

Capitolo Primo

Dal contratto “individualista” o “egoista” al contratto “relazionale”

1. Il contratto in una logica individualistica

Il modello contrattuale su cui tuttora molte codificazioni di matrice otto e novecentesca, compresa quella italiana, sono fondate è legato tradizionalmente ad un contratto prevalentemente concepito come atto e incentrato sulla promessa e sullo scambio istantaneo¹.

Nei sistemi della tradizione giuridica occidentale, l'atto e, prima ancora, la promessa che ne costituisce la base², è il “luogo” del contratto, quello cioè in cui tutto ha inizio e fine.

Tutto, o quasi, sembra transitare dalla promessa, che assume in questi schemi contrattuali un ruolo centrale in varie configurazioni: l'interpretazione del contratto-tuttora prevalentemente incentrata sulla ricostruzione della volontà originaria delle parti; l'adempimento -che si percepisce con riferimento alla corrispondenza del risultato o della condotta alla promessa iniziale; e l'inadempimento- che riconduce le sanzioni alla violazione della promessa³.

¹ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 2017, 3.

² “Il motore immobile della promessa della visione neoclassica era stata l'idea che il contratto si basasse sul consenso: lo scambio stesso era scambio di consensi o più esattamente di promesse”: M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Giuffrè Editore, 2007, 31.

³ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 54, che la stessa classificazione tra interesse contrattuale negativo e positivo “si impernia sul carattere promissorio dello scambio, perché presuppone la collocazione

Alla base del ruolo centrale rivestito dalla promessa si pone la considerazione preminente che i sistemi della tradizione giuridica occidentale tributano alla volontà; sarebbe, in particolare, proprio il rilievo e l'attenzione riservati alle questioni ad essa correlate-in tema di formazione, vizi, manifestazione e comunicazione della volontà- a porre quasi inavvertitamente in secondo piano il valore della relazione⁴.

Anche i contratti di durata-nei quali, inevitabilmente, la relazione assume un peso maggiore- sono significativamente condizionati dalla promessa iniziale, alla quale è comunque riferibile la produzione successiva degli effetti negoziali⁵. Nei sistemi che adottano il principio consensualistico, come quello italiano, al modello negoziale fondato sulla promessa si affianca-pur senza sostituirsi interamente ad esso- quello dello scambio istantaneo; in questi contratti anche se non si possa effettivamente parlare di mera promessa, la relazione sottostante al contratto non assume, comunque, valore strutturale.

In generale, entrambi i modelli – quello della promessa e quello dello scambio istantaneo- prestano quindi scarsa attenzione al rapporto tra le parti, in quanto quest'ultimo è destinato, o ad esaurirsi nell'atto -nei contratti ad effetti reali- o a riprodurre il contenuto della promessa⁶.

La disciplina del modello contrattuale tradizionale, conosciuto anche come *discrete* o *contingent contract*, dunque, si è in larga parte soffermata sul momento formativo dello stesso, lasciando in ombra le vicende del rapporto che nasce dal

della parte non inadempiente in due momenti che fanno riferimento alla promessa (come se non fosse stata mai fatta o come se fosse stata mantenuta)".

⁴ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 37,38, secondo cui "l'enfasi sul momento di incontro delle volontà finisce per condensare il significato dell'operazione sull'attimo di sua conclusione e determina una quasi naturale dimenticanza per (e noncuranza di) ciò che avviene successivamente (nel tempo) ed esteriormente (nello spazio) al contratto".

⁵ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 55,56.

⁶ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 57.

contratto⁷.

Quanto detto è confermato dal fatto che nel codice civile italiano, il numero di disposizioni dedicate al rapporto negoziale è relativamente scarso, a differenza di quelle dedicate alla sua formazione e validità.

La volontà dei contraenti, in sede di stipulazione, acquista rilevanza centrale e assorbente: le parti stabiliscono a monte, in maniera tendenzialmente completa, il regolamento dei loro interessi, per cui laddove il contratto si rivela incapace di soddisfare la volontà espressa al momento della sua conclusione, il rimedio offerto dal codice è la risoluzione. Tale ricostruzione teorica adotta come suo prototipo il contratto di compravendita, punto in cui si incontrano la domanda e l'offerta del mercato⁸.

Nei contratti tra imprese⁹, il modello di scambio istantaneo individua unicamente le operazioni commerciali occasionali tra operatori autonomi di mercato ed il contratto diventa la sede in cui si dà veste esteriore alla collaborazione tra i suddetti operatori, in altre parole è la sede in cui le relazioni sociali tra le imprese si formalizzano e diventano giuridiche¹⁰.

In questo contesto il contratto assume una logica individualistica perché si propone come il veicolo di massimizzazione dell'utilità del singolo operatore.

I tratti identificativi di questo modello tradizionale, dunque, sono: la rilevanza della promessa, la prevedibilità degli effetti e la tipicità delle misure rimediali –

⁷ A. FRIGNANI, M.TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, 2° ed. XII, Padova, 2010, cit.,265.

⁸ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, in *I contratti*, I, Wolters Kluwer, 2019, 97,98.

⁹ A. DALMARTELLO, *Contratti di impresa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1988, 1 (ora in A. Dalmartello, *Studi di diritto commerciale*, II, Milano, 2009, pp.287 ss.), i contratti di impresa sono quei contratti caratterizzati dalla partecipazione al rapporto contrattuale di un imprenditore e dal fatto che tramite essi si realizza l'attività di impresa

¹⁰ A. DALMARTELLO, *Contratti di impresa*, cit. 287 ss.

quasi interamente orientate alla dissoluzione del contratto in caso di patologia. Dai, sopra indicati, tratti identificativi derivano le tre basi su cui poggia il contratto tradizionale: completezza, tendenziale immodificabilità, tipicità dei rimedi.

La forza del modello tradizionale risiede nella stabilità assicurata al rapporto e nella possibilità per la parti di immaginare con relativa facilità gli esiti della vicenda negoziale: quelli pianificati ed indicati nel contratto, in caso di esito positivo, quelli consentiti dalla legge in caso di esito negativo.

La prevedibilità degli esiti, infatti, non può che essere garantita da rimedi tipici, tendenzialmente risolutori o ablativi, assistiti da una struttura contenziosa di gestione delle liti, essendo l'adeguamento meno prevedibile, in quanto soggetto a variabili individuali nell'ambito dei rapporti tra le parti. Si tratta, però, di un modello che, come spesso accade, ha molte luci, ma anche molte ombre¹¹.

Se da un lato, le caratteristiche sopra descritte concorrono alla stabilità e alla certezza dei rapporti, le stesse possono risultare di ostacolo alla realizzazione di altre esigenze di pari rilevanza.

La completezza del testo contrattuale, ad esempio, può porsi in antitesi con la complessità, soprattutto quando si tratta di contratti di lunga durata nei quali lacune involontarie o intenzionali non sono infrequenti¹².

Parimenti, in presenza di sopravvenienze, nei contratti di durata l'immodificabilità del regolamento contrattuale o i limiti posti al suo adeguamento si

¹¹ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit.,59.

¹² Come osserva PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, *Riv. critica dir. privato*, Jovene, 1996, 456: "se il costo di un'accurata previsione contrattuale eccede i suoi benefici, la scelta omissiva delle parti è da ritenersi razionale".

contrappongono spesso alla prosecuzione del rapporto tutte le volte in cui la normativa non lasci al contraente svantaggiato altre alternative se non quelle rappresentate dallo scioglimento del contratto o dalla sopportazione integrale del rischio.

Entrambe le soluzioni si traducono solitamente nella interruzione della relazione: nel primo caso, per espressa disposizione di legge, nel secondo, per volontà della parte gravata dal rischio della sopravvenienza che, in mancanza di adeguamenti sostanziali, sarà indotta a recedere dal contratto alla prima occasione utile¹³.

Si è rilevato, infatti, che la gestione quotidiana del contratto a lungo termine è poco influenzata dalle norme contrattuali, cosicchè, in un certo senso, è possibile distinguere tra macrofenomeni incidenti sul contratto (impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità sopravvenuta, inadempimento di grave entità) – in cui le norme negoziali tornano ad assumere rilevanza- e microfenomeni regolati dalla pratica delle relazioni commerciali e dai legami fiduciari¹⁴.

Del resto, la durata del contratto sembra direttamente proporzionale alla difficoltà di allocare i rischi nel momento iniziale.

La teoria dell'accettazione implicita del rischio non regolamentato nel contratto viene considerata una finzione, in considerazione del fatto che, come è stato rilevato, nella realtà commerciale gli uomini d'affari normalmente non si preoccupano di regolamentare l'intera gamma dei possibili impedimenti all'adempimento del contratto e in genere non li prendono neppure in considerazione.

¹³ Rileva A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 61: “Si affiancano qui due impostazioni: la visione emergenziale secondo cui l'evento sopravvenuto deve necessariamente essere eccezionale e imprevedibile, dissolvendo il contratto, e la finzione un po' critica – tipica, soprattutto, della tradizione di *common law*- dell'accettazione implicita, secondo cui la parte che non regolamenta la sopravvenienza nel testo negoziale ne accetta implicitamente il rischio”.

¹⁴ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 63.

Inoltre, la diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie come la mediazione e i tentativi di composizione della lite favoriscono la ricerca di soluzioni individuali, tarate di volta in volta sulle esigenze del caso concreto, è chiaro che questi procedimenti si discostano profondamente dai rimedi, per così dire, *standard* descritti nei codici e nelle raccolte di precedenti giudiziali; in questo senso i metodi alternativi di risoluzione delle controversie e i contratti che ne costituiscono l'oggetto sono già intrinsecamente relazionali¹⁵.

Un altro tratto distintivo del modello tradizionale pare risiedere nell'exasperazione della natura "corrispettiva" del contratto, in cui il vantaggio economico di una parte è sempre inversamente proporzionale al sacrificio dell'altra. In realtà, i più recenti modelli della contrattazione d'impresa presentano forme e modalità organizzative di natura para-associativa, cosicchè, spesso, costi e benefici non sono in contrapposizione, ma, almeno parzialmente, in condivisione: ad esempio nel *franchising*.

Le considerazioni appena svolte evidenziano quindi come il modello della tradizione non risulti sempre in grado di gestire in maniera adeguata le nuove esigenze del mercato e i mutamenti della realtà economico-sociale¹⁶.

¹⁵ Si sofferma sul rapporto tra cultura delle regole giuridiche e cultura della mediazione, G. CONTE, *Cultura della iurisdictio vs. cultura della mediazione*, Il Mulino, 2012, cit., in part. 183, osservando come, mentre la prima "appare votata ad applicare regole precostituite attraverso procedure esemplari, l'ultima appare orientata a creare regole volta per volta attraverso procedure esemplari".

¹⁶ Infatti, "in un mercato che si organizza per consentire non solo lo scambio di beni, bensì prevalentemente la circolazione dei servizi, la struttura tradizionale del contratto traslativo può rappresentare soltanto una parte delle transazioni che avvengono fra gli operatori, poiché questi ultimi spesso optano per strutture giuridiche che, senza rinnegare la loro originaria natura negoziale, consentono la pianificazione dell'attività d'impresa per la realizzazione di un risultato di interesse comune": F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996, 57; nello stesso senso, cfr. anche M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 60,61

2. Fenomeni giuridico-sociali che hanno portato al mutamento dell'idea di contratto

L'idea di contratto ha subito, nell'arco di pochi decenni, un significativo mutamento¹⁷, in tempi forse ancora più rapidi di quanto i fenomeni legati alla massificazione della produzione e alla globalizzazione economica lasciassero prevedere¹⁸.

In meno di un secolo, vari fattori, tra cui, in particolare, l'intensificazione e l'internalizzazione degli scambi, l'ingresso di nuove tecnologie, l'industrializzazione della produzione e l'armonizzazione del diritto, hanno tutti variamente contribuito ad allontanare e sfocare l'immagine tradizionale del contratto quale luogo ideale di incontro e convergenza delle volontà tra pari¹⁹.

Il modello tradizionale di contratto si è rivelato privo di capacità descrittiva dei fenomeni del mondo reale, in cui i contratti di impresa si fondano su relazioni di lunga durata che ne condizionano il funzionamento e la struttura causale²⁰.

L'affermazione della validità giuridica dei contratti a lungo termine è un'acquisizione piuttosto recente, specchio di un'evoluzione sociale e poi giuridica comune a diversi ordinamenti.

Ove sia necessario ripetere nel tempo, per esigenze imprenditoriali, la stessa operazione commerciale, non è agevole concludere tanti contratti quanti sono i

¹⁷ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*: "il diritto dei contratti, all'interno delle varie esperienze giuridiche, tende a modificarsi, sia per effetto di fattori endogeni, sia per effetto di circostanze esterne, quali l'appartenenza ad aree soggette a processi di integrazione economica e politica o a più ampi fenomeni di globalizzazione economica".

¹⁸ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 1.

¹⁹ Secondo M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. Priv.*, 2003, 468,469, almeno tre distinti fattori avrebbero messo in crisi il principio della forza di legge del contratto, a favore dell'esigenza di flessibilizzazione delle relazioni contrattuali: la radicalità dell'innovazione tecnologica; b) la mondializzazione del mercato; c) i processi di decentramento produttivo che accrescono le interdipendenze tra le imprese.

²⁰ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 4.

casi in cui è necessaria quella prestazione, ma piuttosto addivenire ad un unico “affare” suscettibile di subire variazioni per quanto concerne l’entità del dovuto e le modalità di adempimento.

Completato il processo di industrializzazione, tra fine Ottocento e inizio Novecento, gli ordinamenti giuridici prendono atto di tali esigenze imprenditoriali, esigenze che avrebbero potuto essere soddisfatte soltanto attraverso programmi negoziali a lungo termine, caratterizzati dalla flessibilità del regolamento d’interessi. Ne consegue il superamento della prevalenza della causa di scambio su quella di durata e, quindi, il riconsocimento della validità delle prestazioni ripetute nel tempo, rispetto alle quali è meno visibile, almeno in via immediata, il nesso tra una prestazione e l’altra²¹.

In Italia, il superamento della visione atomistica dello scambio e il progressivo riconoscimento delle specificità dei contratti di durata può individuarsi nel periodo compreso tra l’entrata in vigore del codice del commercio del 1882 e quella del codice unificato del 1942.

Il mutamento della sensibilità giuridica è rappresentato emblematicamente dal contratto di somministrazione, che distinguendosi dalla compravendita, diventa il modello negoziale tipico dei contratti d’impresa, a carattere continuativo e duraturo²².

Con l’entrata in vigore del codice del 1942, la somministrazione è stata “automatizzata” dalla compravendita, qualificata normativamente quale fattispecie

²¹ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e “contratti relazionali”*, cit.,99

²² BOERO, *La somministrazione*, in (a cura di) G. COTTINO *Contratti commerciali*, in *Tratt. Dir. Comm. Galgano*, XVI, Padova 1991, 237 ss. segnala come, in Italia, la nozione tecnico-economica di “contratto volto al soddisfacimento di bisogni futuri (o caratterizzato, pertanto da prestazioni reiterate e durature)” è più risalente rispetto alla nascita giuridica del contratto di somministrazione.

contrattuale con causa di durata e non di scambio, avente ad oggetto obbligazioni ad esecuzione continuata o periodica²³.

Attraverso il contratto di somministrazione, quindi, il tempo entra nella struttura del contratto come elemento funzionale e carattere distintivo. La ripetitività delle prestazioni oggetto di contratto evidenzia l'importanza relazionale nella fattispecie. Data la rilevanza del rapporto per l'attività svolta dalle imprese contraenti, il legislatore ha opportunamente previsto che l'inadempimento di una sola delle prestazioni è causa di risoluzione del contratto solo se di notevole importanza e tale da menomare il rapporto fiduciario tra le parti (art.1564 c.c.).

La natura commerciale del vincolo negoziale, destinato a protrarsi per un periodo di tempo, implica che la determinazione delle prestazioni corrispettive non può che essere approssimativa, divenendo cogente solo nel corso della relazione, man mano che i bisogni vengono identificati e quantificati dalle parti contraenti²⁴.

La validità del contratto di durata, quindi, prescinde dall'esatta individuazione dell'entità delle prestazioni al momento di conclusione del contratto e, pertanto, dal requisito della determinatezza assoluta dell'oggetto contrattuale²⁵. Può, dunque, accadere che il fabbisogno delle imprese muti, cosicché l'unità di misura, che scandisce l'utilità dei contraenti all'interno della relazione negoziale si individui nel tempo.

²³ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 106 ss., il quale rileva come "il passaggio definitivo dell'evoluzione è quello del nuovo codice".

²⁴ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, cit.,100.

²⁵ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 114, secondo il quale "all'interno di un contratto destinato a regolare un rapporto commerciale lungo un certo arco temporale la determinazione delle prestazioni corrispettive non può che essere approssimativa e suscettibile di divenire cogente soltanto nel corso della relazione, man mano che i bisogni vengano identificati e quantificati. Dunque, la validità della fattispecie deve prescindere dall'esatta individuazione dell'entità delle prestazioni al momento della conclusione del contratto e ,in definitiva, dal requisito della assoluta determinazione dell'oggetto contrattuale.

I contratti di durata e la loro utilizzazione preminente nell'ambito delle attività commerciali comportano particolari problematiche con riferimento alle sopravvenienze, le quali incidono sull'equilibrio contrattuale, a svantaggio di una o di entrambe le parti. Il rimedio della risoluzione non appare idoneo a tutelare l'interesse dei contraenti al mantenimento del rapporto, ritenuto vitale per l'esercizio della loro attività imprenditoriale.

Lo strumento della rescissione è parimenti inidoneo a soddisfare tale esigenza, in quanto presuppone una sproporzione originaria, ossia a monte del sinallagma, che si suole etichettare come vizio genetico.

In termini generali si può dire che il fattore che più di tutti ha mutato la logica contrattualistica è il fattore tempo. Non esiste, infatti, contratto rispetto al quale il fattore temporale non acquisti rilievo; tutte le attività umane, anche quelle giuridiche, utilizzano come loro coordinate il tempo e lo spazio²⁶.

Il tempo, in particolare, si atteggia ad unità di misura degli interessi degli individui; conseguentemente, in tutti i rapporti contrattuali, anche ove si concretizzino in uno scambio istantaneo, è riscontrabile un lasso temporale tra la conclusione del contratto e la sua esecuzione. Il tempo è l'elemento caratterizzante la funzione del contratto, nel senso che il raggiungimento del risultato negoziale realizza l'interesse delle parti nella misura in cui vengano rispettate le modalità temporali pattuite²⁷.

²⁶ Secondo G.SARACENI, *Il tempo nel diritto*, in *Iustitia* 2003, 461 "Il tempo si risolve nella misurazione del cambiamento"

²⁷ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, cit., 102.

3. Il contratto relazionale

Il superamento della dimensione atemporale dell'affare e l'approdo ad una visione relazionale dei rapporti contrattuali costituisce l'esito della riflessione scientifica di un gruppo di giuristi ed economisti nordamericani, a cui si deve l'elaborazione della teoria dei contratti relazionali.

La teoria dei *relational contracts* muove dalla considerazione secondo cui il modello classico e neo-classico dei *discrete* o *transactional contracts* si fonderebbe su una visione idealizzata della realtà e sarebbe pertanto inadeguato a rispondere alle esigenze di una società economicamente avanzata e tecnologicamente complessa.

Il modello contrattuale elevato a paradigma della visione classica del diritto privato dell'economia è costituito dalla c.d. *discrete transaction*, atto "isolato" e dunque, in un certo senso, separato dall'ambito spazio-temporale entro cui si colloca, rispetto al quale, sul presupposto dell'assenza di "fallimenti di mercato", non si ravvisa l'esigenza di disciplinare il rischio di squilibrio, in corso d'opera, tra le prestazioni.

Tali transazioni presentano un inizio e una fine esattamente individuati, si fondano sullo scambio istantaneo e permettono che l'interesse dell'operatore economico venga soddisfatto di volta in volta, con tutti i costi che ne comporta, attraverso una nuova contrattazione²⁸.

In questa logica il rischio resta in carico al preponente e il rapporto contrattuale muove intorno all'adempimento. Pertanto, ove questo non si verifichi, la parte

²⁸ V. BRIZZOLARI, C. CERSOSIMO V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, cit., 104.

adempiente può chiederne la risoluzione e concludere un nuovo affare con un operatore più diligente.

I rimedi giuridici per i casi di errore o impossibilità della prestazione non sono stati pensati allo scopo di mantener salda, seppure con la rinegoziazione opportuna, la relazione contrattuale, ma quali veicoli di ripartizione equitativa delle sopravvenienze tra le parti.

La categoria giuseconomica dei contratti relazionali, invece, comprende i contratti di durata significativa, comunque in assenza di un termine iniziale o finale prestabilito, che danno vita ad una relazione tra le parti e che proprio per tal motivo possono presentare delle sopravvenienze non identificabili al momento della conclusione²⁹.

La teoria relazionale muove dal concetto sociologico di scambio, inteso quale sinonimo di relazione e definisce il contratto come un articolato, complesso risultato della combinazione di vari elementi: la specializzazione del lavoro, la necessità dello scambio e la libertà di scelta dei contraenti; in più si deve aggiungere che alla base della scelta degli operatori di mercato v'è il fattore temporale.

In una prospettiva economica, la relazionalità si traduce nella condivisione dei rischi, laddove nel *discrete contract* il modello è ispirato ad una precisa ripartizione degli stessi.

L'aspetto più innovativo di questo tipo di contratti è dato dal superamento del dogma neo-classico del consenso, secondo cui il contratto è il luogo in cui viene cristallizzato l'accordo tra le parti, quale sintesi delle volontà individuali.

²⁹ R. ROMEI, *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, Giuffrè Editore, 2018, 233.

Nei contratti relazionali, infatti, è la relazione a dare forma e contenuto al contratto, più ancora della promessa.

Nella impostazione classica è dunque l'atto, insieme alla promessa, a porsi al centro dell'attenzione, relegando la relazione ad un ruolo secondario, nella teoria relazionale la gerarchia di valori è interamente sovvertita: infatti, è qui la relazione e non la promessa ad informare di sé il contratto e il suo contenuto.

Nella prospettiva relazionale, dunque, il contratto non è né l'inizio, né il termine di un percorso, ma un semplice strumento che concorre alla definizione della relazione tra due o più soggetti. In tal senso la regolamentazione contrattuale non può essere considerata la fonte esclusiva o principale del rapporto, ma soltanto un elemento che concorre alla sua definizione. Il legame tra le parti viene inciso da continui condizionamenti esterni e interni, che ne impongono, in punto di fatto, costanti aggiustamenti per il suo mantenimento in vita. La contrattazione tra le parti prosegue, dunque, ininterrottamente allo scopo di garantire l'equilibrio costante tra le prestazioni.

La dottrina dei contratti relazionali muove fundamentalmente da due presupposti:

- 1) lo scambio acquista valore solo all'interno di un contesto specifico, denotato dalla comunità entro cui è posto in essere e dai rapporti tra coloro che vi operano;
- 2) lo scambio acquista forma grazie ad elementi pensati in termini di specificità perché legati ad un contesto specifico; ogni rapporto contrattuale, infatti, si colloca all'interno di relazioni complesse ed è comprensibile solo in relazione agli elementi esterni che concorrono ad influenzarlo³⁰.

³⁰ V. BRIZZOLARI, C. CERSOSIMO, V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, cit., 105.

Con detti contratti si passa da una logica contrattualistica individualistica data dal fatto che ogni operatore vuole massimizzare la propria utilità, ad una logica solidaristica in cui i contraenti perseguono comunque interessi individualistici, ossia di massimizzazione del proprio interesse, ma condividono il comune obiettivo di instaurare e mantenere una collaborazione duratura garantita da un flusso costante di informazioni - anche per effetto di meccanismi di autogestione e governo del contratto orientati alla sua prosecuzione- tale da consentire di tollerare, ed anzi di prevedere consensualmente, elementi di “incompletezza” del contratto contestualmente alla previsione di procedure da seguire per realizzare, al contempo, una duplice funzione: adeguarsi al mutare degli stati del mondo ed evitare comportamenti opportunistici e costi transattivi *ex post*³¹.

Conseguenza di tale continuità è inevitabilmente l’insostituibilità della parte contrattuale, con la quale si crea un rapporto di natura fiduciaria, caratterizzato dalla solidarietà reciproca che appare più affine alla logica del contratto associativo che non a quello di puro scambio, fondato sulla reciproca cooperazione e diretto alla condivisione, piuttosto che alla ripartizione, dei costi-benefici³².

Si possono, dunque, definire le caratteristiche del contratto relazionale: la flessibilità che può manifestarsi nei più disparati elementi del rapporto contrattuale: dall’oggetto, all’adesione di altre parti, alle diverse modalità esecutive; la reciprocità per cui gli atti e le attività a beneficio di altri produrranno un vantaggio anche per l’agente; la solidarietà, nel senso di affidamento verso altri, nei limiti di quanto necessario ai fini della continuazione del rapporto.

³¹ A. PERULLI *Il Jobs act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, Giuffrè Editore, 2017, 173.

³² A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 67.

In questa categoria di contratti, i contraenti partono dalla considerazione che, in ragione dei mutamenti a loro interni (ad esempio il mutamento del fabbisogno imprenditoriale) o esterni (innovazione tecnologiche, variabilità dei costi) sia impossibile programmare, in maniera compiuta, *ex ante*, lo sviluppo del rapporto destinato a protrarsi per un lasso di tempo apprezzabile³³.

A fronte di ciò, i contratti di durata impongono all'ordinamento un'evoluzione delle tecniche di gestione del contratto, l'individuazione di strumenti idonei a consentire il riassetto delle condizioni negoziali in caso di mancata esecuzione delle prestazioni, sia per il caso d'inadempimento di un contraente che per qualsiasi altra causa.

Rientra in un certo qual senso, in questa categoria anche l'obbligo di rinegoziazione, ove lo si voglia leggere come il tentativo di riportare l'ordine e di restaurare l'equilibrio minacciato dalle sopravvenienze; vi rientrano anche i metodi alternativi di risoluzione, quali la mediazione e la conciliazione; vi rientrano i metodi di composizione amichevole delle controversie, che sono generalmente preferiti alle procedure contenziose; vi rientrano, in caso di inadempimento, i rimedi di tipo c.d. "manutentivo", diretti alla restaurazione dell'interesse violato, e riconducibili soprattutto alla riparazione o la sostituzione dei beni viziati, la ripetizione di servizi non resi, e, ove possibile al risarcimento in forma specifica.

L'applicazione della teoria relazionale ai contratti di durata impone, quindi, un mutamento di prospettiva nello studio del fenomeno della negoziazione nel suo complesso. Tale cambiamento comporta l'abbandono di una serie di dogmi in

³³ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, cit.,106.

materia contrattuale e la segnalazione dell'esistenza di una soluzione di continuità del diritto dei contratti, specchio, a sua volta, della continuità delle relazioni tra imprese nella prassi commerciale³⁴.

La vaghezza e la tendenziale fluidità dei contorni del contratto relazionale si riflettono anche sulla gerarchia delle fonti; laddove, infatti, nei modelli *discrete*, l'esigenza di garantire la stabilità e la certezza dei rapporti induce a una rigida selezione dei criteri interpretativi e a privilegiare la comunicazione formale (o scritta) su quella informale (o orale), la comunicazione linguistica su quella non linguistica, il *relational contract* non osserva una stretta gerarchia di valori, e la comunicazione formale o scritta può sempre essere superata dalla considerazione complessiva del rapporto posto in essere dalle parti³⁵.

Il ridimensionamento del testo scritto e della promessa in esso contenuta consentono anche la nascita di obbligazioni successive alla conclusione del contratto e non predeterminate in precedenza, tutte le volte in cui l'esecuzione delle stesse si renda necessaria per la prosecuzione del rapporto contrattuale. Si tratta di doveri impliciti, sottesi e radicati, in un certo senso, nel tessuto connettivo della relazione e destinati ad emergere in base alle concrete circostanze del caso.

Altro elemento strettamente connesso alla prevalenza della relazione sull'atto è

³⁴ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 58, secondo il quale come conseguenza, per quanto riguarda specificatamente i contratti di durata, il riferimento alla teoria relazionale è utile limitatamente (ma significativamente) al mutamento di prospettiva che essa impone dalla fattispecie agli effetti, dal consenso al rapporto, dalla conclusione all'esecuzione. Essa rappresenta sicuramente un fattore di rimozione di alcuni assunti in materia contrattuale e di segnalazione dell'esistenza di una soluzione di continuità all'interno del diritto dei contratti, che prima ancora è l'interruzione interna al contratto come prassi commerciale. Inoltre, la complessità del fenomeno contrattuale, che ne consegue contribuisce ad evidenziare alcuni tratti tipici e alcuni valori ricorrenti nelle relazioni a lungo termine.

³⁵ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 69,70: "In questo senso, *discrete transaction* e *relational contract* richiamano, rispettivamente, la tradizione scritta e la tradizione orale, in cui il *discrete contract* evoca la natura del documento scritto – fisso, stabile, immutabile, ma al tempo stesso, soggetto alle intemperie, all'usura del tempo, alla distruzione e allo smarrimento- mentre il *relational contract* ricorda il racconto fondato sulla narrazione e tramandato di soggetto in soggetto, e quindi variabile, modificabile e modificato in base alla percezione di ciascun ricevente, ma preservato dalla distruzione proprio per effetto del suo continuo processo di trasmissione e passaggio".

l'adozione di un criterio interpretativo teso a valorizzare la "determinatezza sopravvenuta" del contratto, che si realizza quando la condotta successiva delle parti conferisce senso e significato all'oggetto originariamente indeterminato o indeterminabile³⁶.

E' chiaro, poi, che, nella ricostruzione dei tratti distintivi del contratto relazionale, la tendenza e la volontà delle parti a proseguire la relazione svolgono un ruolo determinante.

Quanto detto presuppone che un elemento caratteristico della maggior parte dei contratti relazionali sia la sussistenza di uno stretto legame di natura fiduciaria tra i contraenti, elemento che depone nel senso di una tendenza ad escludere dalla relazione l'intervento di soggetti estranei non "riconosciuti" o legittimati dalle parti, tra i quali va considerato anche il giudice³⁷.

³⁶ Nel senso del riconoscimento di un criterio interpretativo teso a valorizzare la determinatezza sopravvenuta del contratto, in questo senso F.MACARIO, *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze, Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, Cerdef, 2005, 17, sottolinea " il riprovevole uso strumentale della sanzione di nullità del contratto per indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto, che soltanto a seguito di un'interpretazione superficiale potrebbe essere impiegato per decretare la nullità di una clausola di rinegoziazione, costruita come riserva di determinazione bilaterale a contenuto appunto indeterminabile".

³⁷ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 72: "la tendenza a scorgere una stretta connessione tra *relational contract* e adeguamento giudiziale meriterebbe, quindi, anche alla luce di questa osservazione, una riflessione più approfondita".

4. La relazione contrattuale

Il tempo non è una caratteristica esclusiva e propria dei soli contratti c.d. relazionali, ma può costituire in ogni caso, un carattere specifico di tutti i contratti a lungo termine, che per una ragione o per un'altra si proiettano in avanti nel futuro.

Tuttavia anche nella visione più individualistica e liberalistica, rappresentata esemplificamente dal pensiero di J. Stuart Mill, era chiaro che nessun rapporto può durare per sempre. La presunzione a favore del giudizio individuale, sempre secondo il pensiero del filosofo economista, è legittima solo se tale giudizio si basa sull'esperienza personale, attuale e presente. Diversamente, nessuno può validamente vincolarsi ora per il futuro, in virtù di una semplice previsione. Il passaggio appena riportato esprime un concetto indubitabile, l'impossibilità di vincolarsi per un tempo indefinito verso qualcun altro, anche nel caso di vincolo reciproco, giacchè qualunque rapporto, non necessariamente di matrice giuridica, è esposto a delle variabili, spesso imprevedibili.

E' noto che l'ordinamento non tollera vincoli perpetui e, per tale ragione prevede sempre una via d'uscita.

La relazione contrattuale è la relazione che nasce tra due soggetti (imprenditori o consumatori) che ha come fonte di origine la stipulazione di un contratto di lunga durata e che è esposta a delle variabili che possono alterare il normale svolgimento e l'esecuzione del rapporto³⁸.

³⁸ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, cit., 109.

La relazione è necessariamente imperniata sui concetti di tempo e di cambiamento: il primo incide, infatti sulla durata del contratto e il secondo sulla gestione della sopravvenienza; pertanto la percezione del tempo e del cambiamento e l'influenza che i fattori culturali possono esercitare su entrambi sono tutt'altro che irrilevanti³⁹.

Le società occidentali presentano un modello culturale tradizionale che porta alla c.d. *presentiation*, ossia, secondo i teorici relazionali, una modalità percettiva della realtà, secondo cui gli eventi futuri si percepiscono e si rappresentano, appunto, nel momento presente, in altre parole la "*presentiation*" non è altro che la programmazione degli eventi futuri.

La programmazione -con la quale si intende la relazione contrattuale- di eventi futuri derivante dalla cultura delle società occidentali è poco compatibile con la possibilità di adeguamento del contratto, in quanto, se il contratto è il risultato di una programmazione, ciò che non rientra nella programmazione iniziale non può neppure rientrare nel contratto⁴⁰.

Un primo gruppo di variabili che possono riguardare la relazione contrattuale riguarda elementi per così dire "esterni", esemplificamente, le cc.dd. sopravvenienze, tradizionalmente inquadrare nell'impossibilità e nella eccessiva onerosità sopravvenute.

E' infatti assai arduo confidare che le condizioni sussistenti alla nascita della relazione contrattuale siano imm modificabili; si tratta infatti di verificare se in base alle esigenze della relazione contrattuale i rimedi messi a disposizione dal legislatore, in questi casi, siano effettivamente efficaci e rispondano bene non solo

³⁹ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit.,73

⁴⁰ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit.,75.

alle esigenze suindicate, ma anche alle esigenze dell'economia in generale in una prospettiva di efficienza del mercato.

Un secondo gruppo, invece, riguarda fattori "interni", ossia ad esempio l'abuso che una parte può perpetrare nei confronti dell'altra, la quale magari abbia fatto affidamento su certe condizioni o su una certa durata del rapporto, effettuando degli investimenti specifici, è nelle relazioni contrattuali di durata infatti che c'è il maggior rischio di abusi o comportamenti opportunistici.

La relazione è un elemento fondamentale perché è grazie al costante rinnovo della volontà dei contraenti che si può continuare il rapporto contrattuale; ed è sulle esigenze della relazione contrattuale che ci si basa per poter effettivamente porre rimedio alle sopravvenienze e continuare il rapporto⁴¹.

⁴¹ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, cit., 109.

5. Contratti relazionali negli ordinamenti non comunitari

Gli schemi contrattuali business to business tipizzati dai codici civili di c.d. terza generazione non sono altro che i modelli contrattuali sviluppatisi, sotto la vigenza dei codici ottocenteschi, nel processo di c.d. decodificazione e costituiscono le risultanze della prassi e delle consuetudini mercantili, delle leggi speciali statali quanto delle convenzioni internazionali (Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili -CISG-) del 1980; Principi dell'UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali) e dei progetti transnazionali di unificazione del diritto dei contratti.

Proprio la rilevanza degli schemi negoziali a lunga durata nella regolamentazione dei rapporti economici ha giustificato l'allontanamento dei codici di ultimissima generazione dal modello contrattuale "classico"⁴².

⁴² F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv.dir.civ.*, Cedam, 2002, 63, il quale individua il diritto internazionale dei contratti quale fonte d'ispirazione per la disciplina del diritto contrattuale olandese e tedesco.

5.1. Segue. Argentina

Nel codice civile italiano, diversamente dal Nuovo codice civile argentino, non esiste una nozione legislativa dei “contratti di durata”.

In particolare il codice civile e del commercio argentino, entrato in vigore il primo agosto 2015, ha dedicato l’art.1101 ai contratti di lunga durata, che al primo comma stabilisce che il tempo è essenziale per la realizzazione dell’oggetto contrattuale, ed è necessario per la realizzazione degli effetti desiderati dalle parti o per la soddisfazione della necessità che le ha indotte a contrarre⁴³.

Il più volte ricordato carattere della sinallagmaticità del rapporto – che il codice argentino sembra valorizzare espressamente quando nel secondo comma dell’art. 1011 puntualizza che le parti devono esercitare i propri diritti secondo l’obbligo di collaborazione, nel rispetto della reciprocità degli obblighi contrattuali, considerata in relazione alla durata complessiva del rapporto contrattuale– fa sì che questi contratti si collochino nell’ambito della più ampia categoria dei contratti a prestazioni corrispettive⁴⁴.

Il legislatore argentino, infatti, prendendo atto che i rapporti contrattuali duraturi nel tempo necessitano spesso la rideterminazione del loro contenuto, in ragione dei cambiamenti tecnologici e dell’andamento variabile dei prezzi, ha codificato sia l’obbligo di rinegoziare, che il divieto di esercizio abusivo del diritto. L’obbligo di rinegoziare e, quindi, di mantenere fermo il contratto, seppur

⁴³ E. GABRIELLI, *Giustizia Civile*, in *Riv.dir.civ.*, Cedam, 2, 2018, 267, che ha espresso il duplice dubbio se “il tempo, e quindi il protrarsi del momento esecutivo della vicenda contrattuale costituisca il carattere fondamentale ed esaustivo della categoria dei contratti di durata ovvero ne individui solo un aspetto di particolare rilievo, senza tuttavia coglierne per intero la nota di distinzione, e se ad ogni ipotesi di contratto ad esecuzione continuata e periodica corrisponda simmetricamente un unitario contratto di durata , come viceversa sembrerebbe che accada nel Codice della Nazione Argentina”.

⁴⁴ E. GABRIELLI, *Giustizia Civile*, cit., 267.

rivisitandone il contenuto, si pone in alternativa al recesso unilaterale del contraente svantaggiato, “*rescission*”, e ha lo scopo di ripristinare l’equilibrio del sinallagma, in caso di sopravvenuta sproporzione, nel rispetto della buona fede e senza che la parte contrattuale “forte” abusi della sua posizione dominante. E’ evidente l’allontanamento dall’idea ottocentesca di contratto e l’approdo ad una visione flessibile dell’affare.

Flessibilità specchio del dinamismo dei rapporti commerciali, il cui contenuto è fisiologicamente sottoposto a rinegoziazioni, ogniqualvolta si registri un mutamento degli elementi esterni determinanti per la contrattazione -variabilità dei prezzi e dei costi dei servizi; mutamenti tecnologici ed istituzionali⁴⁵.

5.2. Segue. I sistemi giuridici asiatici

Nei sistemi giuridici dell’Estremo Oriente e, in particolar modo, in Cina e Giappone, la relazione contrattuale riceve un’intensa tutela per effetto della diffusione di un particolare modello negoziale, che viene spesso definito “relazionale” e rappresenta la base dei processi di scambio.

Proprio per questi motivi, la teoria del contratto relazionale ha guardato e tratto ispirazione dagli schemi negoziali in uso in questi paesi allo scopo di dimostrare la compatibilità del modello teorico con la realtà economico-sociale e la sua

⁴⁵ V. BRIZZOLARI – C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e “contratti relazionali”*, cit.,102.

sostenibilità sul piano pratico-operativo, alla stregua, in un certo senso, di una sperimentazione già riuscita, in grado di favorire l'adozione del modello anche nei sistemi occidentali⁴⁶.

E' necessario specificare che neppure la condivisione dello stesso testo normativo o, come in questo caso, del medesimo modello negoziale, possono sempre assicurare un'applicazione uniforme in presenza di mentalità e culture giuridiche forgiate nell'ambito di tradizioni diverse⁴⁷.

Tuttavia, al di là della loro effettiva esportabilità nel mondo occidentale- piuttosto dubbia, come vedremo- la conoscenza dei modelli negoziali asiatici è comunque essenziale in uno studio dedicato alla tutela della relazione, anche in ragione del crescente peso economico dei paesi che li esprimono⁴⁸.

Nel contesto asiatico la relazionalità influisce sulla struttura e sulla nozione di contratto con riferimento ad almeno tre specifici aspetti: la prevalenza del rapporto sull'atto, la tendenza alla formazione progressiva e alla flessibilità del contratto, il favore verso la stabilità della relazione.

Per quanto concerne il primo elemento, nel contratto giapponese la prevalenza del rapporto sull'atto si esprime attraverso una tecnica negoziale incentrata sulla contrattazione "seriale" o "ripetuta" tra i medesimi soggetti nell'ambito di una relazione commerciale.

L'osservazione della realtà giapponese, infatti, porta all'emersione di un fenomeno caratterizzato da contratti ripetuti nel tempo, di durata breve -circa un

⁴⁶ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 80.

⁴⁷ In Cina, per esempio, "creare un diritto formale è molto più semplice che applicarlo, dato che la tradizione giuridica informale continua a prevalere sul diritto formale moderno": H:P: GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, trad. S. Ferlito, Bologna, 2011, 502.

⁴⁸ E' quasi superfluo ricordare che Cina e Giappone rappresentano, rispettivamente, la seconda e la terza potenza economica e mondiale.

anno- e molto sintetici nel contenuto, spesso ridotto a poche pagine, se non affidato ad accordi verbali⁴⁹.

Alla base di questi contratti si pone l'esistenza di una relazione commerciale stabile e duratura tra le parti, spesso di natura fiduciaria e garantita anche da sanzioni di natura sociale, che consente di godere di un capitale già consolidato di informazioni e di ottenerne di nuove in un flusso di scambio costante e reciproco. Uno dei vantaggi di questi contratti è il fatto che assicurano una notevole flessibilità potendo risolvere ab origine il problema delle sopravvenienze, che saranno gestite di volta in volta – e in modo decisamente pragmatico- in occasione del prossimo contratto.

Non si tratta, quindi, di modificare i termini di un contratto ancora in atto, ma di stabilirne di nuovi nel contratto immediatamente successivo.

Rimane il fatto, però, che la tutela investe la relazione contrattuale e non i singoli contratti che la compongono, infatti, queste fattispecie negoziali consentono il rinnovo dei singoli contratti – anche a condizioni diverse- senza incidere sulla stabilità del rapporto commerciale che ne rappresenta la base.

Le possibili dispute vengono per lo più risolte in ambito stragiudiziale attraverso la ripresa delle negoziazioni, poiché il rifiuto di contrattare è assistito da sanzioni sociali i cui effetti possono essere più dannosi di quelli delle sanzioni giuridiche, perché connesse alla reputazione della azienda.

Nel caso si dovesse rendere necessario l'intervento del giudice, l'interruzione arbitraria e il rifiuto di rinegoziare sono valutati alla stregua di una violazione

⁴⁹ “Tali caratteristiche rendono le relazioni contrattuali giapponesi in qualche modo diverse e forse è per questo che i contratti giapponesi vengono considerati unici”, H.ODA, *Japanese Law*, Oxford, 2011,151.

della buona fede e come tali sanzionati con la condanna al risarcimento del danno⁵⁰.

In Giappone, il riconoscimento di una relazione giuridica non dipende tanto da un contratto formale, quanto piuttosto dall'intensità del legame fiduciario andato instaurandosi tra i partner commerciali.

La fiducia si considera alla base delle relazioni anche in Cina, altro sistema giuridico incentrato sulla prevalenza della relazione informale rispetto alla nozione di contratto nel senso occidentale⁵¹.

Il *guanxi* descrive una complessa rete di relazioni e legami di natura personale - familiare, amicale- consolidata nel tempo e talmente complessa da rappresentare spesso una solida barriera per le imprese occidentali intenzionate ad entrare in rapporto con le imprese cinesi.

Il *guanxi* rappresenta l'antitesi del contratto occidentale, in quanto la fiducia rende sostanzialmente superflue le sanzioni legali che assistono il contratto.

Si spiega così una certa indifferenza rispetto la nozione occidentale di contratto, in un mondo in cui la pratica degli affari è dominata dalla reputazione e dall'onorabilità, in grado di influire sul rispetto degli accordi molto più intensamente della minaccia di qualsiasi altra sanzione legale⁵².

La trattazione fin qui ci permette di scorgere due elementi fondamentali della contrattualistica cinese e giapponese, la flessibilità del contratto e l'informalismo. Occorre precisare che , in particolare in Giappone, nonostante la netta preferenza

⁵⁰ In ambito civile, il sistema giudiziario giapponese si fonda sostanzialmente su tre gradi di giudizio, demandati, rispettivamente, al Tribunale di primo grado diviso in distretti giudiziari, alla Corte d'Appello e alla Corte Suprema, H. ODA *Japanese Law*, cit., 53.

⁵¹ A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 96.

⁵² A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 97.

per la prosecuzione della relazione negoziale, quest'ultima non è sempre garantita ad ogni costo.

Laddove il rapporto tra i soggetti sia irrimediabilmente compromesso, il giudice non impone la prosecuzione forzata del rapporto, attraverso la condanna a rinegoziare o a proseguire il contratto, ma si preoccupa, piuttosto, di farsi da garante del fatto che la cessazione avvenga con il minimo conflitto possibile, assicurando ad esempio una congrua indennità al soggetto sul quale ricadono gli effetti negativi dello scioglimento.

In conclusione si può dire che nei sistemi asiatici la regola generale è rappresentata dal mantenimento della relazione, mentre negli ordinamenti europei il rapporto regola/eccezione appare rovesciato, e il problema dell'interruzione della relazione è stato finora preso in considerazione dal legislatore solo al ricorso di condizioni specifiche, quali la condizione di dipendenza economica e la protezione degli investimenti legati a specifici contratti (*franchising*).

Inoltre nei sistemi occidentali la durata del rapporto non rappresenta un valore in sé, ma sembra rappresentare un'aggravante, dalla quale desumere, in concorso con altri elementi, il comportamento abusivo di una parte diretto alla violazione dei meccanismi concorrenziali o dei principi di giustizia contrattuale⁵³.

Nei sistemi asiatici vi è stato, dunque, un assorbimento dei valori sociali nella sfera giuridica attraverso il ricorso al principio generale di buona fede che ha trovato un'inaspettata accoglienza.

La buona fede assorbe i valori sociali e rappresenta spesso il mezzo attraverso cui i valori espressi dalla società possono fare ingresso nel sistema giuridico.

⁵³ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 102.

Nei sistemi asiatici, la buona fede implica il bilanciamento degli interessi dell'individuo con le esigenze della società e nel conflitto tra interessi individuali, può imporre perfino la rinuncia del contraente a parte dei vantaggi conseguiti nel contratto, se quest'ultimo si traduce in una irragionevole-ossia squilibrata-allocazione dei rischi tra le parti⁵⁴.

Nei sistemi di *civil law* una nozione di buona fede in cui l'interesse dell'individuo è destinato ad arretrare di fronte a quello della controparte o della società fatica a trovare accoglimento.

Si ricava, nel complesso, l'impressione che, in Oriente, nella prassi negoziale, il ruolo svolto dalla buona fede nei sistemi occidentali sia assunto, in realtà, dalla fiducia, che rappresenta il vero collante dei rapporti e l'incentivo più forte al rispetto delle pattuizioni.

Un ulteriore elemento di incompatibilità è rappresentato dalla preferenza, in questi modelli, per le soluzioni individuali, che i giudici ricavano dalla valutazione del caso concreto, senza alcuna necessità di ricorrere a norme e regole astratte, ma questa prevalenza del particolare sul generale può rappresentare, almeno secondo la mentalità occidentale che tende a nutrirsi di astrazioni e principi generali, un ostacolo alla certezza del diritto.

Per questi motivi, gli strumenti applicati ai modelli relazionali asiatici sembrano presentare diversi problemi di compatibilità con i sistemi giuridici occidentali⁵⁵.

⁵⁴ Le Corti cinesi sottopongono il contenuto del contratto a diversi controlli di correttezza. In particolare, la conformità del contratto a correttezza e buona fede viene valutata con l'ausilio di diversi parametri: il primo criterio è quello della "evidente scorrettezza", tratto dall'rt.59 del codice civile cinese; il secondo è quello della ragionevole allocazione dei rischi, derivato dalle regole di mercato; il terzo, infine, è indicato con la formula "equa distribuzione dei diritti e degli obblighi", M.ZHANG, *Chinese Contract Law*, Martinus Nijhoff, 2005, 74-76.

⁵⁵ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 108,109.

6. Contratti relazionali e contratti di durata

Nel codice civile italiano non esiste una nozione legislativa dei contratti di durata; le norme che possono essere ricondotte al concetto, ed alla categoria dogmatica che sotto quel “*nomen*” viene solitamente ricompresa, sono quelle che attengono per lo più ai contratti nei quali la esecuzione della prestazione dovuta dall’una all’altra parte si distende e protrae nel corso del tempo.

Tali schemi negoziali, nella parte generale del diritto dei contratti, trovano il proprio fondamento anzitutto nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, i quali, a loro volta, non ricevono dal legislatore una propria ed autonoma definizione, ma vengono richiamati nel capo XIV del titolo terzo del libro quarto del codice civile, che si intitola “Della risoluzione del contratto”, all’interno del quale i numerosi articoli, che ai contratti di durata fanno espresso richiamo (artt. 1453, 1460, 1463, 1467), attengono, in coerenza con l’intitolazione del capo XIV, però tutti ad ipotesi di patologia del contratto.

In senso proprio, si deve dire, che non è il contratto ma il rapporto che è di durata, poiché in questa tipologia di contratti il carattere della durata non riguarda il momento della formazione, ma quello dell’esecuzione, e quindi non attiene al negozio come fonte del rapporto, ma al rapporto come effetto del negozio. Con maggior precisione terminologica dovrebbe parlarsi di rapporti obbligatori di durata⁵⁶.

⁵⁶G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, Piccin Nuova Librai 1943, 203,204

Essi assurgono ad autonoma considerazione soprattutto alla luce dello specifico richiamo che il codice civile italiano ne opera quando disciplina i contratti ad esecuzione continuata e i contratti ad esecuzione periodica, soprattutto, per quanto attiene alla parte generale del diritto dei contratti, negli artt. 1360 (sulla retroattività della condizione), 1373 (sul recesso unilaterale), 1458 (sugli effetti della risoluzione per inadempimento), 1467 (sulla risoluzione per eccessiva onerosità) c.c.

Il contratto di durata rinvia, peraltro, una sua particolare forza espansiva e presenza sintomatica nella parte speciale del diritto dei contratti, sia tra quelli nominati nel codice civile, sia tra quelli contemplati nelle leggi cd. collegate al codice civile, come in questa seconda ipotesi, per limitarci ad un solo e significativo esempio, nel Testo unico bancario (d.lgs. 15 settembre 1993, n. 385) nell'art. 118 ove si parla di “contratti a tempo indeterminato” e di “contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato”, e nell'art. 119 ove la categoria viene riconosciuta secondo il proprio e tradizionale “*nomen*”: “contratti di durata”⁵⁷.

Lo studio dei contratti di durata nella letteratura italiana, dopo l'interesse suscitato nella prima metà del secolo scorso, si è però sostanzialmente affievolito, assorbito forse dallo studio della più larga e comprensiva categoria dei contratti a prestazioni corrispettive nella quale i contratti di durata vengono ricompresi sul piano delle classificazioni.

L'opportunità di tale inquadramento sul piano sistematico non risolve, tuttavia, il duplice dubbio se il tempo, e quindi il protrarsi del momento esecutivo della

⁵⁷ Il TUB all'art.118 prevede una netta distinzione di effetti in relazione ai contratti a tempo indeterminato e a quelli diversi da quelli a tempo indeterminato relativamente al potere di *ius variandi* (dunque di modifica unilaterale da parte della banca) delle condizioni del contratto bancario.

vicenda contrattuale costituisca il carattere fondamentale ed esaustivo della categoria, ovvero ne individui solo un aspetto di particolare rilievo, senza tuttavia coglierne per intero la nota di distinzione, e se ad ogni ipotesi di contratto ad esecuzione continuata e periodica corrisponda simmetricamente un unitario contratto di durata⁵⁸.

La caratteristica essenziale dei contratti di durata consiste nel fatto che essa obbedisce ad un principio generale e costante (art. 1458, comma 1, c.c.), secondo cui nei contratti ad esecuzione continuata o periodica l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

Questa regola, diverge infatti da quella generale del diritto dei contratti che stabilisce l'efficacia retroattiva di quelle cause e di quei fatti, e di conseguenza fa sorgere un effetto restitutorio in capo all' *accipiens* della prestazione in caso di dichiarata inefficacia del contratto e del rapporto.

Lo scioglimento dei contratti ad esecuzione continuata o periodica fa dunque salvo nel contratto quanto è accaduto “nel passato”, cioè prima della pronuncia di risoluzione, la quale incide quindi solo sul futuro di quel rapporto e la regola si giustifica perché nei contratti di durata l'obiettivo da perseguire, nelle intenzioni del legislatore, è quello della tutela del sinallagma, cioè del nesso di corrispettività tra le contrapposte prestazioni, ed esso rappresenta il profilo di fondo del tema, soprattutto nella prospettiva delle regole che disciplinano la fase dell'inadempimento o in ogni caso del mancato raggiungimento del fine ultimo perseguito dai contraenti⁵⁹.

⁵⁸ G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 205

⁵⁹ E. GABRIELLI, *Giustizia Civile*, cit., 267.

Un altro elemento proprio dei contratti di durata è individuato nell'ammissibilità del recesso ad *nutum*, che troverebbe giustificazione nella durata potenzialmente illimitata di tali contratti⁶⁰.

In una riflessione incentrata sulla tutela della relazione e i contratti relazionali ci si può chiedere se, con la formula "contratto relazionale", non si finisca, in realtà, semplicemente per adattare un'espressione nuova ad un fenomeno vecchio, dal momento che, indubbiamente, molte caratteristiche relazionali sono già presenti nei contratti di durata⁶¹.

Occorre prendere atto del fatto che il modello dello scambio istantaneo, posto alla base della nostra tradizione giuridica, non può più considerarsi interamente adeguato, o forse non lo è mai stato⁶².

L'emersione di un modello alternativo proposto soprattutto dalla teoria relazionale e capace di colmare le lacune lasciate dal modello tradizionale fatica ad affermarsi.

Il modello maggiormente relazionale della nostra tradizione giuridica, infatti, il contratto di durata, presenta alcuni problemi di compatibilità con i nuovi schemi negoziali emergenti dalla prassi, se da un lato, riproducono alcuni caratteri dei contratti di durata, paiono al tempo stesso in parte emancipate da essi. Le soluzioni che si prospettano sono due: la prima è un aggiornamento della categoria dei contratti di durata, in grado di porla al passo coi tempi, integrando la disciplina del contratto con nuove regole operative, dirette, ad esempio, a dare

⁶⁰ Sebbene, infatti, la legge non enunci questa regola in una norma generale, "essa discende direttamente dal principio della temporaneità del vincolo giuridico, principio che va annoverato fra quelle cause ammesse dalla legge (art.1372 c.c.), in forza delle quali il contratto può essere sciolto anche in assenza del mutuo consenso delle parti": G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., 240,241.

⁶¹ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 60, rileva come "tutti i contratti di durata presentino una componente fortemente relazionale, anche in ragione dell'esposizione del tempo", sebbene i due insiemi - relazionale e di durata- non coincidano.

⁶² A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 135.

maggior riconoscimento giuridico all'adeguamento del contratto o a porre condizioni più rigorose alla disciplina del recesso; la seconda risiede invece nell'enucleazione di una nuova categoria di contratti in parallelo a quella dei contratti di durata, da individuarsi nell'attitudine più accentuata all'adeguamento e alla tutela della relazione.

La Cassazione, a volte, sembra aver spinto verso l'adozione di questa seconda soluzione, in particolare con la sentenza n. 20106/2009, ha riconosciuto enfasi ai doveri di collaborazione reciproca e di solidarietà tra le parti del contratto- nella fattispecie di concessione di vendita-che può indurre a interrogarsi se la Corte non abbia -più o meno consapevolmente- inteso spingersi oltre la configurazione di tali doveri alla stregua di applicazioni del principio generale di buona fede, fino a tratteggiare la sussistenza di una causa negoziale di natura solidaristica o relazionale⁶³.

Si tratta di capire se in quella sentenza la Suprema Corte abbia davvero inteso semplicemente fornire gli estremi di una lettura più dinamica della buona fede, da riferire comunque a tutti i contratti, oppure se in alcune tipologie negoziali- sufficientemente numerose e individuate al punto da rappresentare una categoria- la solidarietà non possa assumere tratti specifici, fino a modellare la fisionomia della causa negoziale, ossia se, in altri termini, la collaborazione non finisca per divenire elemento della causa.

E' necessario, in primo luogo, accertare la presenza effettiva, nei contratti, di tratti distintivi espressivi di una causa di natura solidaristica o relazionale, quali, in

⁶³ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 137,138. E' interessante soprattutto osservare come la decisione della Suprema Corte si fondi in gran parte sul riconoscimento di "un generale principio di solidarietà sociale".

particolare, l'attitudine all'adeguamento, la prevalenza di rimedi di natura manutentiva su quelli di natura ablativa, meccanismi accentuati di tutela della relazione espressi da limiti al potere di recesso e incentivi al rinnovo del rapporto negoziale.

Il passo successivo consisterà poi nel verificare se queste possibili caratteristiche possano essere riferite ad un nucleo speciale di contratti diverso, non solo da tutti i contratti, ma anche dai contratti di durata⁶⁴.

⁶⁴ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit.,138,139.

7. Critiche alla teoria relazionale e loro superamento

La teoria relazionale è stata fortemente criticata, e ha dato luogo ad un intenso dibattito.

Tra le critiche più consistenti vi è quella fondata sulla dimensione “normogenetica” della relazione, in considerazione del fatto che la teoria relazionale affida al rapporto, prima ancora che all’atto, la creazione dei diritti e dei doveri delle parti, con ciò esponendole a impegni rispetto ai quali avrebbero potuto preferire non vincolarsi⁶⁵.

Si osserva, infatti, che il consenso svolge un’importante ed irrinunciabile funzione di segnalazione delle preferenze individuali che nella prospettiva della relazione sembrano irrilevanti.

In realtà si può rilevare che la relazione ha sempre natura normogenetica, perfino nella prospettiva della teoria tradizionale: a supporto dell’esistenza di obblighi non predeterminati nella fase della conclusione del contratto, ma successivamente individuati in base alle circostanze del caso concreto, depone, infatti, almeno con riferimento all’ordinamento giuridico italiano, oltre alla clausola generale di buona fede (art.1375 c.c.), la disposizione in tema di integrazione del contratto di cui all’art. 1374 c.c. per effetto della quale “il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze, che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza secondo gli usi e l’equità”.

⁶⁵ “Asserire che le parti possono essere vincolate ad obblighi che discendono dalla relazione e sui quali essi non hanno manifestato il consenso in un dato momento, prescindendo apertamente dal ruolo concettuale della volontà, è soluzione di rottura rispetto a tutti i principi sui quali si fondano le teorie consensualistiche. Appare altresì parziale per quanto riguarda la considerazione della libertà contrattuale in senso negativo, poiché la prospettiva di una dimensione normogenetica della relazione espone le parti ad obblighi rispetto ai quali avrebbero preferito non vincolarsi”: M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 57.

Pertanto, l'esistenza di doveri inespressi, ma nascenti dalla relazione non solo non sembra entrare davvero in conflitto con l'impianto tradizionale, ma non pare neppure un tratto specifico dei contratti relazionali, con riferimento ai quali il fenomeno si può soltanto manifestare con maggiore intensità in ragione della loro estensione temporale, rendendo la genesi di tali doveri statisticamente più frequente⁶⁶.

Parimenti diffusa è anche l'osservazione che i contratti relazionali non potrebbero, in realtà, essere inquadrati in una vera categoria e che, se anche ciò fosse possibile, si tratterebbe in ogni caso di una categoria di natura sociologica e non giuridica.

Alla base di tali convinzioni si pone la considerazione secondo cui non sarebbe possibile dare al contratto relazionale una definizione capace di isolare concettualmente la categoria e di assoggettarla, in nome della specificità, a conseguenze normative differenziate rispetto agli altri contratti⁶⁷. Si deve obiettare che il contratto relazionale non rappresenta una teoria, ma si "muove verso" una teoria.

In quest'ultimo senso sembrano muoversi alcuni contributi, secondo cui la relazionalità non andrebbe valutata alla stregua di elemento distintivo di una specifica categoria di contratti, ma sarebbe piuttosto rinvenibile nella struttura di tutti i contratti, per il fatto di rappresentarne la lettura in chiave sociologica. Il comportamento contrattuale, infatti, si pone in dipendenza dell'interesse di volta in volta prevalente, che può coincidere ora con il mantenimento della relazione sociale, ora con la valorizzazione dell'accordo economico, ora con il rispetto del

⁶⁶ A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 112.

⁶⁷ M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 58.

testo negoziale; può accadere, ad esempio, che una parte tolleri l'occasionale inadempimento dell'altra, se l'interesse alla conservazione della relazione prevale sull'interesse al rispetto del testo contrattuale⁶⁸.

Il contratto deve essere letto alla stregua delle possibili dimensioni di esso, economica e giuridica, cosicchè, a seconda del contesto e della situazione, sarebbe possibile dare la prevalenza ad un aspetto piuttosto che ad un altro. Questa nuova lettura risolverebbe quindi alla base le obiezioni legate alla difficoltà di inquadramento del *relational contract* nell'ambito di una categoria pre-individuata.

Per una simile lettura è necessario non porre il diritto e la sociologia in rapporto di necessario antagonismo; diritto e sociologia studiano gli stessi fenomeni, ma si rapportano ad essi in modo diverso; la sociologia studia la realtà per ciò che è, il diritto per come dovrebbe essere.

Un'altra critica alla teoria in esame muove dalla definizione-da parte dei sostenitori della teoria- dei contratti relazionali come quei contratti che, in caso di sopravvenienze, sono spontaneamente adeguati dalle parti per la tutela del comune interesse.

Questa definizione porta alla regola operativa dell'adeguamento giudiziale del contratto, in caso di fallimento dell'attività di rinegoziazione tra i contraenti, con ciò suscitando le ulteriori critiche di chi vede in questa ricostruzione un'invasione di campo da parte del giudice⁶⁹.

⁶⁸ Così, in particolare, H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 2002, 128ss.

⁶⁹ M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., 473, il quale afferma che "la dottrina del *relational contract* si dimostra un mero espediente per proclamare un obbligo di rinegoziazione il cui unico senso consiste nell'approdo all'adeguamento giudiziale del contratto, ossia una mera impalcatura ideologica rivolta solo a legittimare attraverso il riferimento a valori (la solidarietà, appunto) un intervento del giudice che ha, invece, natura solo funzionale.

In realtà, un contratto è relazionale proprio perché si adegua e non perché si deve adeguare; in altre parole, se il contratto è relazionale, allora le parti hanno un comune interesse a mantenere la relazione e non avranno bisogno di una regolazione eteronoma.

In genere, la ricostruzione del nuovo assetto di interessi sarà il risultato di un adeguamento spontaneo tra gli interessati; non vi è alcun automatismo necessario tra cooperazione spontanea delle parti e adeguamento giudiziale⁷⁰. Maggiormente fondata pare invece la critica nella parte in cui si contesta l'impossibilità di riferire al *relational contract* regole operative proprie, dal momento che le regole ad esso riconducibili sarebbero, in realtà, applicabili a tutti i contratti, e quindi non riuscirebbe ad emanciparsi interamente dalla categoria dei contratti a lungo termine.

Per quanto riguarda il rilievo critico relativo all'estensione delle regole relazionali a tutti i tipi di contratto bisogna ammettere che la vaghezza rimproverata al modello relazionale finisca per condizionare anche la natura delle obiezioni ad esso rivolte, dal momento che proprio chi estende l'operatività delle regole relazionali a tutti i tipi di contratto, per porne in dubbio la specificità, è, al tempo stesso, costretto, non solo a constatare la difficoltà di individuare queste stesse regole operative comuni, ma anche a riconoscere che le regole così individuate non esprimono affatto un pensiero condiviso nell'ambito della teoria relazionale.

Per quanto invece riguarda l'obiezione secondo cui alcune regole relazionali dovrebbero, al contrario, considerarsi inammissibili con riferimento ad ogni tipo di contratto, la sostenibilità teorica del *relational contract* viene soprattutto

⁷⁰ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit., 116, 117.

contestata in base alla dubbia ammissibilità dello strumento dell'adeguamento giudiziale in caso di fallimento dell'attività di rinegoziazione. Dobbiamo, infatti, riaffermare che l'adeguamento giudiziale come tratto caratteristico irrinunciabile dei *relational contracts* è una circostanza ancora tutta da dimostrare.

Le critiche mosse alla teoria relazionale sembrano tutte superabili, ma ciò non vale necessariamente a riconoscere la validità della teoria, ma a servire il più limitato intento di sgombrare, ove possibile, il campo da equivoci e condizionamenti ideologici, in modo da favorire la chiarezza del dibattito⁷¹.

⁷¹ A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, cit.,110,111.