

**BUONA FEDE CONTRATTUALE E COMPORTAMENTI  
APPARENTEMENTE IRRAZIONALI**

***GOOD CONTRACTUAL FAITH AND APPARENTLY IRRATIONAL  
BEHAVIOUR***

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 396-415*



Giovanni CINÀ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de febrero de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

**RESUMEN:** L'articolo indaga il ruolo della buona fede contrattuale all'interno dei diversi modelli giuseconomici. Da una originaria esclusione, dovuta sia agli strumenti tipici dell'analisi economica sia alla mentalità intrinseca del common lawyer, si assiste ad una sua "rivalutazione" non solo grazie alla sua associazione con la reasonableness, ma anche in virtù delle nuove scoperte nel campo delle neuroscienze e dell'economia comportamentale.

**PALABRAS CLAVE:** Buona fede; ragionevolezza; abuso del diritto; irrazionalità; law and economics.

**ABSTRACT:** *The article investigates the role of contractual good faith within the different Law & Economics models. From an original exclusion, due to both the typical tools of economic analysis and the inherent mentality of the common lawyer, there is a "reassessment" of it not only due to its association with reasonableness, but also by virtue of new discoveries in the field of neuroscience and behavioural economics.*

**KEY WORDS:** *Good faith; reasonableness; abuse of right; irrationality; law and economics.*

**SUMARIO.- I. IL CONCETTO DI BUONA FEDE NELLA PROSPETTIVA GIUSECONOMICA CLASSICA.- II. LA NEUROECONOMIA E LA SECONDA ONDATA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO.- III. PROMUOVERE LA COOPERAZIONE ATTRAVERSO LA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE.- IV. IL DOVERE DI BUONA FEDE NEGLI STATI UNITI NELLE RIFLESSIONI APOLOGETICHE DELLA DOTTRINA. I NUOVI DUBBI DELL'ECONOMIA COMPORTAMENTALE.- V. BUONA FEDE E RAGIONEVOLEZZA.- VI. CONCLUSIONI.**

---

## **I. IL CONCETTO DI BUONA FEDE NELLA PROSPETTIVA GIUSECONOMICA CLASSICA.**

La sola ipotesi che l'analisi economica del diritto potesse avallare l'introduzione di un dovere generale di buona fede nel diritto dei contratti poteva apparire, fino a non molti anni or sono, una vera provocazione. Com'è noto, il movimento di law and economics nacque con l'intento manifesto di coniugare gli studi del diritto con le elaborazioni scientifiche dell'economia, vista sovente come disciplina in grado di orientare il giurista verso soluzioni dotate di maggior rigore scientifico e, soprattutto, di confortarlo con l'ausilio di strumenti certi e quantificabili. In questo contesto, appare evidente come qualsiasi clausola generale di comportamento, con le caratteristiche di flessibilità e genericità che la connotano, potesse risultare in patente contraddizione con una visione "matematica" delle regole giuridiche, e ciò a maggior ragione si verificava con riferimento all'idea di buona fede la quale, oltre a scontare i vizi d'origine di ogni clausola generale, doveva per di più fare i conti con l'ostracismo che il diritto di matrice angloamericana da sempre le riservava.

Non può dubitarsi, inoltre, che i primi studi giuseconomici mostrassero sintonia con modelli di pensiero liberale, in cui il mercato poteva autoregolarsi ed il diritto dei contratti doveva plasmarsi attorno ad esso senza interferire; anzi le stesse norme del contract law dovevano essere disegnate, in quest'ottica, quali strumenti di incentivo per i contraenti, razionali ed antagonisti, a dare esecuzione alle obbligazioni contrattuali volontariamente ed espressamente pattuite. Una simile visione ottocentesca del diritto dei contratti certo non ha persuaso la totalità degli studiosi di analisi economica del diritto, la quale ha espresso al proprio interno varie anime diversamente orientate, ma ha rappresentato probabilmente il segno distintivo di una generazione di giuseconomici, inclini a considerare certamente proficua la cooperazione tra le parti, ma solamente nei limiti in cui essa rispondeva a criteri di efficienza individuale. Ben nota è la fallacia della supposta perfezione del mercato, il cui riconoscimento ha ad esempio indotto ad un ripensamento delle regole di responsabilità precontrattuale e ad una rinnovata attenzione per le situazioni di asimmetria informativa tra le parti.

• **Giovanni Cinà**

Ricercatore in Diritto privato comparato, Università degli Studi di Padova. E-mail: giovanni.cina@unipd.it.

Come si vedrà in seguito, una seconda fondamentale premessa su cui si reggeva l'impianto teorico del diritto contrattuale classico nella prospettiva giuseconomica, e cioè la tendenza alla massimizzazione degli interessi individuali da parte dei contraenti<sup>1</sup>, ha resistito fino ad epoca recente, ed in particolare fino alla c.d. seconda ondata di law and economics parallelamente all'emersione degli studi di neuroeconomics. Tale circostanza offre una ulteriore spiegazione del disinteresse che gli studi di analisi economica hanno mostrato per il concetto di buona fede contrattuale, pur nel quadro di una tangibile attenzione per il diritto dei contratti in generale. Quest'ultimo è stato considerato quale strumento di promozione dell'efficienza degli scambi, da raggiungere attraverso la previsione di regole certe e precise<sup>2</sup>, idonee a creare l'ambiente giuridico di riferimento per l'esecuzione della volontà delle parti racchiusa nei "quattro angoli" del documento contrattuale. Ciò non soltanto ha offerto una giustificazione teorica ai modelli di ermeneutica del contratto che privilegiavano l'interpretazione letterale emarginando ad esempio le teorie c.d. contestualiste, ma ha altresì imposto una visione del diritto contrattuale inevitabilmente priva di un dovere generale di buona fede in capo ai contraenti. Il miglior modo per promuovere la cooperazione tra le parti era rappresentato dunque, in tale prospettiva, dal solo enforcement giudiziale delle dichiarazioni contrattuali, in un modello normativo antagonista caratterizzato dalla consapevolezza di un'etica avversaria.

## II. LA NEUROECONOMIA E LA SECONDA ONDATA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO.

Com'è noto, l'approccio economico al diritto dei contratti si è avvalso sovente del ricorso alla teoria dei giochi, utilizzata in maniera efficace in ragione di taluni caratteri intrinseci delle relazioni contrattuali, che ben si adattano a tali modelli. Ne fornisce un esempio il c.d. ultimatum game, attraverso le cui simulazioni è stata revocata l'idea che i contraenti si comportino sempre in modo da realizzare razionalmente la massimizzazione del loro interesse, senza indulgere a sentimenti di correttezza reciproca<sup>3</sup>. Nell'ipotesi di partenza i due partecipanti al gioco, chiamati a dividere tra loro una determinata somma di denaro, si trovano in condizione di disparità di potere contrattuale, che consente ad una delle due parti di fissare la ripartizione. Ove la controparte accetti la proposta, la divisione verrà effettuata secondo le indicazioni del proponente, altrimenti nessuno dei due

1 Secondo le indicazioni di VEJANOVSKI, C.G.: "The Economic Approach to Law: A Critical Introduction", *British Journal of Law and Society*, 1980, num. 7, p. 162, l'analisi economica del diritto parte dal presupposto che ogni individuo sia "a self-interested egoist who maximises utility". Una pungente critica a tale orientamento è espressa da HARRISON, J.L.: "Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and Economics", *UCLA Law Review*, vol. 33, 1986, p. 1309.

2 STEPHEN, F.H.: *The Economics of the Law*, Prentice Hall, Brighton, 1988, p. 156.

3 GÜTH, W. e TIETZ, R.: "Ultimatum Bargaining Behavior", *Journal of Economic Psychology*, vol. 11, 1990, pp. 417 ss.

soggetti otterrà alcunché. Una perfetta razionalità dei giocatori si avrebbe nel caso in cui il proponente si riservasse la quasi totalità della somma, concedendo alla controparte una cifra infinitesimale; difatti, seguendo tale ragionamento, per qualsiasi soggetto razionale, anche una somma infinitesimale è dotata di un valore positivo, e la sua rinuncia equivale pertanto ad una distorsione di un modello razionale.

Gli esperimenti condotti hanno tuttavia smentito in modo evidente che le parti dell'ultimatum game si comportino secondo un criterio di stretta razionalità, evidenziando invece la presenza di elementi psicologici perturbatori rispetto al dominio del solo self-interest<sup>4</sup>. Ipotizzando che la somma di denaro da dividere tra le parti sia di 100 €, e ripetendo l'esperimento numerose volte, si è verificato che il proponente (il quale razionalmente potrebbe offrire alla controparte anche un solo euro), nella maggioranza dei casi, offre una somma compresa tra 40 e 50 €. Il proponente, in altre parole, riconosce che la controparte, in contrasto con la teoria del self-interest, potrebbe rigettare offerte reputate ingiuste, colorando il ragionamento di riflessioni legate alla correttezza dei comportamenti delle parti. In ultima analisi, i risultati offerti dall'ultimatum game, così sinteticamente esposto, confortano l'osservatore nell'idea che anche fattori psicologici connessi alla lealtà e correttezza delle relazioni umane sono idonei ad orientare le scelte dei contraenti, al di là della massimizzazione del loro profitto.

La mancata percezione di un simile fenomeno rischia, con evidenza, di alterare i risultati delle osservazioni giuseconomiche, che tradizionalmente mirano ad individuare un best model normativo, in connessione alle modalità di comportamento e di reazione alle regole giuridiche previste nella collettività. Il modello predittivo viene, dunque, scalfito nelle sue fondamenta ove si riconosca che anche elementi estranei alle logiche di interessi razionali, possano orientare le decisioni contrattuali. Sulla base invece di una loro inclusione nei modelli giuseconomici, è emersa nel dibattito dottrinale una nuova corrente denominata behavioural law and economics movement, che si muove sul terreno giuridico in sintonia con i risultati dell'economia comportamentale e della neuroeconomia, emerse nella comunità scientifica verso la fine degli anni '60, e in seguito celebrate per la loro forza euristica, consacrata con l'attribuzione del premio Nobel per l'economia nel 2002 allo psicologo Daniel Kahneman e all'economista sperimentale Vernon Lomax Smith. Non sfugge come simili sviluppi rappresentino una condanna dell'ambizione scienziata della teoria economica neoclassica ed impongano, anche sul versante della law and economics, un ripensamento del modus operandi

4 GÜTH, W. - SCHMITTBERGER, R. e SCHWARZE, B.: "An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining". *Journal of Economic Behaviour and Organization*, vol. 3, 1982, p. 367.

finora utilizzato, i cui risultati rischiano di essere smentiti proprio dalle risultanze dell'economia sperimentale e comportamentale<sup>5</sup>.

Se l'analisi economica del diritto ha dimostrato nel corso degli anni una indubbia potenza argomentativa, ponendo in essere, spesso in connessione con il diritto comparato, un attacco riuscito al positivismo giuridico imperante, agli inizi del terzo millennio le preoccupazioni del giurista sembrano assumere nuove dimensioni; il suo ruolo pare quasi marginale, sostituito nella sua funzione di osservatore della realtà del diritto dalla tecnica dei pratici, che modifica finanche il linguaggio del legislatore, dalle elaborazioni degli economisti intrise di pretese scientiste, e disorientato rispetto all'incontrollata disgregazione del sistema delle fonti. Una possibile via d'uscita rispetto ad una parte di tali questioni sembra offerta proprio dagli sviluppi di approcci alternativi in seno alla comunità economica, in grado di aprire spazi importanti alla riflessione del giurista, non costretto entro griglie concettuali matematizzanti dell'analisi giuseconomica classica. Gli spazi nuovi di riflessione paiono dischiudersi proprio grazie all'abbandono delle pretese scientiste dell'analisi economica con la conseguente necessaria presa d'atto, assai pragmatica, di una utilità comunque possibile del ragionamento giuseconomico, pur inevitabilmente approssimativo, nella valutazione di efficienza dei precetti giuridici.

### III. PROMUOVERE LA COOPERAZIONE ATTRAVERSO LA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE.

Nell'ambito contrattuale, è intuitivo che le regole del gioco debbano modellarsi attorno alle logiche di comportamento dei contraenti, al fine di garantire un assetto equilibrato degli interessi; ma taluni percorsi dell'analisi economica dei contratti sembra possano ora deviare proprio in dipendenza da tali ultimi modelli di ricerca sopra sinteticamente descritti, che sollecitano una chiara distinzione tra comportamento cooperativo e comportamento reciprocamente corretto. Il primo può in ipotesi essere realizzato anche da contraenti ispirati alle sole logiche di self-interest, ove ritengano di poter essere ricompensati dalla tenuta di un comportamento cooperativo (per esempio, attraverso l'instaurarsi con la controparte di più solide relazioni commerciali); d'altro lato, solo soggetti ispirati da logiche di reciproca correttezza sono disposti a sacrificare possibili utilità o a sopportare costi derivanti da comportamenti reciprocamente corretti e non obbligatori. Al riguardo, l'interrogativo che pare trovare una soluzione inaspettata

5 Sul punto, si veda, tra tutti, il saggio di KAHNEMAN, D. e TVERSKY, A.: "Prospect theory: An analysis of decisions under risk", *Econometrica*, vol. 47, 1979, pp. 313 ss., ove gli autori evidenziano come le condizioni di rischio ed incertezza costringano buona parte degli individui a porre in essere comportamenti irrazionali. Una attenta ricognizione degli studi economici che hanno messo in discussione l'assunto della razionalità individuale dell'omo oeconomicus si può leggere in RENDA, A.: "Cogito, erro, sum. Spigolature su alcuni errori nella 'scienza economica'", *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 2005, pp. 72 ss.

riguarda la possibilità che differenti regole giuridiche positive modifichino la predisposizione delle parti ad un comportamento corretto.

L'analisi economica del diritto induce ad osservare i possibili effetti economici delle regole giuridiche, che sono trattate come fonte di incentivi per i consociati; da ciò consegue che anche l'imposizione di un generale dovere di buona fede, gravante sui contraenti, viene sottoposta ad un vaglio critico, al fine di verificare se essa sia in grado di promuovere comportamenti effettivamente cooperativi, indipendentemente dalla natura self-interested o incline a reciproca correttezza dei contraenti ovvero se invece tale obbligo generale di buona fede non presenti possibili controindicazioni, che minano l'efficienza di una simile previsione. Al riguardo, pare incontestabile che la tendenza dottrinale oggi prevalente nei paesi di common law si mostri incline a valorizzare il c.d. surplus cooperativo, e cioè quell'utilità generale che dal contratto può ricavarsi quale prodotto dell'interesse congiunto dei contraenti, che deve essere di necessità valutata dalle parti anche laddove si ponga in contrasto con possibili vantaggi individuali<sup>6</sup>. L'etica della cooperazione che da più parti si invoca pare destinata a segnare il superamento definitivo, sul versante giuridico, delle logiche individualistiche dell'interesse privato supportate da teorie liberiste neoclassiche.

Queste ultime, com'è noto, pur nella varietà delle formulazioni, paiono accomunate dall'idea che ciascun individuo si trovi nella posizione migliore per valutare lo stato del proprio benessere e le utilità che possono derivargli da un eventuale scambio contrattuale. Non stupisce, pertanto, come esse abbiano rappresentato il terreno più fertile per rafforzare la visione classica del diritto contrattuale, tendente a sacralizzare il principio della libertà contrattuale, con il minor intervento possibile dello Stato.

Il superamento di una simile prospettiva è evidente nella lettura di talune recenti opere di law and economics. Al riguardo, offre un importante punto di vista sulle funzioni della analisi economica del diritto contrattuale Michael Trebilcock<sup>7</sup>, il quale ad essa affida diversi compiti: mitigare il rischio di comportamenti opportunistici nei contratti di durata, ridurre i costi di transazione, colmare le lacune contrattuali mediante norme suppletive (c.d. default rules), far rispettare solo gli accordi efficienti e non quelli inefficienti<sup>8</sup>.

6 Tra le molte voci in tal senso, cfr. DEAKIN, S. e MICHIE, J.: *Contracts, Co-operation and Competition. Studies in Economics, Management and Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

7 TREBILCOCK, M.J.: *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, pp. 15 ss.

8 La nozione di efficienza peraltro non è univoca. Ad esempio, un qualsiasi mutamento economico (nella distribuzione della ricchezza, nella allocazione o produzione di beni etc.) sarà considerato efficiente se lascia tutti almeno allo stesso livello di benessere, e qualcuno a un livello nettamente superiore. Tuttavia questa efficienza, detta paretiana, non è una misura utile per valutare una regola giuridica. Il mondo è un luogo complesso: con ogni nuova legge si hanno vincitori e perdenti. Quindi, essa di solito non è in grado di dirci se una policy è "migliore" di un'altra, quindi abbiamo bisogno di un altro modo per confrontare i risultati. L'efficienza di Kaldor-Hicks considera il valore totale ottenuto da tutti nella società, per cui

La regola generale di buona fede si colloca, in tale prospettiva, quale disincentivo a comportamenti non cooperativi, che proprio grazie all'enforcement giudiziale possono ridursi anche laddove le norme sociali non siano di per sé sufficienti a modificare eventuali preferenze individuali opportunistiche<sup>9</sup>. Del resto, è da più parti rilevato come una fondamentale funzione "economica" del diritto dei contratti sia rappresentata proprio dal contenimento delle condotte opportunistiche dei contraenti, in grado di supplire ad eventuali carenze delle sanzioni sociali (come può essere la buona reputazione dei contraenti)<sup>10</sup>.

Il tema è chiaramente connesso a quello dell'incompletezza dei contratti, da tempo riconosciuto da parte di autorevoli studiosi. La "dimensione implicita" del contratto pare oggi convincere che accanto al testo concordato dai contraenti e agli spazi riservati agli implied terms, una moderna teoria del contratto non può fare a meno di offrire rilevanza tanto alle ragionevoli aspettative dei contraenti, quanto ai materiali extratestuali che quelle aspettative concorrono a definire. Dal punto di vista dei processi di interpretazione del contratto le conseguenze sono rappresentate dall'accoglimento delle istanze "contestualiste" e dal riferimento principe alla ragionevolezza dell'interpretazione contrattuale, intesa in maniera simmetrica alla nostra interpretazione secondo buona fede. Quanto, invece, alla possibile introduzione di un dovere generale di buona fede nella fase esecutiva, la contrarietà manifestata nell'ambiente angloamericano, ed in particolare in quello inglese, derivante da una molteplicità di fattori variamente indagati dalla dottrina, è stata rafforzata dall'ostilità di fondo verso l'utilizzo di clausole dai confini incerti, in grado di compromettere le esigenze di prevedibilità di cui contraenti sono portatori. Good faith è difatti un concetto che viene sovente associato a quelli di fairness, reasonableness e honesty, concetti dai contorni incerti e intrisi di marcate soggettività, che male si adatterebbero, nella visione tradizionale del common law inglese al rigore delle regole giuridiche.

#### IV. IL DOVERE DI BUONA FEDE NEGLI STATI UNITI NELLE RIFLESSIONI APOLOGETICHE DELLA DOTTRINA. I NUOVI DUBBI DELL'ECONOMIA COMPORTAMENTALE.

Com'è noto, l'orientamento espresso nelle fonti normative statunitensi con riguardo alla buona fede appare diametralmente opposto alla tradizionale ostilità

---

alcuni potranno star meglio e altri peggio, ma nel complesso i guadagni superano le perdite. Possiamo considerarla come una creazione netta di valore. Cfr. COOTER, R.B. e ULEN, T.: *Law and Economics*, Berkeley Law Books, Berkeley, 2016, pp. 14, 42.

9 Sul punto, si vedano le riflessioni di BELLANTUONO, G.: "Contratti incompleti e norme sociali", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 261 ss.

10 HARRIS, D.: "Incentives to Perform of Break Contracts", *Current Legal Problems*, vol. 45, 1992, p. 29; MURIS, T.J.: "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", *Minnesota Law Review*, vol. 65, 1981, p. 577.

manifestata in Inghilterra<sup>11</sup>. La consacrazione di un generale dovere di buona fede nella fase di esecuzione del contratto si rinviene tanto nello Uniform Commercial Code, all'art. 1, § 203 ("every contract or duty upon this Act imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement"), quanto nel Restatement (Second) of Contracts del 1979 ove si prevede che "every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement" (§ 205). La buona fede è entrata, così, nel tessuto del diritto degli Stati Uniti, già per via legislativa e nella vulgata corrente ciò avrebbe rappresentato un fenomeno di circolazione di un istituto giuridico realizzato per il tramite di un veicolo dottrinale, ed in particolare grazie agli studi del realismo giuridico americano e di Karl Llewellyn, la cui attività è stata notoriamente influenzata dalle elaborazioni del diritto tedesco<sup>12</sup>.

Peraltro, l'introduzione di un generale dovere di buona fede in ambito contrattuale non ha tardato in seguito a trovare ripetute applicazioni giurisprudenziali oltre a sollecitare un intenso dibattito dottrinale<sup>13</sup>. Quest'ultimo, in larga parte, ha concentrato la propria attenzione sul carattere amorfo e incerto che il concetto di buona fede rischiava di realizzare, in patente contrasto con la vocazione pragmatica e concreta che da sempre connota il modello di common law. In particolare, nel tentativo di superare le possibili ambiguità legate ad un'idea che poteva generare imprevedibilità degli esiti applicativi, è stata prospettata la tesi secondo cui il concetto di buona fede, nell'ambito del diritto dei contratti, deve essere inteso nella sua caratteristica di *excluder*. In altri termini, la valenza programmatica della buona fede si spiega, in una traduzione concreta, solo ove essa venga intesa in negativo, quasi a significare che è conforme a buona fede ogni comportamento non attuato in *bad faith*. Questo capovolgimento di prospettiva consentirebbe un maggiore livello di concretezza, risuonando così alle orecchie del common lawyer come un concetto meno incerto ed indefinito<sup>14</sup>.

11 Anche in tempi recenti: cfr. [2022] EWCA Civ 1371, secondo cui la presenza di una clausola di buona fede non dà licenza al giudice di interpretarla "as imposing additional substantive obligations (or restrictions on action) outside the other terms of the contract. That must especially be so where (...) the contract in question is professionally and comprehensively drafted, and contains an entire agreement clause".

12 Un riconoscimento di una influenza decisiva del pensiero di Karl Llewellyn per l'introduzione del generale dovere di agire in buona fede nell'esecuzione del contratto si può leggere, tra i molti, in FARNSWORTH, E.A.: *The Concept of Good Faith in American Law*, Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, collana "Saggi, Conferenze e Seminari", num. 10, 1993; SUMMERS, R.: "The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: A General Account", in ZIMMERMANN, R. e WHITTAKER, S.: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 118 ss.

13 Per la verità, taluni segnali volti ad attribuire rilievo ad un dovere implicito di buona fede erano già presenti in alcune celebri decisioni della Corte d'Appello di New York fin dagli inizi del novecento mentre sul versante dottrinale si registrano posizioni favorevoli alla *good faith* già nell'opera tardo ottocentesca di BISHOP, J.P.: *The doctrines of the law of contracts, in their principal outlines, stated, illustrated, and condensed*, F.H. Thomas and Co., St. Louis, 1878, pp. 37-38.

14 SUMMERS, R.S.: "'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, vol. 54, 1968, p. 235, e SUMMERS, R.S.: "The General Duty of Good Faith. Its Recognition and conceptualization", *Cornell Law Review*, vol. 67, 1982, p. 810.

Una lettura della buona fede in chiave giuseconomica, che in parte riprende ed aggiorna la valenza esclusiva del concetto, giunge ad affermare che l'esecuzione contraria a buona fede si verifica quando i margini di discrezionalità affidati ad un contraente vengano utilizzati per riappropriarsi di opportunità perse al momento della conclusione del contratto, quando cioè la parte che esercita la discrezionalità rifiuta di pagare i costi preventivati dell'esecuzione<sup>15</sup>. Un simile approccio di law and economics al tema della buona fede mostra di prendere in necessaria considerazione da un lato i costi delle opportunità alternative alle quali i contraenti rinunciano al momento della formazione del vincolo contrattuale, e d'altro canto le ragionevoli aspettative che tale vincolo genera sulla controparte; in tale prospettiva, la buona fede diviene strumento di controllo della fase discrezionale, attraverso la repressione dei comportamenti opportunistici.

Di fronte a simili evenienze, viene suggerito che solamente un livello di high enforcement contrattuale sia idoneo a scoraggiare condotte opportunistiche, elevando di conseguenza il grado di efficienza economica attraverso un abbattimento dei costi della contrattazione; in questo senso, infatti, al fine di evitare che la controparte utilizzi in modo non cooperativo i propri spazi di discrezionalità, non sarà necessario, in presenza di una clausola generale di buona fede, la previsione completa di ogni ipotesi in cui la discrezionalità stessa possa esplicarsi, così consentendo a ciascun contraente di confidare nel comportamento cooperativo, garantito dall'enforcement giudiziale.

In realtà, tale orientamento pare contraddire i risultati cui è giunta la scuola giuseconomica classica, la quale ha mostrato un atteggiamento di marcato sfavore per la clausola di buona fede, suggerendone un'interpretazione restrittiva, destinata ad assumere rilievo nelle sole ipotesi di manifesto approfittamento di un indebito vantaggio; nella visione prospettata dalla Scuola di Chicago, la previsione di un dovere implicito di buona fede altera il processo di allocazione delle risorse e di distribuzione dei rischi tra i contraenti, di cui si presume la piena razionalità, senza che da ciò discenda una tangibile riduzione dei costi di transazione<sup>16</sup>. Nella logica sottesa a tale orientamento, la previsione di un dovere implicito di buona fede rappresenterebbe un disincentivo per i contraenti nella opportuna attività di prevenzione dell'altrui inadempimento o degli altrui comportamenti opportunistici.

La patente contraddizione tra i diversi esiti germinati in seno all'analisi economica del diritto deve oggi essere coordinata con quelle ricerche che hanno

15 Così BURTON, S.J.: "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980, p. 369, trad. it., "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 13 ss., e BURTON, S.J.: "Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code", *Iowa Law Review*, vol. 67, 1981, pp. 1 ss.

16 In questo senso, tra gli altri, v. FISCHER, D.: "The Economics of Lender Liability", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 131.

evidenziato come i comportamenti dei singoli vengano influenzati non soltanto da motivatori estrinseci quali le norme giuridiche, ma anche da motivatori intrinseci, quale la predisposizione per un comportamento reciprocamente corretto. Come si è già evidenziato, difatti, non tutti i contraenti vengono guidati dalle sole logiche self-interested, ma mostrano una predisposizione, dipendente da una pluralità di fattori, per un comportamento comunque tendente alla reciproca correttezza<sup>17</sup>. In questo senso, si è rilevato l'errore della tradizionale analisi economica del diritto, nelle diverse varianti, nel ritenere che solamente le norme giuridiche sono in grado di imporre all'individuo self-interested un comportamento cooperativo, ignorando nei modelli d'indagine che questi può anche essere motivato da un personale desiderio di correttezza e reciprocità.

## V. BUONA FEDE E RAGIONEVOLEZZA.

A partire dalla metà del secolo scorso, nel common law nordamericano si osserva una coesistenza di rules (norme dettagliate) e standard (clausole generali), anche se il movimento del legal realism presto pone una chiara enfasi sui secondi rispetto alle prime. La flessibilità dello standard rende la regola giuridica atta a meglio "assorbire" i cambiamenti sociali, un fine propugnato soprattutto da Llewellyn. In particolare, lo standard di buona fede viene espresso attraverso diverse formulazioni: oltre che nel già citato § 205 Restatement 2nd of Contracts, anche il § 90, dedicato al promissory estoppel, fa frequentemente uso di standard, come ad esempio nelle espressioni "to avoid injustice" o "as justice requires". Di nuovo, anche nello Uniform Commercial Code, l'art. 1-201 definisce la buona fede come "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing", così peraltro collegandola espressamente alla nozione di ragionevolezza<sup>18</sup>.

La ragionevolezza rappresenta uno standard empirico di valutazione ed è uno dei principi fondamentali della concezione pragmatica del diritto, tipica dei sistemi di common law. In questo contesto, il concetto di ragionevolezza trova espressione nella figura della reasonable person, che si pone come esempio ideale di comportamento socialmente accettabile, basato sul buon senso<sup>19</sup>. In particolare

17 Tra i principali studi che evidenziano un simile fenomeno, cfr. ANDREONI, J.: "Impure altruism and donations to public goods: A theory of warm-glow giving", *Economic Journal*, vol. 100, 1990, pp. 464-477; FREY, B.S.: "Shirking or work morale? The impact of regulating", *European Economic Review*, vol. 37, 1993, pp. 1523-1532; A.A.VV.: *Moral Sentiments and Material Interests. The Foundations of Cooperation in Economic Life* (edited by H. Gintis, S. Bowles, R. Boyd, and E. Fehr), The MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 277 ss.; BOHNET, I. - FREY, B.S. e HUCK, S.: "More Order with Less Law: On Contract Enforcement, Trust and Crowding", *American Political Science Review*, vol. 95, 2001, p. 131.

18 Cfr. CRISCUOLI, G.: "Buona fede e ragionevolezza", *Rivista di diritto civile*, 1984, I, pp. 709 ss., spec. pp. 721 ss.; ma anche, più recentemente, NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 953 ss.

19 STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men", *Law Quarterly Review*, 1997, pp. 438 ss., spec. pp. 450 ss.

nel diritto contrattuale, la ragionevolezza può svolgere un ruolo determinante, tra l'altro, nel controllo della validità dei patti di non concorrenza oppure con riferimento alle implied terms, cioè quelle clausole che soggetti ragionevoli avrebbero inserito nel contratto se fossero stati consapevoli di una lacuna.

Anche in Europa, la ragionevolezza sembra porsi come il riflesso comunitario della buona fede. Tuttavia, pur potendo sembrare dei sinonimi<sup>20</sup>, le due nozioni presentano caratteristiche diverse. Mentre la buona fede viene utilizzata come strumento per garantire l'equilibrio del sinallagma e preservare il contratto, la ragionevolezza, sebbene svolga in alcuni casi la stessa funzione, opera anche come elemento di qualificazione. Ad esempio, caratterizza le aspettative delle parti contraenti o il termine per l'adempimento<sup>21</sup>. Pertanto, il principio di ragionevolezza funge da criterio per qualificare un elemento del contratto o una convinzione, con l'obiettivo di fornirle un fondamento obiettivo<sup>22</sup>.

Com'è noto, la buona fede oggettiva si pone come criterio per valutare per la condotta delle parti durante la fase precontrattuale<sup>23</sup>, o come strumento di interpretazione del contratto<sup>24</sup>, oppure ancora come criterio al quale le parti devono conformare la propria condotta durante l'esecuzione delle prestazioni<sup>25</sup>. Inoltre, la clausola di buona fede è coinvolta nel processo di integrazione del contratto, insieme ad altre fonti di integrazione come gli usi e l'equità, attraverso l'intermediazione della legge<sup>26</sup>.

Dal canto suo, l'analisi comparatistica consente di mettere in relazione le nozioni di reasonableness e buona fede per il tramite del divieto di abuso del diritto<sup>27</sup>. Non è questa la sede ovviamente per approfondire questa relazione

20 Cfr. art. 1:302 PECL.

21 Cfr., rispettivamente, art. 2, comma 2°, lett. d), dir. n. 99/44/CE, sulla vendita di beni di consumo, che parla delle aspettative ragionevoli del consumatore con riguardo a qualità e prestazioni abituali di un bene, e art. 3, comma 3°, dir. cit., che parla di "tempo ragionevole" entro cui il professionista è tenuto ad effettuare la riparazione o la sostituzione del bene non conforme.

22 Cfr. PATTI, S.: *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 29 ss.; TROIANO, S.: "Ragionevolezza (diritto privato)", *Enc. del dir., Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 763 ss.; ZORZETTO, S.: *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano, 2008, spec. pp. 256 ss.

23 Cfr. art. 1337 cod. civ.

24 Cfr. art. 1366 cod. civ. E per uno sguardo comparatistico, cfr. VIGLIONE, F.: "Good Faith and Reasonableness in Contract Interpretation: A Comparative Perspective", *European Business Law Review*, vol. 20, 2009, pp. 835 ss.

25 Cfr. art. 1375 cod. civ.

26 Cfr. RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

27 Cfr. CRUCIANI, L.: "Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto", *Rivista critica diritto privato*, 2011, 473 ss.; SCOGNAMIGLIO, C.: "Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, pp. 139 ss.; BONANZINGA, R.T.: "Abuso del diritto e rimedi esperibili", e LAS CASAS, A.: "Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario", entrambi in [www.comparazioneediritto.civile.it](http://www.comparazioneediritto.civile.it); PANZANI, L.: "Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera", *Giustizia civile*, 2014, pp. 707 ss. Per il diritto unionale in particolare, cfr. ADINOLFI, A.: "La nozione di 'abuso di diritto' nell'ordinamento dell'unione europea", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp.

triangolare, ma in estrema sintesi si può affermare che la tipica nozione europea abuso del diritto trova nella reasonableness il suo equivalente funzionale nel common law (soprattutto degli Stati Uniti). La nozione in parola infatti si rinviene in tema di nuisances, tortious interference with contractual relations e dispute sindacali<sup>28</sup>, oppure parlando di “duress, good faith (...) misuse of copyright and patent rights”<sup>29</sup>. In questi settori, la reasonableness svolge nel common law le funzioni che l'abuso del diritto<sup>30</sup> esercita in ambito europeo<sup>31</sup>. D'altra parte, com'è stato spiegato, “a doctrine of abuse of rights is necessary only if the rights are proclaimed in generous terms; if they are initially hedged with qualifications, it may not be required at all. The former is the French legislative method; the latter is peculiar to the common-law tradition of England, which affects the style of legislation as well as its construction. If a right arises at common law, the authority for it will be a judicial decision in typically narrow terms, obiter and unauthoritative in so far as it goes beyond the facts under review; English statutes also make every effort to avoid appearing to grant a broadly stated right, and even when a right is indubitably conferred, the judges are there to state that the legislature has at the same time impliedly restricted it”<sup>32</sup>.

Così, in Europa, l'esercizio di un diritto al di là del (o addirittura contro il) fine per cui era stato attribuito è sempre stato posto in relazione con concetto di buona fede, almeno nell'ambito contrattuale. Nei sistemi angloamericani, invece è la ragionevolezza a svolgere il ruolo di equivalente funzionale dell'abuso, che si configura come una sorta di ideale trait d'union tra la buona fede del civil law e la reasonableness del common law. I due concetti, tuttavia, pur collegati tra di loro, non vanno appiattiti l'uno sull'altro. Sia in tema di promissory estoppel<sup>33</sup> sia in tema di legislazione consumeristica, ad esempio, la clausola di ragionevolezza serve a tracciare più marcatamente i confini dell'affidamento altrui giuridicamente rilevante. L'affidamento meritevole di tutela, cioè basato sulla buona fede, è solo quello che può essere considerato ragionevole, ossia quello che si ricava dalla realtà delle transazioni e si sviluppa in una persona di equilibrio e buon senso comuni.

---

329 ss., e LENAERTS, A.: “The general principle and the prohibition of abuse of rights: a critical position on its role in a codified European contract law”, *European Review of Private Law*, vol. 18, 2010, pp. 1128 ss.

28 Cfr. DI ROBILANT, A.: “Abuse of rights: the continental drug and the common law”, *Hastings Law Journal*, vol. 61, 2010, pp. 687 ss.

29 PERILLO, J.M.: “Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept”, *Pacific Law Journal*, 1995, vol. 27, pp. 37 ss., spec. p. 40.

30 Nel senso che abusare di un diritto significherebbe utilizzarlo in modo irragionevole.

31 MONATERI, P.G.: “Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)”, in AA.VV., *L'abuso del diritto, Diritto Privato*, III, Cedam, Padova, 1997, pp. 95 ss., rileva peraltro che la teoria dell'abuso, piuttosto che garantire una riallocazione ottimale per la società nel suo complesso, determina esclusivamente il vantaggio non compensato di una delle parti coinvolte nel rapporto, di fatto “in base a direttive politiche non predeterminabili”.

32 Cfr. CATALA, P. e WEIR, J.A.: “Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II”, *Tulane Law Review*, vol. 38, 1964, pp. 221 ss., spec. pp. 237 s.

33 Cfr. § 90 *Restatement 2nd of Contracts*, e anche appena sopra.

## VI. CONCLUSIONI.

Il modello neoclassico dell'omo oeconomicus, ossia di un soggetto informato che prende decisioni del tutto razionali<sup>34</sup>, è stato messo in crisi, sotto il profilo che qui più interessa, soprattutto dalla teoria della razionalità limitata di Simon, che per primo stabilisce una relazione tra diritto, economia e scienze comportamentali<sup>35</sup>. La razionalità limitata sorge quando le informazioni non sono disponibili o sono disponibili a costi di transazione troppo alti oppure ancora sono disponibili e financo corrette ma il processo decisionale del soggetto è viziato, cioè non punta alla massimizzazione del benessere - proprio o collettivo - bensì ad una soluzione tutt'al più adeguata (satisficing<sup>36</sup>).

Dunque, se da un lato l'idea dei costi di transazione di Ronald Coase aveva già abbattuto uno dei pilastri del modello neoclassico - e cioè l'assunto secondo cui lo scambio e le informazioni necessarie per effettuarlo fossero sostanzialmente gratuiti - il concetto di razionalità limitata mette in discussione il dogma della piena razionalità dei soggetti che devono prendere una decisione. In virtù di questo nuovo paradigma metodologico, quindi, una qualunque scelta, anche presa esclusivamente nel proprio interesse, si rivela un'illusione, richiedendo calcoli probabilistici troppo complessi<sup>37</sup>.

Per di più anche la decisione ritenuta satisficing è variabile, non solo da un soggetto all'altro, ma anche nel tempo, in reazione a input esterni. In altre parole, essa non esiste neppure in astratto poiché l'assunzione di informazioni (non solo ha un costo ma) è impossibile da massimizzare, atteso che si ammette ora la dinamicità del processo di apprendimento che permette al soggetto di modificare le proprie preferenze. L'efficienza della regola giuridica, dunque, va analizzata non

34 In precedenza, la validità del modello neoclassico - che presuppone inoltre l'esistenza di mercati perfettamente competitivi ove il sistema dei prezzi permette lo scambio di risorse limitate - era già stata incrinata, su tutti, da COASE, R.: "The Problem of Social Cost", *Journal Of Law And Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 ss., che per primo introduce la nozione di transaction cost. Essa consiste in tutto ciò che rende difficile o costoso per due o più parti il raggiungimento di uno scambio reciprocamente vantaggioso, a partire dalla ricerca dei potenziali contraenti (search costs), alla mancata conclusione del contratto per la presenza, ad esempio, di asimmetrie informative (bargaining costs), per finire con la difficoltà a far rispettare l'accordo dopo la sua conclusione (enforcement costs). Dal punto di vista dell'economia, la legge dovrebbe quindi svolgere due funzioni fondamentali: ridurre i costi di transazione e allocare diritti e obblighi in modo efficiente (così da evitare una - forse persino troppo - costosa riallocazione). In seguito, WILLIAMSON, O.: *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press, New York, 1985, raffina l'idea di Coase - che aveva riflettuto su come la legge potesse allocare in modo efficiente i diritti di proprietà (specialmente quando fosse impossibile farlo attraverso il contratto) - occupandosi dei costi di transazione stessi, in particolare di cosa determini il loro ammontare e di come possano essere ridotti da un buon design contrattuale. Detto altrimenti, questa prospettiva mette al centro gli accordi tra privati, piuttosto che il diritto di matrice legislativa o giurisprudenziale.

35 Cfr., tra tutti, SIMON, H.: "A Behavioral Model of Rational Choice", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, 1955, pp. 99 ss., ma anche SIMON, H.: "Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science", *The American Economic Review*, vol. 49, 1959, pp. 253 ss.

36 Trattasi di un neologismo sincretico derivante dalla fusione delle parole satisfy (soddisfare) e suffice (bastare, essere sufficiente).

37 Cfr. SIMON, H.: "Theories of Decision-Making", cit., p. 266.

solo alla luce dei risultati che produce in un dato momento storico (ad esempio, alla stipula del contratto), ma anche in vista delle reazioni che potrebbe produrre in futuro<sup>38</sup>.

Risulta quindi di fondamentale importanza studiare gli errori cognitivi (c.d. bias) del processo di apprendimento, ossia tra gli altri, la parziale incapacità di prevedere l'intensità, la durata e l'impatto dei propri sentimenti nel futuro; o la tendenza a dare maggior peso alle circostanze future che a quelle presenti; oppure ancora l'effetto contesto (c.d. framing), a causa del quale diverse formulazioni del medesimo problema inducono a prendere decisioni differenti.

Peraltro, il bias non è l'unica componente dell'errore nel processo cognitivo. Ora infatti ne è stato messo in luce anche un altro profilo, il "rumore"<sup>39</sup>. Se il bias, infatti, è il c.d. errore medio – rilevabile quando, in un insieme di giudizi, la maggior parte degli errori va sistematicamente nella stessa direzione –, il rumore deriva dalla inaffidabilità dello strumento di misurazione che applichiamo alla realtà determinando così una variabilità di giudizi che dovrebbero essere identici (come ad esempio, le decisioni giurisdizionali)<sup>40</sup>.

Al fine di abbassare il rumore, sembrerebbe preferibile l'adozione di una rule, invece che di uno standard<sup>41</sup>, perché effettivamente la prima riduce di gran lunga la discrezionalità di chi è chiamato ad applicarla<sup>42</sup>. Entrambe però hanno dei costi. Se

38 L'idea di razionalità limitata è stata poi ulteriormente sviluppata nella teoria del prospetto, che descrive il comportamento di chi deve prendere una decisione in condizioni di rischio, ossia in cui è possibile stimare la probabilità associata ai possibili esiti (cfr. ancora KAHNEMAN, D. e TVERSKY, A.: "Prospect theory", cit.). L'esempio più celebre è senz'altro il c.d. "problema della malattia asiatica": cfr. TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D.: "The framing of decisions and the psychology of choice", *Science*, 1981, vol. 211, pp. 453 ss. In questo esperimento, un gruppo di soggetti deve scegliere tra due programmi per combattere una malattia che si prevede ucciderà 600 persone. Se si adotta il programma A, si salveranno 200 persone; se si adotta il programma B, c'è un terzo di probabilità che si salvino 600 persone e due terzi che non se ne salvi nessuna. Un altro gruppo di soggetti sceglie tra i programmi descritti in termini di vite perse. Se si adotta il programma C, moriranno 400 persone, mentre se si adotta il programma D c'è un terzo di probabilità che non muoia nessuno e due terzi che muoiano 600 persone.

I programmi A e B sono del tutto equivalenti ai programmi C e D rispettivamente, eppure le risposte dei due gruppi sono state profondamente diverse. Nel primo gruppo, il programma A è stato scelto nel 72% dei casi e il programma B nel restante 28%; nel secondo gruppo, la scelta prioritaria (78%) è caduta sul programma D, mentre il programma C è stato preferito solo nel restante 22% dei casi. Detto altrimenti, quando i risultati alternativi erano formulati positivamente in termini di vite salvate, i soggetti preferivano l'opzione certa. Quando i risultati erano formulati negativamente in termini di vite perse, era preferita l'opzione rischiosa.

39 Cfr. KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, Torino, 2021.

40 Detto altrimenti, il bias è deviazione sistematica, il rumore è dispersione casuale. E, al contrario di ciò che suggerirebbe il senso comune, nei sistemi rumorosi, "gli errori non si compensano. Si sommano", perché se "due criminali che dovrebbero essere entrambi condannati a cinque anni di reclusione ricevono, rispettivamente, una condanna a tre anni e una a sette anni, non possiamo dire che, in media, sia stata fatta giustizia": così KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore*, cit., p. 37.

41 Per la distinzione, v. sopra, § 5.

42 Stabilendo una rule, la legge impone di guidare sotto i 50 km/h in città; fissando uno standard, invece, la legge impone di guidare con prudenza. Si pensi però alla regola del "Three strikes and you're out" – secondo cui riconosciuto colpevole di un terzo reato, l'imputato dev'essere condannato al massimo della pena (cfr. Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994 - Pub. L. 103-322): anche in presenza

da un lato, la regola sembra avere dei costi decisionali più bassi vista la sua semplicità applicativa, dall'altro può non essere semplice formularla in prima istanza. È proprio per questo motivo, tra l'altro, che ogni ordinamento in misura maggiore o minore fa uso di espressioni come ragionevolezza, buona fede, diligenza, prudenza, perizia etc. (ossia di standard). Inoltre, anche l'errore in sé e per sé potrà avere un costo diverso. Generalmente, con un decisore affidabile, lo standard potrà funzionare bene creando poco rumore. Ma non è detto che, per converso, al decisore poco affidabile debba necessariamente essere deputata l'applicazione di regole: infatti, l'applicazione errata dello standard potrebbe causare numerosi errori ma poco rilevanti (e quindi ritenersi tollerabile), mentre "una regola potrebbe provocare pochi errori ma catastrofici"<sup>43</sup>.

Atteso che dunque l'adozione di comportamenti irrazionali è più che una possibilità, essa dovrà necessariamente essere presa in considerazione da chi pone in essere la regola giuridica (di origine legislativa, giurisprudenziale o contrattuale). Peraltro, si sarà anche costretti a ridimensionare l'effetto di deterrenza del sistema sanzionatorio – ossia la sua concreta efficacia nel disincentivare condotte ritenute non desiderabili –, posto che incentivi e disincentivi presuppongono un soggetto pienamente razionale. Certo, la rule perfetta non provocherà errori, ma è sempre raro trovarne. Dunque, "dobbiamo abbandonare l'arrogante convinzione che il mondo sia solo un rompicapo da risolvere, una macchina con istruzioni per l'uso in attesa di essere scoperta, un corpus di informazioni da dare in pasto ad un computer nella speranza che, prima o poi, sputi fuori una soluzione universale."<sup>44</sup>.

---

di una regola, non è possibile verificare la sussistenza di una "discrezionalità sommersa", ossia la frequenza con cui un pubblico ministero declini di richiedere il rinvio a giudizio contro chi sia già stato condannato due volte: cfr. KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore*, cit., p. 416. Per una disamina di questa particolare politica criminale (ma la letteratura sul punto è sterminata), cfr. SCHIRALDI, V. – COLBURN, J. - LOTKE, R.: *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 Years After Their Enactment*, The Justice Policy Institute, Washington-DC, 2004.

È evidente invece che applicando uno standard, ad essere garantita è proprio la discrezionalità dell'interprete, come quando si discute, tra l'altro, di buona fede o di ragionevolezza.

43 Cfr. KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore*, cit., p. 417.

44 Cfr. HAVEL, V.: "The End of the Modern Era", *The New York Times*, 1.3.1992.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Moral Sentiments and Material Interests. The Foundations of Cooperation in Economic Life* (edited by H. Gintis, S. Bowles, R. Boyd, and E. Fehr), The MIT Press, Cambridge, 2005, pp. 277 ss.

ADINOLFI, A.: "La nozione di 'abuso di diritto' nell'ordinamento dell'unione europea", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 329 ss.

ANDREONI, J.: "Impure altruism and donations to public goods: A theory of warm-glow giving", *Economic Journal*, vol. 100, 1990, pp. 464 ss.

BELLANTUONO, G.: "Contratti incompleti e norme sociali", *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 261 ss.

BISHOP, J.P.: *The doctrines of the law of contracts, in their principal outlines, stated, illustrated, and condensed*, F.H. Thomas and Co., St. Louis, 1878.

BOHNET, I. - FREY, B.S. e HUCK, S.: "More Order with Less Law: On Contract Enforcement, Trust and Crowding", *American Political Science Review*, vol. 95, 2001, pp. 131 ss.

BONANZINGA, R.T.: "Abuso del diritto e rimedi esperibili", [www.comparazioneedirittocivile.it](http://www.comparazioneedirittocivile.it).

BURTON, S.J.: "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980, pp. 369 ss., trad. it., "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 13 ss.

BURTON, S.J.: "Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code", *Iowa Law Review*, vol. 67, 1981, pp. 1 ss.

CATALA, P. e WEIR, J.A.: "Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II", *Tulane Law Review*, vol. 38, 1964, pp. 221 ss.

COASE, R.: "The Problem of Social Cost", *Journal of Law And Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 ss.

COOTER, R.B. e ULEN, T.: *Law and Economics*, Berkeley Law Books, Berkeley, 2016.

CRISCUOLI, G.: "Buona fede e ragionevolezza", *Rivista di diritto civile*, 1984, I, pp. 709 ss., spec. pp. 721 ss.

CRUCIANI, L.: "Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto", *Rivista critica diritto privato*, 2011, pp. 473 ss.

DEAKIN, S. e MICHIE, J.: *Contracts, Co-operation and Competition. Studies in Economics, Management and Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

DI ROBILANT, A.: "Abuse of rights: the continental drug and the common law", *Hastings Law Journal*, 2010, vol. 61, pp. 687 ss.

FARNSWORTH, E.A.: *The Concept of Good Faith in American Law*, Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, collana "Saggi, Conferenze e Seminari", num. 10, 1993.

FISCHEL, D.: "The Economics of Lender Liability", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, pp. 131 ss.

FREY, B.S.: "Shirking or work morale? The impact of regulating", *European Economic Review*, vol. 37, 1993, pp. 1523 ss.

GÜTH, W. - SCHMITTBERGER, R. e SCHWARZE, B.: "An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining", *Journal of Economic Behaviour and Organization*, vol. 3, 1982, pp. 367 ss.

GÜTH, W. e TIETZ, R.: "Ultimatum Bargaining Behavior", *Journal of Economic Psychology*, vol. 11, 1990, pp. 417 ss.

HARRIS, D.: "Incentives to Perform or Break Contracts", *Current Legal Problems*, vol. 45, 1992, pp. 29 ss.

HARRISON, J.L.: "Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and Economics", *UCLA Law Review*, vol. 33, 1986, pp. 1309 ss.

HAVEL, V.: "The End of the Modern Era", *The New York Times*, 1.3.1992.

KAHNEMAN, D. - SIBONY, O. e SUNSTEIN, C.R.: *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, Torino, 2021.

KAHNEMAN, D. e TVERSKY, A.: "Prospect theory: An analysis of decisions under risk", *Econometrica*, vol. 47, 1979, pp. 313 ss.

LAS CASAS, A.: "Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario", [www.comparazioneediritto.civile.it](http://www.comparazioneediritto.civile.it).

LENAERTS, A.: "The general principle and the prohibition of abuse of rights: a critical position on its role in a codified European contract law", *European Review of Private Law*, vol. 18, 2010, pp. 1128 ss.

MONATERI, P.G.: "Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)", in AA.VV., *L'abuso del diritto, Diritto Privato*, III, Cedam, Padova, 1997, pp. 95 ss.

MURIS, T.J.: "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", *Minnesota Law Review*, vol. 65, 1981, pp. 577 ss.

NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 953 ss.

PANZANI, L.: "Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera", *Giustizia civile*, 2014, pp. 707 ss.

PATTI, S.: *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013.

PERILLO, J.M.: "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept", *Pacific Law Journal*, vol. 27, 1995, pp. 37 ss.

RENDA, A.: "Cogito, erro, sum. Spigolature su alcuni errori nella 'scienza economica'", *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 2005, pp. 72 ss.

RODOTÀ, S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.

SCHIRALDI, V. – COLBURN, J. - LOTKE, R.: *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 Years After Their Enactment*, The Justice Policy Institute, Washington-DC, 2004.

SCOGNAMIGLIO, C.: "Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, pp. 139 ss.

SIMON, H.: "A Behavioral Model of Rational Choice", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, 1955,, pp. 99 ss.

SIMON, H.: "Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science", *The American Economic Review*, vol. 49, 1959, pp. 253 ss.

STEPHEN, F.H.: *The Economics of the Law*, Prentice Hall, Brighton, 1988.

STEYN, J.: "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men", *Law Quarterly Review*, 1997, pp. 438 ss.

SUMMERS, R.: "The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law: A General Account", in R. Zimmermann e S. Whittaker: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

SUMMERS, R.S.: "'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, vol. 54, 1968, pp. 235 ss.

SUMMERS, R.S.: "The General Duty of Good Faith. Its Recognition and conceptualization", *Cornell Law Review*, vol. 67, 1982, pp. 810 ss.

TREBILCOCK, M.J.: *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

TROIANO, S.: "Ragionevolezza (diritto privato)", *Enc. del dir., Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 763 ss.

TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D.: "The framing of decisions and the psychology of choice", *Science*, vol. 211, 1981, pp. 453 ss.

VELJANOVSKI, C.G.: "The Economic Approach to Law: A Critical Introduction", *British Journal of Law and Society*, núm. 7, 1980, pp. 162 ss.

VIGLIONE, F.: "Good Faith and Reasonableness in Contract Interpretation: A Comparative Perspective", *European Business Law Review*, vol. 20, 2009, pp. 835 ss.

WILLIAMSON, O.: *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press, New York, 1985.

ZORZETTO, S.: *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano, 2008.