà individuale e chi della coscienza sociale, da chi insegue il massimo profitto e da chi cerca il massimo equilibrio, il diritto dei contratti rivela che gli individui possono essere tanto vittime quanto prevaricatori, l'economia capitalistica benefica quanto nociva, la società di massa aggregante quanto costrittiva, e si trova a dover contemperare libertà individuale e solidarietà sociale, efficienza economica e giustizia distributiva. La scienza giuridica del XX secolo ha riconosciuto queste tensioni ed ha dovuto constatare che sono faticosamente componibili. Quella del XXI dovrà trovare la via.

Ma a veder bene il problema non è nel contratto ma nell'uso che se ne fa: che negoziando si faccia il bene o il male non dipende dal contratto più di quanto la salute o la febbre dipendano dal termometro.

oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile”.