

# Teoria delle obbligazioni, i contratti e L' analisi economico del diritto: revisione argomentativa

*Theory of obligations, contracts and Economic right analysis: an argumentative review*

**Rodrigo Barcia Lehmann**

Profesor principal Universidad Finis Terrae

Artículo Original (Revisión)

RFJ, No. 6, 2019, pp. 387-435, ISSN 2588-0837

**RIASSUNTO:** L'articolo analizza il contratto dall'angolazione dell'analisi economico del diritto, focalizzandosi nel principale inconveniente relazionato con la sua adozione come strumento giuridico nel Diritto Continentale: le regole che rendono fattibile la sua adozione e rigidità strutturale. Nello stesso modo, si studia la ragione per cui lo Stato deve proteggere il Diritto dei Contratti, l'incompiuta efficienza del contratto, i rischi e la certezza. Si inizia con una revisione generale delle teorie che giustificano il contratto e si prosegue con l'applicazione dell'analisi economico del diritto al Diritto Civile patrimoniale cileno, alludendo alle teorie del rischio e dell'imprevedibilità. Finalmente, si proporrà una valutazione dell'articolo 1545 del Codice Civile cileno, come limite alla revisione giudiziaria del contratto.

**PAROLE CHIAVI:** teoria delle obbligazioni, contratti, scambio economico, istituzioni contrattuali, principi giuridici.

**ABSTRACT:** The paper aims to analyze the contract from an economic analysis of law perspective, focusing on the main inconvenience for its adoption as a legal instrument in Continental Law: the rules that make its adoption feasible and its structural rigidity. Likewise, the reason why the State must protect in the Contract Law, the efficient breach of the contract, the risks and the confidence are studied. It begins with a general review of the theories that justify the contract and continues with the application of the economic analysis of the right to Chilean civil law referring to the theories of risk and unpredictability. Finally, an evaluation of article 1.545 of the C.C. Chilean, as a limit to the judicial review of the contract.

**KEY WORDS:** theory of obligations, contracts, economic exchange, contractual institutions, juridical principles.

## **INTRODUZIONE**<sup>103</sup>

Nella parte iniziale del presente lavoro, si analizzano brevemente le diverse posture dottrinali sulle quali è fattibile elaborare una teoria del contratto e, in particolare, si intenta costruire codesta teoria dalla nozione del *law and economics* (AED) (Barcia, 2004). L' AED definisce diversamente la struttura del contratto e la sua revisione. In seguito, si indenterà dentro dell'AED le norme che regolano il contratto, ispirate in principi distinti a quello dell'efficienza, come l'equità o criteri distributivi.

La seconda parte affronta gli effetti delle obbligazioni dal punto di vista del Diritto Civile e dell'analisi economico del Diritto, in più, si concentra nella possibilità di elaborare una teoria del contratto basato sulla cognizione dell'AED in Cile. Inoltre, si segnala la ripercussione di questa teoria nel compimento del contratto, attraverso la teoria dell'incompiuta efficienza del contratto, per poi finire con una breve analisi della fiducia e dei rischi.

La terza parte è, forse, la più importante e versa sulla revisione del contratto per il quale si ricorre al principio della forza obbligatoria, ciò che stabilisci Cile su questo punto e le teorie dei rischi e dell'imprevedibilità. In fine, nella quarta parte si predisporranno alcune conclusioni.

## **1. TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO**

Il metodo per determinare gli elementi che costituiscono il contratto e gli effetti che questo genera, dipenderanno dalla teoria in cui si fonda. Codesto non è soltanto rilevante per la sua validità ma anche ai suoi effetti e alle facoltà che si concedono ai giudici per la

---

103 Questo capitolo si inserisce dentro dell'ambito di produzione del Gruppo d'Investigazione GIDE della Pontificia Università Cattolica dell'Ecuador. In particolare, del Progetto d'Investigazione IV denominato "Mejora Regulatoria". Finalmente, desidero ringraziare alle signorine Leticia María Pérez Ricaurte e Dennis Valeria Encalada Gonzalez del GIDE PUCE per la loro partecipazione come assistenti di ricerca.

revisione del contratto, nel caso in cui gli si è permesso. L'adottare una posizione o un'altra non è irrilevante e determina, definitivamente, la coerenza del sistema dei contratti e la forma in cui l'ordinamento giuridico conferisce i ricorsi. Queste teorie sono le seguenti:

### **1.1. Terria classica del contratto**

La dogmatica civile tradizionale del contratto si sostiene nell'autonomia della volontà. Per questo, l'importante nella costituzione del contratto –soprattutto nei contratti reali e solenni– è la formazione del consentimento. Infatti, per le persone che si aggiungono a questa posizione è un problema quasi senza soluzione, i contratti denominati di adesione, quelli che autorizzano allo Stato per intervenire mediante i contratti mirati; allo stesso modo, per i seguaci di questa teoria, i contratti che gli individui sono obbligati ad aderire sarà forzato. Pertanto per la dogmatica civile tradizionale, i contratti sono validi e, di conseguenza, esecutivi soltanto nei casi in cui durante il suo procedimento di formazione si rispettino le regole di formazione del consentimento, che sono ispirate nell'autonomia della volontà, la quale si produce in una negoziazione –a parità di condizioni– tra le parti attraverso di un'offerta e accettazione o controfferta e la sua accettazione.

### **1.2. Teoria della base dei negozi giuridici**

Questa posizione è stata fondata da Oertmann e, in seguito, plasmata da K. Larenz, che faceva una distinzione tra la base soggettiva e oggettiva del negozio giuridico. Questa teoria può servire da sostegno per accettare la revisione dell'errore unilaterale per mancanza d'informazione o come afferma Larenz, l'errore unilaterale nelle motivazioni che, all'inizio, non percuote l'efficienza del contratto. È possibile spiegarla per mezzo di un esempio di C. Fernández nella presentazione di un lavoro di Larenz. Codesto autore menziona una sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 15 gennaio 1910, che si pronunciò sulla violazione di una serie d'obbligazioni di un contratto per la concessione dei diritti dello sfruttamento minerario. Il debitore si giustificò del compimento di queste obbligazioni, dato che la miniera risultò improduttiva.

Per l'autore sopracitato, il contratto affronta un errore nelle motivazioni –che in termini attuali si può spiegare per una mancanza d'in-

formazione- che permette la sua revisione giudiziaria in relazione al fallimento della base del negozio. Secondo Larenz, sparisce la base oggettiva del contratto quando si distrugge la relazione di equivalenza delle prestazioni fino al punto che il contratto non può essere considerato bilaterale. Ciò accade nel nostro ordinamento giuridico quando il prezzo nella compravendita è irrisorio, per esempio, se si vende una cosa del valore di \$5.000.000 nel commercio in \$10.000. In questo ipotetico caso non si è di fronte a un eventuale “lesione grave”, ma alla mancanza del prezzo, in altre parole, si reputa che le prestazioni devono essere considerate di tale importanza e non equivalenti che, in realtà, non c’è prezzo che influisca sulla struttura stessa del contratto.

### **1.3. Fondamento formalista dei contratti**

Questa postura ha le sue basi nel Diritto Romano e si sviluppa principalmente in Italia e Germania, pretende creare una teoria “oggettiva del contratto”. I suoi seguaci rifiutano la revisione del contratto, poiché questa lo priva di “certezza”. Da questa prospettiva, i contratti sono tali e obbligatori dalla nascita secondo il Diritto.

### **1.4. Teoria italiana o della funzione economica del contratto**

Questa teoria è stata elaborata da Betti, colui che criticò i pandettisti per considerare arbitraria la giustificazione del contratto nel solo consentimento –anche se per ultima istanza il contratto è la somma delle volontà che gli danno origine-. In più, il Diritto Romano classico non considerava il consenso come unico generatore di obblighi. Anche Betti avverte che l’autonomia della volontà e, di conseguenza, dell’individuo non è completamente libero, di fatto, possiede importanti limiti nell’attuare, quelli che si propagano ai contratti. Per Betti l’autonomia della volontà onnipotente non sarebbe altro che un miraggio. Il contratto per Betty non dipende dall’individuo, sebbene è grazie a lui che si nasce, poiché una volta nato ignora le parti per costituirsi come un “fascio normativo”. In questo modo, il contratto deve separarsi dalla volontà e dalla psiche delle parti coinvolte.

Per i partitari di questa teoria, il contratto non è altra cosa che uno specchio della realtà e, specialmente, dei fenomeni economici. Pretende spiegare la “segmentazione del Diritto Privato” e la nascita di vere e proprie “trame” in questa area del Diritto, che darebbero origi-

ne a una serie di regolamenti autonomi, come: la condizione generale o il Diritto del Consumo. Così che, il Diritto Privato si limiterebbe a ricevere, in una forma più o meno autonoma, le figure che provengono dalla realtà economica e sociale.

La teoria di Betti dà allo Stato un'ampia sfera normativa, poiché in un'ultima istanza esige che l'interesse privato per il quale si celebra il contratto coincida con il pubblico, altrimenti prevale quest'ultimo. Ciononostante questa teoria trasforma l'intero Diritto Privato in Pubblico, poiché da lì a dire che solo si può agire –per mezzo di un contratto- intanto che esista un interesse pubblico che lo giustifica, c'è soltanto un passo. D'altronde, la nozione che serve come base per questa teoria –che è “l'interesse pubblico” - è vaga ed ambigua. La teoria proposta da Betti permette la revisione del contratto, in relazione alla postura ideologica del pubblico, che varia da una concezione della società liberale a una statica.

In questo modo, la revisione del contratto si propaga eccessivamente fino a convertire il Diritto Contrattuale a un giudizio ideologico che, senza alcun dubbio, condiziona la certezza; in qualche modo codesta teoria esige un fondamento ideologico del contratto, simile al fondamento “morale” canonico del contratto medievale. Possiede similitudini con il Diritto Pubblico nella tesi del blocco costituzionale, a cui una parte della dottrina costituzionale ha facilmente aderito. Queste tesi sono proliferate negli ultimi anni in base alla consapevolezza che la responsabilità è obbligatoria. Detto ciò, la responsabilità contrattuale sarebbe stata assorbita dalla responsabilità extracontrattuale (Betti, 2000).

Le tesi statutarie, che si basano sulla responsabilità civile, con certezza si sono propagate e possiedono un gran dominio; tuttavia quelle che danno origine allo statuto contrattuale nei diritti fondamentali non sono prive di problemi. Queste tesi sono pericolose nell'ambito del Diritto Privato, poiché, sebbene i diritti fondamentali abbiano un'innegabile effetto irradiante su tutto il Diritto, anche il Diritto Privato possiede una consistenza propria come diritto fondamentale.<sup>104</sup>

---

104 Indirettamente, le tesi che pretendono che il Diritto del Consumatore si fondi nella protezione del contraente debole, hanno una base comune con il Diritto Pubblico, come si può apprezzare nei principi pro-reo o pro-operario e fanno perdere la legittimità del Diritto Privato.

## 1.5. Teoria sociologica del contratto

È fattibile giustificare il Diritto e il Diritto dei Contratti dalla visione sociologica. Questa posizione può fondamentarsi negli autori come Weber, Luhmann, Maturana y Varela, tra tanti. Da questo punto di vista, il contratto si alimenta dal mezzo sociale o culturale di quell'epoca –che ha unna grande influenza omogenizzante-. Il contratto, in questo senso, è una forma d'evoluzione sociale, ovvero, è una riproduzione del sistema. Codesta, permette sviluppare una relazione tra il tutto e una parte, tra il contratto e l'ambiente sociale. La società intesa come sistema si scomporrebbe in una serie di sistemi inferiori come il Diritto, l'economia, etc. (Luhmann, 1997).<sup>105</sup> In questo modo, il Diritto sarebbe un sub-sistema della società che si comunicherebbe con l'ambiente interno attraverso un individuo che viola un contratto. Per quanto riguarda il Diritto, l'individuo non esiste, ma unicamente l'inadempienza del contratto, che dev'essere risolto con una norma. A sua volta, i sottosistemi sono connessi tra di loro per mezzo dell'interpretazione, che sarebbe l'operazione attraverso la quale un sottosistema mette a disposizione di un altro la sua struttura con l'obiettivo in modo tale che la complessità possa continuare ed essere costruita, caratteristica propria del sistema. In conclusione, si può determinare il suo svolgimento non solo in relazione al Diritto ma anche di fronte ad altri aeree come: l'economia, la propria sociologia, la psicologia, eccetera.

## 1.6. Moderno diritto europeo dei contratti o diritto di recesso

Il Diritto di Recesso si sviluppa principalmente in Europa, con la Convenzione di Vienna sulla Compravendita di Merci, pero possiede origini nella tensione tra i paesi di Dritto Continentale e quelli del “*Common Law*”. Così, questo sistema è stimolato da un processo di unificazione europeo del contratto, invece di basarsi su una teoria chiara del contratto è un intento d'armonizzare il Diritto Continentale con il <<*Contract Law*>>.

---

105 Dunque, questi sottosistemi si relazionano tra di loro attraverso relazioni gerarchiche rigide, anche se eventualmente può accadere. Codesti sistemi si differenziano e classificano. Per determinar il limite tra il sistema e l'ambiente circostante, Luhmann ricorre al concetto di produzione (riproduzione, auto-riproduzione e autopoiesi). Per abbattere un sistema è necessario riferirsi alla relazione ambiente/sistema, ciononostante si può ottenere lo stesso risultato scomponendo gli elementi del sistema e le sue rispettive relazioni.

Gli strumenti che danno luogo al moderno diritto di recesso sono: [a] Principi del Diritto Europeo dei Contratti per la promulgazione di un Diritto Contrattuale uniforme (PECL). [b] Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali del 19 Giugno 1980. [c] Convenzioni di Vienna [Convenzione de UN sula Compravendita Internazionale di Merci]. [d] I Principi UNIDROIT. [e] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Non si tratta di un elenco tassativo poiché le Direttive Europee ed altri istrumenti si basano nel Diritto di Recesso. Il Diritto di Recesso nasce dalle aspettative infrante dalle parti, e dà origine all'effetto delle obbligazioni, in relazione ad alcune soluzioni che rispondono all'aspettativa infranta del creditore, tuttavia comprese <<in concreto>> (Morales, 2006).

Questo sistema complesso di soluzioni appare di fronte all'inadempimento del debitore, e conferisce al creditore una serie di diritti, come i seguenti: (i) Adempimento o pagamento della prestazione dovuta (ii) Risoluzione del contratto. (iii) Risarcimento per danni. (iv) Riduzione del prezzo (revisione del contratto). (v) Diritto di ritenzione sulla propria obbligazione.

## **1.7. Teoria del *Law and Economics***

Dalla prospettiva del *Law and Economics* è possibile elaborare una teoria del contratto che risponderebbe alla domanda: Perché le promesse devono essere compiute? La maggior parte degli autori che si occupano dell'analisi economico strutturano il contratto sull' autonomia della volontà simile a ciò che occorre nel Diritto dei Contratti tradizionali, tuttavia è possibile indicare una matrice differente tra di loro: L'analisi economico regge il contratto nelle aspettative del creditore.

Senza pregiudicare la esistenza di altre tendenze presenti in questa teoria. Così, per alcuni autori, come Von Mises, Hayek o Nozick, il contratto non solo si basa nell'autonomia delle volontà ma, anche, impedisce che lo Stato intervenga nel contratto –scartando la sua revisione- neanche di fronte a un deficit del mercato.

Pertanto, per Nozick la esecuzione del contratto si fonderebbe all'interno dello Stato minimo (Nozick, 1990). Secondo questi autori è im-

possibile che attraverso del contratto si possano ottenere obiettivi distributivi e redistributivi. Partendo da questo presupposto, anche per Hayek, il Diritto potrebbe riprodurre negativamente la complessità di un'istruzione spontanea data per la società ed il mercato. Di conseguenza, per il presente autore sarebbe preferibile un "deficit di mercato" che all'intervenzione dello Stato. Nonostante, non tutti gli autori della materia di analisi economico sono d'accordo con queste posture, abbastanza radicali, che negano qualsiasi intervento dello Stato nella materia contrattuale.

In base all'analisi economico del contratto non solo è possibile la sua revisione giudiziale, ma risulta essere anche conveniente. Compreso, come si vedrà, il Diritto deve riconoscere l'effettiva inadempienza del contratto ed attribuire i rischi contro l'accordo esplicito delle parti; eppure, gli autori presentano diverse opinioni su questa materia che, anche se possiedono elementi comuni, sono temi di studio e di dibattiti. Finalmente, negli ultimi due decenni è sorta una variante di questa scuola che potrebbe denominarsi economia del comportamento e la neuroscienza, grazie agli autotiri come Daniel Kahneman, David Schkade, Alan Krueger y Richard Thaler (1991). Questa scuola cerca, attraverso del *Behavior Law and Economic*, migliorare le proiezioni del comportamento umano, basandosi nelle scienze relazionate all'economia e al Diritto.

## **2. TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO E LE REGOLE DEL GIOCO**

Secondo la *law and economics* il Diritto dei Contratti fa affidamento a un aspetto positivo, per cui i problemi contrattuali e le diverse figure civili che regolano il contratto devono applicarsi secondo il principio d'efficienza; nonostante, esiste un aspetto negativo, o esclusivo, in base al quale i contratti non costituiscono un mezzo idoneo per ottenere una giustizia distributiva. Ultimante, questa affermazione, sebbene ampia, è stata frequentemente messa in discussione. Di fatto, Bayón sottolinea che lo stesso Posner riconosce che la massimizzazione della ricchezza è di indole strumentale e non funzionale (Bayón, 1994). Tuttavia, esistono tre ragioni per i quali non è preferibile utilizzare i contratti come meccanismi per garantire una giustizia distributiva, si procederà nella spiegazione di questi elementi senza compromettere ciò che è stato detto precedentemente:

- 1) Le aspettative fattibili degli individui si adattano alle aspettative normative tali che, nel caso in cui si proteggessero gli inquilini residenti in alloggi comunali fissando un prezzo massimo di affitto o canone, solo causerebbe la riduzione dell'offerta di sistemazioni basiche –le possibilità di ottenere un guadagno diminuirebbero- e la domanda aumenterebbe –producendo una domanda insoddisfatta-. Ciò accade poiché il Diritto agisce mediante le aspettative normative, al contrario dei contratti che agiscono attraverso le aspettative fattibili, che si procurano dalla reazione degli individui –in questo caso i locatori di fronte alla modificazione della norma per la determinazione del canone massimo-. In questa circostanza, le aspettative fattibili sono pregiudicate dalla determinazione del prezzo massimo d'affitto. Lo stesso occorre, nel caso in cui, una legge aumenta il termine di garanzia nella vendita di un prodotto, per esempio, stabilendo che i produttori si responsabilizzeranno dei possibili difetti dei propri prodotti fino al termine di cinque anni, di conseguenza, dovranno aumentare il prezzo e, ciò che all'inizio era destinato alla protezione del consumatore adesso risulta essere un elemento negativo.
- 2) La intervento nel contratto attraverso una norma di giustizia distributiva cerca di riassegnare le risorse da un gruppo di individui ad altri, in altre parole, dalle persone più benestanti a quelle più povere. Malgrado ciò, il contratto non stabilisce chi è la parte benestante o quella povera. Di conseguenza, in un contratto sia il compratore che il consumatore non devono per forza fare le veci del "contrattante debole", giacché, può accadere diversamente, ovvero, che la parte debole sia il venditore o produttore.
- 3) L' applicazione di norme distributive della materia di contratti nell'ambito economico e non in un'altra, ostacola l'attività in cui si applica questa norma, incentivando un'inversione nell' aree prive di regolazioni. Queste decisioni producono due effetti:
  - a) Un incerto, e talvolta contraddittorio, effetto distributivo
  - b) Un'importante riduzione di ricchezza poiché l'ambito in cui si interviene produce meno ricchezza e, analogamente, poiché le risorse si spostano artificialmente da una parte all'altra, provocando che un'area sia più lucrativa che l'altra, ciò ridurrebbe la formazione di ricchezza.

In tutti i casi, il principio d'efficienza si impiega con le seguenti restrizioni al Diritto dei Contratti:

- c) La regola d'inalienabilità si può basare indistintamente sul criterio d'efficienza o distribuzione. Come accade con le regole paternaliste, nella situazione in cui si proibisce celebrare un contratto dovuto alle considerazioni etiche superiori, come nel caso di non accettare la vendita di organi, o proibire la celebrazione del contratto di compravendita tra coniugi non divorziati giudizialmente, o tra genitori e figli che sono stati sotto patria potestà dei genitori (Calabresi, 1972).
- d) Il principio d'efficienza si applica con più forza nei contratti onerosi che in quelli gratuiti; in più, questi fondano nelle considerazioni distributive.
- e) Nella teoria dei rischi è possibile applicare l'equilibrio naturale come ultima alternativa. Queste restrizioni possono classificarsi come interne.

A continuazione, si analizzeranno soltanto le prime di queste restrizioni. In cambio, la seconda servirà per fondamentare il Diritto dei Contratti, nelle aspettative reciproche delle parti. A sua volta, la terza restrizione sarà abordata nella seconda parte della presente investigazione. Tuttavia, è necessario chiarire che i contratti onerosi sono per il Diritto degni di una maggiore protezione, al contrario dei gratuiti –perché attraverso questi opera il mercato-, ovvero, le norme che lo regolano si basano nel principio d'efficienza; mentre, i contratti gratuiti si fondamentano nelle considerazioni distributive. Ciò si intravede quando in quest'ultimi, gli individui decidono di separarsi di una parte della loro ricchezza a favore di un altro.

In determinate situazioni il Diritto esclude la possibilità di negoziare, mediante una regola di inalienabilità, la quale possiede diverse basi come la intrasferibilità dei diritti delle parti dovuto a considerazioni paternaliste, che possono essere di diversa indole. Secondo Calabresi e Melamed la società può dotare agli individui di diritti inalienabili, come succede con i beni di merito. Di conseguenza, per esempio, la società garantisce al soggetto in questione un diritto minimo o basico alla salute, che non si “può disporre”; codesto diritto si tradurrebbe in prestazioni sanitarie che il titolare non può alienare. Dato ciò, questi autori si pongono la seguente domanda, non è meglio consegnare

all'individuo una quantità di soldi equivalente al diritto che garantisce quella determinata prestazione con l'obiettivo che questi soggetti possano accedere direttamente a tali risorse? (Calabresi, 1996).

Nel Diritto dei Contratti si creano frequentemente norme di carattere proibitive o imperative dei requisiti che regolano la sua struttura.<sup>106</sup> Ma, a parte le norme che strutturano la Legge dei Contratti, esistono altre che limitano o restringono l'esecuzione del diritto. Nel Diritto cileno si possono citare numerosi esempi come: la proibizione di celebrare contratti di compravendita tra coniugi non divorziati perpetuamente o tra genitori e figli soggetti alla patria potestà (articolo 1796), le proibizioni del mandatario nell'articolo 2141, e le incapacità per vendere del articolo 1797 o per vendere e comprare degli articoli 1798 e 1799. Questo tipo di norma possiede due fondamenti:

- a) Si può considerare che le parti non sono in condizioni *ex-ante* di accedere a tutte le informazioni di ciò che può accadere *ex-post*. Per cui, un coniuge *ex post* non avrebbe mai venduto nei termini stipulati con sua moglie o marito, se avesse saputo ciò che avrebbe fatto l'altra persona in un futuro; in quest'ipotesi si presume che le parti non possono "prendere una decisione informata o prevista".
- b) È possibile, anche, che queste particolari incapacità si basino nella certezza che richiede il Diritto dei Contratti per formarsi. In questo senso, le circostanze che restringono queste norme cercano di evitare possibili inganni a terzi, per cui, invece di esigere l'accreditamento di mala fede, come succede, per esempio, nell'azione pauliana, dove proibiscono semplicemente la celebrazione del contratto; di conseguenza, si parlerebbe di transazioni classificate inefficienti, ovvero, di restrizioni che si basano in un criterio d'efficienza (Bayón, 1996).

---

106 Come si vedrà, il diritto a modificare i contratti di comune accordo è una norma di questo genere. Questo si deve al fatto che, anche se le parti si mettono d'accordo nella celebrazione di un contratto immutabile per mutuo consentimento, esse sempre possono modificarlo posteriormente a seconda la propria discrezione. In questo modo, non è possibile creare un diritto a non modificare un contratto per mutuo consentimento. In conformità al sistema giuridico, il diritto delle parti a modificare il contratto per mutuo consentimento è inalienabile.

### 3. ADEMPIMENTO CONTRATTUALE

Codesta questione è molto ovvia per gli avvocati, che neanche è necessario formularla nonostante quando si procede a stabilirla è con l'intenzione di segnalare che ciò si deve a che i contratti nascono dal consentimento delle parti, questa si riconosce come fonte delle obbligazioni secondo il sistema giuridico mediante il principio di autonomia delle volontà. In questo modo, nella misura in cui il consentimento sia libero e spontaneo vincola le parti, in cambio, ciò che si evidenzia attraverso il secondo principio fondamentale dei contratti, il principio della forza dell'obbligatorietà del contratto (*pacta sunt servanda*). Una volta che il contratto nasce alla vita giuridica dà luogo a un'obbligazione, che non può essere alterata per la volontà del debitore, colui che ne ha dato l'origine.

In altri termini, le obbligazioni del contratto sono imperativi a seconda della sua elaborazione, in conformità al processo di formazione che esige il Diritto per la sua nascita, ovvero, deve osservare un processo di negoziazione rispettando la norma (Cooter, 1996). Questo processo è protetto grazie al principio d'uguaglianza delle parti, cioè, solamente attraverso la negoziazione delle parti sulle condizioni in cui stipuleranno il contratto si otterrà un vero contratto. In caso contrario, si otterrà un'altra figura, come uno statuto normativo particolare, però non un contratto. Ciò ha costituito un argomento di discussione sulla validità dei contratti di adesione per la dogmatica civile.

Tuttavia, nel presente articolo si analizzerà la giustificazione teorica del contratto, in relazione alla autonomia delle volontà, e ai traguardi raggiunti da questo principio per l'analisi economico possono condurre a una applicazione abbastanza legittima del Diritto Civile.

#### 3.1. Contratti e incentivi: aspetti giuridici-funzionali

L'analisi economico, come il Diritto Tradizionale, sostiene il Diritto dei Contratti sull'autonomia delle volontà. Nonostante, è indispensabile precisare che l'analisi economico, per lo più, struttura il contratto sulle aspettative del creditore e, specialmente, sulle aspettative delle parti. Come si è visto fino ad 'ora, questo fenomeno si presenta, anche, nel denominato Diritto di Ricorso. Tuttavia, il Diritto dei Contratti risalente al Diritto romano classico, affermava il contratto nella ritualità, nel Diritto romano post-classico e nel Diritto dell'epoca illu-

ministica introdussero il <<pacta sunt servanda>>. Nonostante queste differenze, l'inadempienza di una promessa pregiudicava le aspettative ottenute durante la contrattazione, codeste sono le cause di tutti i contratti -anche, ella mera liberalità-.

Questo tema è un punto di particolare interesse e che, in qualche modo, è accettato anche dal Diritto tradizionale. L'ordinamento giuridico protegge i contratti, in cui entrambe le parti hanno aspettative circa il loro adempimento, in un modo più forte, rispetto a quelli in cui c'è un'unica aspettativa per ognuna di esse. Nella nostra legislazione è facile apprezzare questa differenziazione che è racchiusa nella distinzione tra contratti liberi - in cui solo una parte ha aspettative in merito al loro adempimento - e quelli onerosi in cui entrambe le parti hanno aspettative in merito alla loro conformità.

Il Diritto garantisce o protegge ampiamente i contratti onerosi rispetto a quelli gratuiti, come si può osservare nelle seguenti materie:

- a) L'errore nell'identità della persona opera nei contratti gratuiti, ma secondo la regola generale non invalida i contratti onerosi. In essi la controparte è indifferente, ad eccezione dei contratti fiduciari.
- b) Il ripristino dello sfratto opera generalmente solo su contratti onerosi, negando la protezione dello sfratto a contratti gratuiti.
- c) Per attaccare un contratto gravoso, attraverso un'azione paolina, sono richiesti più requisiti rispetto a quelli previsti per i gratuiti. In questo modo, l'azione paolina per attaccare gli atti onerosi richiede anche la malafede del debitore e del terzo.
- d) La colpa a cui il debitore risponde nei contratti onerosi è lieve, tuttavia, in quelli gratuiti dipende da quale parte è beneficiata dal contratto.
- e) Nella donazione irrevocabile è richiesta l'insinuazione e in più altri requisiti. Come si può vedere in tutte queste tematiche, la corazzatura d'impugnabilità del contratto e la flessibilità dell'autonomia della volontà nei contratti gratuiti è attenuata.

Pertanto, l'ordinamento giuridico non tratta i contratti con aspettative solo per una delle parti allo stesso modo di quelle che presentano aspettative di beneficio per entrambe. Nel *Common Law*, ciò è ancora

più chiaro nella cosiddetta *consideration*. Per mezzo di questo modello sono riconosciuti come contratti solo gli accordi in cui si realizzano operazioni di scambio o affari reali (*bargain*), cioè uno scambio di vantaggi tra le parti contraenti (Dell'Aquila, 1996).

La distinzione tra contratti gratuiti e onerosi è importante anche nell'analisi economica. Il Diritto è più cauto e riluttante riguardo alla stipulazione e all'esecuzione di contratti gratuiti e più esigente con l'impugnazione dei contratti onerosi. Pertanto, come sottolinea Cooter e Ullen, "i tribunali sono stati cauti sull'adempimento delle promesse che non sono state concesse in cambio di qualcosa". In conformità a queste considerazioni è possibile basare il contratto sulle aspettative del creditore, poiché la sua infrazione non riguarda solo questo, ma l'intera società. Ciò è dovuto all'incertezza che verrebbe generata se le persone al momento della stipulazione del contratto non avessero la protezione della legge.

Alla fine, se non vi è alcuna tutela statale, di fronte dell'incertezza dell'adempimento delle aspettative, si ritornerà a un sistema di conformità istantaneo, ovvero, ci sarà la celebrazione del contratto solo attraverso contratti puri e semplici o mediante l'istituzione di un sistema costoso basato sulla "fama". Questa è la vera base teorica del contratto, i contratti non sono obbligatori perché emanano dalla volontà delle parti, ma poiché, non concedere loro la tutela giurisdizionale significherebbe un danno sociale incalcolabile - influisce sul principio di utilità o massimizzazione della ricchezza, anche, indirettamente, al principio di distribuzione-. In questo senso, va ricordato che il contratto non è altro che un modo per ripartire le risorse e nella misura in cui l'adempimento dei contratti è improbabile o incerto, incide il processo di allocazione.

In questo primo aspetto da analizzare, la teoria tradizionale della Diritto non è sostanzialmente separata dall'analisi economico. In entrambi è chiaro che ciò che è legalmente promesso deve essere compiuto; tuttavia, come si è visto, i fondamenti della tutela dello Stato sono diversi. Il fatto che l'esecuzione dei contratti si basi sulle aspettative del creditore ci consente di capire perché il sistema legale protegge più pesantemente i contratti onerosi rispetto a quelli gratuiti. Nei contratti onerosi, le reciproche aspettative consentono lo sviluppo del commercio; d'altra parte, nei contratti gratuiti, le aspettative del creditore sono unilaterali, poiché le aspettative del debitore non esistono, le loro azioni si basano sulla "mera liberalità" o "beneficenza".

In breve, i contratti gratuiti sono una forma di distribuzione di risorse che può essere buona o cattiva, ma che per il Diritto e l'analisi economico non si ispira al principio della libera circolazione dei beni o allo sviluppo del commercio o al principio di efficienza. Per questo motivo, i contratti gratuiti di regola non si basano sull'efficienza, ma su considerazioni di distribuzione, equità o inalienabilità. Un secondo punto da studiare in questa analisi tra Diritto Tradizionale Contrattuale e il *law and economics* sono gli effetti della violazione degli obblighi. In questa materia, l'analisi economica è separata dalla legge tradizionale.

### **3.2. Diritto dei contratti: posture contrapposte**

In questa sezione saranno analizzate le basi teoriche della tutela dello Stato per l'adempimento del contratto e gli effetti delle obbligazioni. Come si vedrà, il contratto dal punto di vista del Diritto Contrattuale Tradizionale, come dal *law and economics* non differisce sostanzialmente, ma entrambi i modi di vedere la legge sono separati attorno all'infrazione delle obbligazioni, poiché, l'analisi economica incorpora il concetto dell'effettiva inadempienza del contratto.

#### **3.2.1 Tutela legale e i contratti**

La protezione giuridica mirata nei casi d'inadempienza del contratto da parte del debitore si basa sulla certezza. A seconda del grado di sicurezza delle parti, nel caso in cui la controparte non rispetti quanto promesso, possono procedere alla protezione della legge può, il mercato funziona. In breve, per le parti del contratto gli è indifferente il comportamento cooperativo della controparte. Gli effetti del contratto sono indipendenti dalla giurisdizione interna del debitore. Pertanto, la volontà delle parti acquisisce vita propria e indipendente dai fattori che l'hanno impulsata, e le parti contraenti non possono ritrattarsi dall'adempire alle obbligazioni ricorrendo alla propria volontà. Il contratto ammette la sua revisione solo in relazione alle volontà che lo hanno originato, da una visione statica, che ora viene chiamata consenso. Perciò, i requisiti per l'esistenza e validità del contratto si dirigono al momento della sua celebrazione, l'ordinamento giuridico non consente al contratto di essere continuamente soggetto a controllo giurisdizionale dovuto ai fattori di certezza del diritto.

La giustificazione teorica della tutela giudiziaria nei contratti rispetta il modo in cui la dogmatica civile ha compreso il contratto, ma dal punto di vista dell'analisi economica la sua giustificazione differisce. Prima di entrare nello svolgimento di questo tema, è essenziale spiegare la necessità di tale tutela. L'analisi economico di solito giustifica la protezione legale del contratto attraverso la teoria dei giochi. Questa teoria ci consente individuare che i soggetti non coopereranno nei loro rapporti contrattuali, se non esistesse una tutela legale, a meno che non dispongano d'informazioni che forniscano loro di fiducia nell'adempimento della controparte.

La teoria dei giochi di solito giustifica la protezione offerta dallo Stato e dal Diritto Contrattuale in un gioco sottoposto alle seguenti regole:

- a) Non esiste alcuna tutela giurisdizionale dello Stato che esiga l'adempimento di quanto promesso (lo quale scoraggerà la possibilità di contrarre in modo differito).
- b) Il gioco si svolge tra due giocatori, che devono decidere se investire in un contratto in modo differito. Nel caso in cui si celebra un contratto in modo puro e semplice -come nel prezzo e nella consegna in contanti nella vendita- non ci sarebbe alcun rischio, poiché gli obblighi di correlazione saranno adempiuti immediatamente e non importa che non vi sia alcuna tutela legale.
- c) La decisione di ciascun giocatore-parte di compiere o non adempiere ha una risposta dalla controparte per compiere-investire o non rispettare ciò che si è stato stipulato (appropriarsi dell'investimento della controparte e non cooperare).

Adesso, si procederà con la revisione del seguente caso: supponiamo che "A" debba decidere se acquistare un'auto pagando il prezzo in contanti a "B", ma con il termine di consegna del veicolo. L'auto per "A" vale 1,0 quindi deve decidere se pagare quel prezzo. Se "A" paga tale importo, "B" avrà le seguenti opzioni:

- a) Cooperare, in questa situazione "A" riceverà l'auto, che è valutata a 1,0, e "B" riceverà 0,5 (1-0,5). Pertanto, "B" vende l'auto perché lo valorizza a 0,5 e con il pagamento del prezzo guadagnerà 0,5.

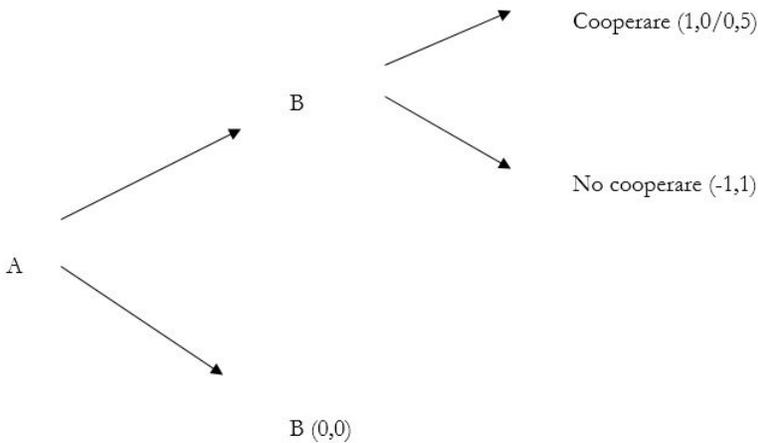
- b) Non collaborare. In tal caso “B” manterrà la macchina e guadagnerà la somma di 1,0, che è ciò che “A” ha pagato. “A”, che è in grado di rappresentare questi possibili scenari, deciderà che, dal momento che non può ricorrere alla tutela legale, se “B” agisce razionalmente, non coopererà, quindi deciderà di non rispettare e appropriarsi della disposizione di “A”.

Questa teoria può essere obiettata dal punto di vista che nelle società primitive in cui non c’era la legge, avvenivano ugualmente scambi; ma ciò conferma soltanto l’importanza del ruolo del Diritto. Questo si verifica, giacché, nelle società primitive ciò che prevale è il baratto -l’adempimento di ciò che si promette non è differito- e la fiducia. Cioè, dal momento in cui “A” è il fratello di “B”, molto probabilmente “B” rispetterà. Ciò conferma la funzione della legge, come alternativa alla fiducia o del “prestatore di fiducia”, poiché la quantità di transazioni che si verificano in una società di questo tipo è molto inferiore rispetto a un’altra in cui non è necessario ricorrere alla fiducia o al baratto come forma maggioritaria di intercambio differito.

Anche questo tipo di contratti, in cui prevale la fiducia, sono cariati. Se abbiamo l’informazione che la controparte è molto affidabile e ci troviamo in una società in cui i diritti non sono esecutivi, la controparte ci farà pagare un prezzo eccessivo per la fiducia (Akerlof, 1970).

In sintesi, la base del diritto contrattuale sarebbe quella di sostituire o garantire un elevato grado di fiducia nel fatto che ciò che era liberamente consentito potesse essere richiesto da una forza legittima. Questo criterio ci consente inoltre di qualificare se la regolamentazione dei contratti è adeguata o meno, dal punto di vista normativo. Ad esempio, date le regole del giusto processo (Figura No 1), i diritti del creditore in materia di conformità sono illusori, il che si tradurrà naturalmente in un diritto contrattuale inefficace e inefficiente.

Figura 1.



In conclusione, il fondamento del Diritto Contrattuale sono compresi in modo simile, sia per l'analisi economica sia per il diritto contrattuale tradizionale. Tuttavia, questi modi di vedere la Legge sono separati nel trattamento degli effetti degli obblighi o della violazione del contratto. Successivamente, la violazione sarà studiata dal punto di vista del diritto e del *law and economics*, che verrà confrontata con la visione tradizionale del diritto contrattuale tipica del dogmatico civile cileno.

### 3.2.2 Effetti generati per l'inadempienza

È in questa parte che l'analisi economica della legge tradizionale si separa davvero. Il nostro sistema legale generalmente garantisce un diritto alternativo al creditore all'esecuzione forzata o alla risoluzione del contratto con un risarcimento danni.<sup>107</sup> Invece, l'analisi economica si concentra sulle aspettative infrante del creditore, che possono portare ad accettare una violazione efficace del contratto. Cotter e Ullen propongono due formule per spiegare l'effettiva conformità dal punto di vista del diritto tradizionale e dal punto di vista dell'efficienza conformità del contratto, che sono analizzate di seguito.

107 Non fa al caso, entrare nei dettagli su questa tema, giacché, come è stato detto, gli effetti delle obbligazioni differiscono nel Diritto cileno

### 3.2.3 Esecuzione Effettiva<sup>108</sup>

Costi dell'adempienza para il promittente o debitore > Responsabilità del promittente o debitore = Incupimento.<sup>6</sup>

Responsabilità del promittente o debitore > Costi dell'adempienza per il promittente o debitore = Adempienza.

In conformità con il modo tradizionale in cui opera il diritto civile, la responsabilità civile contrattuale darà diritto al creditore di risarcire il danno in un importo pari o superiore ai costi di conformità o ai danni che la violazione provoca al creditore. Questi danni potrebbero includere il miglior uso alternativo, che il debitore può dare a causa - come se assegnasse la cosa a un'altra destinazione. La legge dovrebbe interiorizzare tutti i costi di non conformità attraverso la responsabilità civile (regola di responsabilità). Finché ciò accade, la conformità dovrebbe sempre avvenire, solo il debitore non si atterra a non possedere beni o essere in grado di eludere l'esecuzione.

In effetti, l'essenza degli effetti degli obblighi è centrata sul risarcimento dei danni, poiché il rispetto forzato per regola generale - come si vedrà - procederà solo dalla cosa detenuta dal debitore e alla fine il suo regolamento potrà essere deriso; Tuttavia, può darsi che il debitore in violazione, in attesa degli effetti del contratto, sia quello che dà una destinazione migliore all'oggetto e celebra su di esso un atto con una terza parte. In tal caso, anche se il creditore non opta per il rispetto forzato, ma per la risoluzione con risarcimento per danni compensativi non vi sarebbe una migliore ripartizione del diritto a esistere costi di transazione, o nella misura in cui la Corte sopravvalutasse i danni dal primo creditore.

### 3.2.4 Rivalutazione dell'adempienza

Costi dell'adempienza per il debitore > Beneficio dell'adempienza per il recettore de la promessa o creditore = inadempienza efficiente.

Beneficio dell'adempienza per il recettore della promessa o creditore > Costi dell'adempienza per il debitore = adempienza efficiente.

108 L'inadempienza del contratto per l'economia consiste nel prezzo di rispettarlo.

La responsabilità civile, secondo l'analisi economica del Diritto, richiederà non solo la non conformità, ma anche la sua "inefficienza", nel qual caso la responsabilità deve essere uguale al beneficio che la conformità rappresenta per il "creditore". Attraverso questa formula si può rompere efficacemente il contratto ogni volta che i costi per il debitore sono a carico, vale a dire il vantaggio che ottiene dalla rottura del contratto è maggiore del beneficio che la conformità rappresenta per il creditore. In altre parole, il Diritto deve consentire al debitore di dare una destinazione più efficiente alla cosa dovuta, attraverso la negoziazione con un terzo, che potrebbe essere, ad esempio, un secondo acquirente, e compensare il creditore (primo acquirente) del modulo sopra indicato. A questo proposito, si dovranno distinguere diverse situazioni:

a) Affinché il debitore dia una destinazione più efficiente all'oggetto, l'acquisizione del dominio da parte del primo creditore deve essere in attesa di stabilire una condizione, un termine o qualsiasi causa - può anche essere dovuta a negligenza del creditore o del debitore -; ma se il debitore opera la tradizione, non sarà più tale perché avrà adempiuto al suo obbligo (l'obbligo si sarebbe estinto dal suo pagamento) e il modo di acquisire la tradizione opererebbe, quindi non sarà in grado di dare alla cosa una destinazione più efficiente. In quel caso, nella legge cilena, saremmo nel caso di vendere qualcos'altro, che è regolato dall'articolo 1815 del codice civile.<sup>109</sup>

b) L'obbligo di consegna o trasferimento è in sospeso, se nessuno degli acquirenti è entrato in possesso e la consegna è stata fatta a entrambi, sarà preferito quello a cui è stata effettuata la consegna per prima, se nessuno è stato consegnato, secondo l'articolo 1.817 del CC, prevarrà il titolo più antico.

---

109 Questo tema è interessante, e conduce alla seguente riflessione: un ladro potrebbe appropriarsi di qualcosa, venderlo, e compensare al venditore-proprietario, ottenendo in questo modo una efficiente assegnazione di risorse? La risposta è negativa ed è determinata dalle considerazioni etiche superiori e da ciò che stabilisce la norma in questione. Questo si deve al fatto che il secondo contratto non sarebbe mai opponibile al vero proprietario, a meno che agisca la prescrizione acquisitiva del dominio. L'articolo 1815 del Codice Civile stabilisce che: "la vendita di oggetti appartenenti ad altri vale, senza pregiudicare i diritti del proprietario della cosa venduta, purché non siano estinti per il lasso di tempo".

Quello che prevale sul titolo più vecchio, significa che se è presente il creditore più vecchio - nell'esempio il primo acquirente - in questa situazione prevarrà sul secondo acquirente. Secondo il teorema di Coase nel caso in cui i costi di transazione non impediscano la negoziazione tra il primo acquirente e il secondo acquirente, assegneranno il diritto in modo più efficiente. Tale negoziazione avrà effetto, poiché ex ante, il secondo acquirente saprà dell'esistenza dell'articolo 1.817 e negozierà con il primo acquirente. Detto questo, si può notare che, poiché vi sono costi di transazione, la soluzione che fornisce questo problema è l'articolo 1.817 del C.C. È rilevante. In questo modo, anche se le parti assegnano efficacemente il diritto al nuovo acquirente e l'articolo 1.817 supporta tale decisione, è possibile che il risarcimento dei danni a cui la Legge condanna il debitore (venditore) sia tale da impedire l'accordo con il nuovo acquirente.

Pertanto, se il risarcimento dei danni in caso di risoluzione del contratto è superiore al beneficio, che la conformità avrebbe segnalato al primo acquirente, la migliore assegnazione del diritto non avverrà nella misura in cui supera il valore maggiore che esso concede la cosa al secondo acquirente. Per questo, è necessario analizzare, se nel caso in cui fosse impossibile non ottemperare, il beneficio che la conformità avrebbe generato per il primo acquirente, che equivale a un risarcimento per danni compensativi e moratori, è inferiore al beneficio della violazione per il venditore - il costo opportunità da incontrare per il debitore.

Cioè, l'estensione della compensazione deve essere equivalente alle aspettative interessate del primo acquirente e non a beneficio del debitore inadempiente. La stessa conclusione si raggiunge se il secondo acquirente raggiunge un accordo con il venditore con il quale è colui che entra in possesso della cosa. Così, come l'articolo 1.817 del C.C. stabilisce le regole di preferenza, gli avvocati del venditore e il secondo acquirente potrebbero raggiungere un accordo che rende impossibile l'adempimento del contratto per il primo acquirente. Tuttavia, questa soluzione non è definitiva perché un fallimento efficiente si verificherà solo nella misura in cui i tribunali compenseranno solo le aspettative infrante del primo acquirente, perché in caso di sopravvalutazione, gli avvocati del venditore, e infine il secondo acquirente, raccomanderanno di non celebrare il secondo contratto.

### 3.2.5 La determinazione delle aspettative infrante

I tribunali, come indicato, devono essere in grado di determinare in ogni caso le aspettative pregiudicate, che in molti casi non sarà facile da fare. Nel calcolo di cui sopra, possono verificarsi i seguenti scenari:

- a) I tribunali calcolano aspettative più elevate di quelle reali. In tal caso, il debitore, secondo il criterio *ex ante*, sarà inibito dalla violazione del contratto e rispetterà. Affinché sia possibile applicare il principio dell'effettiva violazione del contratto, i tribunali non dovrebbero valutare i danni del creditore oltre i danni effettivi (aspettativa del creditore). La sopravvalutazione dei danni può modificare *ex post* la rinegoziazione di un contratto o incoraggiarne l'adempimento in circostanze in cui è preferibile che non venga rispettato. Nel *Common Law*, questo aspetto è particolarmente rilevante nell'interferenza di responsabilità extracontrattuale o danno in violazione del contratto - questa interferenza è chiamata *Tortious interference* (Mc Chesney, 1999).
- b) I tribunali calcolano aspettative inferiori a quelle reali. In questo caso, il debitore, secondo i criteri *ex ante*, violerà il contratto troppo facilmente. In questo caso, il debitore ricorrerà facilmente alla non conformità, a favore di un altro, che offre un importo superiore alle aspettative danneggiate e sottovalutate del creditore.

### 3.2.6 contratti, inadempienza e responsabilità extracontrattuale

L'analisi economica dei sistemi di responsabilità - sia soggettivi che oggettivi - è stata ampiamente studiata nella responsabilità degli incidenti automobilistici. Molte delle considerazioni fatte dall'analisi economica della Legge, relative alla responsabilità oggettiva nella responsabilità extracontrattuale, sono applicabili in materia contrattuale. Ciò è dovuto al fatto che la responsabilità contrattuale opera in modo molto simile alla responsabilità oggettiva, poiché la violazione di un obbligo contrattuale è considerata colpevole.

Pertanto, in termini di contratti con meno cautela nel contratto principale è la fiducia che si ha nell'adempimento. Nella misura in cui il sistema legale consente una gamma più ampia di possibili motivi di nullità o esenzioni o mitigazioni di responsabilità, il debitore avrà meno incentivi per adempiere al contratto. Il fatto che la Legge sta-

bilisca una gamma ampia o molto ristretta di possibilità per evitare la conformità influirà sulla condotta aziendale e sul livello degli investimenti. Pertanto, se vi sono meno meccanismi per giustificare il default, il creditore effettuerà investimenti e rischi più che se i motivi per consentire il default sono ampi. Quindi il regolamento influenzerà gli estremi - largamente rispetto a cause di inefficienza limitate - con lo stesso rigore della fiducia.

Ma come un'estrema fiducia, un ordine rigoroso nell'adempimento della promessa non è efficiente, poiché il creditore sarà trascurato e non adotterà un livello di assistenza efficiente. Inoltre, la legislazione di queste caratteristiche porterà il debitore a interiorizzare i costi del rigore della legge e del contratto in modo più oneroso di quello efficiente. D'altra parte, lo stesso accade se la legge stabilisce ampi motivi di inefficienza del contratto, nel qual caso il creditore deve interiorizzare i costi del rischio di insolvenza e contrarre in condizioni diverse, adottare garanzie addizionali, espandere gli investimenti fino a quando la conformità non è vera, stipulare un contratto con una parte che ha una buona "reputazione" come adempiente, in questo caso il debitore addebiterà al creditore un sovrapprezzo per tale effetto; in breve, sarà assunto "in modo inefficiente".

#### **4. CONTRATTI E FIDUCIA**

Come notato, la Legge fornisce alle parti la certezza di cui hanno bisogno per contrarre, cioè cerca di garantire che la fiducia non sia un ostacolo alla conclusione del contratto. Ma come nella realtà i contratti vengono violati, quindi la fiducia viene compromessa e le parti incorporano tale possibilità di inadempienza come costo del contratto. L'ordinamento giuridico, nonostante sia un fornitore affidabile, non è in grado di determinare il livello ottimale di fiducia in relazione al rischio, quindi sono le parti a determinarlo. Successivamente, verranno analizzati alcuni aspetti rilevanti della fiducia.

##### **1) I rischi della fiducia**

Uno dei temi più interessanti dell'analisi economica del contratto è la fiducia. Nella misura in cui una parte per qualsiasi motivo si fida dell'altra, si verifica il seguente fenomeno:

Il creditore di cui si fida prende meno garanzie riguardo alla conclusione e all'adempimento del contratto, questo non è necessariamente negativo, dal momento che "spende" di meno in protezione, cioè riduce i costi e, quindi, il prezzo. I rischi della fiducia possono essere della seguente classe:

- a) Alta, ad esempio, quando il contratto non è formalizzato o non viene richiesto alcun parere nella negoziazione del contratto.
- b) Mezzi, se il contratto è formalizzato in qualche modo e viene utilizzato un tipo di consulenza.
- c) Basso, come se fossero usati specialisti e garanzie personali e reali.
- d) La parte che si fida investe negli effetti che la conformità produrrà, poiché ha l'adempimento dell'obbligo, sarà disposta ad assumersi rischi e ad investire in affari collaterali per l'atto o il contratto in sospeso.

Tutto quanto sopra produce che la conformità è più conveniente per chi si fida, ma se ha torto, ovvero se il debitore alla fine non si attiene, la violazione sarà "più costosa". Ciò è evidente, dal momento che le garanzie legali non sono state prese in modo che l'obbligo diventasse esecutivo o rapidamente applicabile. In questo modo, i costi del trust comporteranno perdite per il creditore, che deriveranno dalle spese di investimento e dalle spese post-default (consulenza più costosa rispetto a quando fossero state adottate le garanzie appropriate al momento della negoziazione del contratto, etc..).

## 2) Regola della fiducia ottima

Probabilità dell'adempimento da parte del promittente o debitore X Incremento del valore dell'adempimento causato dalla fiducia addizionale > Probabilità dell'inadempimento da parte del promittente o debitore X Incremento del costo dell'inadempimento provocato dalla fiducia = Maggiore fiducia è, a sua volta, più efficace.

La legge crea incentivi per raggiungere un livello adeguato di fiducia. In questo modo, viene punito un livello di fiducia "eccessiva", che rende difficile dimostrare il danno nelle aspettative di non conformità, impedisce l'uso di alcuni mezzi di prova - come accade negli articoli 1.708 e 1.709 del CC -, aumenta i costi nell'elaborazione del processo - a causa della mancanza di prove e di adeguati meccanismi di esecuzione,

come se non esistesse un titolo esecutivo - o, infine, viene stabilita l'assoluta impossibilità di provare l'esistenza del contratto (come accade se le solennità sono adeguatamente trasgredite tale) e, di conseguenza, dell'obbligo. Il Diritto in questi casi estremi punisce l'eccesso di fiducia causando la perdita della protezione legale.

### **3) Il paradosso della compensazione.**

Cooter e Ullen spiegano questo paradosso come quello prodotto dalla difficoltà di richiedere ad entrambe le parti di internalizzare i benefici della precauzione - che deve essere integrata come costo per il debitore - e dell'eccesso di fiducia - che deve essere interiorizzata come costo per il creditore. Questo paradosso si estende a tutta la Legge e consiste nel sottolineare come far sì che entrambe le parti adottino il livello di assistenza o la conformità ottimale, se il risarcimento deve essere regolato da due principi contrastanti: uno di essi indica che la vittima / debitore deve essere completamente risarcita e in virtù dell'altro: nella misura in cui la vittima / il debitore non si presta la dovuta cura deve sostenere i costi. Cooter e Ullen risolvono questo dilemma confrontando profitti e costi marginali, poiché i costi totali non dovrebbero essere internalizzati. In questo modo, la compensazione comprende i benefici marginali della precauzione che il debitore riceve meno i costi marginali della fiducia del creditore.

## **5. CONTRATTI E RISCHI**

Possibilmente, il contratto è violato non solo da un fatto del debitore, ma può anche verificarsi un caso fortuito o di forza maggiore, in questo caso è necessario analizzare ciò che accade ai rischi. La legge contrattuale tradizionale affronta la violazione accidentale attraverso la cosiddetta teoria del rischio, che mira a determinare chi subisce i rischi del caso fortuito in relazione all'obbligo correlativo che non deve essere determinato dalle parti.

Tuttavia, secondo un criterio *ex ante*, non sarà sempre efficace che tutti i rischi possano essere previsti nel contratto, inoltre, in molti casi sarà efficiente a causa dei costi di transazione che tale allocazione produce che non è così. Per l'analisi economica della teoria del rischio -e persino della teoria imprevista- conduce semplicemente all'analisi del rischio. È il caso di sottolineare che per la legge e l'economia nella

teoria dell'imprevedibilità, i rischi dovrebbero essere assegnati come se fossero fatti in caso di violazione accidentale.

### **5.1.1 Rischi e i contratti: il contratto perfetto**

Per studiare i rischi, all'interno del processo decisionale che influenza i contratti, è necessario fare riferimento al concetto di contratto perfetto. Il contratto è perfetto se prevedete tutti i possibili rischi di non conformità che potrebbero influire su di voi. Pertanto, il contratto perfetto non richiede regole addizionali.

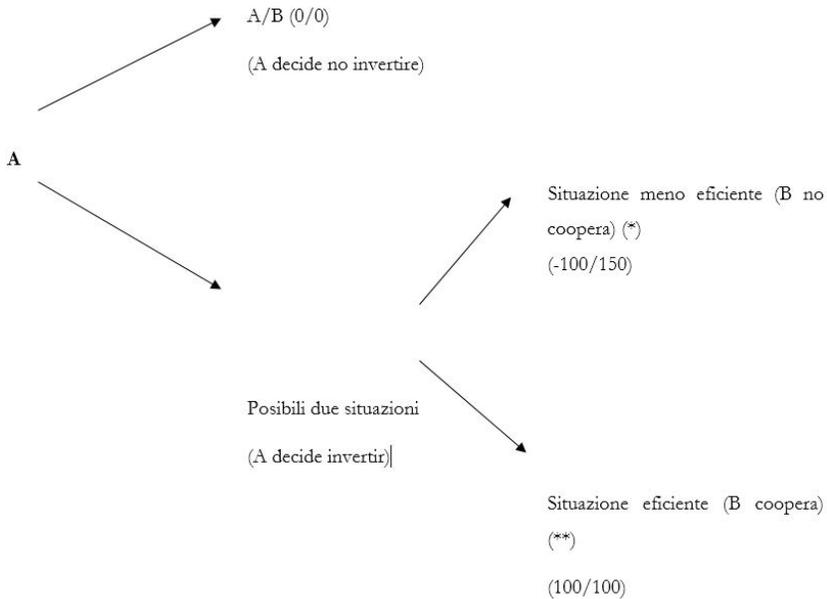
Siamo di fronte a un concetto ideale, come il mercato perfetto, ovvero che le parti sono a conoscenza di tutti i rischi del contratto e i costi di transazione sono inesistenti. Nel contratto perfetto, poiché i rischi sono assegnati, il caso fortuito non influisce sul contratto perché le parti sono in grado di prevedere l'imprevisto ed è già ponderato e assegnato (Ott, 1986).

Nel contratto perfetto le parti assegnano correttamente i rischi e di conseguenza le risorse. Pertanto, data una violazione fortuita, la Legge deve ricostruire il contratto perfetto per ottenere un'allocazione ottimale, ma poiché in realtà ci sono costi di transazione, il rischio verrà analizzato in caso esistano tali costi.

### **5.1.2 La problematica dei rischi**

L'assegnazione dei rischi nel contratto incide sulle obbligazioni che ne derivano. Ad esempio, nella vendita, se l'acquirente si assume tutti i rischi del contratto, dovrebbe acquistare a un prezzo inferiore; D'altra parte, se è il venditore che si assume tutti i rischi, allora è l'acquirente che deve pagare un prezzo superiore per questo. Secondo R. Gertner nei casi in cui le parti non dispongono di tutte le informazioni e si ha un forte incentivo ad avere comportamenti opportunistici, lo Stato deve regolare e scoraggiare tale comportamento. Ancora una volta, è possibile spiegare questo caso attraverso la teoria dei giochi (Figura 2):

Figura 2.



Nel caso presentato da Gertner, si può vedere che le parti non avranno un incentivo a negoziare la situazione (\*), anche se “B” compensa “A”, sarà conveniente farlo solo per un importo inferiore a 50, ma tale somma non è sufficiente per compensare “A”, che richiede una somma superiore a 100. Pertanto, se lo Stato ritiene “B” responsabile di tutti i danni nella situazione (\*) “B” non ottiene più 150, ma 50; quindi confrontando quello scenario con (\*\*), “B” sceglierà di avere un atteggiamento cooperativo, poiché se coopera ottiene 50 ulteriori. Pertanto, in relazione ai costi di transazione, l’attribuzione del rischio effettuata dalla Legge sarà rilevante. Ma l’intervento dello Stato non è sempre desiderabile, ma solo in alcuni casi, come se ci fossero asimmetrie di informazione; che possono essere prodotti mediante occultamento di fatti o informazioni, ex ante (prima del contratto) o ex post (al momento dell’esecuzione del contratto).

L’opportunità ex post si verifica in tutti quei casi in cui una delle parti può imporre, dopo la conclusione del contratto, modifiche abusive. Ciò è molto comune nei contratti in cui una delle parti deve assumere costi sommersi, vale a dire costi che in linea di principio

sono irrecuperabili sul mercato.<sup>110</sup> Tali costi vengono recuperati solo eseguendo il contratto. In questa situazione, la controparte ha a suo favore uno strumento di pressione, se minaccia di violare la parte che ha sostenuto tali costi, di rompere il contratto, se la clausola abusiva non viene rispettata.

Ad esempio, alcuni partner decidono di formare un canale televisivo in Brasile, per il quale devono ottenere l'autorizzazione dal Ministero della Pubblica Istruzione di quel paese. Nella misura in cui una parte investe molto denaro nel progetto, prima della sua approvazione questi sono costi sommersi, dal momento che questo investimento non è recuperabile sul mercato, come potrebbe essere se tali risorse fossero state investite nella costruzione di un impianto per la fabbricazione di merci. Di fronte a questi comportamenti opportunistici e ad altri fallimenti del mercato, Jolls propone che il diritto contrattuale consenta alle parti di stipulare contratti non modificabili, anche previo mutuo consenso successivo.

È anche possibile che l'intervento dello Stato in materia di contratti sia prodotto da asimmetrie informative (Posner, 1998). Pertanto, un buon modello di contratto - o una buona teoria economica del contratto - colmerà le lacune contrattuali, nei casi in cui si verificano asimmetrie informative, il che incoraggerà le parti a non avere un comportamento opportunistico. In caso di malfunzionamento del sistema, le parti devono investire in informazioni per evitare comportamenti opportunistici; ma poiché questi costi sono elevati in molti casi non si verificheranno accordi. Quindi, considera cosa è successo nei paesi dell'ex orbita sovietica alla caduta del muro, per investire in quei paesi devi investire in molte informazioni. Motivo per cui l'analisi economica dei contratti nel fondo cerca che il sistema giuridico incoraggi comportamenti cooperativi.

In questo modo, nella negoziazione del contratto, le spese di informazione sono un costo che diminuirà i benefici, il che potrebbe portare a decidere di non investire. Ma anticipare le situazioni e garantire

---

110 Su quest'ipotesi si produce solitamente una rinegoziazione del contratto dovuto all'incremento del potere di una delle due parti, ciò è denominato secondo l'analisi economica come una minaccia distruttiva che risponde a una promessa esorbitante. Analizzare l'esempio del capitano e della rinegoziazione del contratto con l'equipaggio in Alaska, senza che gli operai abbiano alcuna competenza o il caso del mal samaritano.

responsabilità - attraverso garanzie personali o reali - può generare meno benefici di quelli ottenuti non avendo tutte le informazioni o non prevedendo tutti i rischi. Questo perché le informazioni saranno utili solo nella misura in cui il costo marginale della loro produzione è uguale al vantaggio marginale ottenuto da esse.

Il rischio che le parti assumono nel contratto si riflette nelle obbligazioni sottoscritte. Nella vendita incidono principalmente sul prezzo. Pertanto, ad esempio, se una persona acquista un orologio per strada, a causa dell'insicurezza dell'origine del prodotto e della mancanza di garanzia, saranno disposti a pagare un prezzo che rifletta questi rischi o se viene concluso un contratto di vendita su un terreno, che può eventualmente essere soggetto a una riqualificazione del terreno, il prezzo deve riflettere tale eventualità. Ma sia il prezzo, sia i rischi che una parte del contratto è disposta ad assumersi, dipenderà dalla propensione al rischio di ciascun contraente.

## **6. TEORIA DELLE IMPREVEDIBILITA'/CAUSALITA' ADEGUATE E DEI RISCHI**

La teoria della imprevedibilità per l'analisi economica non è che la determinazione di chi subisce i rischi, dando esattamente lo stesso se il sinistro è a causa di un'impossibilità fisica –come succede con il caso fortuito o per forza maggiore nella teoria dei rischi- o economica –come nella teoria della imprevedibilità. Quindi come è stato detto la teoria dell'imprevedibilità –e, incluso la teoria dei rischi –conduce semplicemente all'analisi dei rischi. Comunque sia come il dogmatico civile distingue queste teorie, dopo aver esaminato le soluzioni che dall'analisi economica del Diritto contro alla teoria dell'imprevedibilità e i rischi, di cui si analizzerà ognuna di esse.

### **6.1. Generalità Giuridico-Economiche**

Secondo l'analisi economica dei contratti, per poter applicare la teoria dell'imprevedibilità né la legge né le parti devono avere regolato, in modo diretto o indiretto, il rischio imprevisto, cioè, la teoria dell'imprevedibilità esige che i rischi non siano precedentemente assegnati da una norma di legge o dalle parti. Scartate queste possibilità, è necessario ricorrere ad un secondo momento nel quale si devono applicare i seguenti criteri di assegnazione:

Deve assumere i rischi la parte che potrebbe evitarli a un minor costo. In questa fase l'assegnazione del rischio ha un limite importante "deve essere razionale", sia dalla prospettiva della sua prevenzione, come dall'importanza del danno a cui si risponde. Sebbene, il rischio sia stato previsto, a minor costo da una delle parti, quest'ultimi non devono essere più alti che la probabilità del danno, Hand Formula. Così, la parte in cui si assegna il rischio può non rispondere del rischio totale, già che può essere stato poco razionale che la parte avesse contrattato a quei termini o di averlo fatto sarebbe stato ragionevole esigere alla controparte un obbligo più gravoso- questo punto si svilupperà in seguito-.

- a) In caso in cui ciò non sia possibile, si deve fare responsabile alla parte la quale è riuscita ad assicurarsi il rischio a minor costo.
- b) Se neanche quanto sopra fosse fattibile, perché, ad esempio, non esiste un'assicurazione delle caratteristiche che richiede il rischio, si deve ricostruire il contratto. Ma il contratto si ricostruisce come se le parti nella sua elaborazione avessero avuto l'informazione necessaria per valutare i rischi (Ott 1986).

Non è il caso di fermarsi nei dettagli in questa materia, nonostante, non è possibile lasciare da parte che se le teorie dei rischi e dell'imprevedibilità sono regolate *dalla lege ferenda*, questi criteri devono essere presi in considerazione. A continuazione, si analizzeranno questi criteri attraverso alcuni casi ipotetici:

- a) R. Cooter e T. Ulen indicano, come un caso di teoria dell'imprevedibilità, una compagnia promette di perforare un pozzo per un proprietario terriero, quello per cui una società promette di perforare un pozzo per un proprietario terriero, ma il trapano si imbatte in una roccia impenetrabile di granito. Il contratto né l'abitudine non dicono nulla di questa situazione e l'adempimento, sebbene possibile, è eccessivamente, onerosa- come se l'azienda dovesse sviluppare una nuova tecnologia di perforazione-, quindi l'azienda si giustifica dall' adempiere il contratto sostenendo la teoria dell'imprevedibilità. In questa situazione, secondo l'analisi economica, il giudice dovrebbe condannare all'azienda perché quest'ultima ha la possibilità di prevedere i rischi al minor costo possibile. Dall'altro canto, di essere impossibile ciò, si dovrebbe analizzare se fosse fattibile stipulare un'assicurazione di responsabilità per l'azienda la quale dipenderà la possibilità di accedere alle informazioni sul

trapano che poteva fallire. Se ciò non fosse stato possibile o non esistessero queste assicurazioni per questo genere di sinistro, si devono regolare i danni mediante una supposizione di come avrebbero contrattato le parti se fossero state a conoscenza del rischio.

- b) Per migliorare l'analisi studierò il classico esempio cileno elaborato da J. López Santa María (1986) sulla teoria dell'imprevedibilità. Una società venezuelana che si occupa di estrazione di petrolio fornirà duecento mila tonnellate di petrolio greggio con i costi di trasporto a carico di quest'ultima a una società cilena; dopo la prima consegna, in modo assolutamente imprevedibile, si chiude il canale di Panama, ciò altera i costi di trasporto della società venezuelana e questo fa sì che economicamente sia impossibile rispettare il contratto, perché- quindi provocherà enormi perdite o addirittura la rottura,-allora è possibile che la società venezuelana sia esonerata dall'adempimento per l'applicazione della teoria dell'imprevedibilità? Secondo l'analisi economica, la società venezuelana è quella che ha potuto evitare i rischi a costi molto inferiori, già che è una società abituata a realizzare questi tipi di contratti e che ha esperienza nei trasporti di petrolio greggio nei paesi della regione. Anche, la società venezuelana potrebbe negoziare una clausola mediante la quale riversa il rischio alla società cilena o all'azienda di trasporto o stipulare un'assicurazione-se ciò fosse possibile.
- c) Altrettanto, si possono analizzare innumerevoli casi, per esempio se un ospedale pubblico decidesse di acquisire mediante un contratto di fornitura un determinato farmaco, che si continua ad utilizzare da vent'anni, da un laboratorio con consegne mensili per un anno. Però, dopo la prima consegna, si scopre un farmaco più efficace ed economico per la cura della malattia. In quel caso, ha diritto l'ospedale di sollecitare l'applicazione della teoria dell'imprevedibilità? In base a quanto è stato detto prima, non ha il diritto perché l'ospedale impone le basi di rifornimento e in esse poteva regolare il rischio, stabilendo la possibilità di offrire diversi prezzi dipendendo dal fatto di chi assume il rischio.

In sintesi, per l'analisi economica, la teoria dell'imprevedibilità non ha un'applicazione differente a quella della teoria dei rischi, quindi si deve assegnare il rischio di imprevisto alla parte che ad un minor costo è riuscito ad evitarlo.

L'analisi economica è un contributo significativo in questo aspetto, poiché mette in discussione la forma in cui si regolano i rischi nel nostro sistema giuridico. Nel Diritto cileno, con applicazione degli articoli 1.550 e 1820 del Codice civile, i rischi sono del creditore. Per valutare questa soluzione, l'analisi economica applica un approccio ex ante in virtù del quale si cerca che la Legge, attraverso la sentenza, assegni in modo efficiente i rischi per casi futuri.

Così, il debitore, che sa che il rischio è assunto da lui, adotterà le misure che tendono ad evitare la distruzione della cosa, che alla fine segnalerà in modo definitivo un beneficio sociale netto (criterio di efficienza); In questo modo, non solo si analizzano le conseguenze della soluzione per il caso concreto, ma le conseguenze della sua soluzione in un certo senso o nell'altro per l'intera società (social welfare).

Sebbene non sia possibile stabilire una soluzione a priori, senza verificare il caso concreto, si potrebbe sostenere che la soluzione adottata dagli articoli 1550 e 1820 del C.C in principio non è efficiente, poiché il debitore, nell'aver la cosa in suo possesso, sarà in una condizione migliore nell'evitare il sinistro o più facile stipulare un'assicurazione sulla cosa in questione.

## **6.2. Diritto civile cileno: pacta sunt servanda e la teoria dell'imprevedibilità/ causalità adeguata**

La dottrina cilena ha effettuato due letture dell'articolo 1545 del C.C: da una parte, ha segnalato che il contratto non può essere modificato per la volontà di uno dei contraenti, ma una parte di essa è andata oltre e ha capito che il contratto si assimila alla legge. Esso porta a una serie di conseguenze, procedendo all'appello straordinario per inflazione della legge del contratto contro la sentenza, che ricade su di essa, e di negare la teoria dell'imprevedibilità (Maza,1942).

La prima posizione sembra essere del tutto accertata, però la seconda è più che discutibile (Mazeaud, 1960).

Questa seconda posizione ha portato una parte della dottrina a segnalare che il giudice non può "rettificare il contratto" e quindi rifiutare l'applicazione della teoria dell'imprevedibilità.

A continuazione, si analizzerà se la teoria dell'imprevedibilità /della causalità adeguata ha un posto nel sistema giuridico cileno. Per far fronte a questa domanda si deve prima studiare se la seconda lettura dell'articolo 1545 del C.C. sia corretta. A tali fini dividerò il trattamento dell'articolo 1545 del C.C. in due parti. Nella prima si indica che "ogni contratto legalmente concluso è una legge per i contraenti". questa disposizione ha la sua fonte mediata nel Digesto (D. 2,14,1) che a sua volta, è servito di ispirazione all'articolo 1.134.1 del Codice, che è il precedente dell'articolo in studio. Il Digesto nella disposizione citata si riferisce alla legge come 'editto', questa parola è servita come base per sviluppare la metafora che assimila il contratto alla legge.

Così aveva inteso L. Claro Solar per il quale il giureconsulto romano, in questa disposizione, utilizza solo una espressione metaforica, che rappresenta il principio della forza obbligatoria del contratto nella sua prima interpretazione. Questa delucidazione era assolutamente necessaria nel Diritto Romano post-classico, poiché nel Diritto Romano classico non obbligavano semplici alleanze (Schulz, 1960). Il legislatore francese non seppe resistere alla bellezza della metafora romana, e assimilò il contratto non alla sentenza, ma alla legge: però non si può dedurre che il contratto sia una legge veritiera. Questa conclusione si vede rafforzata dalla seconda parte del Digesto (D.2,14,1) che afferma: "allora, cosa è così soggetto alla lealtà umana che nel rispetto degli uomini ciò che hanno concordato?"; vale a dire, viene chiarito che solo si sta applicando il principio della forza obbligatoria del contratto in relazione con la prima delle letture dell'articolo 1.545 del C.C. Cileno.

Fermo restando, la seconda interpretazione potrebbe mantenersi in virtù della stesura della seconda parte dell'articolo 1545 del C.C. cileno, che aggiunse, a differenza del Codice civile napoleonico: " e non può essere annullato se non per mutuo consenso o per cause legali" in virtù di questa frase si può capire che il contratto può essere solo modificato dalle parti o dalla legge e mai per verifica giudiziaria. Tuttavia, tale argomento non è convincente, già che la norma fu modificata nei progetti del 1842 e 1847 nei quali si utilizzavano l'espressione " revocato" invece di 'annullato".

Così, recentemente nei progetti del 1853 e inediti appare l'attuale stesura. Questa modifica mette in chiaro che il contratto può essere invalidato, cioè annullato per mancanza di consenso o per cause legali. Comunque sia, la stesura definitiva dell'articolo 1545 del C.C. in nessun modo influisce sulla teoria della causalità adeguata, perché

questa opera sulla struttura del contratto e non comporta la nullità, né la risoluzione, ma precisamente la “verifica del contratto”.

Dall'altra parte, è insostenibile comprendere che Bello o la Commissione di revisione furono rigorosi nella stesura dell'articolo 1545 del C.C. La Dogmatica civile, molto tempo dopo la promulgazione del Codice civile, ha sviluppato una teoria delle inefficienze, che è anche più che discutibile nel Diritto comparato. Per ciò, è difficile che il Codice di Bello volesse realmente evitare revisioni del contratto nell'articolo 1545 del C.C. La norma menzionata non si può applicare letteralmente, perché il suo tenore letterale lo impedisce. Ciò è evidente dal momento in cui il contratto non può essere convalidato per il mutuo consenso, in quanto le parti in nessun caso possono cancellarlo dalla nullità. Non ci dimentichiamo che è chiaro che l'invalidità risponde alla nullità del contratto.

D'altra parte, l'attuale dogmatica è contraria all'interpretazione che è stata fatta in Cile nell'articolo 1545. Inoltre, oggi, questa disposizione è perfettamente spiegabile attraverso la teoria dell'autonomia privata. Gli affari legali, che devono essere intesi come inclusi nell'articolo 1545 del C.C., almeno se viene adottato un ampio concetto di atto giuridico, creano diritti soggettivi e oggettivi. Il contratto può stabilire uno statuto regolamentare esattamente uguale a qualsiasi norma. In questo modo, non è strano che la dottrina civile si riferisca agli effetti regolatori del contratto o del contratto come “creatore di norme”. Ma ciò non significa che il contratto “sia come una legge”. La legge ha un rango superiore rispetto al contratto inteso come raggio normativo e ovviamente nella sua interpretazione si potrebbe concludere che la revisione del contratto è ammessa (Ferri, 2001).

### **6.2.1. La teoria dell'imprevedibilità/ causalità adeguate in cile**

Lasciando da parte la dottrina che sostiene che la teoria dell'imprevedibilità non ha posto per l'interpretazione che si effettua del 1545 del C.C.- che come abbiamo visto è abbastanza discutibile-, inizierò ad analizzare se è fattibile applicare questa teoria in assenza di norma espressa. Per parte della dottrina esso è perfettamente possibile, mediante l'applicazione delle seguenti figure:

- a) Affettazione dei requisiti interni dei contratti. Alcuni autori credono che si possa applicare l'imprevedibilità come conseguenza delle norme che regolano la formazione del consenso nel contratto,

come la causa o la natura onerosa commutativa del contratto. Per i seguaci di questa posizione la causa, intesa come la ragione che induce le parti, non si presenta ai presupposti della teoria dell'imprevedibilità.

- b) Esecuzione del contratto. Per alcuni autori è possibile ricorrere alla buona fede per applicare la teoria dell'imprevedibilità/ causalità adeguate. Dato che i contratti non devono solo essere conclusi in buona fede, ma anche devono essere eseguiti in questa forma, il creditore che esige un beneficio che si è trasformato in 'mostruoso' non agisce in buona fede.
- c) Per altri autori l'obbligo costituisce un dovere di condotta in funzione della esecuzione della presentazione, in tal senso ciò che esige il sistema giuridico alle parti è 'un comportamento' e per determinarlo si deve ricorrere al grado di colpa. In questo modo, se il rischio fosse molto remoto si potrebbe esigere al debitore che risponda a una lieve colpa, vale a dire che una accurata diligenza che un uomo giudizioso userebbe per anticipare situazioni di rischio nei propri affari, come nell'obbligo del beneficiario di restituire. In cambio, se nel contratto il debitore risponde di lieve colpa, come nel commercio, allora il debitore risponderà solo in caso in cui il fatto impensabile fosse possibile di provvedere con l'ausilio che gli uomini impiegano solitamente nei propri affari.
- d) L'equità. Visto che la teoria dell'imprevedibilità non è regolata, esiste un vuoto di legge contro il quale si deve applicare come criterio integrativo l'equità naturale, in conformità con gli articoli 24 del C.C. e 170, n. 5 del Codice di Procedura Civile e al principio procedurale di inescusabilità (Dorr, 1999).

### **6.2.2 Critiche e conseguenze dell' adozione delle anteriori posizioni**

Per sapere se adottare qualcuna delle precedenti posizioni, bisogna studiare le conseguenze dell'applicazione alla teoria dell'imprevedibilità/causalità adeguate e se la base teorica che la sostiene è adeguata, è come dire, il giudice può rivedere il contratto. Pertanto, il giudice deve avere la possibilità di modificare il contratto, regolandone gli effetti o addirittura lasciarlo senza effetto.

### a) Affettazione dei requisiti interni del contratto

Gli autori che seguono questa posizione comprendono che la causa opera come una causa finale immediata, cioè, come il motivo che induce a contrattare (conforme alla teoria francese della causa determinante o impulsiva), anche se parte della dottrina capisce che manca la causa efficiente.

Così accadrebbe quando le parti non potevano prevedere le condizioni future, che trasformarono il beneficio in mostruoso, il che produce il contratto a soffrire di mancanza di causa. Però, questa teoria sembra ignorare che la nullità del contratto dovuta alla mancanza di causa, lo lascia senza effetto retroattivo e impedisce al giudice di ricontrollarlo.

Di fronte a questa obiezione, si può indicare che in questi casi si potrebbe applicare la teoria della nullità parziale. In questo modo, il giudice deve analizzare se la clausola annullata influisce sulle altre clausole contrattuali in modo tale da contaminare l'intera attività legale, presumendo che le parti in tali condizioni non abbiano assunto o si verifichi il contrario e siano interessate solo determinate clausole del contratto.

Ma neanche così, con questa condizione si può applicare la teoria della causa, poiché è un requisito interno dell'atto giuridico che si deve adempiere al momento della sua stesura. Questo è un aspetto importante con il quale deve essere respinta anche la simulazione che alcuni autori hanno fatto tra la teoria dell'imprevedibilità e l'enorme danno.

La sproporzione nell'enorme danno si produce al momento di contrattare, visto che, aumenta successivamente o il valore della cosa diminuisce sproporzionatamente mentre è in sospeso il pagamento, quindi si procede con la teoria dell'imprevedibilità/causalità adeguate.

In questo modo, se esistesse il danno maggiore non potrebbe esserci la teoria dell'imprevedibilità, poiché la sproporzione nei benefici esisteva da molto prima. Lo stesso succede con la causa, in questo modo se si stabilisce un contratto d'affitto di una casa che è destinata alla dimora e successivamente - ad esempio, passati sei mesi - l'affittuario decide di dargli uno scopo proibito dal sistema giuridico, non si può dire che il contratto abbia una causa illecita, ma che vi sarà una violazione degli obblighi dell'affittuario nell'assegnare la casa per uno scopo legittimo, fatta salva la rispettiva responsabilità penale che potrebbe rientrare.

## **b) L'esecuzione dei contratti in buona fede come applicazione della teoria dell'imprevedibilità**

Consiste nel concludersi di questi in modo onorato, ovvero, leale. Per vedere se è possibile adottare questa posizione, si deve determinare se il contraente che pretende la conclusione della prestazione, la quale si è trasformata priva di buona fede nei requisiti del suo credito. In principio, considerare suddetto comportamento in contrasto con la buona fede sembra essere difficile, poi se il cambio nelle circostanze beneficia il debitore- perché rendono l'obbligo meno oneroso, dal fatto che esiste, per esempio, un nuovo modo di trasporto molto economico o se la valuta nazionale sia valutata in un debito in valuta estera-, allora il creditore non può richiedere la teoria dell'imprevedibilità per poterla imporre al debitore che paghi di più e condivida i benefici esterni.

Quindi, sembra chiaro che se il creditore sollecita la conclusione del patto non significa che sia poco leale con il debitore; tuttavia, e accettando che non è così- è per dire, accettando che il creditore nell'esigere l'adempimento non agisce con buone intenzioni – come influirebbe sull'esecuzione del contratto? L'articolo 1558.1° del C.C. che regola la frode in materia di adempimento degli obblighi, però non è applicabile a questa situazione, visto che si riferisce solo alla frode del debitore.

Ciò è dovuto al fatto che in sede contrattuale è difficile immaginare la frode o la negligenza del creditore nell'adempimento, tranne quando si rifiuta nel ricevere ciò che è stato pagato nei residui di stanziamento.

L'altra possibilità di regolare gli effetti della teoria dell'imprevedibilità è capire che nelle ipotesi che lo danno, l'adempimento del contratto costituisce un reato civile<sup>111</sup> (Peñailillo, 2000), ma in tal caso sarebbe meglio ricorrere alla teoria di abuso di legge.

Questa possibilità non può essere adottata nemmeno perché la nostra giurisprudenza è riservata ad applicare questa teoria. Un'altra possibilità, in assenza di una norma espressa che regola le conseguenze di questo presunto atto che agisca in contrasto con le buone intenzioni, è di lasciare la determinazione della portata della modifica del contratto a discrezione giudiziaria, generando un alto grado di insicurezza

---

111 In ogni caso questa è un'ipotesi discutibile per il quale si considera che un fatto generi responsabilità contrattuale e extracontrattuale, in quel caso si dovrà analizzare il diritto di opzione o il cosiddetto accumulo di responsabilità.

nell'adempimento del contratto. In sintesi, l'applicazione del principio dell'esecuzione dei contratti in buona fede alle ipotesi della teoria dell'imprevedibilità ha lo svantaggio di non fissare un criterio retto dell'azione giudiziaria.

Pertanto, in alcuni casi, l'atto del creditore in contrasto con la buona fede potrebbe significare che il beneficio, anche se eccessivo, è parzialmente mantenuto - condividendo i rischi tra il creditore e debitore - e in altri il rischio potrebbe essere assegnato nella sua interezza a una delle parti o in proporzione considerevole. Ma stabilire una linea di demarcazione che permetta distinguere chiaramente i presunti obiettivi a cui si applicano queste conseguenze sembra impossibile attraverso la totale nozione di buona fede. In breve, l'analisi precedente porta alla conclusione che non è possibile applicare la teoria dell'imprevedibilità attraverso il principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti, poiché tale applicazione potrebbe portare a un alto grado di perdita di certezza nella teoria dei contratti senza a scapito di ciò, in Spagna la teoria dell'imprevedibilità viene applicata proprio attraverso questo principio, ma come limite quando agisce il creditore e tale interpretazione non ha portato a generare grande insicurezza del traffico grazie alla sua applicazione restrittiva.

**c) La terza posizione presume che è fattibile attraverso la teoria dell'atto o degli affari legali sia possibile applicare la teoria dell'imprevedibilità, evitando di ricorrere ad essa nella sua totalità per evitare che il Diritto dei contratti perda la certezza giuridica**

Questa posizione, sebbene interessante, è sbagliata. Questi autori comprendono, ad esempio, che si può considerare che la teoria dell'imprevedibilità può essere applicata attraverso il grado di colpa. Il grado di colpa viene utilizzata per determinare se concorre il requisito di imputabilità nell'adempimento del contratto, che ritiene responsabile il debitore per i danni previsti.

Tuttavia, il debitore non risponde mai dei danni imprevisi, a meno che non abbia concordato la responsabilità per tali danni o si sia verificata la frode. Da quanto è stato detto prima, è possibile concludere che il contratto non potrebbe mai essere eseguito, poiché se il danno è imprevisto, deve essere subito dal creditore, cioè non verrà indennizzato. Questa conclusione è errata, perché in questo caso non è opportuno applicare le norme che disciplinano il risarcimento dei danni, ma quelle che regolano l'adempimento forzato dell'obbligo.

In questo modo, il creditore, nel caso in cui si verificano i presupposti della teoria della causalità adeguata, non è interessato a sollecitare la risoluzione del contratto con il risarcimento di danni, ma l'adempimento forzato dell'obbligo con risarcimento moratorio. Questo può essere visto dal classico esempio della teoria dell'imprevedibilità, se a causa di una svalutazione della valuta del 1.000% il debitore che doveva \$ 1.000.000 a 10 pesos, cioè \$ 10.000.000, adesso ha un debito di \$ 100.000.000; quindi non è possibile applicare le regole dei danni diretti previsti, ad esempio, è possibile che il dollaro nel peggiore dei casi per il debitore raggiunga \$ 10,4, quindi dovrebbe essere un danno per \$ 14.000.000-, ma le regole di conformità forzata, ovvero il creditore richiederà il pagamento di \$ 100.000.000.

#### **d) La quarta posizione applica l'equità naturale all'adempimento del contratto**

L'applicazione dell'equità al contratto è assolutamente contraria alla sua logica, poiché si basa su un criterio di giustizia commutativa, invece, l'equità è un concetto proprio di Giustizia distributiva. In tal senso, l'applicazione di questo brocardo alla teoria dell'imprevedibilità porta a un accordo "equo" del beneficio colpito dal fatto imprevedibile. In questo modo, il danno sarebbe ripartito "equamente tra le parti", in linea di principio significherebbe che, salvo qualche considerazione speciale, il rischio sarebbe diviso nel 50% per ciascuna. Pertanto, applicando questa condizione all'esempio precedente, il debitore deve pagare \$ 50.000.000, in questo modo il rischio - e il beneficio / danno - sarebbero distribuiti equamente, il debitore non sarebbe tenuto a pagare \$ 100.000.000, ma 50.000.000 e il creditore potrebbe solo richiedere \$ 50.000.000.

Ma questa interpretazione è anche insicura per la certezza richiesta dal contratto, poiché il giudice potrebbe considerare che i rischi in realtà dovrebbero essere distribuiti in un'altra proporzione perché una parte stavano in condizioni migliori per prevedere il rischio o ha contratto un obbligo esterno, ad esempio, in dollari o qualsiasi altra causa simile. Tutti questi criteri potrebbero essere considerati come equi in relazione a una situazione particolare, tuttavia, aggiungerebbero grande incertezza all'adempimento del contratto che potrebbe influenzare seriamente lo scambio di beni; nonostante, come si vedrà, questa posizione non dovrebbe essere scartata del tutto, specialmente nei casi privi di legge.

Tuttavia, è difficile applicare nel sistema giuridico cileno la teoria dell'imprevedibilità attraverso le teorie precedentemente sollevate, tranne, forse, applicando il principio di Buona fede o eccezionalmente equità. Ma questo non è consigliabile perché nessuna di queste posizioni consente di stabilire regole chiare intorno alle conseguenze del giudizio che accoglie questa teoria. Tuttavia, questa valutazione è inconcludente: è ora necessario analizzare se de *lege ferenda* è appropriato per adottare questa teoria.

D'altronde, è difficile applicare nel sistema giuridico cileno la teoria dell'imprevedibilità attraverso le teorie precedentemente sollevate, tranne, forse, mediante l'applicazione del principio di Buona fede o eccezionalmente l'equità. Ma ciò non è consigliabile perché nessuna di queste condizioni consente di stabilire chiare regole intorno alle conseguenze del giudizio che approva questa teoria. Tuttavia, questa valutazione non è concludente: ora è necessario analizzare se de *lege ferenda* è conveniente adottare suddetta teoria.

### **6.2.3 Teoría dell'imprevedivilita' / causalita' adeguate: riflessioni**

La revisione giurisdizionale del contratto crea una grande incertezza nel suo adempimento, è fondamentale ricordare che lo sfondo storico di questa figura è la *clausola rebus sic stantibus* che ha portato giusto a questa situazione, che a sua volta come conseguenza l'ha trascinato nel dimenticatoio tra i fini del XVIII secolo e inizio XIX secolo. In questo senso, il caso argentino è suggestivo, che ha accolto presto questa figura - attraverso la modifica dell'articolo 1.198 del suo codice civile con la legge 17.711 del 1968 - in termini generalmente accettati dalla dottrina; ma che nelle parole dell'autore cileno C. Illanes la sua applicazione da parte dei tribunali ha completamente sfigurato il senso e lo scopo della legge (Illanes, 1999). Per quanto riguarda le critiche - a mio avviso giustificate - che questa teoria possa influire sulla certezza nell'adempimento degli obblighi contrattuali, la sua accettazione dipende piuttosto dai criteri con cui i tribunali l'applicano.

In breve, per quanto riguarda la convenienza del suo regolamento, si possono individuare le seguenti conclusioni:

- a) L'esperienza dei diversi paesi che hanno adottato questa teoria - via giurisprudenziale o legale - non coincide nel mettere in pericolo il principio della sicurezza del diritto<sup>112</sup> 10. Lo si vede dal confronto tra il Diritto spagnolo e quello argentino. Da questi casi ne consegue che non necessariamente la regolamentazione per legge di questa figura garantisce un rischio inferiore di ampia applicazione della teoria dell'imprevedibilità.
- b) In ogni caso sembra meglio stabilire criteri restrittivi per l'applicazione di questa teoria, altrimenti la sua ampia applicazione potrebbe influire sulla certezza giuridica che il Diritto dei Contratti richiede. In ogni caso, è consigliabile limitare questa teoria a casi eccezionali di imprevedibilità reale, che, come abbiamo visto, non sono comuni.
- c) L'analisi economica è un potente meccanismo per applicare questa teoria, ma attraverso una riforma che deve essere estesa anche alla teoria dei rischi. Il sistema di Diritto Continentale in questo senso può costituire un limite importante all'applicazione di questa teoria economica al campo del Diritto, non solo perché implica una conoscenza tecnica dei giudici, ma soprattutto a causa della rigidità dell'applicazione del diritto nel diritto continentale (Kirchner,1991).

### 6.3. Teoría dei rischi in Cile

È perfettamente possibile applicare l'analisi economica dei contratti nella teoria del rischio, secondo un atteggiamento positivo in alcuni casi, senza la necessità di apportare modifiche al nostro Diritto positivo. Per fare questo, quindi, si studierà la teoria del rischio nella Diritto cileno.

Per il Diritto francese, che il rischio sia del creditore è una consacrazione dell'aforisma romano che le cose periscono per il proprietario (*res perit domino*). Questo è dovuto perché tale Legge il creditore è il proprietario della cosa dalla sottoscrizione del contratto perché i diritti reali nascono dai contratti. Il codice civile cileno avrebbe adottato la stessa soluzione dell'articolo 1.138 del codice, nei suoi articoli 1.550 e 1.820 senza ulteriori riflessioni, quindi, se si applica il suddetto aforisma romano, il rischio dovrebbe essere del debitore e non del creditore.

---

112 Ciò nonostante, un numero rispettabile di autori si pronuncia a favore della loro consacrazione attraverso una legge.

Questo perché nella nostra Legge il debitore rimane proprietario fino a quando la tradizione non opera. Con l'applicazione dell'articolo 1.820 i rischi di perdita accidentale della cosa dovuta ricadono nel compratore che, inoltre, di non avere il diritto di esigere la cosa per aver operato tale modo di estinguere gli obblighi, deve pagare integralmente il prezzo della vendita. Questa critica, diffusa qualche tempo fa, fortunatamente, è stata dichiarata ingiusta e inesatta. È molto importante notare che questa conclusione è tratta dalla semplice lettura del lavoro di Claro Solar.

Bello avrebbe applicato negli articoli 1550 e 1820 non il massimo che le cose periscono per il proprio proprietario, ma la regola *perit emptoris*. Nel diritto romano non era efficace applicare, nel caso della perdita accidentale della cosa nella vendita, l'assioma che le cose periscono per il proprietario. Ciò era dovuto al fatto che gli obblighi contrattuali per il diritto romano non erano collegati tra loro; quindi, estinto un obbligo per un evento di forza maggiore, non influenzava l'obbligo correlativo, che era totalmente indipendente dall'obbligo estinto (Rovira, 1996).

Questa era la posizione di Pothier e degli autori che si basavano sulla Diritto naturale, come Puffendorff. La stessa opinione conteneva la maggior parte dei classici francesi. Per questi autori, se il contratto fosse nato e fosse stato perfetto, non poteva essere toccato nella sua integralità semplicemente perché l'obbligo di una delle parti era estinto accidentalmente. In tal senso, all'interno di questa logica era possibile influenzare l'integralità del contratto con nullità o risoluzione che non si applicano a questa ipotesi. In breve, come sottolineava Claro Solar ed attualmente Elorriaga, la critica a Bello non è giusta, sottolineando che avrebbe erroneamente tradotto la regola che le cose periscono per il proprio proprietario del Diritto francese a quello cileno. Nonostante quanto precede, ciò non impedisce di ricontrollare la posizione adottata dal diritto civile cileno. In principio, dato il numero di eccezioni a questa regola, non è per niente chiaro se la regola generale sia la *res periti creditori o res periti debitori*.

Dall'altro canto, dal punto di vista nettamente civile dal vincolo reciproco degli obblighi nei contratti per mezzo della risoluzione-che, senza dubbio, è uno dei più notevoli contributi del Diritto Canonico al Diritto civile –e la causa- che sanziona l'assenza di causa negli obblighi reciproci con la nullità-non si può rinnegare che gli obblighi sono vincolati tra di loro in relazione ai propri effetti e requisiti di validità ed esistenza.

Le obbligazioni correlative sono collegati e questo può essere chiaramente visto nella violazione degli obblighi, che dà luogo alla risoluzione del contratto ad eccezione del contratto non adempiuto o nella teoria della causa. In questo modo, il fatto che un'obbligazione perisca accidentalmente- senza colpa del debitore - deve influenzare l'obbligazione correlativa, sebbene sia necessario chiarire che non siamo di fronte ad un caso di nullità o risoluzione dell'obbligazione o del contratto. Questa prima obiezione ha semplicemente lo scopo di comunicare che è possibile arrivare ad una conclusione, che i rischi sono a carico del debitore, senza quindi abbattere l'intero diritto civile.

Il secondo aspetto è fondamentale e ha a che vedere con l'obiezione dell'equità o della legge naturale. Se nel caso fortuito non è possibile applicare nessuno dei criteri di efficienza indicati nello studio dell'analisi economica e delle teorie del rischio e dell'imprevedibilità, invece di imporre arbitrariamente il rischio a una o all'altra parte, è molto più equo dividerlo in parti uguali. In questo modo, se la teoria del rischio opera in uno dei casi non regolati dal codice civile, il creditore deve compiere metà dell'obbligazione correlativa o il peso della conformità con l'obbligazione correlativa sarà distribuito equamente.<sup>113</sup>

Anche se non è il caso di analizzare i diversi casi in cui si discute se si applica l'articolo 1.550 del C.C. Mi fermerò agli obbligazioni di fare e non fare. La dottrina discute se la disposizione indicata possa essere applicata agli obblighi di fare e non fare. Ciò che è chiaro è che esiste un vuoto di legge, poiché gli articoli 1.550 e 1.820 si applicano solo alle obbligazioni di una determinata specie o organismo. In considerazione di ciò, si potrebbe concludere che, dal momento che si trova di fronte a un vuoto di legge, medesime norme devono essere applicate per analogia; Tuttavia, questa condizione dovrebbe essere scartata, in quanto non è chiaro quale sia la regola generale in termini di rischio.

Ciò è dovuto alle tante eccezioni in cui i rischi ricadono sul debitore, che potrebbe concludersi- come la fa una parte importante della dottrina- che la norma generale è quella inversa, ovvero, che i rischi sono del debitore. Di fronte a questo approccio l'unico che rimarrà sarà ricorrere all'articolo 24 del C.C. e in particolare all'equità naturale come criterio integrativo e permettere che il giudice possa stabilire

---

113 Questa materia merita un'analisi molto più dettagliata di quella precedentemente sposta, il quale ha come obiettivo proporre nuove soluzioni in conformità al Diritto e proporre modifiche della *lege ferenda*.

una regola giusta per il caso concreto. Per ciò, la soluzione dipenderà dalle particolarità del caso che si presenta.

In questo senso il giudice può applicare come criterio d'equità la divisione del rischio in parti uguali o in una particolare proporzione del rischio- nella misura che i precedenti del caso lo meritassero- Ma il giudice potrà risolvere in linea al principio di efficienza e applicare i criteri segnalati nell'analizzare la teoria del rischio in base all'analisi economica. Cosicché il giudice potrà utilizzare il principio di efficienza tenendo presente lo spirito generale della legislazione, in linea all'articolo 24 del C.C. e al principio della responsabilità contrattuale.

## 7. CONCLUSIONI

Di ciò che è stato segnalato, si ottiene l'esclusione della interpretazione sostenuta tradizionalmente dalla dottrina civile intorno al principio della forza obbligatoria del contratto, in conformità a ciò che è stato indicato nell'analizzare l'articolo del C.C. Il principio della forza obbligatoria del contratto non è un ostacolo per consentire la revisione del contratto, e poter interpretarlo e integrarlo in base al principio di efficienza. L'interpretazione proposta dall'articolo 1545 del C.C. ha anche alcune conseguenze importanti intorno al Diritto Tradizionale, poiché potrebbe permettere l'applicazione della giurisprudenza della teoria dell'imprendibilità. Comunque sia è raccomandabile della legge ferenda non solo la fissazione di criteri chiari per la revisione giudiziaria del contratto ma aver la possibilità di modificarlo contro le parti e permettere che quest'ultime possano sottoscrivere contratti ' non modificabile per reciproco consenso' in linea a ciò che è stato detto precedentemente:

- a) Si deve modificare l'interpretazione dell'articolo 1545 del C.C. che assimila il contratto della legge. Da quanto studiato qui si può concludere che l'articolo 1.545 del C.C. non è un ostacolo all'applicazione della teoria dell'imprendibilità, ma ciò che rende difficile applicare medesima teoria è la mancanza di rigore delle soluzioni suggerite e i rischi di aumentare la mancanza di coerenza del diritto privato. D'altro canto, esiste il pericolo che se la revisione non ha un adeguato supporto teorico, può generare soluzioni inefficienti o, peggio ancora, influire sulla certezza. L'analisi economica del Diritto in questo ambito permette la revisione del contratto, in conformità con i principi di efficienza in primo luogo e di equità in ultimo.

- b) L' applicazione dell'analisi economica non mette in pericolo la certezza del Diritto dei Contratti. Incluso, si possono sviluppare teorie più elaborate applicabili a casi speciali, come quella sostenuta da Jolls. Per l'ideatrice il sistema giuridico deve prevedere la possibilità che le parti possano accordare di stipulare contratti non modificabili, anche per mutuo consenso. Come nel Diritto Continentale e anche il Diritto Comparato si applica l'aforisma: ' le cose si disfanno e si fanno' in questo modo, le parti che accordarono una clausola di queste caratteristiche possono lasciarla senza effetto. Ma Jolls sostiene che questo è solo un criterio cronologico che deve ammettere eccezioni.

In realtà, può essere che una modifica consentita contrariamente a ciò che si sostiene dalla letteratura in materia dell'analisi economica diminuisce il benessere sociale. Succede dal momento in cui una parte a cui la violazione genera costi maggiori - perché, per esempio, deve ricevere una macchina con la quale fabbricherai alcune merci per un ordine importante che, se non rispetti, comporterà perdite ingenti - verrà ricattato dalla controparte per accettare una modifica del contratto che in altre circostanze non accetterebbe.

- c) Meno rigidità dell'analisi economica attorno all'adempimento letterale di quanto stipulato dalle parti. Nell'assegnazione dei rischi non è sempre ottimale la distribuzione. Per esempio può succedere che una parte abbia assunto un rischio più economico di quello assegnato alla sua controparte. Ciò può realizzarsi quando il processo di negoziazione non è stato efficiente, come accade se i costi di transazione sono elevati. Quindi potrebbe essere che per la parte "A" sia più economico assumersi i rischi perché ha più informazioni o semplicemente perché può negoziare meglio con una compagnia di assicurazioni.

Se i rischi gli assumesse "A", pagherà un premio di \$ 40, invece, se gli assumesse la controparte "B", pagherà \$ 2.000. Come indicato da Coase, anche se viene assegnato il rischio dal Diritto a "B", nella misura in cui non ci siano costi di transazione, "A" sarà disposto a sostenere i costi se "B" compensa qualsiasi importo che superi \$ 40 e meno di \$ 2.000, che presumibilmente "B" sarà più che disposto a fare, ma potrebbero esserci costi

In questo caso “B” non sarà disposto a pagare ad “A” \$ 2,040 per l’assunzione dei rischi e si arriverà alla soluzione inefficiente che “B” assuma i rischi. Ciò potrebbe accadere se, ad esempio, le condizioni preferite del premio “A”, se conosciute da “B”, possono causare gravi danni commerciali a causa della gestione strategica delle informazioni. In questo caso è preferibile che il sistema legale ridistribuisca i rischi e li faccia cadere su “A” e non rispetti quanto concordato dalle parti. In questo caso, ex-ante le parti che conoscono la norma legale non faranno cadere i rischi in “B”, ma piuttosto in “A” (“A” si assumerà i rischi nel negoziare con “B” senza fornire le informazioni sul perchè gli conviene assumere quel rischio). Ciò equivale a sottolineare che il sistema giuridico dovrebbe disciplinare il contratto come avrebbero fatto le parti se avessero posseduto tutte le informazioni o nell’esempio se non vi fossero stati costi di transazione.

Con le opere che ho scritto su contratti e analisi economiche ho cercato di fornire un supporto teorico al contratto e alla sua revisione da una prospettiva coerente. Tale supporto teorico non può non affrontare i casi di controllo giurisdizionale del contratto - o da una prospettiva più tradizionale le eccezioni dell’applicazione della forza obbligatoria del contratto -. È il caso di sottolineare che questa teoria del contratto affronta il più potente fantasma che il diritto privato deve affrontare, così come la perdita di coerenza di fronte a tutte le materie che fanno eccezione all’applicazione dei suoi principi fondamentali: l’autonomia della volontà, l’uguaglianza delle parti e la forza obbligatoria del contratto. Ciò diventa evidente se viene analizzato l’ampio elenco di argomenti che fanno eccezione alla teoria tradizionale del contratto. Per evidenziarne alcuni, si possono indicare le seguenti:

- a. Teoria dell’imprendibilità.
- b. Le condizioni generali dell’impegno.
- c. Arricchimento ingiusto.
- d. Teoria della tutela del consumatore.
- e. Nuovi argomenti come l’illecito atipico di Manuel Atienza e Juan Ruiz, ecc.

In breve, una teoria coerente dei contratti evita l'esistenza di un amalgama di micro-regolamentazioni che invece di indurre gli appaltatori ad agire conformemente alle norme esistenti, creano una tale confusione che aumenta l'incertezza nell'esecuzione del contratto e dei suoi costi di transazione. La nostra legge ha il vantaggio che, dopo aver ritardato l'applicazione di questi regolamenti particolari, è possibile affrontarli in base allo stesso supporto teorico. Ma l'analisi economica dei contratti non può essere applicata solo da *lege ferenda*, ma può essere applicata dai dati di legge, in quanto si è basata sulla teoria dell'imprevedibilità e sulle ipotesi della teoria dei rischi non espressamente regolate dal Codice civile.

## 8. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ackerman, B. (1996). Law, Economics and the Problem of Legal Culture. *Duke Law Journal*, N° 6, pgs. 929-947.

Barcia, R. (2004). *Los Efectos de las Obligaciones desde la Perspectiva del Análisis Económico*. Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales: Santiago de Chile, pgs. 127 a 167.

Betti, E. (2000). *Teoría del negocio jurídico*. Granada: Comares, pp. 57 y 58.

Calabresi, J. (1994). Eficacia e inalienabilidad. *Cuadernos Doxa*, N° 15-16: Madrid, p. 972.

Calabresi, J. (1996). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. in *Harvard Law Review*, vol. 85, N° 6, 1972, pp. 1.089-1.128.

Flume, W. (1998). *El Negocio Jurídico*. Madrid, España, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 582-586.

Fried, C. (1996). *La obligación contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 45-61.

Galgano, F. (1996). *Atlas de Derecho Privado, Comparado*. Fundación Cultural del Notariado: Madrid, p. 181.

George, A. (1970). The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3., pgs. 488-500.

Gilmore, G. (1974). *The death of contract*.

Jolls, C. (1997). Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification. *Journal of Legal Studies*, p. 234.

Kahneman, D.; Knetsch, J.; THALER, R. (1991). The endowment effect, loss aversion, and status quo bias. *Journal of Economic Perspectives*, pp. 193-206.

Kirchner, C. (1991). The Difficult Reception of Law and Economics in Germany. *International Review of Law and Economics*, p. 292.

Larens, K. (1956). Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos. *Revista de Derecho Privado*.

Larrarín, H. (2002). *Teoría general de las obligaciones*. Lexis Nexis, Cono Sur: Santiago, p. 234.

Luhmann, N. (1997). *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. ICE de la Universidad de Barcelona *Pensamientos Contemporáneos*, Ediciones Paidós: Barcelona, p. 60.

Mazeaud, L; Mazeaud, J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, Parte Segunda, Vol. III, p. 6.

Mc, Chesney. (1999). Tortious Interference with Contract versus ‘Efficient’ Breach: Theory and Empirical Evidence. *Journal of Legal Studies*, vol. XXVIII, University of Chicago Press, pgs. 136-140.

Morales, A. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Editorial Thomson Civitas: Navarra, pgs. 34 y 35.

Nozick, R. (1990). *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica.

Peñailollo, D. (2000). La Revisión Judicial de Obligaciones y Contratos en la Reforma del Código Civil. *Revista de Derecho*, Concepción: Chile, nº 208, p. 233.

Posner, R. (1992). *Economic Analysis of Law*. United State of America, Little, Brown and Company, pp. 180-182.

Posner, R. (1998). *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica: México, pp. 175-175.

Roviera, F. (1996). *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*. Editorial Civitas, S.A.: Madrid, p. 35.

Schafer, H.; Ott, C. (1986). *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Tecnos S.A.: Madrid, pp. 279-306.

Zweigert, H; Kotz, H. (2001). *Introducción al Derecho Comparado*. Oxford University Press: México, p. 550.

**Recibido:** 10/07/2019

**Aprobado:** 18/11/2019

**Rodrigo Barcia Lehmann:** Profesor principal de la Universidad Finis Terrae

**Correo electrónico:** rbarcia@uft.cl