

Consumatori, imprese ed istituzioni, giocatori in un unico contesto economico

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Analisi Economica dei Contratti

Con l'avvento degli anni '70 nasce e sviluppa fra gli studiosi di Law&Economics, che fino ad allora erano rimasti relegati nell'ambito del diritto antitrust, un nuovo interesse per il settore concernente l'area dei contratti sinallagmatici. Fino ad arrivare ai nostri giorni, quando - negli USA - il così detto economical thinking è giunto ad espandersi ovunque, addirittura fino a far sorgere in molti operatori del diritto, il timore di una signoria dell'area giuseconomica ([1]). Tuttavia, come è stato più volte ripetuto, in Italia manca - non solo una tradizione, ma anche - una cultura giuseconomica ([2]).

Risulta concettualmente non semplice, evidentemente, accettare la complessità - filosofica e pratica - di meccanismi generati dall'interazione reciproca fra regole economiche, comportamenti sociali e aspetti normativi ([3]).

Ma quale è lo scopo di questa disciplina in generale e poi con specifico riferimento alla materia contrattuale ?

La risposta più immediata che si potrebbe dare a questa domanda è la seguente: "il risultato perseguito dall'EAL è il raggiungimento dell'efficienza, attraverso le norme codicistiche che governano i contratti".

Tuttavia non è lecito infatti pensare al concetto di efficienza come ad un paradigma astratto ed a priori. E' infatti impossibile (salvo che per le analisi dei grandi numeri) sciogliere simultaneamente le varie problematiche che si affrontano nell'ottimizzare l'output generato da un negozio contrattuale.

In verità, come sancito nel celebre Teorema di Coase, vera pietra angolare dell'EAL, solo in un "mondo privo di costi negoziale a prescindere da chi detiene il diritto, si raggiungerà un assetto efficiente".

Essendo purtroppo il nostro un mondo tutt'altro che perfetto, il problema per l'interprete è dunque quello di capire fino a che punto sarà opportuno rendere vincolante fra le parti un contratto e per converso, quando invece sarà consigliabile sciogliere il vincolo, liberando i contraenti dalle proprie rispettive obbligazioni (ad es. per eccessiva onerosità sopravvenuta, per errore, per l'avverarsi di una condizione

risolutiva ecc. ecc.).

Questo problema ne pone quindi, a sua volta, un secondo che riguarda il metodo di coercizione e di tutela del vincolo contrattuale: allorché si sia giunti alla conclusione che, in una certa fattispecie, sarebbe inefficiente permettere lo scioglimento del contratto, come punire il contraente inadempiente ? con un'azione in forma specifica ? con i danni da aspettativa ? o con quelli da affidamento ? o addirittura con i cosiddetti punitive damages ?

Sono questi alcuni, come ben si comprende, dei vanti delicatissimi aspetti che - probabilmente - risultano irrisolvibili se non accomunati da una cultura civica del rispetto, con dei generali ed accettati valori di riferimento.

Norme italiane sul contratto

Ma cosa succede, di fatto, in Italia ? Osservando la legislazione si può in generale affermare, ad esempio, che le norme del nostro codice civile si muovano in un'ottica che si potrebbe genericamente definire paretiana ([4]).

Per illustrare la normale imperfezione dei contratti, a tutto discapito della teoria giuridica prendiamo esemplificativamente l'articolo 1372 c.c., che afferma che "il contratto ha forza di legge fra le parti".

Nell'ottica del così detto "contratto perfetto" (quello, cioè, che rende lo scambio ottimizzato anche per ogni circostanza eventuale o futura), la norma non avrebbe alcuna ragione di esistere, poiché non vi sarebbe alcun motivo di ipostatizzare una "composizione di interessi", tanto da arrivare ad apprestare "forza legale" al vincolo negoziale, visto che dovrebbero esser state preventivamente regolate tutte le evenienze possibili e che, quindi, non ci dovrebbero essere conflitti tra le parti, così che esse continuano a avere tutto l'interesse a rispettarlo e ad adempierlo spontaneamente.

Tuttavia nel mondo reale i contratti non sono mai "perfetti", innanzitutto (salva la malafede) per motivi di comprensione del linguaggio o dei presupposti culturali e pertanto facilmente possono verificarsi contrasti; a tali fini, a poco vale l'esperienza anglosassone di stipulare lunghissime clausole.

Conseguentemente, qualora la Legge non prevedesse una normativa generale sul contratto - ed in primo luogo proprio il richiamato principio che il contratto "ha forza di legge fra le parti" -, una delle parti si potrebbe impunemente sottrarre all'accordo.

Tale risultato, peraltro, dal punto di vista giuseconomico verrebbe a creare due effetti negativi: 1) disincentivare gli investimenti idiosincratici o specifici; 2) incentivare avversione al rischio, cosa che finirebbe con l'influire negativamente sull'aumento dei costi negoziali; 3) le parti sarebbero costrette a

regolare autonomamente e specificamente tutte le sanzioni da associare ad ogni singola possibile eventualità.

Come si può facilmente intendere, pertanto, nell'analizzare una norma in un'ottica di law&economics il quesito primario da affrontare è quello di tentare di comprendere quale **interesse economicamente rilevante la norma stessa intende tutelare**.

Solo successivamente si potrà passare ad analizzare la **rispondenza tra la regola giuridica e l'obiettivo enucleato** dalla ratio della scienza microeconomica dello scambio e valutare se le conseguenze economiche che la regola determina siano o meno rispondenti all'obiettivo che essa norma intende perseguire ([5]).

Negoziazione, un problema di comunicazione

La Negoziazione, sia che si concluda in un accordo scritto, sia che abbia per oggetto una relazione tra soggetti, costituisce innanzitutto un fatto economico, poi comunicativo, infine giuridico.

Nonostante l'importanza della negoziazione, l'apprendimento delle diverse tecniche, dinamiche e tattiche è spesso del tutto trascurato. Così, nella pratica quotidiana, la possibilità di trovare soluzioni mutuamente soddisfacenti è molto spesso trascurata: sul tavolo delle trattative, le parti ricorrono a tecniche di puro antagonismo (anche dette "competitive, distributive o win-lose"), invece di adottare - laddove appropriato - tecniche cooperative (anche dette "integrative o win-win") che consentano di addivenire a soluzioni migliori per entrambe.

Conoscere e saper scegliere le tecniche e le strategie negoziali più appropriate a seconda delle circostanze, e riconoscere quelle della controparte, è compito tanto impegnativo quanto indispensabile. I rischi di ottenere scarsi risultati o di fallire crescono a dismisura, ovviamente, quando si tratta di negoziazioni assai complesse; si pensi a negoziati cui partecipano più di due parti, con o senza rappresentanti, magari di diverse nazionalità, ed in cui vi siano molteplici e correlati elementi su cui occorre accordarsi.

Gestione del contenzioso, un problema di comunicazione

Le aziende spendono ogni anno molti miliardi in costi diretti legati al sorgere delle controversie (sia interne all'azienda, che con soggetti esterni); ancora di più per la loro gestione ed eventuale risoluzione.

Oltre ai danni diretti - nelle quali sono ovviamente incluse i costi legali - si dovrebbe quantificare quelli

“indiretti” connessi alle perdite per i mancati affari dovuti alla rottura delle relazioni con la controparte, al tempo speso nel tentare di risolvere le controversie, ma soprattutto alla immagine aziendale presso i consumatori, attuali e futuri clienti.

In questo ambito, ad esempio, l'uso immediato dei tradizionali strumenti della giustizia ordinaria ed anche quelli dell'arbitrato senza prima avere tentato altre procedure quale la mediazione-conciliazione, comporta il verificarsi e il perpetrarsi di una situazione di una rilevante inefficienza interna.

Una soluzione valida in tal senso consiste nell'adottare un programma specifico di prevenzione / gestione / soluzione delle controversie elaborato sulla base delle peculiarità dell'azienda stessa. Queste procedure - ispirate ai principi di "qualità totale" - permettono la sistematizzazione dell'approccio aziendale ai conflitti, con conseguente ottimizzazione delle risorse.

All'estero, esempi sono: Hulliburton, lGeneral Electric, Motorola, Shell, US Postal Service. In Italia, Telecom, Wind, Enel, Poste Italiane.

Può essere interessante ricordare come particolare rilievo, anche economico, è il ruolo di tali sistemi nell'ambito di situazioni “complesse” (cioè caratterizzate da una molteplicità di parti coinvolte, dalla loro diversità culturale e dall'alto valore del progetto), oltre che di quelle “complicate”, quale **la gestione di trattative internazionali d'affari, il partnering dialogue, le trattative sindacali e la gestione dei conflitti ambientali o territoriali, come anche quella delle situazioni di crisi**. In tali casi il negoziato assume un'importanza critica al fine dell'ottenimento di un accordo soddisfacente.

Altri specifici ed importanti casi sono i progetti per il finanziamento di infrastrutture, le joint-ventures, le fusioni ed acquisizioni e tutti gli altri casi in cui vi è un elevato numero di soggetti interessati. Qui l'intervento del così detto "Deal Making Mediator", un terzo esperto neutrale, aumenta il grado di efficacia del negoziato e il livello di collaborazione fra le parti ([6]).

di Carlo C. Carli ([7])

[1] E' questa la tesi, ad esempio, dell'insigne giurista Eugenio Picozza, il quale ha più volte affermato - anche nel corso degli interventi nei convegni di AGEIE.

[2] Vorrei ricordare, tra gli altri, i professori: ALPA, CALLIANO, MONATERI, PARDOLESI, PICOZZA, VISENTINI. Inoltre, tra i primi saggi, quello del Prof. Trimarchi (1970) dal titolo "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale". Per non parlare dei precedenti, oramai storia, quale CARLI, F., la teoria delle crisi come ricerca centrale dell'economia dinamica, Pisa, 1931, tralasciando altri ancora più vetusti.

Tutti, però, dovuti più ad interesse occasionale del singolo autore, piuttosto che ad un progetto di ampio respiro e collocato all'interno - non solo di un contesto scientifico - quanto soprattutto in uno produttivo.

[3] In questo senso, sembra opportuno ricordare il monito del grande giurista italiano Francesco Carnelutti, il quale, riguardo al conflittuale rapporto che gli operatori del diritto storicamente hanno avuto con il mondo algebrico, scriveva: "che noi giuristi, purtroppo, nella grandissima maggioranza, non si sappia la matematica è un conto; che non ci interessi saperla è un altro. La prima è un'ignoranza della quale, fino ad un certo punto, non abbiamo colpa... Ma il disinteresse invece, sarebbe segno d'una meschinità logica da dover arrossire".

Più recentemente e per spunti di correlazione tra diritto dei consumatori e analisi economica del diritto, v.: CARLI, C.C., Appalti e analisi economica. Spunti per un'audit giureconomica dei contratti d'impresa ...verso un diritto dettato dall'economia ?, in: La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, n. 4, luglio/agosto, 2005, p. 173 ss.

[4] Wilfredo Pareto, autore della c.d. teoria del "sentiero dei contratti", 1906

[5] Alcuni tra i più celebri trattati di Law and Economics: S. N. S. Cheung, transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements, Journal of Law and Economics 1969, 12, pag. 23 ss.; C. E. Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law", Philosophy and Public Affairs, 1975,5, pag. 3 ss.; I. Ayres, R. Gertner, "Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules", Yale Law Journal, 1989, 99, pag. 87 ss.; W. Pareto, 1906, Manuale.; S. N. Wiggins, The comparative advantage of long term contracts and firms", Journal of Law, Economics and Organization, 1990, 6, pag. 155 ss.; P. Crawford, "Long term relationship governed by short-term contracts", American Economic Review, 78, 1988, pag. 485 ss.; B. Klein, R. A. Crawford, A. A. Alchian, "Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process", Journal of Law and Economics, 21, 1978, pag. 297 ss.; M. Bessone, "Essenzialità dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto", Riv. Trim. Dir. Proc.

Civ., 1972, pag. 882.; P. Trimarchi, 1970, "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale", Riv. Trim. Dir. Proc. Civile, 1970, pag. 512 ss.

I manuali di diritto privato ispirati ai principi dell'analisi economica : F. Hirsh , Z. Werner "Law and economics: an introductory analysis", San Diego, 1988; R. A. Posner, "Economic Analysis of Law" 3rd ed. Boston/Toronto, 1988; R. D. Cooter, T. S. Ulen, "Law and economics", 1988; A cura di G. Galeotti, "Materiali di economia e diritto 1997", Roma, 1997; A. M. Polinsky, 1992, "Un'introduzione all'analisi economica del diritto", Roma; U. Mattei, F. Pulitini, "L'analisi economica del diritto: una introduzione", Roma, 1992.

[6] Essenziali sue caratteristiche sono: Professionalità; Conoscenza e esperienze nelle tecniche di negoziazione e ADR; Esperienza in trattative multipartite; Sensibilità e apertura culturale; Neutralità; Management skills; Attitudine alle relazioni con legali ed avvocati; Elevato senso dell'etica.

Ricordo inoltre Principi per gli enti fornitori di ADR elaborata dalla CPR-Georgetown Commission on Ethics and Standards of Practice in ADR nel giugno del 2000 destinata agli enti fornitori di servizi di ADR, ai fruitori dei loro servizi, al pubblico in genere ed agli organi politici.

[7] Giureconomista, specializzato in diritto dei consumatori ed in comunicazione istituzionale.

<https://www.diritto.it/consumatori-impresed-istituzioni-giocatori-in-un-unico-contesto-economico/>