UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto

Curriculum in Diritto Comparato
XXVII ciclo

IL CONTRATTO NEL DIBATTITO DOTTRINALE INGLESE: LA *RELATIONAL CONTRACT THEORY*

Settore scientifico: IUS/02

Dott. Shida Galletti

R09581

Relatore: Ch.mo Prof. Carlo Marchetti

Coordinatore del Dottorato: Ch.mo Prof. Albina Candian

Anno Accademico 2014/2015

We live in interesting times; the landscape of contract law is changing; and we might quite reasonably wonder what the future holds for the general law of contract.

R. Brownsword (2014)

INDICE

Introduzione 5

CAPITOLO I: APPROCCI CRITICI AL MODELLO CONTRATTUALE CLASSICO 7

1.1 IL PUNTO DI PARTENZA: LA *CLASSICAL LAW OF CONTRACT* 7
1.1.1 L'"invenzione" del diritto contrattuale classico 7
1.1.2 I tratti caratteristici del diritto classico 9
1.1.3 (segue) Premesse e fondamenti della *law of contract* 13
1.1.4 Nascita ed evoluzione dell'idea di *freedom of contract* 14
1.1.5 Il declino del principio di libertà del contratto 20
1.1.6 L'esistenza di un diritto contrattuale unitario 27

1.2 CRITICHE E MODELLI ALTERNATIVI DI ANALISI DEL CONTRATTO 33
1.2.1 Le diverse possibili "letture" del contratto in common law 33
1.2.2 L'approccio basato sull'analisi economica 38
1.2.3 (segue) L'interpretazione di analisi economica dei contratti di lungo periodo 42
1.2.4 L'analisi empirica 46
1.2.5 La critica femminista 49
1.2.6 La *relational contract theory* 54

CAPITOLO II: L'EVOLUZIONE DELLA *RELATIONAL CONTRACT THEORY*: ORIGINI E RECEPIMENTO DELLA TEORIA 62

2.1 LE ORIGINI DELLA *RELATIONAL CONTRACT THEORY* 62
2.1.1 Gli albori di una teoria: le prime riflessioni di Macneil e Macaulay 62
2.1.2 Le relazioni contrattuali nella visione di Stewart Macaulay 65
2.1.3 Principali caratteristiche della prospettiva relazionale 70
2.1.3.1 "Contratto" e "relazione" 75
2.1.3.2 Il concetto di presentiation 79
2.1.3.3 I quattro fondamenti delle relazioni contrattuali 82
2.1.3.4 Le categorie di norme contrattuali 85
2.1.3.5 (segue) La norma che ispira il contratto isolato 87
2.1.3.6 (segue) Le "*common norms*" applicabili ad ogni contratto 89
2.1.3.7 (segue) Le "*relational norms*" 94
2.1.4 Iniziale ricezione della teoria relazionale negli Stati Uniti 95
2.1.5 Le diverse linee argomentative della *relational contract theory* 99

2.2 I DIBATTITI ATTUALI: QUALE L'EREDITA' E LE PROSPETTIVE DELLA *RELATIONAL CONTRACT THEORY* 107
2.2.1 La divisione metodologica: lo sviluppo della "*Relational Law and Economics*" e del "*Sociological Relationalism*" 107
2.2.2 Visione formalista e contestuale nel diritto di common law: l'essenza del dibattito.... 115
2.2.3 Il bilanciamento tra le posizioni formalista e contestualista 120
2.2.4 La posizione della *relational contract theory* 124
2.2.5 Il graduale superamento della distinzione tra il "*real*" e il "*paper deal*" 127
2.2.6 Cenni alla rilevanza del tema in ottica europeo-continentale 132

CAPITOLO III: LA DIMENSIONE CONTESTUALE NEL DIRITTO INGLESE.... 137

3.1 GLI APPRODI DEL DIRITTO INGLESE 137
3.1.1 L'accoglimento della teoria relazionale nella giurisprudenza inglese 137
3.1.2 Le ragioni dell'interesse inglese verso la corretta interpretazione dei contratti commerciali: una premessa 141
3.1.3 Il caso *Baird Textile* quale esempio della visione tradizionale del diritto inglese 148
3.1.4 Nuove aperture dopo *Baird Textile*: il caso *Yam Seng* 154
3.1.5 I casi dopo *Yam Seng*: il dibattito recentissimo della giurisprudenza in materia di *relational contracts* 162

Conclusione 166
Bibliografia 174

Introduzione

Nel diritto moderno, la *classical law of contract* di matrice anglosassone è stata oggetto di numerose critiche da parte di teorie che hanno mirato a fornire una lettura diversa ed alternativa del fenomeno contrattuale. La varietà di queste prospettive ha posto in luce il grado di artificialità del diritto esistente, sottolineando anche come il contratto stesso sia il riflesso delle varie ideologie e valori presenti nella società in ogni data epoca.

Tale proficua elaborazione teorica nel mondo di common law è stata ritenuta essere un segnale del fatto che il diritto dei contratti stia attraversando oggi un'importante fase di transizione[1]. Il presente lavoro mira in primo luogo a dare conto di alcuni di questi approcci critici al contratto anglo-americano emersi in epoca moderna, quali la prospettiva di analisi economica, quella empirica, quella femminista e infine quella relazionale. La consapevolezza dell'esistenza di questi diversi impianti teorici risulta poi di fondamentale importanza non solo dal punto di vista accademico, ma anche per i pratici del diritto, i quali non sono ignari del fatto che le teorie precedono la spiegazione delle regole applicabili che vengono ad essere contenute nelle decisioni giurisprudenziali.

Tra i diversi approcci emersi, lo studio si concentra sull'analisi della *relational contract theory*, che è stata definita quale la "migliore rivale della teoria classica dei contratti"[2], "l'ultimo gradino nel progetto dottrinale di rispondere alle inadeguatezze del diritto contrattuale classico"[3] e uno degli approcci "più importanti nel panorama delle teorie sul contratto"[4]. Essa ha

---

[1] "*Contemporary theory of contract*", scriveva Kimel, "*particularly of late in the UK, seems to be in a strange state of flux*". D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 233. L'opinione è inoltre condivisa, con espressione analoga, da L. Mulcahy, *Contract Law in Perspective*, London, 2008, 44 nonchè da R. Brownsword, *The Law of Contract: Doctrinal Impulses, External Pressures, Future Directions*, 31 Journal of Contract Law 2014, 74.

[2] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 4. Esso è anche definita la migliore rivale della teoria di analisi economica del diritto ("*[t]he best-known rival to law and economics*") da J. Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013, xiii.

[3] J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA*, in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 59.

[4] R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 125.

fornito un valido spunto di autoriflessione per il diritto di common law, in particolare per quanto riguarda le sue tradizionali tendenze alla letteralità, oggettività, astrazione dei termini del contratto ed etica individualista, trovando da ultimo eco anche in alcune decisioni giurisprudenziali in cui tale teoria è presa in considerazione. Queste pronunce, in un sistema tradizionalista quale è quello inglese, non segnano certo un radicale cambio di rotta rispetto al passato, ma sono tuttavia emblematiche di un processo evolutivo delle regole lento e impercettibile, influenzato dalla necessità di riflettere i principi e i valori che risultano maggiormente condivisi in ogni dato momento storico.

Sebbene la letteratura giuridica italiana non abbia conosciuto una teoria simile a quella della *relational contract theory*, l'interesse del giurista italiano per questo tema deriva, si ritiene, da una molteplicità di aspetti. In primo luogo, esso è dettato dalla necessità di conoscere gli estremi del dibattito circa l'interpretazione del contratto che si presenta oggi nel panorama inglese, il cui diritto, tradizionalmente improntato sulla certezza giuridica, sulla priorità del criterio letterale e sul rispetto per l'autonomia delle parti, gode come ben noto di un notevole primato nella scelta del foro e del diritto applicabile per molti operatori stranieri. In secondo luogo, non si manca di constatare come anche da noi la terminologia dei "contratti relazionali", seppure con significati parzialmente non coincidenti, si sia fatta strada nei contributi dei giuristi italiani[5]. Infine, l'interesse non può che essere dettato dalla consapevolezza che il più ampio tema in cui si inserisce tale teoria, riguardante, in definitiva, la scelta tra un'approccio restrittivo o più disinvolto verso l'attività di integrazione dei contratti da parte dei giudici, costituiscono riflessioni che certamente impegnano anche le nostre corti e quelle di qualunque Paese.

[5] Si veda G. Marini, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, 485 il quale cita la categoria dei contratti relazionali con riferimento alla fideiussione *omnibus* e al contratto autonomo di garanzia. Si vedano poi, fra gli altri, i contributi F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 54 L. M. Franciosi, *Trattative e due diligence. Tra culpe in contrahendo e contratto*, Milano, 2009, 135; G. Amore, *Appalto e claim*, Padova, 2007, 129.

CAPITOLO I: APPROCCI CRITICI AL MODELLO CONTRATTUALE CLASSICO

1.1 IL PUNTO DI PARTENZA: LA CLASSICAL LAW OF CONTRACT

1.1.1 L'"invenzione" del diritto contrattuale classico

Il diciannovesimo secolo è considerato come il periodo classico del diritto contrattuale inglese, per due ragioni. La prima, è che quel secolo vide un'importante elaborazione dei principi del diritto contrattuale nella forma essenzialmente oggi a noi conosciuta, grazie a un processo di sistematizzazione delle regole e principi la cui rilevanza per i giuristi moderni è connessa all'idea (forse non del tutto corretta, come sottolinea Furmston) che il diritto dei contratti fosse in qualche modo sottosviluppato e inadeguato fino ai tempi della Rivoluzione Industriale[6]. La seconda, riguarda il cambiamento di pensiero dei giuristi nei confronti dell'istituto del contratto: mentre alle origini, come noto, il contratto era visto come una parte ancillare della *property law*, nel corso del diciannovesimo secolo il diritto contrattuale assunse una sua propria autonomia, corroborata dal fatto che lo strumento contrattuale era divenuto, grazie anche al principio della c.d. *freedom of contract*, un mezzo di sviluppo sociale[7].

In questo periodo iniziò quindi la redazione di trattati che espongono in maniera sistematica il diritto dei contratti[8]. Questo diritto fu dunque considerato un'"invenzione", nel senso che esso rappresentava una sintesi e interpretazione dei casi giurisprudenziali i quali venivano rielaborati nelle

[6] Cosi, M. Furmston, *Law of Contract*, Oxford, 2006, 13.

[7] Come scrive, infatti, Furmston: "*In the nineteenth century a powerful school of thought, originating in the work of Adam Smith, saw in the extension of voluntary social cooperation through contract law, and in particular through 'freedom of contract', a principal road to social improvement and human happiness, and one distinct from the static conditions involved in the possession of private property*". Cfr. M. Furmston, *Law of Contract*, Oxford, 2006, 13 e sul principio di *freedom of contract*, *infra*.

[8] Tra i più importanti, Furmston ricorda quelli di Powell (1970), Chitty (1826), Addison (1847), Leake (1867), Pollock (1875) e Anson (1879), i quali, nascendo in un contesto in cui non si era ancora stabilita una letteratura autoctona, furono fortemente debitrici della cultura romana e di civil law. Cfr. M. Furmston, *Law of Contract*, Oxford, 2006, 15.

opere dei giuristi[9]. Così, mentre fino al diciannovesimo secolo gli studiosi del diritto si erano limitati a seguire quanto detto dalle corti, da quel momento in poi essi divennero promotori e, in qualche modo, "inventori" di opere che davano coerenza all'intera struttura del diritto dei contratti[10]. Gli autori delle prime opere trattatistiche sul diritto dei contratti erano quindi accademici e uomini di cultura, conoscitori del diritto romano, che si trovavano per la prima volta a teorizzare principi generali per la risoluzione dei casi, presentando in maniera sistematica la giurisprudenza sino a quel momento esistente[11].

Tale rielaborazione dottrinaria, tuttavia, volta a ricondurre a sistema le varie decisioni giurisprudenziali ed eliminare qualunque incongruenza, non fu priva di critiche, se è vero che essa finì per divenire, secondo alcuni, poco realistica e poco legata ai casi concreti[12].

In particolare, alcune tra le più note critiche furono quelle di Horwitz, il quale sostenne che durante il diciannovesimo secolo la rielaborazione del diritto contrattuale fu un procedimento volto a trasformare scientemente la legge per creare le condizioni necessarie per lo sviluppo economico e sociale[13]. Tale teoria è stata per lo più messa in dubbio, principalmente sulla base del fatto che non è chiaro se il diritto contrattuale abbia subìto una vera e propria "trasformazione" in quel secolo, posto che, non essendo ancora

---

[9] Esempio di sistematizzazione è considerata, tra le altre, l'opera di Anson, la cui *Law of Contract* fu pubblicata per la prima volta nel 1879: la versione oggi consultabile è quella di J. Beatson, *Anson's law of contract* - 28. ed., Oxford, 2002.

[10] Così G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 4: "*Senza assumere il compito oneroso di formulare giudizi severi e netti, si può con un certo grado di fondatezza affermare che fino all'Ottocento gli studiosi di diritto (che siamo usi citare nel loro complesso sotto il termine di dottrina, ovvero per usare la terminologia inglese, "authors"), con qualche rara eccezione hanno seguito, piuttosto che non anticipato, le innovazioni della "judge made law", sistemando, piuttosto che non costruendo, i concetti elaborati dalle Corti*".

[11] Così Atiyah, il quale riporta come gli studiosi inglesi si siano ispirati al diritto romano, a Pothier, e, nel caso di Pollock, a Savigny per rielaborare i principi generali del diritto dei contratti: cfr. P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 682.

[12] Si vedano, ad esempio, le osservazioni di M. Horwitz, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 Harvard LR, 1974, 917; P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979; G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974. Più recentemente, anche autori come Adams e Brownsword hanno evidenziato come "*the rule-book*", per tale intendendosi tutti i testi su cui tradizionalmente si formano i giuristi sin dai tempi dell'università, "*today is above all an academic product*". E ancora: "*the rule-book as we know it today is essentially a nineteenth-century creation. It is a creation largely of textbook writers*" Cfr. J. N. Adams, R. Brownsword, *Understanding Contract Law*, Londra, 2007, 17 e 25.

[13] M. Horwitz, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 Harvard Law Review, 1974.

compiutamente sviluppato, tanto le corti, quanto i giuristi, si trovavano spesso per la prima volta impegnati nell'esercizio di elaborazione di principi e regole.

Atiyah, invece, sostenne che lo sviluppo del diritto contrattuale è stato sempre fortemente legato, ed ispirato, dalle idee politiche susseguitesi nel tempo, e dunque dall'influenza della nozione di *laissez-faire* prima, cui venne poi a sostituirsi quella dello Stato interventista[14]. Gilmore, infine, ritenne che il diritto contrattuale così come elaborato non era altro che la "torre d'avorio" elaborata da accademici e lontana dalla realtà, improvvisata da Langdell, coltivata da Holmes e ribadita da Williston[15].

A prescindere comunque dal grado di artificiosità del diritto contrattuale, la sistematizzazione del diritto all'interno di grandi manuali, avvenuta anche grazie alla diffusione delle traduzioni inglesi delle opere della pandettistica e delle opere su diritto romano, ebbe sicuramente un'importante influenza sul formante giurisprudenziale. Come rileva Guido Alpa, infatti, per quanto non sia stata ancora veramente compresa l'esatta incidenza delle opere dei grandi trattatisti sulle elaborazioni delle corti, sicuramente è evidente che "*almeno dal punto di vista "didattico", per l'uso del linguaggio, per l'affinamento dei concetti, per l'interpretazione sistematico-induttiva dei cases, la loro opera non fu trascurabile*"[16].

1.1.2 I tratti caratteristici del diritto classico

Volendo dunque delineare in maniera sintetica le principali caratteristiche del diritto contrattuale classico, si può dire che esso fu significativamente influenzato dalla visione di *laissez-faire* propria di quel periodo. L'assunto principale era quello per cui le parti contrattuali dovevano essere considerate sovrane e ad esse solo doveva essere lasciata la determinazione delle clausole del contratto. Conseguentemente, per il diritto classico la legge è chiamata ad imporre soltanto alcune, minime, restrizioni, mentre la

[14] P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.
[15] G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974, 19.
[16] G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 6. Lo stesso è confermato da Atiyah, il quale sostiene che intorno al 1920 erano ormai numerosi gli avvocati e i giudici che avevano studiato il diritto contrattuale dalle pagine di Anson e Pollock. Cfr. P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 685.

sua principale funzione è quella di dare effetto alla volontà dei singoli, i quali agiscono nel proprio interesse personale e in posizione avversaria[17]. Le regole contrattuali, quindi, devono essere poche, chiare e coerenti con l'intento delle parti contraenti. Esse devono, poi, trovare applicazione per la generalità dei contratti, indipendentemente dalla loro tipologia o dal loro specifico contenuto. Infine, il contratto deve essere interpretato secondo la c.d. *four corners rule*, ossia senza fare riferimento ad elementi esterni al contratto stesso[18].

In breve, il modello classico del diciannovesimo secolo è maggiormente concentrato sulla giustizia e correttezza delle regole procedurali piuttosto che sugli effetti che possono scaturire dal contratto concluso. Il principio di fondo, infatti, è che se sono rispettate le regole per la formazione del contratto, le corti possono attendersi che il risultato stesso sia espressione della volontà delle parti contraenti, e dunque logicamente giusto. L'intervento della legge deve essere minimo, ponendo alcuni correttivi (come le regole sui vizi del consenso) ispirati al principio di ragionevolezza e di ordine pubblico, di modo che venga assicurata questa giustizia procedurale[19]. Tale modello sottolinea dunque la soggettività dei valori: poiché infatti è impossibile per le corti giudicare la giustizia di un accordo, dato che ogni individuo possiede una diversa scala di valori ed è il solo in grado di determinare le proprie scelte, le corti devono astenersi dal riqualificare le scelte effettuate dalle parti.

Il diritto contrattuale classico s'identifica anche con l'ideologia dell'uguaglianza, per cui ciascuno ha pari opportunità di migliorare la propria posizione, utilizzando lo strumento contrattuale. Il corollario di

[17] Sulla diversa etica che anima il contratto di common law rispetto a quello dei sistemi di civil law, si veda, tra i tanti, J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, in 2 European Review of Private Law 2009, 156.

[18] M. Chen Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, 10. Ancora più riassuntivamente, Atiyah identifica le principali caratteristiche del diritto contrattuale classico con le seguenti: *"If we take as our starting-point the classical model of contract […], we can focus on five characteristics (there may be others). Thus we have the (1) discrete, (2) two-party, (3) commercial, (4) executory, (5) exchange.*" P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 6.

[19] Il timore di una eccessiva intromissione da parte delle corti nel testo del contratto è infatti fortemente sentito nel modello anglosassone. Come sottolinea Carlo Marchetti, trattando il diverso tema degli *implied terms*, "*è interessante notare come a livello europeo sia proprio l'Inghilterra il Paese in cui tradizionalmente maggiore è stata ed è la preoccupazione per l'eccessiva ingerenza del giudice sul contratto*". Cfr. C. Marchetti, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013, 31.

questa ideologia è che la distribuzione della ricchezza e del potere nella società dipende dai meriti di ciascuno e non, come si riteneva in passato, da fattori quali lo status personale, il rango, il potere politico. Questo significativo passaggio è sottolineato da Sir Henry Maine, di cui è famosa la tesi dell'evoluzione, nelle società civili, dalla struttura sociale fondata sullo Status a quella moderna fondata sul Contratto[20].

Inoltre, il modello classico si concentra sulla volontà delle parti così come essa viene espressa nel testo del contratto. Con alcune limitate eccezioni, i fattori esterni ai quattro angoli del contratto non devono essere presi in considerazione (è questa la c.d. *parol evidence rule*). Gli evidenti vantaggi di questa posizione sono l'aumentata certezza e prevedibilità degli effetti del contratto, che limita le corti nella ricostruzione e imposizione di diverse interpretazioni del testo stesso. Anche per questo motivo, il modello classico predilige regole fisse piuttosto che standard discrezionali, che possono lasciare spazio al lavoro interpretativo delle corti[21].

La *classical contract*, poi, è generalmente riferita al contratto "singolo" o "istantaneo" e non di durata, nel senso che i suoi limiti temporali sono chiari e la sua esecuzione è più o meno contestuale[22]. Esso prende a

---

[20] H. S. Maine, *Ancient Law*, Londra, 1885. Come spiegato anche da Atiyah, "*In very primitive societies, the role of contract has generally been found to be small, because obligations are normally thought to arise from custom and status, rather than from free choice*". P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1981, 2.

[21] M. Chen Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, 15.

[22] E' importante sottolineare sin d'ora che la contrapposizione tra contratti "singoli" o "istantanei" e quelli di "durata" viene qui usata in modo atecnico e parzialmente diverso rispetto all'analoga differenziazione del diritto italiano. Da noi, infatti, il contratto si dice istantaneo quando non assume rilievo decisivo il fattore temporale nell'economia del rapporto, come ad esempio nei contratti di compravendita o di trasporto. I contratti c.d. di durata, invece, come sottolinea autorevole dottrina sono quelli in cui "*le modalità temporali di esecuzione di una o di entrambe le prestazioni rappresenta un elemento che ne connota la causa*". Si identificano in questa categoria, ad esempio, i contratti di locazione, deposito, conto corrente. Cfr. *Il Contratto*, (a cura di) G. Buffone, C. De Giovanni, A. I. Natali, Padova, 2013, 92. In generale, anche da noi, però, la formula "contratti di durata" è spesso usata per la sua capacità di sintesi, anche in assenza di una precisione definitoria: cfr. G. Oppo, *I contratti di durata*, Riv. Dir. Comm. 1943, 143 secondo cui la diffusione di tale locuzione "*è dovuta più alla concisione che alla proprietà della formula*" e M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 25 per cui "*[l]a formula contratti di durata è stata usata talvolta troppo disinvoltamente perché possa essersi guadagnata, almeno fino al tempo recente, rigorosa valenza definitoria*". La suddivisione tra contratti istantanei e di durata assume significati parzialmente diversi invece all'interno dei sistemi di common law ed è, come vedremo, un fondamentale punto di partenza nell'elaborazione della *relational contract theory*, di cui si tratterà nelle pagine a seguire, ove si utilizzeranno in modo promiscuo le espressioni "contratto di lungo periodo" e "contratto di durata", non sempre

modello lo scambio concluso tra due parti per la realizzazione di una prestazione futura (si parla di "*executory*", diversi dagli "*executed*" *contracts*). Questa caratteristica è ricondotta al fatto che il secolo diciannovesimo, avendo visto lo sviluppo del commercio e di un'economia via via più complessa, basata sul credito, aveva determinato un passaggio dallo scambio immediato di beni e servizi ad un'economia in cui era sempre più comune l'affidamento a promesse e accordi[23]. In questo periodo, il contratto venne ad assumere una posizione centrale all'interno del diritto delle obbligazioni, cui non si accompagnò un similare sviluppo dei diversi settori della *law of torts* o della *law of restitution*[24].

L'elaborazione del diritto contrattuale classico diede vita ad un modello "chiuso", che necessariamente escludeva ogni regola o principio che poteva essere contraddittorio. Esso preservava la propria integrità e dunque legittimazione, perché la legge veniva presentata come oggettiva e neutrale, legittimata dalla tradizione, avente come scopo quello di facilitare la libera volontà degli individui, indipendentemente dalla bontà o saggezza delle loro scelte[25].

Questo punto di partenza deve necessariamente essere tenuto presente anche nell'esame di quella che chiamiamo la "*modern law of contract*" o il cd. modello "neoclassico" di contratto[26], perché in esso è comunque presente l'originario intento di promuovere e facilitare, innanzitutto, l'autonomia individuale e perché le regole tuttora applicate riflettono in gran parte quell'evoluzione della teoria contrattuale che si è avuta a partire

---

sinonimi di "contratto relazionale" che, come vedremo, nella elaborazione di Macneil non sono necessariamente coincidenti con i soli contratti che si protraggono nel tempo.

[23] P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1981, 3.

[24] P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1981, 6.

[25] Cfr. H. Collins, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 7.

[26] Il modello "neoclassico" è considerato derivare dall'evoluzione e successivo sviluppo del modello classico, avvenuto a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo. Esso è così denominato poichè, pur mantenendo l'originaria struttura e gli originari principi, il modello mira ad attenuare solo alcune delle caratteristiche del diritto classico per meglio rispondere alle attuali esigenze della società (da qui "neo"classico). Cfr. J. Wightman, *Contract in a Pre-Realist World: Professor Macaulay, Lord Hoffmann and the Rise of Context in the English Law of Contract*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 382 e più diffusamente, *infra*.

dal diciannovesimo secolo[27]. La successiva evoluzione del diritto contrattuale, infatti, pur caratterizzata da un maggior accoglimento di principi di flessibilità e giustizia o equità (*fairness*), non abbandona le originarie forme, i concetti, il linguaggio del diritto contrattuale classico.

1.1.3 (segue) Premesse e fondamenti della law of contract

Dall'esame delle principali caratteristiche del modello classico, che qui si sono riassunte, emerge che esso muove da alcune importanti premesse, che non appaiono ovvie, ma sono essenziali per comprendere esattamente il modello e quindi il suo successivo sviluppo nel diritto moderno. Come infatti ha messo in luce Atiyah, il diritto classico è informato da quattro importanti premesse[28]. La prima è quella per cui il contratto non è soltanto l'istituto o lo strumento attraverso cui le parti regolano i loro rapporti, ma è concepito come lo stesso "prodotto" tangibile, il documento, che emerge dalla loro volontà individuale. Questo aspetto è importante perché rinforza il rispetto per l'autonomia dei contraenti, nel senso che essi sono visti come coloro che hanno controllo sui propri affari e per questo la legge rispetta il risultato o prodotto (l'accordo) che scaturisce dalla loro autonomia.

In secondo luogo, il diritto contrattuale è concepito come avente funzione di incoraggiare le parti a dare seguito ai propri impegni, più che conferire alle corti un potere di dirimere dispute[29]. La funzione del diritto è quindi "deterrente o esortativa", quanto il diritto penale o la *law of property*, dando importanza al principio per cui le parti devono essere fedeli alle obbligazioni assunte.

Un'altra premessa è quella per cui il diritto contrattuale deve intendersi di generale applicazione. Secondo questa visione, seppure vi possono essere numerose tipologie di contratti, essi devono intendersi ricondotti tutti ad

[27] Come sostiene Atiyah, "*our very processes of thought, our language in political, moral or philosophical debate, is still dominated by this nineteenth-century heritage to an extent which, I venture to suggest, is rarely appreciated*". P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 11.
[28] P. S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 13 e ss.
[29] "*The purpose of contract law*", scrive Atiyah, "*is to encourage people to pay their debts, keep their promises, and generally be truthful in their dealings with each other*" in *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 13.

un'unica specie e regolati dai medesimi principi del diritto classico. Questa visione, per così dire, "imperialista", sarà messa in dubbio da più parti, sostenendo che con l'evoluzione del diritto contrattuale esisterebbero attualmente non un solo, ma più diritti dei contratti[30].

Infine, il diritto contrattuale classico muove anche dalla premessa per cui esso è espressione di ciò che le parti intendono, e non tanto ciò che esse fanno. Questo punto è importante, perché l'enfasi posta sulla volontà ed intenzione delle parti spiegherebbe quel principio che si può dire essere la stella polare dello stesso diritto classico della c.d. *freedom of contract*. Questo principio, che ci apprestiamo ad esaminare, non verrà abbandonato, a livello declamatorio, nemmeno nel diritto contrattuale moderno, seppure esso verrà assumere un significato più attenuato, per cui alla originaria resistenza verso ogni intervento statale nell'economia e alla difesa delle scelte individuali, nel nuovo modello si assisterà ad una graduale comprensione del ruolo della legge nel supportare e dare attuazione a tale libertà[31].

1.1.4 Nascita ed evoluzione dell'idea di *freedom of contract*

Si è detto che la visione classica del contratto assume come premessa fondamentale l'autonomia delle parti. Questo principio fondante dell'intero sistema emerse già a partire dal diciannovesimo secolo, quando non solo giuristi ma anche filosofi, economisti, sociologi, cominciarono ad affrontare il tema della natura del contratto e con esso il principio di "*freedom of contract*", che emerse come scopo etico, politico, giuridico ed economico per la produzione di benessere in una emergente società del mercato[32].

Brownsword descrive la *freedom of contract* come la libertà di ciascuno di concludere un accordo secondo i termini che preferisce, con l'aspettativa che, per il principio del *sanctity of contract,* le corti daranno esecuzione ai

[30] Si veda *infra*.
[31] Analizzando il diverso peso attribuito alla *freedom of contract* nel diritto contrattuale classico e in quello moderno, Collins sottolinea: "*This contrast leads to different conceptions of contracts: the former regards contracts as a creation of individuals which is facilitated by the law; the latter regards contracts as structured obligations imposed by the law on people participating in markets*". Cfr. H. Collins, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 22.
[32] L. Mulcahy, *Contract Law in Perspective*, Londra e New York, 2008, 26.

termini che le parti hanno liberamente stabilito[33]. La *sanctity of contract* è dunque semplicemente un'altra faccia della stessa *freedom of contract*[34]. Essa esprime il principio per cui, una volta che il contratto è stato stipulato liberamente, esso deve essere considerato "sacro" e quindi deve essere rispettato e considerato vincolante da parte delle corti.

In base alla *freedom of contract*, ciascun individuo è quindi messo in condizione di utilizzare liberamente le sue capacità nella conclusione di accordi, scambi e promesse, fino a che ciò non interferisca con i diritti di altri. Non solo tale visione era considerata come uno scopo lodevole del diritto contrattuale, ma esso fu visto anche come la chiave del successo economico della società[35].

Tanto la dottrina, quanto le corti diedero riconoscimento a questo principio e al modello contrattuale da cui esso traeva origine[36]. Il modello classico di contratto, di cui la *freedom of contract* costituisce un corollario, fu chiaramente formulato per servire un mercato liberista e agire come cornice attraverso la quale i protagonisti contrattuali potessero competere liberamente tra di loro.

Sebbene l'entusiasmo per la *freedom of contract* andava di pari passo con l'idea di un mercato libero, sarebbe tuttavia sbagliato pensare che tutti i giudici abbracciassero necessariamente una tale teoria. Come ci mette in guardia infatti Atiyah, seppure non tutti fossero sostenitori entusiasti di tale principio, in generale si assistette ad un cambiamento culturale per cui il

---

[33] R. Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, 2006, 50.
[34] P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 12.
[35] L. Mulcahy, *Contract Law in Perspective*, Londra e New York, 2008, 26. Cfr. anche C. Turpin, *Government Contracts: a study of methods of contracting* 31 The Modern Law Review 1979, 251: "*the classical law of contract, which was formulated by 19th-century judges was "a law of the market'*"".
[36] Innumerevoli articoli di dottrina e manuali, nello spiegare il principio di *freedom of contract,* non mancano di citare la famosa affermazione di Sir George Jessel: "*... if there is one thing which more than another public policy requires it is that [people] of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice. Therefore you have this paramount public policy to consider – that you are not lightly to interfere with this freedom of contract*" in *Printing and Numerical Registering Co v. Sampson* (1875) LR 19 Eq 462, citato ad es. in L. Mulcahy, *Contract Law in Perspective*, Londra e New York, 2008, 28; P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1981, 5; R. Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, 2006, 50; G. H. L. Fridman, *Freedom of Contract*, 2 Ottawa LR 1, 1967, 22; K. M. Sharma, *From Sanctity to Fairness: An Uneasy Transition in the Law of Contracts*, 18-2 New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1999, 105.

paternalismo che aveva caratterizzato il diciottesimo secolo lasciò posto allo spirito riformista del secolo diciannovesimo, quando si cominciò a credere che si doveva dare fiducia alla massa della gente, e che la massa sapesse meglio quali fossero i propri interessi del singolo giudice[37].

E così, seppure l'ossequio a tale mito della *freedom of contract* venne ad essere meno forte negli anni a seguire, è importante sottolineare come esso non fu mai veramente privo di limitazioni, sin dalle sue origini. Infatti, già a metà del Novecento divenne chiaro che esso era un ideale che difficilmente poteva essere promosso nella sua forma più pura. Il diritto, infatti, doveva trovare il modo per proteggere quelle categorie di parti contrattuali che difficilmente avrebbero potuto trovarsi a possedere un uguale potere di contrattazione[38], ma era comunque chiaro che la legge era chiamata ad intervenire soltanto nei casi, per così dire, patologici, come ad esempio quelli di *misrepresentation*, *undue influence*, *illegality, mistake, duress, frustration*[39]. Come spiega Treitel, importanti deroghe al principio si sono via via fatte strada all'interno del diritto inglese da parte soprattutto del formante legislativo per compensare situazioni di squilibrio nel potere contrattuale delle parti, come ad esempio nei contratti di lavoro, ma anche nei contratti tra locatore e conduttore, che sono disciplinati secondo le normative di legge[40].

Questi limiti alla libertà contrattuale sono stati considerati nel tempo come necessari, al fine di preservare la libertà stessa. Così, da un lato le parti ricevevano protezione da tutte quelle condotte che possono illegittimamente interferire con la libertà di scelta dei contraenti e, dall'altro, le corti rifiutavano di riconoscere come vincolanti quegli accordi che implicano una palese immoralità o criminalità[41]. La possibilità di

---

[37] P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1981, 5.

[38] Il temperamento della libertà assoluta di contrarre delle parti è spiegata da Furmston, "*It was accepted that, while private enterprise was the main road to public good, freedom of contract must at times yield to the exigencies of the state and to the ethical assumptions upon which it is based*". Cfr. M. Furmston, *Law of Contract*, Oxford, 2006, 22.

[39] E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, Londra, 2007, 2.

[40] E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, Londra, 2007, 3.

[41] Anche nella sua teorizzazione più pura, dunque, la *freedom of contract* non implica una libertà illimitata. Come sottolinea Collins "*the law can tolerate a considerable range of economic transactions and give the benefit of the doubt to activities which seem of little worth to most people, but the law sets limits to freedom of contract when the choices made*

stipulare contratti dunque non era illimitata, ma poteva essere esercitata per la conclusione di accordi "meritevoli di tutela". Tuttavia, le regole volte a proteggere le parti contro casi di palese immoralità o ingiustizia rimanevano pur sempre limitate ed erano da considerarsi come pure eccezioni alla regola[42].

L'originaria concezione della *freedom of contract* ancora mantenuta, almeno a livello declamatorio, nel diritto moderno, venne ad assumere tre diverse accezioni: in primo luogo, esso si riferisce alla libertà dal contratto, nel senso che nessuno è obbligato a concludere alcun accordo contrattuale; in secondo luogo esso esprime la libertà di scelta delle persone con le quali concludere il contratto e, infine, si identifica con la scelta dei termini stessi del contratto[43].

Nel primo senso, la libertà contrattuale era limitata solamente nei casi, poco numerosi, in cui la legge poneva degli obblighi di contrarre (l'esempio riportato nei manuali è quello dell'albergatore il quale, secondo il diritto di common law, può essere responsabile anche penalmente per il rifiuto di accettare determinati clienti. Analogamente, il rifiuto di contrattare o di prestare determinati servizi, se avente intenti discriminatori, è perseguibile per legge)[44].

Nel secondo senso, l'assoluta libertà di scelta di coloro con i quali contrarre non era naturalmente illimitata nemmeno nel diciannovesimo secolo, ove non si ignoravano i casi in cui una parte era in qualche modo obbligata a contrattare, senza particolare scelta: si pensi ai contratti di lavoro che taluno deve concludere per poter guadagnarsi da vivere, ai contratti per la fornitura di acqua e gas, ecc. Infine, la stessa libertà di scelta dei termini del contratto non poteva dirsi pienamente attuata, se è vero che essa parte dall'assunto per cui entrambi i contraenti detengono la stessa forza contrattuale e sono quindi in grado di imporre reciprocamente le

---

do not appear worthwhile of any reckoning". Cfr. H. Collins, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 29 e ss.

[42] H. Collins, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 25.

[43] La suddivisione è di P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 8, ripresa anche da R. Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, 2006, 50 e ss.

[44] P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 9. E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, Londra, 2007, 2.

clausole ad esse più favorevoli. Non si può negare che sin dalle sue origini, l'artificiosità di questa libertà non poteva che essere sentita, anche se la legge si premurava di regolamentare i casi più evidenti di squilibrio tra le parti (come nel caso di minori, incapaci, ecc.).

Tuttavia, questi casi d'ineguaglianza non erano oggetto di particolare attenzione da parte dell'elaborazione giurisprudenziale poiché, come ha messo in luce Atiyah, essi raramente giungevano all'attenzione delle corti. La *law of contract* del diciannovesimo secolo era, per la maggior parte, un modello studiato per gli operatori del commercio, e ciò non a caso, dato che in quel periodo l'Inghilterra costituiva il centro del commercio mondiale. I litiganti erano generalmente uomini d'affari, per i quali il principio di *freedom of contract* trovava piena applicazione[45].

I cambiamenti a livello di ideologia politica, condizioni sociali ed economiche, hanno a poco a poco spostato l'attenzione delle corti dalla *freedom* e *sanctity* del contratto verso nozioni meno certe come quelle di "ragionevolezza" (*reasonableness*) ed "equità" (*fairness*). Secondo alcuni autori, questo cambiamento non segnerebbe un vero e proprio tramonto del dogma della *freedom of contract*, che anzi avrebbe lasciato un'impronta tanto forte nella giurisprudenza inglese da dirsi tuttora in parte presente nell'attuale visione del diritto dei contratti[46]. Si tratterebbe dunque più di un cambiamento nel grado di significatività di tale principio, anziché di un vero e proprio abbandono dello stesso. La presa di coscienza della necessità di un maggiore intervento nella regolamentazione del diritto contrattuale, avrebbe fatto sì che il diritto contrattuale moderno debba prestare meno attenzione al rigoroso rispetto di tale dogma, con una tendenza sempre più a ritenere la regolamentazione dei rapporti contrattuali come la regola anziché l'eccezione[47].

---

[45] Come sostiene Atiyah, "*between such litigants* [cioè tra gli uomini d'affari] *freedom of contract was then, as it remains today, very much a reality*". P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 12.

[46] Cfr. R. Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, 2006, 57 e, in Italia, C. Marchetti, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013, 31.

[47] G. H. L. Fridman, *Freedom of Contract*, 2 Ottawa LR 1, 1967, 22: *"The tendency of modern law, therefore, is away from the principle of freedom of contract. It may be that there is a long way to go before utter regulation of contractual relationships is the rule,*

Tuttavia, per quanto non sia contestato che il contratto del ventunesimo secolo sia più fortemente caratterizzato da un intento paternalistico, specie in alcuni ambiti come quelli concernenti i contratti stipulati con i consumatori, non è possibile ritenere che non vi sia più alcuno spazio per il principio di *freedom of contract*. La stessa giurisprudenza inglese, riporta infatti Brownsword[48], ha evidenziato la sussistenza di tale principio nel momento in cui essa esclude che, in assenza di volontarietà e scelta, si possa parlare di contratto. Il riferimento dell'autore è al caso *Norweb plc v Dixon*[49], nel quale la corte, dovendo qualificare la relazione tra un fornitore pubblico di elettricità e un cliente privato, giunge a sostenere che "*the legal compulsion both as to the creation of the relationship and the fixing of its terms is inconsistent with the existence of a contract*"[50]. Da ciò si evincerebbe dunque come, *a contrario*, l'esistenza di una *freedom of contract* intesa qui come volontarietà e scelta dell'operazione conclusa sia considerarsi come elemento essenziale del contratto.

Ci si deve dunque chiedere quale sia il reale significato di un eventuale declino di questo dogma nel diritto contrattuale: il principio della *freedom of contract*, infatti, così enfaticamente sottolineato da Sir George Jessel nella sua già citata osservazione per cui le corti devono astenersi dall'interferire con la libera determinazione del contratto da parte di soggetti "*of full age and competent understanding*"[51], è stata poi più di recente ripresa da Lord Morris quando disse che "*the policy of the law is to uphold freedom to contract*"[52]. Non solo è quindi opportuno esaminare se queste solenni pronunce rappresentino realmente l'attuale vitalità di questo principio, ma è anche utile interrogarsi su quali possano essere i riflessi di un eventuale ridimensionamento alla *freedom of contract* sulla struttura e sul modello del diritto contrattuale moderno.

---

rather than the exception. But the signs to be found in the cases, it is suggested, point to a movement towards such a situation".

[48] R. Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, 2006, 64.

[49] [1995] 3 All ER 952.

[50] [1995] 3 All ER 952 at 959.

[51] Cfr. *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson*, L.R. 19 Eq. 462, at 465 (1875) e cfr. *supra*.

[52] *Esso Petroleum Co. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd*., (1967) 1 All E. R. 699, at 712.

1.1.5 Il declino del principio di libertà del contratto

Convenzionalmente, come si è detto, la storia del diritto contrattuale di common law riconosce nel diciannovesimo secolo il periodo di massimo splendore del principio di *freedom of contract*, il quale avrebbe visto il suo declino nel corso del ventesimo secolo per poi da ultimo, invece, tornare in auge[53]. Il perdurare della visione del contratto come scambio e la rinnovata attenzione con la quale le corti tenderebbero a rispettare la volontà delle parti attenendosi al testo scritto del loro accordo, seguendo un orientamento che è stato definito "neoformalista"[54], avrebbero infatti contribuito a dare nuovo valore a questo principio del diritto classico.

Tale resoconto è stato in gran parte criticato, poiché, si dice, in realtà non vi sarebbe stato nessun declino e reviviscenza del principio, ma esso coesisterebbe da sempre assieme a valori contrapposti quali il principio di ragionevolezza o equità[55]. Così, parlare di "nascita" o "declino" di tale principio è di per sé fuorviante, poiché si ometterebbe di tenere conto che nessuno di questi contrapposti valori esprime, da solo, l'essenza del diritto contrattuale.

Volendo comunque attenersi alla ricostruzione tradizionale, gli anni dal 1870 al 1980 avrebbero visto, secondo il dettagliato resoconto dato da

---

[53] Ci si soffermerà, nelle pagine che seguono, sull'evoluzione e declino del principio di libertà contrattuale nel sistema inglese, pur non disconoscendo che esso sia parte anche del nostro ordinamento giuridico. Analogamente infatti a quanto avvenne nel mondo anglosassone, il XIX secolo vide anche nel continente, ed anche in Italia, un ruolo preponderante della volontà delle parti quale diretta conseguenza dell'influsso delle dottrine giusnaturalistiche. Tale quadro mutò a partire dal ventesimo secolo, ove in tutti i Paesi industrializzati si assistette ad un maggiore restringimento dell'autonomia privata per effetto di un più incisivo intervento legislativo, disciplinante anche il contenuto stesso del contratto (si pensi, ad esempio, all'articolo 1339 c.c. sull'inserzione automatica di clausole o all'articolo 1374 c.c. sull'integrazione del contratto). Cfr. *Il Contratto*, (a cura di) G. Buffone, C. De Giovanni, A. I. Natali, Padova, 2013, 92.

[54] Per una definizione del compromesso teorico tra realismo e formalismo chiamato "neoformalismo" soprattutto con riferimento alla giurisprudenza e dottrina statunitense, si veda M. R. Miller, *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*, 75 Missouri L. Rev., 2010, 493.

[55] Si veda M. Movsesian, *Two Cheers for Freedom of Contract*, 23 Cardozo Law Review, 2002, 1529 il quale dà conto della raccolta di articoli in *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (F.H. Buckley ed., Durham, 1999) in cui, appunto, si esaminano le lacune della ricostruzione storica sull'asserito declino e reviviscenza del principio di *freedom of contract*.

Atiyah, un graduale ridimensionamento della rilevanza attribuita al principio politico, economico e giuridico della *freedom of contract*[56].

Più precisamente, Atiyah identifica tale declino come riferentesi a tre diversi fenomeni: il primo, è la graduale perdita di rilevanza del contratto nella società moderna, il secondo è la sostituzione della libera scelta come fonte di acquisizione di diritti con la scelta imposta dal formante legislativo e, infine, vi sarebbe il fenomeno, meno ovvio, dello spostamento da un modello di contratto fondato sulla promessa e dove le prestazioni devono eseguirsi in futuro (*executory contracts*) a un modello invece in cui le prestazioni contrattuali tendono ad essere eseguite immediatamente, sia totalmente che parzialmente (*executed or part-executed contracts*)[57].

Il primo fenomeno, secondo Atiyah, si riferirebbe al fatto che molte relazioni non sono più regolate in via contrattuale, per essere invece regolate dallo Stato. Il graduale abbandono della visione di *laissez-faire* in favore dello Stato interventista, avrebbe avuto come effetto l'assorbimento da parte del diritto pubblico di molti degli ambiti che prima rientravano nella sfera contrattuale e che erano lasciati alla libera determinazione delle parti. Si è assistito dunque ad un allontanamento dalla teoria atomistica della società, ove ciascun individuo compiva scelte libere ed entrava in relazioni volontarie con gli altri membri della società, verso una società formata invece da grandi organizzazioni (sia pubbliche che private) che hanno controllo sugli individui che in esse operano, lavorano, o che con esse entrano in relazione, ove il ruolo del diritto contrattuale sarebbe sempre più marginale[58].

---

[56] l'equilibrio si sarebbe poi spostato nuovamente, in tempi più recenti, verso un maggiore riconoscimento del principio di libertà contrattuale: si veda, per un esame di questa nuova inversione di tendenza, G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 16. Per una critica invece di questa asserita nuova importanza del principio di *freedom of contract*, cfr. D. Kimel, *From Promise to Contract*, Oxford, 2003, 119.

[57] P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 716. Una sintesi del pensiero di Atiyah con riferimento ai diversi fenomeni che hanno costituito il declino della *freedom of contract* è rinvenibile, nella letteratura italiana, nel già citato G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 19.

[58] Il ruolo centrale dell'individuo, e con esso del diritto contrattuale classico chiamato a facilitare gli scambi tra individui in posizione paritaria, sarebbe quindi gradualmente venuto meno: "*What we now have is a relatively small number of large organizations, who exercise more or less control over their own members, and who enter into relationships, whether commercial or otherwise, with other similar organizations. The role of the individual as the centre of a network of relationships has largely disappeared. And this is the sense in which it is correct to speak of an enormous decline in the role played by*

Strettamente connesso al primo, è il secondo fenomeno caratterizzato dalla graduale perdita di importanza della libera scelta, del consenso, della promessa come fonte di diritti e altre posizioni soggettive favorevoli. La libera determinazione e scelta individuale sarebbero superate dalla necessità di preservare il diritto e gli interessi della maggioranza, e di dare attuazione ai valori considerati prioritari dalla collettività, tramite un maggiore intervento legislativo sulla libertà delle parti di concludere o non concludere un contratto. Esempi di tale intervento sono dati dalla legislazione sul lavoro (si cita, tra gli altri, la *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992), da quella sulla discriminazione razziale (*Sex Discrimination Act* 1975) o, per quanto attiene al contenuto dell'accordo, dalla disciplina in materia di locazioni (*Leasehold Reform Housing and Urban Development Act* 1993) o quella sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori (*Unfair Contract Terms Regulations* del 1994 e 1999). Molte contrattazioni sarebbero dunque il frutto della legge piuttosto che del reale intento delle parti[59].

Il terzo fenomeno si riferirebbe alla maggiore importanza oggi assegnata a ciò che le parti fanno, rispetto a ciò che le parti decidono reciprocamente di voler fare in futuro. In altre parole, mentre il diritto contrattuale classico è emerso in un'epoca in cui i contratti a prestazioni differite assumevano maggiore peso ed importanza, ora si assisterebbe ad un percorso inverso, per cui maggiore influenza è data ai contratti eseguiti o parzialmente eseguiti (*executed or partially executed contracts*). Questo fenomeno sarebbe dovuto alla presa di coscienza della diversa natura del consenso di una parte contrattuale manifestato nel presente, rispetto al consenso prestato per l'esecuzione di una qualsiasi prestazione in futuro, con la conseguenza che maggiore valore verrebbe assegnato al diritto di cambiare opinione rispetto all'osservanza della vincolatività degli accordi. Un esempio di questa nuova tendenza, secondo Atiyah, è riscontrabile nella normativa sui

---

contract in modern society". P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 724. Un'analisi analoga è compiuta da W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, New York, 1972, 129, il quale attribuisce la trasformazione del diritto contrattuale classico, tra gli altri, ai fenomeni della standardizzazione dei contratti, alla sostituzione della contrattazione individuale con quella collettiva e all'espansione del *Welfare State*.

[59] Così Atiyah come citato in G. Alpa – R. Delfino, I*l contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 20.

diritti dei consumatori, ove il riconoscimento di un periodo di recesso (o "*cooling-off period*") in favore del consumatore dopo aver concluso il contratto, sarebbe espressione della minore vincolatività riconosciuta agli accordi "*executory*", per lo meno dal lato del consumatore, e alla significativa importanza assunta dal diritto di poter cambiare idea[60].

Sulla base di questo terzo fenomeno, dunque, sarebbe possibile concludere che uno dei requisiti considerati essenziali nella formazione del contratto, ossia la *intention to create legal relations*, sarebbe inizialmente stato teorizzato dalle corti e dai giuristi avendo in mente il modello c.d. *executory* di contratto. Eppure, la finzione dietro tale requisito dovrebbe apparire ovvia, se si pensa che il procedimento logico seguito dalle corti è quello di guardare prima alla condotta delle parti per poi individuare retrospettivamente il requisito dell'*intention.* Una volta cioè che il contratto è stato eseguito, le corti argomenterebbero che vi era l'intenzione di considerare quel contratto come vincolante, giacché difficilmente le parti non hanno voluto ciò che esse hanno, nei fatti, reciprocamente eseguito[61].

Sempre partendo dall'interpretazione del requisito della *intention to create legal relations* e dalla artificiosità di tale istituto nell'interpretazione datane dalle corti, un altro autore, Fridman, suggerisce un'alternativa lettura dell'allontanamento dal principio della *freedom of contract*[62]. Lo studioso ha infatti osservato come, mentre alcuni autori attribuiscono il generale declino della *freedom of contract* a fattori esterni quali il graduale imporsi della contrattazione di massa e della standardizzazione dei contratti[63], in realtà il declino sarebbe più propriamente da attribuirsi a fattori intrinseci, e più precisamente, esso dipenderebbe dal ruolo assunto dalle corti

[60] P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 756.
[61] Da qui, poi, la conclusione che non sempre il contratto è inquadrabile come uno scambio di promesse e che il moderno diritto contrattuale, a differenza di quello classico, dovrebbe riconoscere il pregio della possibilità di rimodificare il contenuto contrattuale nel tempo: "*The legal analysis of an agreement as one in which the parties both promise to carry out their part is often the invention of the Courts rather than the inevitable meaning of the arrangement. Parties often "agree" on the terms of a transaction, meaning thereby that, if and in so far as the transaction is carried out, the terms governing the performance will be those which they have agreed; such an agreement does not necessarily imply that the parties mean to commit themselves not to change their minds. This is, perhaps, particularly obvious in cases of long-term or continuing relationships. We have seen how in the classical period, a continuing contract was construed by the Courts as prima facie binding in perpetuity*". P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 760.
[62] G. H. L. Fridman, *Freedom of Contract*, 2 Ottawa LR 1, 1967, 4.
[63] Il riferimento è a W. Friedmann, *Law in a Changing Society*, New York, 1972, 97 e ss.

nell'individuazione degli accordi vincolanti e nella risoluzione delle controversie. L'autore, infatti, osserva che quando le corti distinguono tra accordi che sono da considerarsi vincolanti e accordi invece che restano fuori dalla sfera del diritto (come gli accordi tra coniugi)[64], esse solo *formalmente* danno voce all'intento (implicito o espresso) delle parti, mentre in realtà esse applicano semplicemente delle regole di legge, ossia la regola che impedisce imporre effetti giuridici ad una determinata categoria di accordi. Anche se le parti hanno di fatto deciso che la loro relazione debba rimanere al di fuori della sfera del diritto, l'effetto di tale decisione deriva da una precisa regola di legge: la volontà delle parti, la loro *freedom of contract*, in altre parole, non sarebbe da sola sufficiente a conseguire tale effetto.

Questi casi poi, in cui le corti sono chiamate a determinare se vi è stata o meno un'*intention* di formare un accordo vincolante, non sarebbero diversi dai casi in cui le corti assumono il compito di integrare il contratto stipulato tra le parti, interpretando e decidendo gli effetti da dare ad un linguaggio o comportamento ambiguo delle parti. In entrambe le ipotesi, il ruolo dei giudici è quello di determinare gli effetti giuridici che sono da attribuirsi ai contraenti, indipendentemente dalla loro volontà o aspettative.

Il fatto che le parti non siano interamente libere di contrattare è anche dimostrato da tutti quei casi in cui vi sono principi ulteriori, come quelli di ordine pubblico, che trovano applicazione con precedenza sulla *freedom of contract*. Nel caso *Esso Petroleum Co v. Harper's Garage (Stourport) Ltd*[65], ad esempio, le corti hanno rifiutato di riconoscere la vincolatività di un contratto liberamente negoziato tra le parti nelle quali il convenuto aveva accettato di comprare e rivendere petrolio esclusivamente dalla parte attrice per un periodo di tempo prolungato. L'accordo, infatti, è stato giudicato essere in contrasto con i principi di libera concorrenza, che doveva trovare primaria applicazione, e da inserirsi in quei casi in cui la legge impedisce

[64] Il requisito della "*intention to create legal relations*" è infatti uno dei requisiti di formazione del contratto di common law. Cfr. ad esempio M. Chen Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, 93.
[65] Cfr. *supra*: *Esso Petroleum Co. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.* (1967) 1 All E. R. 699.

alle parti di aderire ad accordi che li vincolino con modalità o per periodi di tempo irragionevoli.

Pare allora ragionevole ritenere che questa tendenza quasi paternalistica delle corti poco si concili con la fondamentale nozione della *freedom of contract*. Tanto nei casi in cui le corti sono chiamate ad integrare un contratto, quanto nei casi in cui esse vogliono dare precedenza ad una *policy* o principio di ordine pubblico, la libera volontà delle parti non sembrerebbe essere completamente priva di restrizioni[66].

Di nuovo Atiyah, in una diversa sua opera, analizza il declino della *freedom of contract* come riferentesi ai fenomeni del crescente utilizzo di contratti standard, della graduale perdita di importanza della libertà di scelta come base dell'obbligazione contrattuale e, infine, dell'emersione del consumatore come parte contrattuale[67].

L'utilizzo di contratti standard, per quanto possa avere riflessi positivi nel comportare vantaggi in termini di tempo e di risparmio nel procedimento di contrattazione, difficilmente è conciliabile con il principio per cui le parti decidono esse stesse ed in posizione di uguaglianza, i termini del contratto. La *freedom of contract* diverrebbe sempre più astratta e lontana dalla realtà, inoltre, poiché nella società moderna l'uomo è "obbligato" dal concludere tutta una serie di contratti, così che la vera scelta consiste semplicemente nell'adesione o nella rinuncia al ricevere determinati beni o servizi[68].

Il secondo fenomeno si riferisce al fatto che alcuni istituti, come quello della *frustration,* per cui il contratto è risolto quando diviene impossibile la sua esecuzione senza che vi sia colpa da ambo le parti, si sono decisamente affrancati dalla finzione per cui essi dipendevano dalla volontà stessa delle parti contraenti. Si riteneva, infatti, in passato, che l'istituto dovesse

---

[66] Riprendendo la famosa e già menzionata citazione di Sir George Jessel, Fridman conclude quindi che "*[a]ll it would appear to involve is that everyone who is of full age and not in some way incapacitated by law may or may not make a contract as he wills*". G. H. L. Fridman, *Freedom of Contract*, 2 Ottawa LR 1, 1967, 19.

[67] P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 13.

[68] Come sottolinea giustamente Sharma, "*There is no consensual foundation, except illusive freedom- the freedom not to acquire a business, not to have a fax machine or computer, not to purchase an airline ticket, not to insure one's life or property, not to have public utilities (such as gas or electricity) and so on*". Cfr. K. M. Sharma, *From Sanctity to Fairness: An Uneasy Transition in the Law of Contracts*, 18-2 New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1999, 113.

poggiare su un "*implied term*"[69] nell'originario contratto, e quindi sull'intenzione delle parti. L'artificiosità di tale ricostruzione, e il suo successivo abbandono, mette in luce come la soluzione adottata dalle corti non dipende, realmente, dalla volontà delle parti, ma da norme di legge che vengono così imposte.

Infine, la nascita di una sempre più incisiva disciplina in favore dei consumatori appare evidentemente come fenomeno volto ad erodere il classico principio di libertà contrattuale, in cui le parti erano considerate avere uguale forza contrattuale. Il necessario intervento in favore della parte contraente più debole, ossia il consumatore, diviene quindi fenomeno distorsivo dei meccanismi del libero mercato ma indispensabile al fine di tutelare la parte che altrimenti non sarebbe in grado di compiere una vera scelta informata[70].

Diversi fenomeni hanno dunque messo in luce come il modello classico di contratto non risponderebbe più alle reali esigenze degli operatori. Nessun dubbio che in molti settori, quali ad esempio quello della *law merchant* - per così dire - "pura", il principio di libertà ed autonomia delle parti rimane quello classico: a questo settore appartengono i contratti commerciali minuziosamente negoziati e redatti sotto l'ausilio dei legali di ciascuna parte[71]. Tuttavia, anche nelle ipotesi, assai rare, in cui i contratti possono ancora dirsi effettivamente condivisi in tutte le loro clausole dalle parti e conosciuti da queste più che dai loro legali, essi non sarebbero comunque mai del tutto immuni dalla possibilità di significati ambigui e dunque dall'intervento delle corti nel regolamento contrattuale.

A prescindere comunque dall'esistenza di categorie residuali in cui è ancora massima l'espressione di autonomia delle parti, ciò che però più preme sottolineare è che tutti i cambiamenti di cui si è dato brevemente

---

[69] L'artificiosità di tale espediente è stata ben illustrata da Lord Radcliffe in *Davis Contractors v Fareham U.D.C.* il quale, spiegando appunto come nel diritto inglese la risoluzione del contratto per quella che noi definiremmo impossibilità sopravvenuta viene tradizionalmente legata ad un termine implicito (*implied term*) che le parti avrebbero voluto includere nel contratto, conclude: "*... there is something of a logical difficulty in seeing how the parties could even impliedly have provided for something which, ex hypothesi, they neither expected nor foresaw*" [1956] AC 696, in P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 18.

[70] P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 24.

[71] P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 734.

conto non hanno trovato puntuale riscontro in altrettanti cambiamenti di *struttura* del paradigma contrattuale classico. L'impianto del modello contrattuale classico, cioè, è rimasto sempre lo stesso, mentre le diverse soluzioni sono state considerate cambiamenti "minimali" a tale struttura[72]. Così, nonostante il susseguirsi nel tempo di diversi modelli e paradigmi contrattuali, alcuni dei quali verranno esaminati nelle pagine a seguire, il modello classico è rimasto il punto di riferimento della disciplina dei contratti e quello che, per almeno un centinaio di anni, non ha visto rivali. Esso costituisce la base per lo studio della *law of contract* nelle università di common law e difficilmente può dirsi essere del tutto superato, se è vero che, come dice Atiyah, "*a glance at the contract textbooks will confirm that the model is still alive and well*"[73]. Tuttavia, seppure formalmente immutato, i valori che il diritto contrattuale riflette oggi sono molto più variegati e complessi di quello che il racconto tradizionale sulla "nascita" e "declino" della *freedom of contract* vorrebbe lasciare intendere, per cui più proficuo appare il compito di accettare e descrivere tale complessità, piuttosto che cercare di ricondurla a sistema[74].

1.1.6 L'esistenza di un diritto contrattuale unitario

[72] P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 26: "*The main weakness of the modern law is that most of the changes which have taken place since the classical law was at its height […] have been piecemeal changes affecting one type of contract here, one kind of situation there, and they have not generally affected the basic principles of the law of contract*".

[73] P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 13.

[74] Dando conto di questa complessità e varietà di valori e principi, Movsesian scrive che "*The fact that freedom of contract continues to share the stage with competing principles should come as no surprise. Law always reflects a community's values, and American contract law reflects the continuing conflict in our society between individual freedom and public control. This confict is unavoidable in a liberal democracy like ours and grand theories can do little to resolve it*". Cfr. M. Movsesian, *Two Cheers for Freedom of Contract*, 23 Cardozo Law Review, 2002, 1547. Per una efficace sintesi sul dibattito relativo alla presunta esistenza di una teoria unitaria relativa al diritto dei contratti di cui è sostenitore S. A. Smith nel suo *Contract Theory*, Oxford, 2004 e invece l'accettazione della complessità e del pluralismo di valori che caratterizzerebbero il diritto contrattuale moderno, cfr. N. Oman, *Unity and Pluralism in Contract Law*, 103 Mich. L. Rev. 2005, 1483. Si noti, poi, che il dibattito circa la pluralità di valori e principi di cui sarebbe costituito il moderno diritto contrattuale deve essere tenuto distinto dal diverso problema, qui di seguito esaminato, circa l'esistenza o meno di una disciplina unitaria per tutti i contratti, a prescindere dalle diverse normative di settore. Cfr. *infra*, par. 1.1.6.

Il diritto contrattuale classico, come si è detto, si è sviluppato in un'era in cui il prototipo di contratto era quello volto a regolare gli scambi tra commercianti o soggetti in posizione paritaria[75]. Tale origine ha contribuito al rafforzarsi di una visione unitaria del diritto dei contratti, per cui esso doveva trovare applicazione per tutti i contratti esistenti, a prescindere dalle parti contraenti interessate, dal contenuto o dalla natura del contratto stesso.

Tuttavia, il più accentuato intervento legislativo in diversi settori ha portato rilevanti innovazioni nel moderno diritto, introducendo discipline specifiche volte a regolare determinate tipologie di contratti. Si pensi, ad esempio, ai contratti con i consumatori, ai contratti di lavoro, ai contratti che in common law regolano il trasferimento della proprietà, ecc. Tale frammentazione delle regole che disciplinano i contratti nel diritto inglese ha fatto pensare che non sia più possibile riferirsi alla "*law of contract*" ma si debba invece parlare, al plurale, di "*law of contracts*"[76]. Lo stesso contratto per la compravendita di beni in cambio di un prezzo, che può essere considerato l'archetipo del diritto contrattuale classico, è infatti disciplinato in Inghilterra dal *Sale of Goods Act* del 1979, dall'*Unfair Contract Terms Act* del 1977 e, nel caso in cui il compratore sia un consumatore, dall'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* del 1999[77].

La frammentazione del diritto contrattuale in diversi più specifici settori sarebbe allora una diretta conseguenza del maggiore intervento legislativo: come, quindi, l'idea di un diritto contrattuale unitario era un corollario dell'ideologia astensionista, allo stesso modo, la frammentazione cui si assisterebbe in tempi più recenti sarebbe strettamente legata al desiderio di

[75] M. Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, 16.

[76] Si veda, ad esempio, H. G. Beale, W. Bishop, M. P. Furmston, *Contract – Cases and Materials*, Oxford, 2008, 5 ed anche E. MC Kendrick, *Contract Law*, Londra, 1994, 2: "*The crucial question which remains to be answered is: do we have a law of contract or a law of contracts?*". Nella letteratura italiana, un'analisi di questa frammentazione è data da G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 1.

[77] Cfr. R. Stone, *The Modern Law of Contract*, Londra e New York, 2013, 16. Per una critica sul fatto che i contratti di compravendita di beni o servizi non a distanza tra individui costituisca il prototipo del modello classico di contratto, cfr. B. H. Bix, *Contract Law Theory*, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 06-12, 2006, 5, il quale scrive "*The conventional view -- portraying face-to-face-negotiated agreements as the normal or usual contract – has distorted of our understanding of contemporary contract law, and perhaps also legitimized unjust practices*".

intervenire, e dunque disciplinare, i contratti conclusi con i soggetti in posizione più debole[78].

La complessità e stratificazione della materia contrattuale è anche dimostrata, a livello universitario, dall'esistenza di una pluralità di corsi che trattano la disciplina. Lo studente inglese che volesse quindi avere un quadro completo del diritto contrattuale dovrebbe affiancare, al corso base di *contract law*, quelli più specifici sul diritto del lavoro, sul diritto commerciale, e così via. Invero, da un punto di vista comparatistico, la situazione non è affatto diversa per lo studente di civil law, per cui la critica che l'esistenza di discipline specifiche e settoriali metterebbe di per sé in dubbio l'esistenza di una disciplina unitaria riguardante i contratti parrebbe, per questo motivo, eccessiva.

Nel mondo di common law, un tentativo di avanzare una visione unitaria e inclusiva è stata formulata da Collins, il quale ha sostenuto che le specifiche evoluzioni proprie di alcuni particolari tipologie di contratti non metterebbero in dubbio la *law of contract* in generale, ma arricchirebbero semplicemente la disciplina[79]. In altre parole, lo sviluppo di regole diverse costituisce motivo di dialogo e riflessione sui principi generali che informano la generalità dei contratti più che mettere in crisi il modello unitario. A sostegno di questa tesi, si pensi alla disciplina sui contratti con i consumatori. L'evoluzione di questa legislazione di settore ha portato in luce problematiche quali lo squilibrio di potere contrattuale tra le parti su cui si è focalizzata la normativa *ad hoc* a livello europeo e nazionale nei singoli Paesi membri[80].

---

[78] D. Nolan, *The Classical Legacy and Modern English Contract Law*, 59 The Modern Law Review 615.

[79] H. Collins, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 10.

[80] La disciplina, di matrice comunitaria, è ormai estesa e variegata, includendo la più specifica disciplina delle clausole abusive (*rectius*: vessatorie) introdotta con il recepimento della direttiva n. 93/13/CEE avvenuta per effetto della l. 6 febbraio 1996, n. 52 (l. comunitaria per il 1994); la regolamentazione delle vendite stipulate fuori dai locali commerciali di cui al d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 (attuativo della direttiva n. 85/577/CEE) e dei contratti di viaggio disciplinati dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (attuativo della direttiva n. 90/314/CEE), la disciplina dei contratti di credito al consumo (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 121 ss., attuativo della direttiva n. 87/102/CEE), della multiproprietà (d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427, attuativo della direttiva n. 94/47/CE) e quello della recente importante direttiva sui contratti negoziati a distanza (direttiva n. 97/7/CE).

A sua volta, però, la riflessione sullo squilibrio contrattuale ha posto in evidenza come le stesse problematiche si possono presentare anche in contratti stipulati tra soli professionisti imprenditori, ove la diversa dimensione, forza e potere, delle imprese contraenti può consentire di identificare una delle due come parte "debole" del rapporto contrattuale. Per questo motivo, si potrebbe argomentare che non vi è ragione per separare la disciplina dei contratti con i consumatori considerandola come essenzialmente diversa rispetto a quella dei contratti tra imprenditori: entrambe possono ben coesistere ed essere informate dai principi fondamentali del diritto generale dei contratti, principi che sono caratterizzati da un sufficiente grado di flessibilità per adattarsi alle più specifiche sottocategorie.

L'esistenza dunque di un diritto contrattuale classico le cui regole generali hanno ispirato ed ancora ispirano tutte le soluzioni adottate all'interno dell'evoluzione del diritto dei contratti di common law, pur potendo qualificarsi come "imperialista", nel senso di avere la tendenza ad assorbire all'interno del proprio modello qualunque fenomeno o questione legata allo scambio e alle relazioni economico-sociali tra le parti, giustificano lo studio e la lettura unitaria che ancora viene data alla "*law of contract*"[81].

Del resto, in ottica comparatistica, la questione è la medesima nel diritto italiano. Come infatti è stato sottolineato da Scognamiglio, nella contrapposizione tra parte generale e parte speciale del contratto, l'ultimo periodo del ventesimo secolo avrebbe registrato una perdita di rilevanza della parte generale, in favore di tutta una serie di discipline speciali e di settore[82]. Citando proprio l'esempio della normativa relativa ai contratti con i consumatori, l'Autore indica come all'interno della stessa si sarebbe formata una regolamentazione generale che, trovando il suo frutto più

[81] H. Collins, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 3 che sottolinea la tendenza espansiva delle regole del diritto contrattuale classico nel disciplinare una varietà di fenomeni "[…] *lawyers conceived so many different types of social relationships as falling within the conceptual framework of contracts. Together with the law of private property, the law of contract supplied most of the key principles through which lawyers sought to interpret and thence regulate every aspect of economic social relations*".

[82] Cfr. C. Scognamiglio, *Contratto*, in AA. VV., *XXI Secolo. Norme e idee*, Roma, 2009, 372 ss.

significativo nel Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206), avrebbe creato un "vero e proprio sottosistema" del diritto generale dei contratti.

Anche il nostro diritto contrattuale, poi, avrebbe previsto una serie di classificazioni e distinzioni che potrebbero "minare" l'unitarietà della disciplina. Si pensi alla distinzione, introdotta di recente dalla dottrina, tra la categoria del cd. "terzo contratto", categoria dai contenuti normativi ed applicativi ancora incerti e che viene così denominata perché contrapposta al "primo" modello, che disciplina il contratto di diritto comune tra parti in posizione paritaria e il "secondo contratto", tra professionisti e consumatori. Il terzo contratto sarebbe una disciplina ancora in formazione, volta a ricomprendere tutti i rapporti, appunto, estranei e residuali rispetto a queste due categorie, come ad esempio i rapporti contrattuali tra imprenditori di cui uno non sofisticato e quelli tra consumatori[83].

Il problema che attanaglia i giuristi di common law sulla possibile esistenza di un'unica l*aw of contract* è dunque il medesimo che si pone o si dovrebbe porre anche all'interno del nostro diritto dei contratti, se è vero che, come è stato sostenuto, esisterebbero differenze troppo grandi "tra contratti tra imprenditori, contratti del consumatore, contratti tra privati, contratti collettivi e contratti della Pubblica Amministrazione perché se ne possa trattare unitariamente"[84].

In un procedimento invece per certi versi opposto, in prospettiva europea non si è mancato di notare come i progetti di formulazione di un diritto europeo dei contratti abbiano progressivamente mirato a semplificare la stessa definizione di contratto, tanto che essa sarebbe stata "prosciugata come una sorta di osso di seppia"[85] di modo che, ridotta all'essenza, la categoria contrattuale ricomprenderebbe ogni più ampia ipotesi in cui è

[83] La categoria verrebbe così a disciplinare tutti i casi residuali in cui rientrano i "nuovi soggetti deboli", ossia quelle parti contrattuali che non si identificano nella tradizionale relazione imprenditore-consumatore, della quale ormai è consolidata la disciplina volta a contrastare la situazione di squilibrio contrattuale. E' il caso, ad esempio, degli imprenditori in situazione di dipendenza economica da altra impresa. Cfr. per un approfondimento sulla distinzione tra queste diverse categorie, G. Gitti – G. Villa, *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, ed anche R. Franco, *Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica: profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.
[84] G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, 5.
[85] C. Scognamiglio, *Contratto*, in AA. VV., *XXI Secolo. Norme e idee*, Roma, 2009, 372.

presente un accordo sufficiente a vincolarsi giuridicamente. Mentre quindi il diritto nazionale si "specializza" e si suddivide in diversi rivoli che possono fare pensare, analogamente a quanto succede in Inghilterra, all'esistenza di una pluralità di "*law of contracts*", il diritto europeo si semplifica, mirando ad ottenere un diritto onnicomprensivo e di generale applicazione.

Il fenomeno di crescente specializzazione che interessa la disciplina di determinate tipologie di contratto tanto nel mondo di common law quanto in quello di civil law è dunque innegabile. Tale fenomeno, nonostante alcune istanze contrarie, come si è visto, non è però davvero riuscito a porre in dubbio l'esistenza di un diritto contrattuale unitario, che è peraltro particolarmente utile nella prassi delle corti, permettendo infatti di riferirsi alle regole generali ogni qualvolta il caso concreto all'attenzione del giudice non appartenga ad alcuna delle discipline specifiche sviluppatesi.

Allo stesso tempo, però, la critica di coloro che suggeriscono una relativizzazione della teoria unitaria è che una più decisa adozione di un modello pluralista permetterebbe lo sviluppo di soluzioni che sarebbero particolarmente appropriate per una determinata tipologia di contratti. Un esempio particolarmente rilevante è quello degli accordi definiti come relazionali, che saranno il fulcro dell'attenzione del presente lavoro, le cui regole, secondo alcuni suoi sostenitori, dovrebbero in parte differenziarsi rispetto alla disciplina prevista per tutti gli altri contratti[86].

Tuttavia, ciò sarebbe possibile solo ove, alternativamente, si volessero estendere i principi che reggono i contratti relazionali all'intera *law of contract*, oppure, come vedremo, ove si riuscisse a relativizzare la teoria unitaria del diritto contrattuale di common law e abbracciare invece una concezione pluralistica dello stesso.

[86] E' questo l'auspicio di D. Nolan, *The Classical Legacy and Modern English Contract Law*, 59 The Modern Law Review 615. Cfr. anche H. G. Beale, W. Bishop, M. P. Furmston, *Contract – Cases and Materials*, Oxford, 2008, 5 ove si dà conto della complessità della scelta di un approccio unitario o di un approccio pluralistico al diritto dei contratti. Si badi però che la creazione di una distinta categoria di contratti definiti come "relazionali", diversi rispetto alla generalità dei contratti, non eratra gli auspici dell'autore della *relational contract theory*, il quale, come si vedrà, ha invece posto in luce il carattere relazionale di tutti i contratti. Cfr. *infra*, par. 1.2.6.

1.2 CRITICHE E MODELLI ALTERNATIVI DI ANALISI DEL CONTRATTO

1.2.1 Le diverse possibili "letture" del contratto in common law

Il diritto dei contratti in common law non è pienamente comprensibile se non con riferimento alle varie teorie ed idee che si sono susseguite nel tempo, come principi fondanti del diritto contrattuale stesso, posto che, come è stato detto e come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, "*the roots of the law of contract are many rather than one*"[87].

Sarebbe quasi impossibile, in un capitolo introduttivo, dare conto di tutte le teorie che sono state elaborate all'interno del diritto dei contratti. Lo scopo, più modestamente, è quello di tracciare in maniera schematica e non esaustiva alcuni dei principali filoni del diritto contrattuale che sono stati elaborati dalla dottrina, filoni che hanno in definitiva influenzato il modo in cui guardiamo alla *law of contract* e che hanno sfidato il suo tradizionale modello classico.

In questa ricognizione, l'attenzione verrà posta non tanto sulle teorie che sono state elaborate per dare conto della "natura" del contratto, ossia del motivo o della ragione essenziale per cui i contratti vengono eseguiti (e che dunque spiegano il fondamento del contratto di common law in termini di, alternativamente, "promessa o volontà", "affidamento", "efficienza", "giustizia distributiva", "trasferimento", "autonomia", ecc.)[88]. Piuttosto, verranno poste in rilievo le diverse prospettive attraverso le quali è possibile esaminare la relazione contrattuale, ossia le diverse "letture" del rapporto contrattuale, anche di lungo periodo, tra due soggetti, di cui è possibile un'interpretazione in ottica, ad esempio, sociologica, di analisi economica, empirica, e infine, relazionale.

Così, prima ancora di esaminare se nel periodo post-moderno, dalle numerose ed incisive critiche della dottrina al diritto classico - che contano

[87] M. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 Harv. L. Rev. 1933, 591.

[88] Il riferimento è alle c.d. "*promissory and will theories*", "*reliance theory*", "*efficiency theory*", "*distributive justice*", "*transfer theory*", "*positive autonomy*" e, infine alle c.d. "*mixed theories*". Per un'efficace mappa riassuntiva di queste diverse teorie e i principali enunciati di ognuna, si veda M. Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, 18.

anche l'estrema posizione di chi ha ritenuto che essa fosse "morta"[89] e chi ha sottolineato che essa sia un "caos"[90] -, sia in effetti emerso un modello in grado di assurgere a valida alternativa rispetto alla *classical law of contract*[91], è necessario esaminare in che cosa consistano questi diversi approcci teorici.

Le prospettive da cui il contratto può essere visto, infatti, sono varie, e sono state spesso influenzate da altre discipline rispetto a quella di legge: la relazione contrattuale è di interesse non solo per i giuristi, ma anche ad esempio per i sociologi, antropologi, economisti, i quali valutano i motivi per i quali i soggetti entrano volontariamente in contatto fra loro, le regole che emergono dalle manifestazioni di tale autonomia che si traducono in un "contratto" e gli incentivi per cui le parti si accordano per il raggiungimento di un determinato fine[92].

Ciascuna teoria, quindi, darà una diversa definizione dell'oggetto stesso del proprio studio, ossia del contratto. Così, il contratto corrisponderà, per i formalisti, alla nozione che di esso è data dalla legge, mentre l'autonomia privata assumerà valore solo se e nella misura in cui essa è riconosciuta dall'ordinamento. I giuseconomisti, d'altra parte, riconosceranno nel contratto quella operazione economica, comunque conclusa, la quale realizza la migliore distribuzione delle risorse e la massimizzazione della ricchezza complessiva, indipendentemente dalla sua aggiudicazione ad una piuttosto che all'altra parte. I giuristi i quali leggano il fenomeno

---

[89] G. Gilmore, *La morte del contratto*, Milano, 1988, 79 ove si argomenta che con l'introduzione della *promissory estoppel* il diritto contrattuale e quello dei *tort* si stia unendo, così da rendere il primo "morto" come diritto separato rispetto alla *law of torts*.

[90] B. Coote, *The Essence of Contract*, 1 J. Cont. L. 1988, 91.

[91] Il che, come si vedrà, è stato posto in dubbio dalla dottrina. Come sostenuto da alcuni, infatti, nonostante numerose siano state le critiche e le proposte di riforma del diritto contrattuale classico, per la maggior parte, esse non si sono trasformate in modelli alternativi attuabili ed onnicomprensivi, limitandosi molto spesso a fornire per lo più suggerimenti di modifica di alcuni aspetti del diritto tradizionale. Cfr. A. Schwartz- R. E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 Yale Law Journal, 2003, 9 i quali evidenziano come, sebbene gli studiosi moderni critichino la teoria del diritto contrattuale classico così come "inventata" da Holmes e Williston e si schierino con Gilmore per il suo rilievo sull'artificiosità e astrattezza del diritto esistente, in realtà non siano stati in grado di elaborare alcuna valida alternativa onnicomprensiva: "*the current state of contract law scholarship", scrivono "suffers from the absense of a successful theory of contract. […]. We, too, lack a theory of everything*".

[92] Come scrive infatti L. Mulcahy, le diverse prospettive o letture del contratto sono anche il riflesso delle varie ideologie presenti in una società: "*contract is not an end in itself but is a tool of social order. It is also an intensely political subject.*": cfr. L. Mulcahy, *Contract Law in Perspective*, Londra e New York, 2008, 4.

contrattuale in chiave sociologica, infine, vedranno il contratto come uno dei possibili accordi che i privati possono concludere, ma non l'unico strumento necessario per il funzionamento del mercato, il quale invece è caratterizzato da una serie di "comportamenti" di diversa natura[93].

Se è vero che ciascuna teoria è allo stesso tempo descrittiva e propositiva, nel senso che descrive la legge e allo stesso tempo suggerisce gli aspetti che di essa andrebbero riformati[94], prima ancora che valutare la possibile esistenza di un valido modello teorico diverso da quello classico e le eventuali regole che esso "propone", è importante perciò capire come diversi filoni "descrivano" la stessa relazione contrattuale. Il risultato di questa breve disamina sarà quello di supportare l'idea, già da altri sostenuta, che quel diritto contrattuale classico "inventato" dalla dottrina non è il solo esistente. Come dice Atiyah, "[…] *there are in fact some very important issues latent in our conception of contract, and lawyers have a strong tendency to assume there is one paradigm of contract*[95]".

Una premessa circa l'importanza dell'esame di questi diversi approcci teorici è d'obbligo: se infatti potrebbe sembrare che lo studio delle varie prospettive teoriche della relazione contrattuale sia di interesse prettamente accademico, in realtà non è da dimenticare come gli stessi manuali rivolti ai pratici (avvocati e giudici) non ignorino, nel mondo di common law, una disamina dei fondamenti teorici del contratto stesso, al fine di fornire gli elementi di interpretazione e di lettura necessari ad una migliore comprensione delle regole esistenti[96]. Questo perché, soprattutto nei sistemi di common law, ove le regole sono di matrice giurisprudenziale, nella decisione dei singoli casi e quindi nell'elaborazione di nuovi indirizzi, è

[93] L'importante premessa della diversa lettura del contratto da parte di formalisti, sociologi e giuseconomisti, così come la diversa lettura e i problemi definitori legati al contratto nel mondo di common law e di civil law, è spiegata da G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 12.
[94] M. Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, 16.
[95] P.S. Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 1.
[96] Un esempio è dato dal *Chitty on Contracts*, Londra, 1999, che nella parte generale include un primo capitolo, scritto da R. J. Whittaker sulla "*nature of contract*". Cfr. anche R. Stone, *The Modern Law of Contract*, Londra e New York, 2013, 6 il quale cita anche il volume di M. P. Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract*, la cui prima edizione è del 1999 e in cui una ricognizione delle prospettive teoriche del diritto dei contratti è dato dal primo capitolo intitolato "*General Considerations*" scritto da R. Brownsword, capitolo che è poi stato pubblicato separatamente dall'autore stesso nel volume "*Contract Law: Themes for the Twenty-first Century*", Londra, 2000.

necessario conoscere l'impianto teorico di partenza e i valori che risultano maggiormente condivisi in ogni dato momento storico[97].

In un ordinamento particolarmente tradizionalista come quello inglese, infatti, l'evoluzione delle regole, quale fenomeno dinamico, deve risultare impercettibile e il compimento di scelte razionali nello sviluppo della legge non può perciò prescindere dalla conoscenza delle teorie e degli schemi di partenza, di cui i giudici fanno largamente uso. Le teorie, insomma, precedono la spiegazione delle regole applicabili.

Dal punto di vista comparatistico, poi, è particolarmente interessante notare come il contratto di matrice anglosassone sia stato oggetto di una così abbondante produzione teorica. E' stato infatti notato come, paradossalmente, mentre tanto in common law quanto in civil law le regole e i principi fondamentali che disciplinano il contratto sono per lo più consolidate, ed hanno trovato da anni, o addirittura da secoli, la loro compiuta formulazione e cristallizzazione, esistono invece, nel mondo di common law, grandissimi contrasti circa l'approccio teorico che debba considerarsi più idoeno. Per questo motivo, si sarebbe assistito qui all'emergere negli anni di una pluralità di impostazioni teoriche, spesso in contrasto tra loro, tanto che nessuna di queste è riuscita ad ottenere generale accettazione[98].

La sovrabbondanza di elaborazioni teoriche nei sistemi di common law e la scarsità invece di analoghe discussioni teoriche che mirino a descrivere, interpretare o anche modificare il diritto dei contratti in relazione a grandi postulati filosofici, sociologici, storici, economici in civil law è stata attribuita da alcuni al fenomeno delle codificazioni[99]. Nei Paesi di civil law

[97] Cfr. J. Poole, *Textbook on Contract Law*, Oxford, 2004, 10.

[98] Spiega bene questo paradosso P. Benson, *The Theory of Contract Law*, Cambridge, 2001, 118. Lo stesso autore, poi, esamina tale opposizione tra regole applicative fermamente stabilite e pluralità invece di impianti teorici invece presenti in common law in D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Hoboken, 2010, 29. Allo stesso modo, M. A. Hogg, *Competing Theories of Contract: An Emerging Consensus?* in L.A. Di Matteo – Q. Zhou – S. Santier – K. Rowley, *Commercial Contract Law – Transatlantic Perspectives*, Cambridge, 2013, 15 il quale contrasta la grandissima varietà di teorie contrattuali elaborate nel diritto anglo-americano rispetto alla tendenziale uniformità di vedute che caratterizza il sistema giuridico scozzese.

[99] Per la verità, il diritto continentale non è sempre stato caratterizzato dall'assenza di elaborazioni teoriche, se è vero che proprio in concomitanza con la nascita delle maggiori codificazioni nell'Europa Continentale il diritto contrattuale ha conosciuto le teorizzazioni della Scuola Storica di Friedrich Carl von Savigny, di Georg Friedrich Puchta, di Thibaut,

non vi sarebbe dunque bisogno di grandi teorie sul contratto dato che il legislatore avrebbe già stabilito, all'interno dei codici, le regole che debbono trovare applicazione, così che compito dei giudici è quello di farsi meri interpreti di queste regole: il sistema codificato, essendo onnicomprensivo, coerente ed astratto, fornirebbe di per sé un punto di riferimento oggettivo per l'attività delle corti. Al contrario, nei sistemi di common law, l'elaborazione di teorie sul contratto avrebbe sopperito all'assenza di codici per dare una base generale ed un quadro oggettivo da cui ogni giudice possa partire, fornendo quindi un senso di stabilità e sicurezza alle parti contraenti[100].

Una caratteristica tipica delle teorie elaborate nei sistemi di common law è quella di tendere a fornire una spiegazione universale ed onnicomprensiva di tutti i casi giurisprudenziali, così che ognuna di esse, dopo aver enunciato i propri postulati, mira a confutare le altre teorie esistenti sostenendo invece come i casi concreti possano essere spiegati "alla luce di quella determinata teoria di riferimento" e considerando come "eccezioni" o "irregolarità" quei casi che invece non vi rientrino[101]: si tratta, come è stato detto, di una sorta di "monismo dottrinale"[102]. Questa caratteristica deve essere tenuta a mente nella disamina delle prospettive teoriche che seguono, in quanto permette di vagliare oggettivamente, e dunque relativizzare, i postulati "assolutistici" di ogni teoria.

---

ecc. Cfr. A. N. Hatzis, *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, 2 Commentaries in Law & Economics 2003, 4. Inoltre, sarebbe un errore ritenere che il diritto continentale manchi di spiegazioni teoriche circa la "natura del contratto": si pensi alla teoria della volontà di Windscheid, alla teoria della dichiarazione di Bekker, alla teoria precettiva di Betti e Scognamiglio, alla teoria dell'affidamento di Bianca: cfr. per tutte, *Il Contratto*, (a cura di) G. Buffone, C. De Giovanni, A. I. Natali, Padova, 2013, 17 ss.

[100] Questa la spiegazione di A. N. Hatzis, il quale, in maniera molto meticolosa, sottolinea come la sovrabbondanza di teorie nei sistemi di common law e specialmente in quello americano sia dimostrata anche dal fatto che praticamente ogni studioso del diritto dei contratti può essere "classificato" in base alla sua adesione ad una determinata teoria. Segue poi una dettagliata lista di professori e accademici, suddivisi in base alle teorie da essi abbracciate. Cfr. A. N. Hatzis, *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, 2 Commentaries in Law & Economics 2003, 3 ss.

[101] Così, spiega molto bene A. N. Hatzis, "*[t]his need for an "approval" by the already adjudicated cases (!) signifies the insecurity and the desperate need for coherency in Common law and is telling of the definitive power of precedent even today*". Cfr. A. N. Hatzis, *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, 2 Commentaries in Law & Economics 2003, 10.

[102] Questa la definizione del fenomeno data da A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford, 1975.

1.2.2 L'approccio basato sull'analisi economica

Una prima "lettura" della relazione contrattuale, ed una che ha avuto particolarmente successo pur non dovendo essere considerata come univoca e onnicomprensiva spiegazione del diritto dei contratti, è quella data dall'analisi economica del diritto[103]. Nel diciannovesimo secolo, forte fu l'influenza della dottrina economica sul modello contrattuale inglese per promuovere i valori della *freedom* e *sanctity of contract* e la connessa visione di *lassez-faire* propria del liberismo economico allora imperante[104]. Tuttavia l'analisi economica del diritto, come disciplina volta a dare una spiegazione alle regole giuridiche esistenti e fornire una base per la loro valutazione critica, si è sviluppata compiutamente a partire dal 1970[105].

Per quanto la retorica moderna dell'analisi economica sia poi mutata in relazione ai diversi valori politico ed economici della società, il principio fondamentale su cui essa si basa è rimasto quello dell'efficienza, o più precisamente, dell'ottimale allocazione delle risorse per il tramite della volontaria contrattazione delle parti. Se un'operazione è liberamente

---

[103] Come detto, nessuna delle diverse prospettive che verranno analizzate nelle pagine seguenti può dirsi "completa" o "assoluta" nel senso di dare una spiegazione compiuta del diritto dei contratti. Ciò è quanto è sostenuto, relativamente all'analisi economica, da uno dei padri fondatori di questa stessa scuola: cfr. Posner il quale sostiene che "*[the] economic analysis has failed to produce an "economic theory" of contract law, and does not seem likely to be able to do so. By this, I mean that the economic approach does not explain the current system of contract law, nor does it provide a solid basis for criticizing and reforming contract law*". E. A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 Yale Law Journal, 2003, 830. Tuttavia, nonostante l'impossibilità di una spiegazione onnicomprensiva, è rilevante che tra le varie teorie contemporanee sul diritto dei contratti l'approccio di analisi economica sia stato considerato il più dettagliato e completo: cfr. D. Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Hoboken, 2010, 54. Nella disamina di questo approccio al diritto, si è consci del fatto che non si tratti di una "teoria dei contratti" nel senso più puro ma, come già sottolineato in via introduttiva, di uno dei vari "metodi" di lettura della relazione contrattuale: "*Law and economics is strictly speaking not a theory but a method for facilitating discussions on the law*". Così G. De Geest – M. Kovac, *The Formation of Contracts in the Draft Common Frame of Reference – A Law and Economics Perspective*, in *Economic Analysis of the DCFR – The work of the Economic Impact Group within CoPECL* (ed. P. Larouche – F. Chirico), Monaco, 2010, 68.

[104] Come disse Sir Frederick Pollock: "*the sort of men who became judges towards the middle of the century were imbued with the creed of the "philosophical Radicals" who drove the chariot of reform and for whom the authority of the orthodox economists came second only to Bentham's.*" Cfr. M. Furmston, *Law of Contract*, Oxford, 2006, 21.

[105] Cfr. E. A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, Yale L. J., 112, 2003, 831. La data, come mette in luce l'autore, è naturalmente convenzionale, perché anche prima di allora accademici quali Holmes, Llewellyn, Hale e Fuller hanno fatto ricorso all'analisi economica nel senso di considerare le parti contraenti quali individui che operano razionalmente e studiare quindi quali incentivi essi possono avere per la massimizzazione del loro profitto.

conclusa, lo scambio assicura che entrambe le parti siano in posizione migliore rispetto a quella di partenza e si ottiene, dunque, il c.d. ottimo paretiano o efficienza allocativa[106]. Questo principio è in linea con la tradizionale interpretazione della *law of contract*, per cui la *freedom of contract* sarebbe essenziale affinché l'operazione contrattuale possa portare al risultato finale di massimizzazione della ricchezza complessiva[107]: tale tradizionale principio di *freedom of contract*, tuttavia, non assume qui alcuna connotazione filosofica o etica, ma viene in rilievo solo per la sua funzione economica. Esso è infatti il prerequisito affinché vi possa essere una libera e ottimale allocazione delle risorse secondo il loro migliore uso[108].

Per l'analisi economica, il motivo per cui esistono regole contrattuali è che sarebbe troppo costoso (se non impossibile) negoziare un contratto completo, ossia che preveda ogni possibile evento. In altre parole, sebbene un contratto interamente negoziato e dettagliato sia di per sé efficiente, nella realtà tutti i contratti sono incompleti. Un contratto completo sarebbe possibile solo in presenza di un mercato perfetto, ma nella realtà esistono diversi fattori di "fallimento" del mercato quali la razionalità limitata - ossia l'idea che, durante il processo decisionale, la razionalità di un individuo è limitata dalle informazioni che possiede, dai limiti cognitivi della sua mente, e dai limiti temporali che egli ha per prendere una decisione - le asimmetrie informative, ed infine i costi transattivi.

In particolare, dati i costi transattivi di negoziare un contratto completo, le parti eviteranno di soffermarsi a negoziare ed includere nel testo contrattuale clausole ed eventi i quali hanno una scarsa probabilità di avvenire e che sono dunque da ritenersi di minore importanza[109]. Tali costi transattivi, per alcuni, sono dati dai costi relativi alla negoziazione e

---

[106] S. Shavell, *Economic Analysis of Law*, New York, 2004, 61.
[107] Così H. Collins, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 26.
[108] Cfr. F. Chirico, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, in *Economic Analysis of the DCFR – The work of the Economic Impact Group within CoPECL* (ed. P. Larouche – F. Chirico), Monaco, 2010, 16 ove si cita N. L. Georgakopoulos, il quale appunto sottolinea che "*[the] economic analysis of law does not establish ideals*".
[109] A. M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, New York, 2003, 29.

redazione del contratto, per altri, invece, si riferiscono ai limiti di prevedibilità sui possibili avvenimenti futuri[110].

Inoltre, le parti possono evitare l'inclusione di determinate clausole per motivi strategici, ossia per sfruttare, a proprio vantaggio, la propria superiorità contrattuale o le asimmetrie informative esistenti.

Infine, un'altra ragione per cui i contratti rimangono incompleti è che alcune clausole (come quelle relative ai livelli di impegno esercitato da ciascuna parte, quelle relative alle difficoltà tecniche di produzione, ecc.) non sono facilmente verificabili da parte delle corti, così che la loro inclusione determinerebbe comportamenti opportunistici per cui una parte avrebbe sempre interesse a chiamarle in causa, pur nell'assenza di parametri certi per la loro verifica ed applicazione (si pensi alla clausola che indichi che un servizio per essere retribuito non deve essere "di scarsa qualità". Se la qualità del servizio non può essere verificata, una parte avrà sempre interesse a sostenere l'applicazione della clausola al fine di tentare di esimersi dal pagamento)[111].

Di particolare interesse ai fini dello studio dei contratti c.d. relazionali, è il fatto che l'analisi economica riconosce come la prevedibilità di circostanze ed eventi che potrebbero essere inclusi all'interno del contratto diminuisce con il prolungarsi della relazione contrattuale: maggiore la durata del contratto, dunque, minore sarà la possibilità di includere nel testo contrattuale l'intero insieme di eventi futuri che la transazione dovrebbe contemplare[112]. Proprio nel caso di relazioni contrattuali di lunga durata, quindi, le possibili soluzioni individuate da Posner sono quelle di ridurre i costi relativi ad un errore di valutazione sui possibili avvenimenti futuri "accorciando" la durata del contratto e concludendo una serie di accordi di breve durata. Alternativamente, si può contemplare un accordo che indichi l'intento di negoziare in futuro (c.d. "*agreements to agree*") così da concludere il contratto in prossimità degli eventi che le parti sono in grado di prevedere. Un'altra soluzione è quella per cui una parte, anziché entrare

[110] E. A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, Yale L. J., 112, 2003, 866; R. Cooter-T. Ulen, *Law and Economics* (5 ed.), Boston, 2008, 100.
[111] S. Shavell, *Economic Analysis of Law*, New York, 2004, 64.
[112] R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* (8 ed.), New York, 2011, 118.

in una relazione di lunga durata con un'altra, decide di produrre direttamente alcuni beni o servizi necessari nella realizzazione del prodotto finale, così evitando di dover ricorrere ad un contraente esterno (c.d. fenomeno di "integrazione verticale"). Infine, un'alternativa possibile e su cui si concentra particolarmente l'analisi economica, è quella per cui è il diritto contrattuale stesso ad essere chiamato a riempire i vuoti lasciati dal contratto, cercando di riprodurre ciò che le parti avrebbero stabilito se esse avessero potuto pianificare inizialmente per quel determinato evento senza costi[113].

Quest'ultimo fenomeno, riferibile alla "integrazione" del contratto, diviene necessario nel momento in cui le parti incorrono in "perdite *ex post*" anziché allocare "rischi *ex ante*". I rischi *ex ante* si riferiscono ai rischi di perdite future che le parti cercano di allocare nel momento in cui negoziano il testo contrattuale. Le perdite *ex post* si riferiscono alle perdite che in effetti si materializzano dopo la conclusione del contratto. In generale, le parti sono chiamate a scegliere tra l'allocazione di rischi *ex ante* o di perdite *ex post*. Nel momento in cui decidono di negoziare per l'allocazione dei rischi, esse incorrono necessariamente in costi transattivi, mentre se lasciano un vuoto all'interno del testo contrattuale, incorreranno in un probabile costo se e nel momento in cui l'evento si realizza. Il costo atteso del lasciare un vuoto nel contratto equivale dunque alla probabilità che la perdita si realizzi moltiplicata per il costo della sua allocazione. Le parti si aspettano di risparmiare costi transattivi lasciando un vuoto nel contratto ogni qualvolta il costo attuale di negoziare termini espliciti supera il costo atteso di integrare un vuoto contrattuale[114].

Come per l'"integrazione" del contratto, anche per la sua "interpretazione" la regola generale è quella per cui le parti vogliono che il contratto incompleto venga interpretato nel modo in cui essi lo avrebbero scritto se avessero avuto la possibilità (cioè avessero potuto superare i costi) di redigere termini contrattuali più dettagliati. Scopo dell'"integrazione" e "interpretazione" del contratto, secondo l'analisi economica, è quello dunque di ridurre i costi transattivi in cui incorrono le parti.

[113] R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* (8 ed.), New York, 2011, 119.
[114] R. Cooter - T. Ulen, *Law and Economics* (5 ed.), Boston, 2008, 218.

L'approccio di analisi economica del diritto fornisce quindi validi spunti relativamente alle strategie interpretative di ogni contratto. In particolare, si sottolinea come l'interpretazione del contratto sia un esercizio compiuto dalle corti *ex post*, il che implica che le corti possono solo provare a verificare, almeno parzialmente, eventi che si sono verificati *ex ante*. Gli eventi sono solo parzialmente verificabili, in quanto il giudice quale soggetto terzo non può osservare gli eventi con la stessa precisione delle parti al contratto. Nell'esercizio interpretativo, il giudice ha a disposizione una serie di informazioni che vanno da quelle inserite dalle parti nello stesso contratto, quelle che le parti espongono al giudice *ex post* e quelle derivanti dalla sua esperienza e cultura generale.

Posner sottolinea come nel vagliare le informazioni disponibili, due sono i tipi di errori in cui il giudice può incorrere: l'errore di tipo I è quello per cui egli darà esecuzione ad una clausola che non è parte del contratto. L'errore di tipo II, è quello per cui il terzo giudicante, ossia il giudice, mancherà di dare esecuzione ad una clausola che invece è parte del contratto. L'esercizio interpretativo è dunque una funzione implicante un *trade-off* tra l'acquisto di un maggiore o minore insieme di informazioni: poiché l'introduzione di un più ampio numero di informazioni al fine di avvicinare il più possibile l'interpretazione al reale intento del contratto è costosa, si dovranno vagliare i costi e benefici di una più o meno ampia interpretazione contestuale[115].

1.2.3 (segue) L'interpretazione di analisi economica dei contratti di lungo periodo

Mentre però le considerazioni riportate sino a qui riguardano il tema dell'interpretazione contrattuale per la generalità dei contratti, è interessante rilevare quali siano gli apporti dati dall'analisi economica nello studio dei contratti di lungo periodo, ove viene in rilievo specialmente il problema della risoluzione volontaria del contratto. Più precisamente, i contratti che

[115] G. Hesen – R. Hardy, *Contract Interpretation – Interpretative Criteria*, in *Economic Analysis of the DCFR – The work of the Economic Impact Group within CoPECL* (ed. P. Larouche – F. Chirico), Monaco, 2010, 88.

qui interessano sono quelli in cui sono presenti una serie di caratteristiche: la selettività, ossia il fatto che la ricerca della controparte contrattuale è lunga e costosa; l'informalità, per cui molti contratti non sono scritti o altrimenti sono sintetici e comunque incompleti; la presenza di accordi quadro ("*framework agreement*") che vengono poi implementati per il tramite di più specifici contratti; l'indeterminatezza della durata, per cui spesso il contratto non specifica una durata o esso è comunque rinnovabile automaticamente alla scadenza[116].

Nei contratti di lungo periodo, le parti sono chiamate ad adattare la loro relazione contrattuale in base ai cambiamenti che intervengono nel tempo e per i quali è quindi più opportuno un accordo flessibile anziché regole rigide, così che le parti in contratti di durata ricorreranno più spesso ad artifizi informali, quali la possibilità di incorrere in un danno reputazionale o la minaccia di intraprendere una causa legale, piuttosto che a regole fisse, per assicurare che vi sia cooperazione[117].

L'analisi economica spiega i contratti di durata, e il loro prolungarsi nel tempo o risolversi, con l'ausilio del meccanismo del "gioco ripetuto". E' noto come, in generale, nel diritto dei contratti, si faccia ricorso ad una spiegazione simile a quella del c.d. dilemma del prigioniero per cui, in estrema sintesi, in assenza di un sistema sanzionatorio, ciascuna parte ha un maggiore interesse a non adempiere alla propria obbligazione anziché cooperare e adempiere (se una parte consegna la merce/effettua il pagamento, all'altra conviene non pagare/non consegnare la merce), mentre un sistema di norme giuridiche che protegga le parti dal non adempimento dell'altra ha l'effetto di modificare i guadagni per entrambi i giocatori (in presenza di un sistema sanzionatorio, si riduce l'interesse a non adempiere).

Nei contratti di lungo periodo si ha invece un "gioco ripetuto", il quale diviene più complesso poiché quando i giocatori si confrontano ripetutamente, non si tratta più di decidere a priori se cooperare o meno, ma

[116] Queste le caratteristiche individuate da F. Gomez, il quale sottolinea come esse corrispondano alla nozione di contratto "relazionale", oggetto di studio di numerosi accademici negli ultimi anni e tema centrale del presente lavoro: cfr. F. Gomez, *Termination and Compensation in Long Term Distribution Contracts*, in *Economic Analysis of the DCFR – The work of the Economic Impact Group within CoPECL* (ed. P. Larouche – F. Chirico), Monaco, 2010, 178.
[117] R. Cooter - T. Ulen, *Law and Economics* (5 ed.), Boston, 2008, 233.

tale decisione viene assunta in ogni istante, sulla base del comportamento intrapreso dalla controparte nella relazione precedente. Tra le possibili strategie per determinare se sia più conveniente cooperare o meno, vi è quella che in inglese viene definita "*tit for tat*" (colpo su colpo): essa prescrive che le parti inizino cooperando, per poi rispondere in ogni dato istante alla mossa compiuta dall'altro giocatore nel periodo precedente. La logica è quella per cui quando i giocatori si confrontano ripetutamente, ciascun giocatore, se ha violato l'accordo, può venire punito dalla controparte che contraccambia decidendo di non cooperare nella relazione immediatamente successiva. La punizione giunge dunque dalla controparte, in assenza di regole o di un'autorità esterna in grado di infliggere sanzioni[118].

Il fatto che le relazioni di lunga durata possano favorire la cooperazione in assenza di protezione da parte dell'ordinamento e che per questo motivo, nella realtà, gli uomini d'affari facciano spesso ricorso a meccanismi informali per regolare i contratti che sono destinati a protrarsi nel tempo, è un'importante conclusione cui giunge l'analisi economica. Analogamente importante è il rilievo per cui il meccanismo di "punizione" reciproca, per cui ogni parte è indotta a cooperare o altrimenti a subire le conseguenze del proprio inadempimento in un momento successivo, non può funzionare ed è dunque destinato a fallire quando le parti sanno di essere giunti alla fine della loro relazione.

All'approcciarsi della fine della relazione contrattuale, infatti, la controparte non è più in grado di punire l'inadempimento nell'ultimo "turno" del gioco: così, in tale turno finale, si applica la stessa logica che si applica alla teoria dei giochi per i contratti singoli o istantanei, ossia quelli in cui vi è un solo scambio tra le due parti. In questi casi, la controparte troverà più conveniente non cooperare, poiché non può rivalersi sull'altra parte, in caso di un suo inadempimento, nel turno successivo. Non solo, ma la teoria dei giochi spiega inoltre che, se le parti conoscono esattamente in quale turno il gioco verrà a concludersi, l'intero meccanismo viene a fallire: sapendo di non poter essere punito dopo l'ultimo turno, una parte troverà

[118] R. Cooter-T. Ulen, *Law and Economics* (5 ed.), Boston, 2008, 235.

più conveniente comportarsi in modo inadempiente nel turno immediatamente precedente l'ultimo "appropriando" senza paura di essere punito. Di conseguenza, la controparte razionalmente rifiuterà di entrare in relazione nel penultimo turno. La stessa logica si applicherà poi al turno ancora precedente e così via, fino a che l'intera catena non viene a srotolarsi, e le parti mancheranno di cooperare in ciascun turno[119].

Per questo motivo, secondo l'analisi basata sulla teoria dei giochi, se esistono incentivi per "appropriare" nei singoli "turni" del gioco, la semplice possibilità di ripetizione (o, detto in altri termini, il fatto che la relazione contrattuale è destinata a prolungarsi nel tempo) non è una caratteristica sufficiente affinché le parti decidano invece di cooperare. L'*indeterminatezza* della durata della relazione contrattuale è, invece, caratteristica concettualmente necessaria, poiché altrimenti la cooperazione sarà difficile se le parti conoscono la data prestabilita in cui la loro relazione giungerà a termine[120]. In una situazione di questo tipo, inoltre, nella vita reale gli uomini di affari preferiranno fare leva sulle esplicite clausole di un contratto anziché su meccanismi informali, tutte le volte in cui la relazione contrattuale sta per giungere a conclusione.

In una relazione di durata indefinita, invece, assumendo che anziché soltanto due imprenditori vi sia, come in effetti accade nella realtà, una pluralità di parti contrattuali tra cui scegliere, i "turni" di cui parla la teoria dei giochi corrisponderanno ai vari momenti in cui due qualsiasi di essi decidano di cooperare. Alla fine di ogni turno, alcune relazioni continueranno per turni successivi, mentre altre invece giungeranno a termine per il ricorrere di due fattori: l'insorgere di circostanze impreviste o, alternativamente, l'uscita dalla relazione contrattuale di una parte in risposta al mancato adempimento da parte dell'altra. Così, l'analisi economica insegna, la minaccia di "uscire" dalla relazione ogni qualvolta l'altra sia inadempiente, porrà quest'ultima di fronte alla scelta alternativa tra l' "appropriare", da una parte, con un guadagno immediato ma con anche la perdita provocata dalla conseguente fine della relazione

[119] R. Cooter-T. Ulen, *Law and Economics* (5 ed.), Boston, 2008, 237.
[120] F. Gomez, *Termination and Compensation in Long Term Distribution Contracts*, in *Economic Analysis of the DCFR – The work of the Economic Impact Group within CoPECL* (ed. P. Larouche – F. Chirico), Monaco, 2010, 179.

contrattuale e i costi legati alla necessità di trovare un nuovo giocatore, o il "cooperare", dall'altra, nel qual caso il guadagno sarà minore per ciascun turno, ma garantito dal protrarsi della relazione nel tempo. Questo corrisponderebbe esattamente alla scelta che gli imprenditori assumono quando entrano in affari: l'alternativa tra un profitto più modesto ma riferibile ad una serie di transazioni, che è quello che scelgono le imprese che decidono di operare nel lungo periodo, o un profitto più elevato per una sola transazione, che è invece quanto preferiscono quelle che decidono di attrarre clienti per un solo e determinato affare.

Il risultato cui giunge lo studio di analisi economica è dunque che anche in assenza di contratti completi e formalmente conclusi, nelle relazioni di lunga durata le parti possono ottenere esse stesse, al ricorrere di determinate condizioni, il ricercato risultato cooperativo. Scopo del diritto contrattuale è quello di favorire la cooperazione tra le parti e prevenire comportamenti opportunistici, ad esempio prevedendo che non vi siano restrizioni alla possibilità di risolvere volontariamente il contratto, dato che tale potere costituisce, come si è visto, un meccanismo strategico necessario per favorire la cooperazione nel lungo periodo[121]. Tale cooperazione, tuttavia, deve essere intesa come priva di ogni connotazione filosofica o "morale": a differenza di altre teorie del contratto che enfatizzano l'importanza etica di rispettare le promesse date, l'analisi economica mira a giustificare la superiorità della cooperazione in termini puramente economici.

1.2.4 L'analisi empirica

[121] Vi sono, in effetti, studi empirici che dimostrerebbero quali effetti abbiano regole giuridiche limitative della possibilità di risolvere volontariamente il contratto, sulla base dello studio dei contratti di *franchising*: cfr. le opere di J. Brickley, F. Dark, M. Weisbach, J. Beales, T. Muris citate da F. Gomez, *Termination and Compensation in Long Term Distribution Contracts*, in *Economic Analysis of the DCFR – The work of the Economic Impact Group within CoPECL* (ed. P. Larouche – F. Chirico), Monaco, 2010, 184. In particolare, questi studi sottolineano come, se si cercasse di disciplinare e limitare i casi in cui ciascuna parte può sciogliersi dal vincolo contrattuale, si otterrebbe, paradossalmente, un più ampio esercizio di tale possibilità di recesso. Questo perchè quando il recesso non è regolato, le parti ad un contratto di *franchising* (ma l'osservazione, si ritiene, può applicarsi a tutta la categoria dei contratti di durata) tendono ad essere più clementi dinnanzi a piccole ipotesi di inadempimento e ad essere più inclini a continuare l'esecuzione del contratto, ben sapendo che possono "uscire" dalla relazione contrattuale non appena comprendono che la propria "benevolenza" non è stata ripagata da un corrispondente comportamento cooperativo.

Al contrario delle altre teorie contrattuali, l'analisi empirica mira ad elaborare nozioni circa il diritto dei contratti partendo dal basso verso l'alto, ossia guardando innanzitutto alla pratica e al modo in cui in concreto il diritto contrattuale è utilizzato dagli operatori. In altre parole, anziché esaminare le regole giuridiche che hanno ispirato le corti nelle loro decisioni, il punto di partenza è esattamente l'opposto, per cui l'attenzione è posta sulle modalità con cui le parti ad un contratto si servono del sistema giuridico portando le controversie all'attenzione delle corti e le regole che valgono a disciplinare le loro relazioni. Le domande che tale scuola si pone sono dunque se l'esistenza di determinate regole giuridiche abbia, in effetti, un impatto sul modo in cui le persone si comportano nella quotidianità, se le imprese e gli uomini d'affari hanno davvero in mente determinati principi contrattuali nel momento in cui negoziano i loro contratti, e se, in caso di inadempimento contrattuale, le parti fanno affidamento sulla legge e sulla stretta applicazione delle regole scritte per risolvere la controversia.

Sorprendentemente, si è sottolineato, la ricerca empirica riguardo a questi quesiti è stata scarsa, ma i pochi contributi esistenti hanno portato alla luce l'idea che il diritto dei contratti sia meno influente nella pratica di quanto i giuristi non tendano a credere[122]. In particolare, si sostiene – e ciò in linea con quanto propugnato dalla *relational contract theory* – nelle relazioni di lungo periodo, in caso di controversia, le parti propendono per il mantenimento della relazione contrattuale piuttosto che per lo stretto ricorso ai rimedi contrattuali previsti.

Inoltre, anche qui con grandi somiglianze rispetto ai relazionalisti, la scuola empirica critica i limiti imposti dal diritto contrattuale classico alla verifica della dimensione contestuale in cui il contratto è stato concluso[123]. Scopo e aspirazione di questa scuola è quella per cui, se ogni contratto potesse essere chiaramente verificato nella sua dimensione contestuale e quindi guardando a tutto il complesso di elementi o fatti all'interno dei quali si colloca la formazione del contratto, si potrebbe giungere a comprendere il vero accordo intercorso tra le parti, così come manifestato

[122] R. Stone, *The Modern Law of Contract*, Londra e New York, 2013, 22.
[123] J. E. Murray Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 Fordham LR 2002, 882.

anche dalla continua relazione che esse hanno avuto nel tempo.

La critica che è stata mossa a questo approccio, tuttavia, è che le corti difficilmente potrebbero intraprendere l'opera lenta e meticolosa di verificare tali aspetti, così da ricostruire esattamente tutte le circostanze e l'intero quadro nel quale è inserita la relazione contrattuale, per di più in assenza di alcuno schema specifico volto a selezionare e delimitare gli elementi che devono essere presi in considerazione[124]. Per questo, il principale limite della scuola empirica è quello di non riuscire a fornire una struttura o delle regole attraverso le quali le corti possano davvero verificare in maniera completa e onnicomprensiva tutti gli elementi che circondano la relazione contrattuale, non fornendo così alcuna guida utile nell'applicazione concreta di tali istanze nei casi di controversie contrattuali.

La verifica della "*law in action*" da parte degli studiosi non ha portato dunque ad un contributo decisivo nella pratica operativa delle corti, pur rimanendo un significativo punto di partenza nel porre l'accento sull'importanza di guardare a come le parti, nella realtà, si servono delle regole giuridiche per la regolamentazione delle loro relazioni. L'attenzione, secondo la scuola empirica, deve essere posta sulla società, sul diritto vivente, sulle norme che le parti utilizzano davvero nella pratica, al di là delle formule di legge: in questo senso, le opere pionieristiche di Stewart Macaulay[125] e di Lisa Bernstein[126], tra gli altri, portano alla luce l'esistenza

---

[124] Cfr. Murray, il quale sostiene enfaticamente che gli accademici che sostengono l'approccio empirico "*have much more time than courts to pursue it, but they fail to produce anything resembling a functional empirical structure as they bemoan the inability of courts to provide ultimate contextual verification in every contracts dispute*". E. Murray Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 Fordham LR 2002, 883.

[125] Cfr. S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business*, 28 Am. Soc. Rev. 1963, 555; S. Macaulay – J. Braucher – J. A. Kidwell – W. Whitford, *Contracts: Law in Action*, Dayton, 2010; S. Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 Modern L. Rev. 2003, 44.

[126] Pur non potendosi definire una sostenitrice né della scuola empirica né dell'introduzione della dimensione contestuale all'interno dell'interpretazione dei contratti, avendo anzi, al contrario, avanzato una visione "neoformalista" rispetto all'interpretazione dei contratti, l'opera di Lisa Bernstein è tuttavia significativa dal punto di vista degli studi empirici, poiché ha posto in luce l'esistenza tra i commercianti operanti in determinate industrie di "sistemi privati" di regolamentazione dei contratti che operano parallelamente al sistema giuridico esistente. Cfr. L. Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 Michigan Law Review 2001, 1724 e L. Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's*

di sottosistemi giuridici, in cui anziché il diritto contrattuale classico, si applica una serie stratificata di norme e costumi elaborata nel tempo dagli appartenenti a determinati settori commerciali[127].

1.2.5 La critica femminista

Un diverso approccio all'analisi della relazione contrattuale, che ha avuto una certa influenza soprattutto a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, è quello della c.d."*feminist legal theory*" o "*feminist jurisprudence*". Nonostante il termine "femminista" sia stato considerato infelice poiché mira soprattutto a stigmatizzare, e dunque ad isolare, una determinata categoria di accademici[128], il pensiero portato avanti da questa scuola si è espanso fino ad abbracciare un'ampia varietà di settori del diritto, ricomprendendo al suo interno sia la critica a specifiche regole giuridiche sia il ripensamento di fondamentali principi del diritto sia pubblico che privato[129]. Le riforme propugnate si instaurano in aree del diritto considerate di particolare importanza per le donne, come il diritto di famiglia, il diritto del lavoro e il diritto costituzionale[130].

L'idea che questa scuola abbia qualche proposta di rilievo in relazione al diritto dei contratti può apparire inusuale, specie poiché il diritto contrattuale è da sempre considerata materia del tutto neutrale rispetto al

---

Incorporation Strategy: A Preliminary Study, 66 University of Chicago Law Review 1999, 710.

[127] La letteratura empirica sui contratti, anche di lunga durata, è stata scarsa e si è concentrata soprattutto sugli appalti pubblici. Questo perché i dati relativi alle aziende private non sono di facile reperibilità: contributi significativi sono stati quelli ad esempio di V. Goldberg, *Regulation and Administered Contracts*, 7 (2) The Bell Journal of Economics, 1976, 426; P. Joscow, *Contract Duration and Relation-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets*, 77 (1) American Economic Review, 1987, 168 e più di recente, P. Bajari – S. Houghton – S. Tadelis, *Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis*, tutti cit. in R. Gil, *The Interplay of Formal and Relational Contracts: Evidence from Movies*, 29 The Journal of Law, Economics & Organizations 2013, 681 cui si rimanda per una più diffusa elencanzione dei contributi empirici all'analisi dei contratti finora prodotti.

[128] "*Perhaps the most difficult problem of all with the use of the terms "feminist" and "woman" is its tendency to reinstate what most feminists seek to abolish: the isolation and stigmatization of women*". Cfr. K. T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 Harvard Law Review 1989, 835.

[129] Cfr. K. T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 Harvard Law Review 1989, 829 ove viene anche riportata la principale letteratura di riferimento e le principali critiche mosse dal metodo femminista.

[130] K. T. Bartlett- R. Kennedy (ed.), *Feminist Legal Theory – Readings in Law and Gender*, Boulder, 1991, 1.

genere. Tuttavia, l'importanza tradizionalmente data all'autonomia e alla libera scelta delle parti contraenti, principio che forma il fondamento del diritto contrattuale, ha permesso di identificare un filone di casi giurisprudenziali nel diritto anglo-americano in cui esiste invece uno squilibrio tra i contraenti e che quindi troverebbero migliore soluzione se ispirati da un particolare "favore" nei confronti del contraente donna. E' questo il caso, ad esempio, delle sentenze delle corti riguardanti i casi in cui le mogli hanno sottoscritto determinate garanzie con le quali venivano assicurate le attività imprenditoriali dei mariti. Tali contratti, che hanno formato un'ampia casistica, si considerano viziati poiché conclusi sotto l'influenza di un'ingiustificata pressione (*undue influence*) sulla moglie, la quale non trae alcun diretto beneficio dalla sottoscrizione della garanzia e che spesso, dato il rapporto di fiducia esistente con il marito, si trova a firmare un contratto del quale non conosce il contenuto e le clausole[131].

La visione femminista sul punto, e l'idea propugnata per cui si dovrebbe addirittura impedire ad una moglie di accettare di assicurare il debito contratto dal marito utilizzando a garanzia la casa familiare, è stata però molto criticata. In particolare, David Campbell ha sottolineato come l'esistenza di speciali regole a tutela delle donne danneggerebbe, più che favorire, la stessa categoria che il pensiero femminista mira a tutelare, rendendo le donne assimilabili a incapaci bisognosi di protezione da parte dell'ordinamento[132].

Il pensiero di Campbell non è comunque estraneo ad una buona parte della scuola femminista, per cui la creazione di speciali regole contrattuali per proteggere le donne porterebbe in evidenza quel "ripugnante

[131] Si vedano i *leading cases Barclays Bank plc v. O'Brien* (1992) 4 All E.R. 983 (C.A.) e *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (No. 2) (2001) 4 All E.R. 449, 466-68 (H.L.), ove vengono infine indicati i requisiti con i quali la banca può vincere la presunzione di influenza ingiustificata sulla moglie al ricorrere di determinati elementi (consulenza legale indipendente, spiegazione precisa dei rischi che si corrono e indicazione della possibilità di scelta che la moglie ha di non firmare, consenso dato per iscritto, ecc.). Cfr. G. K. Hadfield, *An Expressive Theory of Contract: from Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*, 146 U. Pa. L. Rev, 1998, 1245.

[132] David Campbell, *Afterword: Feminism, Liberalism and Utopianism in the Analysis of Contracting,* in *Feminist Perspectives on Contract Law* (ed. Linda Mulcahy - Sally Wheeler, London, 2005, 165.

paternalismo"[133], contro cui si è schierato in primo luogo il femminismo. L'idea infatti che le donne, e non i mariti, debbano ricorrere ad un parere legale indipendente, nel caso della firma di una garanzia, è vista come forma di discriminazione[134]. In ogni caso, al di là della bontà delle regole specifiche emerse a seguito di questi casi giurisprudenziali, è chiaro che scopo del pensiero femminista all'interno del diritto contrattuale è stato quello di porre l'accento su tutte quelle regole della *law of contract* in cui è evidente una differenza di potere tra i contraenti, riconoscendo la rilevanza di elementi distintivi quali il "genere" e la "razza".

Senza esaminare nello specifico alcuna regola giuridica, ciò che qui più interessa sottolineare relativamente alla visione femminista del diritto dei contratti, è l'idea portata avanti da questa scuola per cui le relazioni sociali, e dunque anche quelle contrattuali, sarebbero caratterizzate dalla cooperazione e non dal costante antagonismo. Vi sarebbe quindi una necessaria correlazione tra la visione prettamente maschile del diritto e la fondamentale etica o principio sottostante il tradizionale diritto dei contratti, ossia l'etica avversaria. Il diritto classico, così come ancora oggi tradizionalmente insegnato, si sarebbe dunque ispirato a valori essenzialmente maschili[135].

Di particolare rilevanza ai nostri fini, è il fatto che in una buona parte dei sostenitori del pensiero femminista vi è una chiara adesione ad alcuni dei principali precetti che ispirano anche la *relational contract theory*, quali ad esempio la fondamentale importanza data alla dimensione contestuale nell'esame della relazione contrattuale[136]. La *relational contract theory*,

---

[133] L'espressione è di D. Campbell, *Afterword: Feminism, Liberalism and Utopianism in the Analysis of Contracting*, in *Feminist Perspectives on Contract Law* (ed. Linda Mulcahy - Sally Wheeler, London, 2005, 172 e citato in M. M. Ertman, *Legal Tenderness: Feminist Perspectives on Contract Law*, 18 Yale J.L. & Feminism 564.

[134] G. K. Hadfield, *An Expressive Theory of Contract: from Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*, 146 U. Pa. L. Rev, 1998, 1246.

[135] L'etica antagonista che permea il contratto di common law è espressa emblematicamente dalla citatissima decisione di *Walford v Miles*, in cui Lord Ackner ricorda che "*the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations.*" Cfr. *Walford v Miles* (1992) 2 AC 128, 138 e, per la visione femminista, L. Mulcahy, *Contract Law in Perspective*, Londra e New York, 2008, 42.

[136] D. L. Threedy, *Feminists & Contract Doctrine*, 32 Ind. L. Rev. 1999, 1258. Tuttavia, si badi, non tutta la letteratura femminista si identifica con la visione relazionale del diritto dei contratti: cfr. ad esempio, M. J. Radin, *Reply: Please Be Careful with Cultural Feminism*, 45 Stan. L. Rev. 1993, 1567.

come si vedrà meglio nel prosieguo, critica il diritto classico per la sua incapacità di tenere in debito conto il contesto nel quale la relazione contrattuale si instaura e per l'eccessivo affidamento a regole fisse che minano il carattere cooperativo e di reciprocità che dovrebbe invece informare il diritto dei contratti[137]. La letteratura femminista, analogamente, riconosce il valore di obiettivi quali la cooperazione, fiducia, flessibilità e reciprocità e, con riferimento alle possibili dispute che dovessero sorgere in relazione al contratto, sostiene che esse debbano risolversi facendo riferimento anche al "contesto" in cui è nata la relazione, dando così importanza alle connessioni tra individui, ai rapporti e alle relazioni interpersonali.

Al contrario, una visione "maschile" è quella che predilige regole chiare e predeterminate, le quali, pur necessariamente sacrificando la flessibilità, creano certezza[138]. I casi di contratti di garanzia, sopra esaminati, sarebbero esempi in cui è particolarmente evidente il carattere relazionale: si tratta di contratti, infatti, in cui assume grande rilievo il contesto in cui essi vengono conclusi e il rapporto di fiducia esistente tra marito e moglie, mentre vi è invece una scarsa attenzione data all'aspetto relativo alla allocazione dei rischi.

Il diritto classico così come applicato e come studiato dagli accademici tende storicamente a porsi in contrasto con la dimensione emotiva e relazionale dei contratti, vedendoli, essenzialmente, come una mera espressione di interazioni economiche. Se ne deduce che, secondo la critica femminista, il diritto classico e neoclassico dei contratti sono associabili a valori maschili quali il controllo, la certezza dell'operazione contrattuale e la correlata standardizzazione dei contratti. La predilezione attualmente esistente per un approccio formalistico, neutrale ed oggettivo permette di creare un sistema in cui prevalgono principi astratti e universalmente applicabili, sulla base dei quali fondare ogni decisione dei casi concreti.

---

[137] M. M. Ertman, *Legal Tenderness: Feminist Perspectives on Contract Law*, 18 Yale J.L. & Feminism 545.

[138] Si veda sempre L. Mulcahy, la quale enfaticamente sostiene che "*it is arguable that there is no branch of the law in which the hostile egoism of possessive individualism is more clearly reflected than in classical contract and neoclassical models which take people away from the pre-existing web of community emphasized by socio-legal scholars*": L. Mulcahy, *Contract Law in Perspective*, Londra e New York, 2008, 42.

Inoltre, la stessa visione del contratto quale "scambio" sarebbe espressione di valori prettamente maschili, perché presuppone concetti quali l'equivalenza del potere contrattuale (*equality of bargaining power*) dei contraenti e la libertà di contrarre (la *freedom of contract*) che sarebbero invece stati negati, storicamente, alle donne[139].

Il metodo di analisi impiegato dalla scuola femminista è quello di un ragionamento pratico, in cui particolare attenzione è rivolta ad individuare, per ogni determinata regola di legge, le categorie che risultano essere meno tutelate[140]. Nato come movimento teorico nel periodo in cui un maggior numero di donne entrava nelle facoltà di legge, la *feminist legal theory* ha tuttavia ben presto trovato difficoltà nell'elaborazione di principi accettati dalla collettività degli accademici che si identificano in questo filone, iniziando piuttosto una serie di dibattiti e riflessioni che, anche nel diritto contrattuale, non sono necessariamente condivisi da tutta questa scuola[141].

Con particolare riguardo al diritto dei contratti, infatti, la critica femminista è stata definita "intensa e sporadica"[142]. Essa è stata intensa poiché, partendo da una definizione troppo ristretta del diritto dei contratti, ha mancato di dare conto di quella tensione, in realtà ben chiara nel diritto contrattuale moderno, tra la *freedom of contract* e i principi di equità, affidamento, interdipendenza, che hanno profondamente temperato il diritto contrattuale classico[143]. La scuola femminista, in altre parole, avrebbe

---

[139] K. Y. Testy, *Symposium: An Unlikely Resurrection*, 90 Nw. U.L. Rev. 1995, 222. Sul fatto che la *freedom of contract* sia espressione di una società maschile, si veda l'interessante ricostruzione storica di D. L. Threedy, *Feminists & Contract Doctrine*, 32 Ind. L. Rev. 1999, 1260. In estrema sintesi, l'autrice ricorda come il principio di *freedom of contract* sia stato associato negli Stati Uniti alle *dissenting opinions* manifestate nel caso *Slaughter-House Cases* del 1873 in cui il diritto di sottoscrivere un contratto di lavoro è stato ricondotto al Quattordicesimo Emendamento. Tuttavia, quando la Corte Suprema si è trovata a decidere un caso analogo, *Bradwell v. Illinois*, che rappresentava sostanzialmente la versione "al femminile" del caso *Slaughter*, tre dei quattro giudici che avrebbero manifestato una *dissenting opinion* in primo caso si sono invece allineati in *Bradwell* alla volontà della maggioranza, per cui il diritto di esercitare una determinata professione non era protetto dal Quattordicesimo Emendamento ed era quindi giustificata la restrizione alla libertà di una donna di intraprendere la professione legale.

[140] K. T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 Harvard Law Review 1989, 849.

[141] Come è stato detto, infatti, "*there cannot and should not be a fixed feminist canon*". Cfr. A. C. Dailey, *Feminism's Return to Liberalism*, 102 Yale Law Journal, 1993, 1286.

[142] La critica femminista del diritto dei contratti è stata definita "*sparse and acute*" da K. Y. Testy, la quale ritiene per questo "preoccupanti" le obiezioni mosse da questa scuola. Cfr. *Symposium: An Unlikely Resurrection*, 90 Nw. U.L. Rev. 1995, 227.

[143] La pluralità dei principi che informano il diritto contrattuale moderno è già stata affrontata *supra*. Su questo aspetto, riconosce puntualmente Robert Hillman come

semplificato troppo la complessità del diritto contrattuale concentrandosi solo sugli elementi che sembravano maggiormente far trasparire una *mens* maschilista nella sua elaborazione. Tale critica è stata sporadica, inoltre, poiché mentre gli sforzi degli accademici che ad essa si sono dedicati si è concentrato sul porre in luce i "difetti" del diritto dei contratti, in realtà non si è giunti ad una elaborazione di un modello compiuto, che funga da valida alternativa al diritto esistente, e che parta giustamente dalla concezione del contratto come istituzione fondamentale e irrinunciabile della nostra società.

1.2.6 La *relational contract theory*

Nella seconda metà del ventesimo secolo, un'altra importante scuola di pensiero si fece carico delle critiche mosse dalla scuola empirica e dal pensiero femminista, così ponendo le basi per una proficua rielaborazione di alcuni dei principi del diritto contrattuale classico. Partendo proprio dall'importanza che queste due scuole avevano assegnato alla dimensione contestuale e ai principi di equità che dovevano ispirare il diritto contrattuale, la *relational contract theory* tentò di produrre un modello alternativo al diritto classico.

Fu Ian Macneil lo studioso che pose per primo in luce la distinzione tra due diverse tipologie di relazioni contrattuali: secondo l'autore da una parte, infatti, esisterebbero le relazioni che si esplicano in un'unica operazione, ossia quando i beni o la prestazione sono scambiati immediatamente. In questi contratti "istantanei", le parti raramente hanno necessità del supporto del diritto contrattuale, o il suo grado di complessità è comunque mantenuto a livelli essenziali[144]. Esisterebbero, d'altra parte, relazioni che presuppongono invece non uno scambio ma una relazione fra i contraenti, e che si traducono nella conclusione dei c.d. contratti relazionali (*relational contracts*), inseriti all'interno di una relazione di lungo periodo e destinati

---

"*although based in part on the principle of freedom of contract, modern contract law is also tempered both within and without its formal structure by principles, such as reliance and unjust enrichment, that focus on fairness and the interdependence of parties….*". Cfr. R. A. Hillman, *The Crisis in Modern Contract Theory*, 67 Tex. L. Rev. 1988, 104 citato in K. Y. Testy, *Symposium: An Unlikely Resurrection*, 90 Nw. U.L. Rev. 1995, 228.

[144] M. Chen Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2012, 14.

ad essere interpretati in base al contesto in cui essi sono conclusi[145]. In quest'ultimo tipo di contratti, saranno la flessibilità, la fiducia, la cooperazione e la ricerca di forme alternative per la risoluzione delle controversie ad essere privilegiate.

La distinzione tra contratti "isolati", "singoli" o "istantanei" (*discrete*) e relazionali (*relational*) è importante perché, come ha sottolineato anche Atiyah, le regole della tradizionale *law of contract* sarebbero state formulate avendo in mente quale modello di contratto soltanto la prima categoria, ma non la seconda[146]. Il diritto contrattuale classico, dunque, non verrebbe ad essere del tutto superato, ma esso rimarrebbe valido per tutta quella categoria di contratti che implica un esaurimento immediato dell'operazione.

Macneil, in realtà, riconobbe come anche i contratti istantanei debbano essere inseriti in un più ampio contesto: come minimo, infatti, una relazione cd. "isolata" presuppone un comune sistema di comunicazione, un sistema condiviso di riconoscimento di un dato ordine, un meccanismo unitario in base al quale il contratto deve avere esecuzione e un unico sistema di moneta. Si pensi al caso di una transazione per l'acquisto di benzina: il contratto diviene relazionale, coinvolgendo una più articolata dimensione contestuale, se si pensa che l'autista pagherà con carta di credito e che l'acquisto sarà addebitato su un determinato conto, o se si considera che egli abbia scelto quella determinata area di servizio in virtù dei vantaggi dell'utilizzo di una determinata carta fedeltà o dell'ottenimento di premi, e così via[147]. Ogni contratto sarebbe dunque da interpretarsi in relazione al più ampio *background* da cui esso scaturisce, da cui deriva che i contratti c.d. "relazionali" non rappresenterebbero una distinta categoria, poiché ogni contratto contiene in esso elementi che lo rendono "isolato" o

[145] E' necessario sin d'ora precisare che la categoria dei contratti relazionali non coincide perfettamente con quella che noi definiremmo "di durata". La lunga durata del rapporto è infatti una delle caratteristiche del contratto relazionale, ma non l'unica, poiché rilevante nella nozione è anche il particolare approccio destinato ad avvicinare il contratto all'idea di cooperazione. Si veda E. Guerinoni, *Il contratto "incompleto"*, 12-6 PMI, 2006, 12.

[146] G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, 30.

[147] E' questo il famoso esempio usato da Macneil per provare che tutti i contratti contengono elementi relazionali. Cfr. I. Macneil, *The Many Futures of Contract Law*, 47 Southern California Law Review 1974, 720 ed anche R. Stone, *The Modern Law of Contract*, Londra e New York, 2013, 13.

"relazionale"[148]. Allo stesso modo, Stewart Macaulay, la cui opera pionieristica ha analogamente ispirato la prima elaborazione della *relational contract theory*, sostenne che non solo le operazioni destinate a prolungarsi nel tempo, ma anche quelle c.d. "isolate", sono ispirate da un principio di cooperazione tra le parti[149].

Muovendo dall'assunto per cui, nell'interpretazione delle clausole di un contratto, si deve partire dal contesto prima di considerare le specifiche previsioni, la *relational contract theory* ha posto dunque in luce alcuni principi fondamentali, consistenti nel ritenere che: 1. ogni operazione contrattuale si colloca in una serie complessa di relazioni, 2. la comprensione del procedimento di conclusione del contratto richiede l'apprezzamento di tutto ciò che risulta essere significativo per le parti in tale operazione, a prescindere dal fatto che questo o quell'elemento possano avere effettiva rilevanza in base alle regole formali di formazione dei contratti, 3. l'analisi contestuale dell'operazione conduce ad un approccio più ampio e rispondente alle reali necessità degli operatori.

Il diritto classico, concentrando l'attenzione solo sulla tipologia di contratti isolati o istantanei, non sarebbe dunque riuscito compiutamente a rispondere alle esigenze dettate dai contratti cd. relazionali, che richiedono un costante adattamento nel tempo, con il proseguire della relazione. Infatti, nel ritenere che tutti i contratti appartengano soltanto alla prima categoria, e nell'ignorare l'esistenza dei contratti di relazione, il diritto contrattuale classico presuppone che il contratto riporti puntualmente tutti i dettagli dell'accordo originario, e che ad esso si debba fare riferimento per ogni decisione riguardante successive modifiche.

Al contrario, la *relational contract theory* sostiene che più lunga è la relazione contrattuale (si pensi, ad esempio ai contratti di *joint-venture*, a

[148] Questa infatti è una delle maggiori incomprensioni dell'opera di Macneil da parte degli studiosi: il fatto che egli abbia inteso creare due distinte categorie di contratti, quelli singoli e quelli relazionali, e abbia poi elaborato principi validi solo per quest'ultima categoria. Cfr. J. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 Northwestern University Law Review, 739.

[149] Scrive infatti l'Autore che "*Even discrete transactions take place within a setting of continuing relationships and interdependence. The value of these relationships means that all involved must work to satisfy each other. Potential disputes are suppressed, ignored, or compromised in the service of keeping the relationship alive*". Cfr. S. Macaulay, *An Empirical View of Contract*, Wisconsin LR 1985, 465.

quelli di *franchising*, ai contratti di lavoro[150], agli accordi commerciali per la fornitura di beni o servizi a lungo termine, ecc.), meno probabile è che le parti siano realmente in grado di pianificare dettagliatamente il proprio accordo. Esse piuttosto faranno riferimento alle norme relazionali per poter colmare le lacune. Queste norme relazionali sono caratterizzate dalla cooperazione, fiducia, flessibilità, altruismo, dalla reciproca volontà di concedere modifiche che rispondano al mutamento di circostanze, e tale principio contrasta evidentemente con la visione del modello classico di contratto, secondo cui tutte le risposte alle controversie contrattuali insorte devono trovare riscontro nella volontà delle parti, così come espressa nell'accordo contrattuale[151].

Macneil diede uno specifico nome a questo particolare limite del diritto contrattuale classico, ossia alla volontà di "rendere presente, nel tempo e nello spazio, o di far percepire come presente" elementi futuri[152]: il diritto

---

[150] Su di essi e sulla *relational contract theory* si veda il più recente lavoro di D. Brodie, *Common Law Remedies and Relational Contracting: McNeil v Aberdeen CC (No 2)* [2013] CSIH 102, 43 (2) Industrial Law Journal 2014, 170.

[151] Per una spiegazione, nella letteratura italiana, dei *relational contracts* e del principio per cui la determinazione dei termini dello scambio si svolge, in questi contratti, anche successivamente al momento di conclusione del contratto, cfr. E. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, 60. Si vedano, sempre in tema di *relational contracts*, anche i contributi in italiano di C. M. Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 163; G. Marini, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, 134; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 54 ed anche F. Macario, *Relational contracts e Allgemeiner Teil: il problema e il sistema* in E. Navarretta, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Pisa, 2008, 123; A. Fici, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, 109; G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; L. M. Franciosi, *Trattative e due diligence. Tra culpe in contrahendo e contratto*, Milano, 2009, 135; G. Amore, *Appalto e claim*, Padova, 2007, 129.

[152] Il limite del diritto contrattuale classico è definito infatti con il termine inglese di "*presentiation*", di cui non è possibile un'efficace traduzione. La definizione di questo termine, secondo l'Oxford English Dictionary, "*to make or render present in place or time, to cause to be perceived or realized as present*" si riferisce, nel diritto contrattuale, al fenomeno per cui ogni aspetto dell'accordo sarebbe determinato facendo riferimento al testo contrattuale. Cfr. I. Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 Virginia Law Review 1974, 589; R. Stone, *The Modern Law of Contract*, Londra e New York, 2013, 14. Di tale particolare qualità del diritto contrattuale non mancano di discutere, peraltro, neanche gli autori italiani: si veda l'interessante esposizione sui contratti di durata di M. Granieri, il quale sottolinea come per questi ultimi il diritto abbia necessariamente dovuto ricorrere a finzioni per permettere l'incontro di volontà su un oggetto non contestuale, nel senso di contemporaneo, alla conclusione dei contratti: "*Storicamente la stessa diffidenza che gli ordinamenti hanno inizialmente riservato ai contratti di durata ha caratterizzato variamente anche il rapporto tra diritto e principio del consenso traslativo. Le soluzioni progressivamente adottate sono state, in principio, bizarre e forzanti, relativamente all'idea che il contratto abbia un'unica dimensione temporale, rispetto alla quale […] le obbligazioni divengono perfette e identificate […]*".

classico mirerebbe cioè, secondo lo studioso, a fare in modo che ogni aspetto del contratto debba essere determinato nel momento stesso in cui esso viene ad essere formato, di modo che ogni problema futuro possa essere risolto cercando risposta nel testo sottoscritto dalle parti. Tale artificio funziona relativamente bene nel caso di contratti isolati, ma è destinato a fallire per i contratti relazionali, perché diviene sempre meno probabile che il testo disciplini effettivamente tutti i possibili casi e circostanze emergenti. Una risposta a questo problema, nel diritto classico, è stato l'uso fantasioso dell'istituto degli "*implied terms*"[153], che permetterebbe alle corti di integrare il contratto con quella che sarebbe stata la volontà inespressa delle parti, così mantenendo vivo il mito per cui il diritto contrattuale classico è in grado di "rendere presente" ogni contingenza futura.

L'auspicio della *relational contract theory*, invece, sarebbe quello di addivenire alla creazione di una struttura del diritto contrattuale più ampia, in grado di disciplinare ogni tipologia di contratto. In essa, l'etica dominante non sarebbe più quella individualista, per cui le parti contraenti si trovano ad essere in posizione antagonista tra loro concludendo accordi per l'implementazione del proprio interesse personale, ma l'etica di base sarebbe quella di cooperazione, in linea con il fatto che le parti mirerebbero a coltivare la fiducia reciproca nel rapporto contrattuale.

Tale ultimo aspetto ha trovato particolare opposizione da parte degli accademici dopo Macaulay o Macneil. Secondo Brownsword, infatti, sarebbe un errore ritenere che il diritto contrattuale sia sempre ispirato da principi di cooperazione. Le osservazioni di Macaulay - il quale, come si è detto, fu il primo a studiare sistematicamente e su base empirica l'utilizzo dei contratti da parte di imprese ed imprenditori, giungendo alla conclusione che essi preferirebbero procedere con un grado minimale di pianificazione iniziale, ed evitare la conclusione di contratti vincolanti, tutte le volte in cui la predisposizione di un contratto formale è resa difficile dall'impossibilità stessa di prevedere i risultati futuri dell'attività

Cfr. M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 26.

[153] R. Stone, *The Modern Law of Contract*, Londra e New York, 2013, 14.

d'impresa[154] - sarebbero osservazioni parziali. Esse, secondo Brownsword, possono ritenersi valide e comprovate solo al ricorrere di ben determinate circostanze, e in presenza di un ambiente ove esistono forti e ben stabiliti rapporti commerciali tra gli operatori, così che nel tempo si è formata una relazione di fiducia e le operazioni concluse sono caratterizzate dalla mutua dipendenza e dall'esistenza di più o meno tacite *partnerships*.

Sarebbe, inoltre, un errore considerare che l'intento da cui muovono le parti in questo tipo di contesto sia realmente un intento altruistico, e rifletta quindi un profondo convincimento morale o etico. Al contrario, tali comportamenti di mutuo sostegno tra uomini di affari sarebbero uno strumento di perseguimento del proprio interesse personale, sulla base di ben studiati calcoli di convenienza nel lungo periodo[155].

Al di là dell'effettiva portata dei suggerimenti proposti dalla *relational contract theory* per un ripensamento della consolidata concezione del diritto contrattuale classico, la sua letteratura ha provocato un ampio dibattito sia in Inghilterra che negli Stati Uniti[156]. Non sempre, si badi, le reali implicazioni delle ricerche condotte da Macneil e da Macaulay sono state comprese dagli studiosi, che spesso si sono interrogati sul se la *relational theory* abbia inteso prescrivere un nuovo modello di contratto o se mirasse piuttosto a sottolineare un fenomeno già esistente nella prassi commerciale, ponendo l'accento su altri elementi essenziali del contratto rispetto a quelli indicati nella classica *law of contract*. Certamente, però, i loro studi, così come l'emersione nello stesso periodo di diversi "approcci" che hanno proposto letture alternative del fenomeno contrattuale, di cui si è dato conto nelle pagine precedenti, sono segnali del fatto che il diritto dei contratti, nel

[154] S. Macaulay, *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 Am. Soc. Rev., 1963, 55.

[155] Brownsword parla infatti, in proposito, di "*enlightened self-interest*". Cfr. R. Brownsword, *From Co-operative Contracting to a Contract of Co-operation*, in Campbell and Vincent Jones, *Contract and Economic Organisation: socio-legal initiatives*, Dartmouth, 1996, 14.

[156] Il ruolo centrale della *relational contract theory* nella critica del diritto contrattuale classico è confermata anche da J. Feinman, *Ambition and Humility in Contract Law* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 141.

mondo di common law, stia attraversando oggi un'importante fase di transizione[157].

Lo studio dell'approccio della *relational contract theory*, dunque, che qui ci si accinge ad intraprendere, mira in primo luogo ad esaminare quella tra le varie teorie qui esposte, che è stata considerata "l'ultimo gradino nel progetto dottrinale di rispondere alle inadeguatezze del diritto contrattuale classico"[158], uno degli approcci "più importanti nel panorama delle teorie sul contratto"[159] e di rilevanza tale per cui nessuno dovrebbe accingersi a scrivere riguardo al diritto dei contratti "se prima non ha studiato Macneil"[160]. Tale studio peraltro non è privo di interesse per il giurista italiano, rappresentando anche per quest'ultimo un importante spunto di riflessione sul nostro diritto, se è vero che non è soltanto il diritto contrattuale classico di common law, ma è quello della maggior parte dei sistemi giuridici occidentali, a porre maggiormente l'accento sul momento di conclusione di un contratto, piuttosto che rilevare l'importanza della "relazione" che nel lungo periodo viene a formarsi tra i contraenti[161].

Nell'analisi della *relational contract theory* si cercherà quindi di verificare se questo più recente orientamento offra validi spunti per rispondere alle esigenze della prassi o sia meramente ricognitivo della stessa, senza però apportare sostanziali evoluzioni nel diritto così come

---

[157] Secondo Linda Mulcahy, "*the theories underpinning the law of contract are in a state of flux*": cfr. *Contract Law in Perspective*, London, 2008, 44. Analogamente, si veda D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 233 il quale sostiene che "*[c]ontemporary theory of contract, particularly of late in the UK, seems to be in a strange state of flux*".

[158] J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA*, in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 59 per cui "*relational contract is the latest step in the scholarly project of responding to the inadequacies of classical contract law*".

[159] R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 125 per cui la *relational contract theory* "*is one of the most important features in the landscape of contract theory*". Egli ricorda anche come tale teoria abbia attratto l'attenzione di un vasto gruppo di studiosi americani, riuniti in un simposio rimasto storico: "*[the theory] remains topical, with a major colloquium on the matter held at Northwestern University as recently as 1999, with an all star cast of American contracts scholars*".

[160] S. Macaulay, *Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein* 94 Northwestern University Law Review 2000, 776.

[161] Come rileva infatti opportunamente Granieri, "*[è] un dato pressochè costante che in tutti i sistemi giuridici le disposizioni del diritto dei contratti siano ancora orientate al momento della conclusion del negozio, più che alla vita della relazione che ne deriva, una volta che quello si è formato*". Cfr. M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 35.

applicato, cercando quindi di scoprire se davvero, come sostenuto da alcuni, il modello classico di contratto abbia perso legittimazione nel mondo di common law.

CAPITOLO II: L'EVOLUZIONE DELLA *RELATIONAL CONTRACT THEORY*: ORIGINI E RECEPIMENTO DELLA TEORIA

2.1 LE ORIGINI DELLA *RELATIONAL CONTRACT THEORY*

2.1.1 Gli albori di una teoria: le prime riflessioni di Macneil e Macaulay

Nell'intraprendere l'analisi della *relational contract theory*, può rivelarsi interessante ricordare, per brevissimi cenni, alcuni eventi significativi nella vita degli studiosi che l'hanno elaborata, tentando di speculare sulle possibili connessioni tra la nascita di questa nuova teoria e le esperienze da essi vissute anche al di fuori del mondo accademico. La teoria, come detto, è attribuita a Ian Macneil, il quale è riconosciuto verosimilmente come l'inventore della terminologia di "contratto relazionale"[162] e allo stesso tempo, si ritiene, anche a Stewart Macaulay, il quale condusse una serie di studi empirici sull'utilizzo dello strumento contrattuale nella pratica delle società ed imprese[163].

La produzione accademica di Ian Macneil fu influenzata, secondo quanto anche sostenuto da suo figlio in occasione di una conferenza organizzata per celebrare le opere del padre dopo la sua scomparsa[164], da numerose esperienze in cui lo studioso si trovò a contatto con comunità di piccole dimensioni, caratterizzate da un forte attaccamento alle tradizioni: egli crebbe dapprima nella rurale Vermont, negli Stati Uniti, molto legata alle proprie tradizioni orali trasmesse da generazioni all'interno della piccola popolazione locale, poi nell'isola di Barra, in Scozia, ove egli ebbe sempre forti legami con la comunità del luogo, da sempre attaccata alle tradizioni

[162] Cfr. J. Feinman, *Introduction* in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 1.

[163] I due studiosi si sono influenzati reciprocamente nell'elaborazione di questa teoria, se è vero che come riporta lo stesso Macneil "*My students, for example, all know that I invented relational contract, and I daresay Stewart Macaulay's students all know that he invented relational contract*". Cfr. I. Macneil, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, Wisconsin Law Review 1985, 483.

[164] Si tratta della conferenza organizzata presso la University of Leeds nel marzo 2012, a due anni dalla scomparsa dello studioso, come ricordato da D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, in *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, vii.

trasmesse nell'originaria lingua gaelica scozzese, infine come professore all'Università di Dar es Salaam, in una Tanzania da poco divenuta indipendente, dove gli studenti e i membri della comunità accademica mantenevano importanti legami con i villaggi e le popolazioni rurali circostanti[165]. Non meno importante è stata la sua stessa formazione quale studente, negli anni Cinquanta, ad Harvard, in cui era fortemente sentito il pensiero realista[166]. Il suo ritorno a Barra, negli anni Settanta, fu segnato da una intensa riflessione sulla vita comunitaria e le loro relazioni, e fu proprio in questo stesso periodo che Macneil iniziò a riportare le sue prime elaborazioni di un nuovo approccio al diritto contrattuale in un manuale didattico da lui redatto, in cui si insiste sulla necessità di comprendere il diritto dei contratti alla luce della complessa serie di relazioni umane nella quale essi vengono ad essere elaborati[167]. Nonostante Macneil abbia scritto riguardo ad una vasta gamma di argomenti, tra cui anche in materia di arbirati e di filosofia politica, le sue opere più importanti rimangono quelle legate alla formulazione della *relational contract theory*, opere che furono celebrate nel simposio del 1999 alla Northwestern University Law School, dove Macneil passò la maggior parte del suo tempo come professore[168].

L'altro studioso a cui la teoria relazionale è attribuita, Stewart Macaulay, iniziò la sua carriera accademica alla Wisconsin Law School nel 1957, insegnando diritto contrattuale[169]. Quasi a preludio di quello che sarebbe

---

[165] Si veda la prefazione al già citato libro D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, redatta dal figlio dello studioso, Rory Macneil of Barra. Non manca peraltro di confermare tale resoconto lo stesso Macneil in una nota autobibliografica al libro di David Campbell, in cui egli scrive di sé: "*The rich social complexities of his life probably contributed to Macneil's escape from the narrow ruts of classical and neo-classical contract into the openness of relational contract*". Cfr. D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, xii.

[166] M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 48.

[167] Il manuale è *Cases and Materials on Contracts: Exchange Transactions and Relationships* del 1971. Sempre di quegli anni fu il suo articolo *The Many Futures of Contract Law*, 47 Southern California Law Review 1974, 691.

[168] Cfr. D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 4.

[169] Tra le principali opere dell'Autore, si ricordano, in modo non esaustivo, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study* 28 American Sociological Review 1963, 55; *The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry* 9 Practical Lawyer 1963, 13; *An Empirical View of Contract* 1985 Wisconsin Law Review 1985, 465; *Law, Private Governance and Continuing Relationships: An Empirical View of Contract* 1985 Wisconsin Law Reivew 1985, 465; *Relational Contracts Floating on a Sea of*

stato il fulcro delle sue ricerche successive, Macaulay iniziò quasi da subito ad integrare il manuale utilizzato per il proprio corso di diritto dei contratti con casi e materiali volti ad enfatizzare la "*law in action*" ossia il modo in cui la teoria giuridica rispecchi, in effetti, il comportamento tenuto dalle parti contrattuali nella pratica[170].

Tale sua attenzione per la prassi fu stimolata dal suocero, padre della moglie Jacqueline Ramsey, che all'epoca era manager di un'importante società[171]. Egli non era affatto convinto dal modo in cui il diritto contrattuale veniva insegnato all'università, e poiché Macaulay non fu mai un pratico del diritto, si affidò molto ai racconti del suocero e alle conversazioni con gli uomini d'affari colleghi di quest'ultimo per raccogliere informazioni su come realmente il diritto contrattuale veniva usato nella prassi[172]. Furono dunque quelle prime conversazioni con Jack Ramsey ad ispirare il giovane accademico ad intraprendere uno studio empirico sulle pratiche commerciali invalse tra le aziende, risultando in quello che può essere considerato uno dei suoi contributi più significativi

---

Custom? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein 94 Northwestern University Law Review 2000, 775; *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules* 66 Modern Law Review 2003, 44; *Freedom From Contract: Solutions in Search of a Problem?* 2004 Wisconsin Law Review 2004, 777; *Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of the Yellow Submarine* 80 Tulane Law Review 2006, 1161; S. Macaulay – L. Friedman – E. Mertz, *Law in Action: A Socio-Legal Reader*, New York, 2007; *Renegotiations and Settlements: Dr Pangloss's Notes on the Margins of David Campbell's Papers* 29 Cardozo Law Review 2007, 261; J. Krishnan – S. Macaulay, *Toward the Next Generation of Galanter-Influence Scholars: The Influential Reach of a Law-and-Society Founder* 71 Law and Contemporary Problems 2008, I; W. Whitford – S. Macaulay, *Hoffman v. Red Owl Stores: The Rest of the Story* 61 Hastings Law Journal 2009-2010, 801.

[170] L'approccio di esame della *law in action* è risultato in un manuale di tre volumi redatto da Macaulay e dai suoi colleghi J. Braucher, J. A. Kidwell, W. C. Whitford: *Contracts: Law in Action*, Charlottesville, 2011.

[171] Jack Ramsey, general manager della *Johnson Wax Company*, una società manifatturiera con sede a Racine, Wisconsin. Si veda M. H. Van Pelt, *Symposium: Law, Private Governance and Continuing Relationships: Introduction* 1985 Wis. L. Rev. 1985, 461 e Jean Braucher – William Whitford, Prefazione al libro di J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, vii.

[172] Appare prezioso riportare la ricostruzione storica di tale inizio riportata da D. Gordon Smith – B. G. King, *Contracts as Organizations*, 51 Arizona Law Review 2009, 7: "*When Stewart Macaulay began teaching Contracts at the University of Wisconsin Law School in 1957, he was 26 years old. He had never practiced law, and he did the sensible thing by adopting the casebook used by his more experienced colleagues: LON FULLER, BASIC CONTRACT LAW. Macaulay's father-in-law – Jack Ramsey, the retired General Manager of S.C. Johnson & Son – was not impressed with the casebook. According to Macaulay, Ramsey "thought that much of it rested on a picture of the business world that was so distorted that it was silly.*"".

intitolato "*Non-Contractual Relations in Business – A Preliminary Study*"[173]. In questo articolo, Macaulay osserva come nel mondo delle relazioni commerciali, gli uomini di affari spesso non pianifichino nel dettaglio le loro relazioni e come raramente essi facciano uso di sanzioni legali per risolvere le controversie. Il suo articolo divenne famoso a buon diritto, non solo perché la ricerca che esso si proponeva era di tipo squisitamente empirico e fu poi confermata da altri studiosi come Beale and Dugdale[174], ma anche per le fondamentali domande in esso dibattute, come ad esempio quale sia la funzione del diritto contrattuale, i benefici che da questo ne derivano e la loro valutazione in relazione ai relativi costi, tanto da diventare l'articolo in materia di diritto contrattuale in common law più citato degli ultimi cinquant'anni[175].

Pubblicato nell'*American Sociological Review*, l'articolo arrivò all'attenzione non solo dei giuristi ma anche dei sociologi, facendo di Macaulay un professore di rilievo sia nell'ambito dello studio del diritto dei contratti sia nello studio di settori interdisciplinari[176].

2.1.2 Le relazioni contrattuali nella visione di Stewart Macaulay

L'idea di contratto, nella visione di Macaulay, è utilizzata con riferimento alla pianificazione razionale del rapporto contrattuale e con riferimento alle sanzioni previste in caso di inadempimento. Con riguardo alla pianificazione, Macaulay riconosce che in ogni data relazione contrattuale, le parti possono decidere di 1. pianificare la loro relazione dettagliatamente

[173] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study* 28 American Sociological Review 1963, 55.

[174] La loro ricerca empirica confermò i dati riportati da Macaulay, per cui nella prassi le parti contrattuali si affidavano ad accordi impliciti per la disciplina dei dettagli della loro relazione, vista la difficoltà e gli alti costi associati ad una iniziale pianificazione minuziosa e completa. Cfr. H. Beale – T. Dugdale, *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, 2 British Journal of Law and Society, 1975, 45.

[175] R. E. Scott, *The Promise and Peril of Relational Contract Theory* in J. Braucher - J. Kidwell - W. C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 104.

[176] Macaulay, infatti, si propose di intervistare 68 uomini d'affari e avvocati rappresentanti 43 società e 6 studi legali. Nelle parole dello stesso professore, lo studio da lui condotto rappresenta lo sforzo di un insegnante di legge di ispirarsi alle idee sociologiche e l'investigazione empirica. Cfr. *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study* 28 American Sociological Review 1963, 56.

("*explicit and careful planning"*) 2. mantenere un mutuo ma tacito accordo su determinati punti ("*tacit agreeement"*) 3. mantenere due contrapposte e tacite opinioni in merito ("*unilateral assumptions"*) o, infine, 4. non avere mai considerato il punto rimasto in sospeso nella negoziazione.

Dai risultati dei suoi studi, Macaulay giunge ad alcune importanti conclusioni di cui la dottrina successiva e contemporanea, come vedremo, ha vagliato l'attualità e l'applicazione anche all'odierno mondo commerciale. Secondo Macaulay, la maggior parte delle grandi società, e molte piccole società, tendono a pianificare in modo dettagliato le operazioni importanti che si allontanano dalla normale conduzione di affari dell'impresa, mentre le operazioni meno complesse e cui si fa ricorso più frequentemente nella vita dell'impresa si basano spesso su documenti prestampati.

L'idea di Macaulay è quella per cui, sebbene teoricamente gli uomini d'affari vogliono poter pianificare dettagliatamente le loro relazioni, spesso essi rinunciano a farlo, affidandosi, a prima vista inspiegabilmente, alla parola data o ad una stretta di mano o alla comune onestà e decenza[177]. Le controversie vengono spesso risolte senza alcun riferimento al contratto o alle potenziali o effettive sanzioni legali. In particolare, anche qualora l'accordo indichi specificatamente quali siano le conseguenze di un eventuale inadempimento, le parti cercano molto spesso di negoziare una soluzione che non faccia riferimento alcuno al testo del contratto. La "corsa ai legali" è vista come soluzione ultima, e come soluzione adottata da coloro che non intendano più intrattenere relazioni commerciali con determinati imprenditori.

Una delle principali domande che l'autore si pone, è capire come sia possibile per gli imprenditori operare con successo con relativamente poca

[177] Dei sette avvocati intervistati da Macaulay, cinque ritenevano che gli uomini d'affari spesso entrano relazioni contrattuali con solo un minimo livello di pianificazione anticipata e che essi richiedono di "mantenere semplici le forme" e di fidarsi della controparte. Significativamente, tra i legali che risultano essere stati intervistati dal Prof. Macaulay, è emerso come spesso gli uomini d'affari non ritengano di avere sottoscritto un vero e proprio "contratto", quanto piuttosto di avere semplicemente sottoscritto un "ordine": "*[...] businessmen do not feel they have "a contract" – rather they have "an order". They speak of "cancelling the order" rather than "breaching our contract*". Cfr. S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study* 28 American Sociological Review 1963, 55.

attenzione per le sanzioni legali o la pianificazione. La risposta cui egli giunge è quella per cui molto spesso il contratto e le sanzioni in esso riportate risultano superflue, data l'esistenza di altri possibili espedienti, quali l'applicazione di efficaci sanzioni non legali. L'applicazione di tale categoria di sanzioni, non soltanto di carattere reputazionale, è dovuta all'esistenza di complesse relazioni tra le parti contraenti: può accadere, infatti, che i venditori possiedano azioni delle società loro clienti, che alcuni amministratori nei consigli di amministrazione delle società venditrici e acquirenti siano i medesimi, che le società condividano il medesimo istituto finanziario, e così via[178].

La ricerca conclude che non solo in molti casi il diritto contrattuale non sia necessario, ma anzi, esso può avere conseguenze negative. Contratti negoziati nel dettaglio possono divenire un impedimento alla rapidità della negoziazione. Inoltre, anche qualora si giunga ad un testo dettagliato già in fase di trattative, l'estenuante ricerca di inclusione di tutti i possibili scenari e conseguenze può essere interpretato come sintomatico di mancanza di fiducia verso la controparte, rendendo evidente il timore che l'adempimento avverrà solo seguendo la lettera del contratto e trasformando così una potenziale impresa cooperativa in una gara antagonista. Il rischio più grande, a detta degli imprenditori, sarebbe la perdita di flessibilità nell'adempimento del contratto.

Tuttavia, ciò che viene spesso tralasciato della ricerca di Macaulay è la spiegazione del perché, come egli stesso ammette, in realtà l'utilizzo di contratti dettagliati da parte degli imprenditori non sia raro[179]. Tale constatazione, lungi dal contraddire quanto appena sostenuto circa la non necessità del diritto contrattuale, sembra voler sottolineare che l'utilizzo dello strumento contrattuale diviene tanto più necessario quanto più i relativi benefici superano i costi di tale impiego. In altre parole, il contratto

[178] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 American Sociological Review 1963, 63.

[179] Citando Macneil, Macaulay sottolinea che esistono casi in cui è maggiormente nell'interesse delle parti e dell'economia in generale ritenere che il contratto contenga tutto l'accordo. La difficoltà sta nell'identificare questo tipo di accordi da quelli che invece richiedono una lettura "relazionale" del testo: cfr. S. Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules* 66 Modern Law Review 2003, 44.

deve essere impiegato qualora le parti reputino che la sua conclusione sia vantaggiosa, per cui risulta particolarmente importante per il diritto saper distinguere questi casi da quelli in cui è invece più opportuno preservare la flessibilità e informalità del rapporto.

L'articolo di Macaulay rappresenta dunque un resoconto circa i risultati da lui raccolti sull'utilizzo dello strumento contrattuale da parte delle società ed imprese. Tale ricerca, è stato sottolineato, non risponderebbe tuttavia oggi pienamente ai canoni metodologici degli studi empirici, pur presentandosi come tale, dato che non si tratterebbe tanto di un'analisi di carattere statistico, quanto più di una serie di riflessioni scaturite dai racconti circa le prassi commerciali intraprese da alcune società, così come riportate in alcune interviste effettuate dal professore[180]. Il lavoro pionieristico di Macaulay, quindi, riporterebbe un risultato più intuitivo che sofisticato, ma comunque fondamentale nel sottolineare alcuni dei quesiti circa la valenza del diritto contrattuale, su cui la dottrina contemporanea ancora si interroga[181].

Le intuizioni del professor Macaulay sono state utilmente riassunte da Scott, il quale individua sei principali istanze riportate nell'articolo di cui si tratta:

- la maggior parte delle grandi imprese, e molte piccole imprese, cercano di pianificare le proprie relazioni dettagliatamente e accuratamente[182];
- le relazioni tra le parti vengono pianificate, con l'inclusione di sanzioni legali, tutte le volte in cui i benefici di tale redazione superano i relativi costi[183];
- le sanzioni legali risultano spesso superflue tuttavia e possono anche condurre a conseguenze indesiderate[184];

[180] R. E. Scott, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 108.
[181] E. Rubin, *Empiricism's Crucial Question and the Transformation of the Legal System* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 75.
[182] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study,* 28 American Sociological Review 1963, 57.
[183] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 American Sociological Review 1963, 55.
[184] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 American Sociological Review 1963, 55.

- cercare l'adempimento contrattuale tramite sanzioni legali spesso indica una mancanza di fiducia che trasforma un'impresa cooperativa in una sfida antagonista ("*an antagonistic horse trade*") in cui si giunge al solo adempimento secondo la lettera del contratto[185];
- per questo motivo, gli uomini d'affari raramente utilizzano sanzioni legali per regolare la loro relazione. Essi piuttosto adeguano la propria relazione attraverso meccanismi informali[186];
- in breve, spesso gli uomini di affari preferiscono fare affidamento sulla parola data o sulla stretta di mano o sulla comune decenza anche in transazioni che espongono a seri rischi[187].

Si può dire dunque che fu grazie agli sforzi di entrambi questi professori, Macaulay e Macneil, che emerse la *relational contract theory*[188]. I due amici e colleghi ebbero modo di incontrarsi nel 1962, dopo che Macaulay ebbe già pubblicato il suo famoso articolo "*Non-Contractual Relations in Business*". In quello stesso periodo, Macneil stava iniziando la sua opera dottrinale e le prime elaborazioni sui contratti relazionali emersero intorno a metà degli Anni Sessanta, in coincidenza con il suo soggiorno in Africa, giungendo ad importanti conclusioni quali la constatazione per cui ciascun contratto si colloca in un determinato punto di un'asse immaginaria che vede i contratti c.d. "istantanei" ad una estremità e quelli "relazionali"

---

[185] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 American Sociological Review 1963, 64. Quest'ultima osservazione è alla base della letteratura sul c.d. fenomeno di "*crowding out*", ossia in estrema sintesi, il fenomeno di riduzione della fiducia reciproca a seguito dell'utilizzo dello strumento di contratto formale, di cui è autore lo stesso R. E. Scott. Si veda anche D. Houser et al., *When Punishment Fails: Research on Sanctions, Intentions and Non-Cooperation* 62 Games and Economic Behavior 2008, 509 e R. Gilson – C. Sabel – R. Scott, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, 110 Columbia Law Review 2010, 1377.

[186] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 American Sociological Review 1963, 61.

[187] S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 American Sociological Review 1963, 60.

[188] Si potrebbe dire che Macaulay si sia concentrato sull'esposizione empirica mentre Macneil sulla rielaborazione teorica e dettagliata della *relational contract theory*, ma è comunque innegabile l'adesione del primo alle idee propugnate dal secondo, se è vero che Macaulay stesso a dichiarato di essere "*[a] card carrying member of the Macneil party*" in *Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts About the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 782. Si veda S. Mouzas – K. Blois, *Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions*, Paper presented at 24th Conference, Uppsala, Sweden, 2008 sulle origini intellettuali e ricerche prodromiche alla emersione della teoria relazionale e, sempre sulla influenza reciproca tra i due studiosi, P. J. Gudel, *Relational Contract Theory and the Concept of Exchange*, 46 Buff. L. Rev. 1998, 793.

dall'altra, nonché l'intuizione per cui tutte le relazioni commerciali, anche quelle studiate da Macaulay, potevano essere comprese solo all'interno di un più vasto contesto sociale, culturale e politico.

Tali constatazioni, poi risultate nella sua più compiuta "*relational contract theory*", hanno dato vita ad un ampio dibattito affrontato dalla successiva dottrina[189]. Pur lasciando aperti molti punti, l'emersione di questa teoria si è posta come base di successivi sviluppi e di interesse anche recente, come vedremo, da parte della giurisprudenza di common law.

2.1.3 Principali caratteristiche della prospettiva relazionale

Prima di esaminare l'influenza della *relational contract theory* sul formante dottrinale e, più recentemente, anche su quello giurisprudenziale inglese, risulta necessario soffermarsi sulle principali istanze di tale teoria, così come elaborata da Macneil. Nell'analisi dei più importanti suoi scritti, risulta immediatamente evidente come la teoria relazionale non sia né di immediata comprensione né facilmente ricostruibile. Essa, come è stato puntualmente sottolineato, richiede non solo di valutare l'intera opera dello studioso nel suo complesso, in un'analisi di scritti che iniziano negli anni Sessanta e si estendono fino ai primi anni del Duemila, ma anche e soprattutto di discernere in ogni istante la sua forte componente sociologica che tende "a confondere il piano del dover essere con quello dell'essere"[190] introducendo elementi concettuali che sono estranei alla dogmatica giuridica. Sarà dunque necessario muovere dalle più importanti istanze di tale teoria, senza pretesa di assoluta completezza nell'analisi della

[189] Sul resoconto storico del momento può dirsi essere iniziata la collaborazione tra i due studiosi, cfr. D. Gordon Smith – B. G. King, *Contracts as Organizations*, 51 Arizona Law Review 2009, 8: "*Ian Macneil later referred to Macaulay's famous article as a "demolition effort" that cleared the way for relational contract theory. When Macaulay and Macneil first met at a summer workshop for young contracts teachers held at New York University in 1962, Macaulay already had written Non-Contractual Relations in Business and Macneil was writing doctrinal pieces about contract law. Macneil's renowned work on "relational contracts" did not begin to emerge for several years, with the earliest pieces emanating from his work in Africa and his "first systematic formulation"of relational contract theory appearing in 1974.*".

[190] M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 48 il quale sottolinea il carattere interdisciplinare della teoria relazionale, influenzata non solo dalla sociologia, ma anche dalla filosofia, antropologia, economia sino alle teorie politologiche.

moltitudine dei suoi scritti, per valutare principalmente e soprattutto quale sia stato il suo lascito alle elaborazioni successive, sia dottrinali che giurisprudenziali.

Come si è detto, la fondamentale coratteristica del modello relazionale, secondo la visione di Macneil, è quella per cui tutti i contratti sono collocabili lungo un asse che vede ad una estremità i contratti pienamente relazionali e, dall'altra, i contratti pienamente istantanei o isolati. Attraverso questa metafora, Macneil spiega come i contratti situati in ciascun punto di questo asse immaginario hanno attratto una diversa tipologia di diritto contrattuale: quelli istantanei sarebbero stati meglio spiegati dal diritto classico dei contratti, il diritto neoclassico avrebbe costituito una categoria intermedia, mentre per i contratti situati all'estremità opposta dell'asse, la migliore elaborazione teorica sarebbe data dal diritto relazionale[191].

Centrale nell'opera di Macneil è l'affermazione per cui gli scambi istantanei sarebbero in realtà relativamente rari rispetto alla frequenza con cui vengono conclusi contratti relazionali[192] e per questo il diritto relazionale dovrebbe assumere un ruolo preponderante nell'analisi del contratto[193]. Tuttavia, ciò non vale ad escludere totalmente l'applicazione del diritto contrattuale classico, ma renderebbe evidente come attualmente

---

[191] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 44.

[192] I. Macneil, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, Wisconsin Law Review, 1985, 487. Sono interessanti anche gli esempi che Macneil riporta in *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 *Virginia Law Review* 1974, 595 per dimostrare come i contratti isolati siano in realtà rari: "*Virtually all economic exchange takes place in circumstances characterized by one or more of the following: The relations are of significant duration (for example, franchising). Close whole person relations form an integral aspect of the relation (employment). The object of exchange typically includes both easily measured quantities (wages) and quantities not easily measured (the projection of personality by an airline stewardess). Many individuals with individual and collective poles of interest are involved in the relation (industrial relations). Future cooperative behavior is anticipated (the players and management of the Oakland Riders). The benefits and burdens of the relation are to be shared rather than divided and allocated (a law partnership). […] The entangling strings of friendship, reputation, interdependence, morality, and altruistic desires are integral parts of the relation (a theatrical agent and his clients). […] Finally the participants never intend or expect to see the whole future of the relation as presentiated at any single time, but view the relation as an ongoing integration of behavior which will grow and vary with events in a largely unforeseeable future (a marriage, a family business)*.".

[193] Sostiene infatti Macneil che "*contractual relations, not discrete contract, always have and always will be the dominant form of exchange behaviour in society*". I. Macneil, *Reflections on Relational Contrac Theory after a Neoclassical Seminar,* in *Implicit Dimensions of Contract* a cura di D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, Oxford, 2003, 207.

l'impianto teorico sia troppo fortemente sbilanciato nella spiegazione di contratti istantanei, categoria sempre più ristretta, anziché di quelli relazionali, nella realtà molto più frequenti.

E' opportuno comunque tenere a mente che nelle opere dello studioso il termine "relazionale" viene usato in due accezioni: da una parte, egli si riferisce all'aspetto relazionale che caratterizza tutti i contratti, anche quelli istantanei, dall'altra, egli utilizza questo termine per distinguere i contratti relazionali come categoria a sé stante rispetto a tutti gli altri tipi di contratto[194].

L'ambiguità nel lavoro di Macneil nasce dal fatto che egli abbia in qualche modo negato la centralità della funzione del diritto contrattuale classico, ma d'altra parte non l'abbia voluto rigettare del tutto, riconoscendo il suo valore tuttora attuale[195]. Diritto relazionale e diritto classico coesisterebbero, dunque, così come coesisterebbe nella natura umana un'etica individualista ed una cooperativa[196]. Suo scopo non sarebbe

---

[194] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 45. Nella sua opera *The Many Futures of Contracts* del 1974 Macneil usa il termine "relazionale" (*relational* e anche *transactional*) per distinguere i contratti che non sono "isolati" (*discrete*). In successivi scritti Macneil sostituì il termine "relazionale", usato secondo questa ultima accezione, con il termine "*intertwined*", sostenendo che tutte le operazioni contrattuali comportano delle relazioni di qualche sorta. Si veda, per una ricostruzione della diversa terminologia usata da Macneil, P. Linzer, *Uncontracts: Context, Contorts and the Relational Approach*, Annual Survey of American Law, 1988, 155.

[195] Cfr. Macneil 1987 a, n. 19 cit. in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 8. Con riguardo al diritto contrattuale classico, Macneil ritiene che vi sia particolare forza nell'argomentazione per cui "*[w]hat we have works reasonably well, and we have no assurance that after much expenditure of time and other resources any general law of contract relations we might produce would be better from a practical standpoint*". Con riferimento poi al diritto neoclassico, egli stesso sostiene nei suoi scritti che "*discrete and presentiated law such as neoclassical contract law will always remain necessary both to help set standards and to deal with disputes when standards are allegedly not met*". Cfr. I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 72. Tuttavia, nonostante il riconoscimento dell'importanza del diritto esistente, l'intera sua opera è mossa dall'intento di dimostrare come si possa concepire l'elaborazione di una teoria contrattuale in grado di spiegare meglio e più compiutamente il fenomeno contrattuale nella sua interezza (ovvero di creare, come egli stesso sostiene una "overarching relational jurisprudence"): I. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Northwestern University Law Review, 199-2000, 877.

[196] La teoria sociale dello scambio elaborata da Macneil postula che la legge non può essere sempre coerente, poiché né gli individui né le società sono entità logiche e completamente razionali. Per questo motivo, lo scambio (e con esso tutta l'ampia gamma di fenomeni contrattuali) diviene una fondamentale attività umana, studiata anche dai filosofi, pur essendo caratterizzato allo stesso tempo da elementi individualistici e relazionali: "*man is both an entirely selfish creature and an entirely social creature in that man puts the interests of his fellows ahead of his own interests at the same time that he puts his own interests first. Such creature is schizophrenic, and will, to the extent that it*

stato perciò quello di eliminare le contraddizioni del diritto contrattuale classico, poiché il loro mantenimento è necessario per provare la naturale incoerenza dell'uomo, individualista da un lato e, dall'altro, spinto da un'ottica relazionale e altruista[197].

Per vero, Macneil pone in luce come l'evoluzione del diritto classico nella sua attuale formulazione "neoclassica", abbia già recepito, in parte, alcuni elementi propri del diritto relazionale. Il diritto neoclassico, infatti, pur essendo ancora animato dall'intento di disciplinare in via principale i contratti di tipo isolato o istantaneo, tuttavia non sarebbe del tutto immune da alcuni principi che ispirano lo stesso diritto relazionale[198].

Così, per citare solo un esempio, l'articolo 2-207 dello Uniform Commercial Code (UCC) riguardante l'accettazione di un'offerta sarebbe stato concepito per superare la rigida regola di common law della c.d. "*mirror image rule*", in base alla quale perché un contratto possa considerarsi validamente concluso é necessaria la perfetta specularità tra proposta ed accettazione e pertanto una accettazione con contenuto difforme rispetto ai termini della proposta dà luogo al rigetto della proposta stessa o ad una controproposta che l'originario proponente sarà libero di accettare o meno[199]. Secondo la norma del UCC, invece, anche una accettazione non perfettamente coincidente con l'offerta, ma tuttavia ragionevolmente in grado di essere ritenuta manifestazione della volontà

---

does anything except vibrate in utter frustration, constantly alternate between inconsistent behaviours – selfish one-second and self-sacrificing the next. Man is, in the most fundamental sense of the word, irrational". I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Northwestern University Law Review, 1983, 348.

[197] Spiega bene questa ambiguità nell'opera di Macneil D. Campbell, nel già citato *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 54. Si veda anche I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 12 il quale appunto sottolinea come gli uomini pensino "*both discretely and relationally at the same time, and thus think irrationally. To put it another way, we are at the same time seflish individuals and integral parts of a social unity. The result is an inherent lack of clarity in the concept of discrete transaction*".

[198] Diritto neoclassico e diritto relazionale differiscono dunque nel fatto che il primo, mosso dal principio di *freedom of contract*, dà peso preponderante al contratto come espressione dell'autonomia individuale, mentre il secondo enfatizza il rapporto tra individui nelle loro interrelazioni economiche e sociali. Data l'attenzione verso la relazione, piuttosto che la contrattazione isolata, il diritto relazionale pone in evidenza la necessità di valori quali la fiducia, la reciprocità, la connessione tra le parti. Cfr. J. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 748.

[199] L'esempio è riportato dallo stesso Macneil nel suo già citato *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 72.

della controparte di sentirsi vincolati, varrebbe a concludere il contratto[200]. Quest'ultima regola segnerebbe una maggiore attenzione per ciò che in realtà già avviene nella prassi commerciale e rappresenterebbe un iniziale accoglimento di un principio del diritto relazionale per cui il contratto emerge dall'interazione delle parti più che dalla rigida e artificiale applicazione delle regole che vogliono l'incontro tra "offerta" e "accettazione". Tale iniziale recepimento, tuttavia, non sarebbe comunque sufficiente, poiché il diritto neoclassico rimane in ogni caso ancora fedele alla visione per cui il contratto c.d. "isolato" deve rimanere il prototipo dell'intera costruzione teorica.

Scopo di Macneil non è dunque stato solo quello di aver posto in luce le manchevolezze del diritto classico, cosa che prima di lui hanno fatto altri studiosi da Gilmore negli Stati Uniti ad Atiyah in Inghilterra, né comprovare empiricamente, come ha fatto il suo collega Macaulay, la rilevanza dei rimedi contrattuali classici o degli accordi informali nelle relazioni degli uomini d'affari[201]. La sua elaborazione teorica è stata piuttosto orientata verso l'esposizione di principi in grado di costruire una valida dottrina in contrasto con il diritto contrattuale così come normalmente concepito, introducendo, come vedremo, una serie di concetti totalmente nuovi nel panorama giuridico.

Non sempre la sua visione sociale del contratto, considerato "*no more and no less than the relations among parties to the process of projecting*

---

[200] Si riporta qui interamente il testo dell'articolo 2-207 Uniform Commercial Code (UCC) rubricato "*Additional Terms in Acceptance or Confirmation*":
(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.
(2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:
(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
(b) they materially alter it; or
(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.
(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

[201] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 9.

exchange into the future"[202] può essere compresa nei suoi risvolti applicativi: ciò che è possibile delineare, però, è almeno alcune delle caratteristiche innovative rispetto alla tradizionale visione classica.

Figura 1: Elementi caratteristici della prospettiva relazionale in contrapposizione a quella classica

Relational contract theory	**Diritto contrattuale classico**
Regola di default data da un approccio contestuale all'interpretazione dei contratti: il significato del contratto è da ritrovarsi al di fuori dei tribunali	Regola di default data da un approccio testuale all'interpretazione dei contratti: il testo del contratto è l'unico elemento su cui condurre un'attività interpretativa
Prospettiva di "law in action": il diritto è fatto dinamico, da contrapporsi a quello astratto delle dotte trattazioni	Prospettiva di "black letter law": i contratti devono essere compresi secondo gli schemi dettati dal diritto
Modello di contratto è quello relazionale, cioè disciplinante rapporti caratterizzati dalla continuità	Modello di contratto è quello isolato, in cui lo scambio è da considerarsi istantaneo
Maggiore flessibilità nell'applicazione della regola di "offer" e "acceptance"; riconoscimento di "agreements to agree" e "agreements to negotiate in good faith"	E' necessario identificare un momento preciso in cui si incontra il consenso reciproco delle parti. Il consenso è sempre 100% esistente o 100% inesistente.

2.1.3.1 "Contratto" e "relazione"

Come si è già potuto intuire, la teoria relazionale risulta essere molto più complessa di quella che è stata la sua principale ricezione. Essa parte da una constatazione, per così dire, sociologica, per cui in ogni società in cui esiste la specializzazione del lavoro avvengono necessariamente alcuni scambi, i quali sono attuati all'interno di un contesto relazionale. Anche nella società più individualista e capitalista, infatti, la produzione e distribuzione di beni e servizi verrà perfezionata attraverso una varietà di transazioni che hanno luogo all'interno di relazioni di durata maggiore rispetto al singolo contratto traslativo.

Per questo, anche il più istantaneo dei contratti (come può essere una compravendita al supermercato) costituisce un evento situato all'interno di

[202] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 4.

una cornice di relazioni non isolate che devono essere prese in adeguata considerazione per poter contestualizzare ogni contratto. Concettualmente, dunque, per Macneil la comprensione del diritto contrattuale deve partire dallo scambio relazionale, non dallo scambio isolato. La teoria di Macneil è allora anche, secondo alcuni, una teoria sociale sulle interazioni tra individui, con l'elaborazione di determinate norme che debbono essere incluse affinchè la relazione tra le parti contrattuali possa protrarsi nel futuro, e secondo la quale il "contratto" proprio della visione classica è solo una parte infitesimale di tutti i possibili scambi che invece possono essere conclusi nel mondo moderno[203].

Si potrebbe dire che, per la teoria relazionale "pura", il contratto di per sé perde di centralità: esso cioè non segna né la conclusione di un percorso, inteso come incontro di volontà, né l'inizio di una relazione, ma è una tappa nella definizione delle relazioni interpersonali. Poiché dunque il diritto non è chiamato a delimitare un determinato "segmento" della relazione, inteso come contratto, l'elaborazione di una disciplina compiuta diviene disciplina della relazione nella sua interezza[204]. La teoria relazionale risulta allora davvero essere radicalmente diversa rispetto al diritto neoclassico, poiché per la prima il contratto e le norme che lo reggono non sono la principale fonte disciplinante il rapporto, che è invece continuamente soggetto a influenze esterne e valori interni che ne assicurano la prosecuzione.

In questo senso, la teoria sembra maggiormente rispondente alle esigenze della più sofisticata economia moderna, nella quale il modello tradizionale della compravendita "isolata" non è più sufficiente a documentare la varietà di rapporti caratterizzati più fortemente dalla continuità delle relazioni (si pensi, ad esempio, alla somministrazione, alla

---

[203] E' per questo che secondo Macneil gli studiosi del diritto contrattuale devono diventare allo stesso tempo anche antropologi, sociologi, economisti, politologi e filosofi, per poter davvero comprendere i problemi sollevati dal diritto dei contratti: si veda Macneil, cit. in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 9. Si veda anche R. E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 Virginia Law Review 1992, 1177 e W. C. Whitford, *Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship*, Wisconsin Law Review 1985, 545 il quale sottolinea l'ampiezza della teoria propugnata da Macneil: "*[h]is relational contract theory encompasses all exchange, and because Macneil sees exchange occurring almost everywhere, his theory becomes in effect a general theory of the social order.*".

[204] M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 53.

subfornitura, all'appalto e a tutta quella serie di fenomeni contrattuali che caratterizzano l'attuale sistema economico). Essa è infatti in grado di prospettare la complessità di tali relazioni, in cui "persino la linea di demarcazione tra ciò che costituisce scambio e ciò che è, invece, servizio non è più così nitida"[205].

Inoltre, la *relational theory* sottolinea come il riconoscimento, da parte del diritto contrattuale neoclassico, del fatto che alcuni contratti sono maggiormente relazionali di altri, non sia sufficiente. La teoria relazionale, infatti, mira a sottolineare come tutti, non solo alcuni, contratti siano relazionali[206]. Per dimostrare quest'ultima affermazione, ossia che tutti i contratti contengono degli elementi di relazionalità, Macneil rileva come nessuno scambio economico potrebbe essere possibile al di fuori della società, così che anche una transazione istantanea c.d. "pura" richiede, necessariamente, una preesistente rete sociale ("*social matrix*").

Come minimo, infatti, qualsiasi tipo di contratto necessita di alcuni elementi basilari che dimostrano l'esistenza di questo contesto relazionale: essi non sarebbero conclusi in assenza, ad esempio, di: 1. un sistema di comunicazione comprensibile ad entrambe le parti, 2. un sistema di ordine pubblico, per cui le parti scambiano invece che tentare di uccidere o rubare, 3. un sistema monetario riconosciuto, e infine 4. nel caso di scambi promessi, quindi destinati ad essere effettuati nel futuro, un sistema efficace per assicurare l'esecuzione delle promesse[207].

Tutti gli scambi richiedono dunque tali elementi basilari, e una minima componente di solidarietà e reciprocità tra le parti. Volendo distinguere i due poli dell'asse che va dai contratti maggiormente "isolati" a quelli più "relazionali", è possibile rilevare come gli scambi isolati sono quelli

---

[205] M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 53.

[206] Tutti i contratti, anche quelli istantanei, conterrebbero dunque degli elementi relazionali. Spiega così Macneil il concetto di contratti istantanei o isolati: "*every contract, […] involves relations apart from the exchange of goods itself. Thus every contract is necessarily partially a relational contract, that is, one involving relations other than a discrete exchange*". I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 10. Cfr. anche J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA* in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 61.

[207] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 11.

notoriamente caratterizzati da una durata limitata, poca interazione tra le parti, una dettagliata pianificazione dell'operazione da porre in essere, una netta divisione dei benefici e delle responsabilità assegnate a ciascun contraente[208], ed infine una precisa possibilità di misurazione del valore dei beni o servizi oggetto dello scambio. Essi sono quei contratti in cui, a differenza dei contratti relazionali, minore spazio è dato alla possibilità di accordi impliciti tra le parti contraenti[209]. D'altra parte, gli scambi considerati maggiormente relazionali sono quelli che coinvolgono una durata significativa, in cui le parti non sono in grado di pianificare dettagliatamente l'intera loro relazione contrattuale[210] ed il valore delle prestazioni oggetto dello scambio sono più difficilmente misurabili.

I diversi tipi di scambio danno vita ad una serie di norme, alcune delle quali applicabili a qualunque scambio, mentre altre associabili più fortemente agli scambi istantanei o a quelli relazionali. Solidarietà e reciprocità, ad esempio, sono norme comuni a tutti i contratti. I contratti istantanei, invece, sarebbero più fortemente caratterizzati dalla necessità di dare efficacia al consenso espressamente manifestato e all'implementazione della dettagliata pianificazione portata avanti dalle parti, mentre nei contratti relazionali ci si concentrerebbe maggiormente sulla necessità di armonizzare la relazione in base al contesto circostante[211].

In questa prospettiva, la massimizzazione del profitto che per la scuola economica è il principale intento perseguito dalle parti, per la teoria relazionale diviene soltanto uno dei diversi scopi che motivano le parti nell'intraprendere la relazione contrattuale. Nella visione relazionale, i

---

[208] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 27.

[209] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 25: *"Discrete transactions have no room for tacit assumtions […]. In relational contracts as in all human relations tacit assumptions abound, and constitute a significant aspect of the planning of those contractual relations.*".

[210] "*[…] in contractual relations, unlike discrete transactions, planning continues after formation of the relation*". I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 26.

[211] J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA* in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 62. Si tratta di alcuni esempi delle molteplici norme individuate da Macneil e applicabili a tutti i contratti o più specificatamente ai contratti relazionali rispetto a quelli isolati. Per una più dettagliata trattazione sul punto, cfr. *infra*.

contratti rappresentano interazioni sociali in cui il beneficio economico è un importante fattore ma non il solo[212].

2.1.3.2 Il concetto di *presentiation*

Si ritiene spesso che il contributo di Macneil sia stato quello di aver posto in contrasto i contratti "isolati" e quelli "relazionali". Una lettura più approfondita, invece, porta a concludere come in realtà il suo contributo principale sia stato quello di sottolineare che tutti i contratti contengono elementi relazionali e si collocano, come già ricordato, su un'asse immaginaria che va dai contratti maggiormente isolati a quelli maggiormente relazionali. I contratti "isolati", nella prospettiva di Macneil, sono quelli in cui è più evidente la tecnica, propria del diritto classico e neoclassico, della "presenziazione"[213] dei rapporti contrattuali, mentre i contratti relazionali complessi sono quelli in cui vi è maggiore affidamento per la possibilità di rinegoziazione e aggiustamento del rapporto al sopraggiungere di eventi non inizialmente noti.

La "presenziazione" è il fenomeno definito come la capacità di "rendere presente nello spazio o nel tempo, o causare di essere percepiti o realizzati come presenti" tutti quegli eventi in realtà destinati a realizzarsi potenzialmente nel futuro[214]. Esso si riferisce al riconoscimento del fatto che il corso di futuri avvenimenti è vincolato ad un evento presente, quale è la conclusione di un contratto vincolante, che è in grado di "portare nel presente" il futuro.

---

[212] "*Relational exchange… creates circumstances where the long-run individual economic (material) interests of each party conflict with any short run desires to maximize individual utility respecting the goods in any particular exchange; the more relational the exchange, the more artificial becomes the idea of maximisation. […]*". Cfr. I. Macneil, *Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity*, 96 Ethics, 1986, 578. Ed ancora: "*Contract without the common needs and tastes created only by society is inconceivable; contract between totally isolated, utility-maximizing individuals is not contract, but war*". Cfr. I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 1.

[213] Si fa qui uso della traduzione in italiano del termine inglese "*presentiation*", per vero intraducibile e proprio della letteratura di Macneil, compiuta da M. Granieri in *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 56.

[214] Questa la traduzione della definizione di "presentiate" presa dall'Oxford English Dictionary e riportata da Macneil nel suo *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 *Virginia Law Review* 1974, 589.

Questa complessa, e forse filosofica, spiegazione del fenomeno, altro non si riferisce che alla tecnica tanto nota quanto inconscia, per cui il contratto del diritto classico di common law (ma anche, potremmo dire, del nostro diritto), viene considerato artificialmente contenere tutti i termini e tutte le clausole che regoleranno il rapporto nel futuro. Tale fenomeno è collegabile alla intrinseca "staticità" del diritto contrattuale classico sottolineata da Eisenberg[215].

Il monito di Macneil è quello per cui è necessario in realtà rendersi conto che si è di fronte ad un artifizio[216]. Dato che nessuno può conoscere con esattezza il corso di eventi futuri né la serie di avvenimenti che si dispiegherà nel futuro, la nostra capacità di fissare tali circostanze in un contratto è, necessariamente, limitata. Eppure, la maggiore creazione intellettuale del diritto classico è stata proprio quella di portare "il futuro nel presente", rendendo vincolante l'accordo su prestazioni da attuarsi in futuro e munendo lo stesso di sanzioni legali. Fu solo quando lo scontro inevitabile con problemi legati all'errore, alla forza maggiore e all'impossibilità sopravvenuta, rese evidente che non era possibile giustificare l'impiego dell'artifizio della presenziazione, che il diritto corse ai ripari non solo elaborando istituti volti a porre argine alla necessaria completezza del contratto (e quindi, impiegando, ad esempio, gli istituti di "*mistake*", "*impossibility*", "*frustration*") ma anche sviluppando teorie volte a ritenere "implicite" determinate clausole del contratto.

---

[215] Nella sua critica al diritto relazionale, Eisenberg infatti pone come premessa il fatto che il diritto contrattuale classico sia assiomatico, deduttivo, oggettivo, standardizzato e "statico", ossia focalizzato quasi esclusivamente su di un singolo momento nel tempo (il momento della formazione del contratto) più che sul processo dinamico della fase di negoziazione ed evoluzione della relazione contrattuale. Cfr. M. A. Eisenberg, *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review 1999-2000, 805.

[216] In maniera molto efficace, per spiegare questo concetto, Macneil inizia la sua trattazione con l'aneddoto di un uomo che avuto un incidente sta per morire. L'affermazione di uno spettatore è che l'uomo "è" morto. Ciò perché lo spettatore non ha fatto altro che proiettare il presente nel futuro: essendosi realizzate tutte le cause che porteranno alla morte, egli in maniera istintiva usa il presente anziché il futuro "morirà", pur essendo l'uomo ancora vivo al momento della sua affermazione. Allo stesso modo, dunque, nel diritto contrattuale, l'inconsapevolezza di questo meccanismo e di questo fenomeno fa si' che le parti proiettino il proprio presente nel futuro anziché il contrario, ossia portare il futuro nel presente. Cfr. I. Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 *Virginia Law Review* 1974, 589.

La creazione dell'istituto degli *implied terms*[217], introdotta dal diritto contrattuale tradizionale, ha reso così possibile "salvare" il concetto di presenziazione, ammettendo che seppure le parti non abbiano incluso espressamente tutti i termini della loro relazione nel contratto, essi in realtà volevano implicitamente riferirsi anche a quelle clausole aggiuntive, che il giudice legge, per così dire, tra le righe del testo scritto e che devono quindi considerarsi come parte integrante del contratto. In questo modo, il contratto può ancora essere ritenuto come il documento ultimo ed unico in cui l'intera relazione contrattuale tra le parti viene sigillata al momento dello scambio del consenso reciproco.

Per vero, l'idea stessa per cui il contratto possa includere ogni contingenza futura è stata avversata anche dai più fermi sostenitori del liberismo economico e della cultura *laissez – faireista*, da cui trae origine il diritto classico, come John Stuart Mill, il quale significativamente ha riconosciuto che il principio liberale, la cui base è la convinzione per cui i singoli sono i migliori interpreti dei propri interessi, trovi necessariamente un limite nel caso di decisioni circa contingenze future, poiché in questo caso è poco significativa l'autonomia dei singoli nella determinazione di eventi non conoscibili[218].

Mentre tale presenziazione è possibile e - diremmo noi - utile nel caso di contratti isolati che esplicano i propri effetti per un breve periodo di tempo, nei contratti relazionali è evidente come tale rigore nell'includere l'intera relazione tra le parti all'interno del singolo testo del contratto non sia possibile né auspicabile, dato che sempre più aspetti di essa devono essere determinati nel corso del tempo[219].

---

[217] La letteratura su questo istituto è vasta. Per un inquadramento generale si veda, in italiano, G. Alpa – R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997; G. Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001 e, più di recente, C. Marchetti, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013; in inglese, in via riassuntiva sul tema, M. Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford, 2011; E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, Londra, 2007 e il recentissimo W. Courtney – J. W. Carter, *Implied Terms: What Is the Role of Construction?* 31 Journal of Contract Law 2014, 151.

[218] Scrive infatti John Stuart Mill: "*[an] exception to the doctrine that individuals are the best judges of their own interest, is when an individual attempts to decide irrevocably now what will be best for his interest at some future and distant time*"J. S. Mill, *Principles of Political Economy*, cit. in M. A. Eisenberg, *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review 1999-2000, 814.

[219] I. Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 *Virginia Law Review* 1974, 596.

2.1.3.3 I quattro fondamenti delle relazioni contrattuali

Trattandosi di un approccio giuridico-sociologico al diritto dei contratti, l'analisi di Macneil inizia dalla spiegazione della prospettiva sociale con cui devono essere considerate le relazioni contrattuali. La ricchezza del pensiero di Macneil e la laboriosità dei principi che egli propugna è esemplificata nel suo *The New Social Contract*, in cui lo studioso identifica quattro importanti fondamenti ("*primal roots*"[220]) che ispirano la teoria dei contratti. Essi sono da considerarsi come le condizioni essenziali perché le relazioni contrattuali abbiano luogo.

Il primo di questi fondamenti, per Macneil, è la "società". Si deve considerare che l'attività di contrattazione è un frutto della società umana. In assenza di una società, i contratti non sono concepibili, pur essendo ben concepibile una società che sia priva di un diritto contrattuale. La società rappresenta perciò il contesto nel quale i contratti si formano e vengono ad esistenza e per questo funge da importante punto di riferimento per il moderno diritto contrattuale, il quale non può scindere il contratto dal proprio contesto. Poiché il contratto ha le sue radici nella società, la *relational theory* (a differenza del diritto classico), come detto, non si concentra sulla relazione contrattuale delle parti prendendo in considerazione solo il momento della conclusione del contratto. Essa concepisce il contratto come un processo di reciproca pianificazione, che si estende nel tempo[221].

In secondo luogo, la contrattazione è possibile solo laddove esiste una "divisione del lavoro", poiché se ogni individuo fosse autosufficiente, non vi sarebbe necessità di concludere contratti con altri per soddisfare i propri bisogni[222]. Per questo, lo scambio è un necessario corollario dell'avvenuta

---

[220] Questi fondamentali principi ("*primal roots*") del diritto contrattuale, secondo la visione di Macneil, sono, in inglese: 1. *Society*, 2. *Specialization of labor and exchange*, 3. *Choice*, 4. *Awareness of future*. Cfr. I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 1.

[221] N. Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dodrecht – Boston - Londra, 1995, 21.

[222] E' qui evidente l'influenza di Durkheim sugli scritti dell'autore, così come fortemente influenzata da Durkheim è anche la constatazione della dimensione "sociale" del contratto. M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*,

specializzazione del lavoro nella società moderna, che permette a ciascuno di godere dei benefici di tale specializzazione. Si tratta, in realtà, di un allontanamento dalla teoria classica, che concepisce invece la divisione del lavoro e la specializzazione come risultati dello scambio, e non viceversa[223]. Secondo questa visione, il contratto non è un mero meccanismo di mercato, ma uno strumento sociale che permette di sfruttare i benefici della reciproca specializzazione e un mezzo per stabilire la cooperazione tra gli individui.

Data questa consapevolezza, il contratto tra le parti non è delimitato dal mero testo scritto o dall'accordo intercorso, ma deve comprendere la relazione stessa. Non vi è solo un dovere di cooperare in buona fede, ma anche la necessità che le parti si accordino per superare le difficoltà emergenti da circostanze non preventivate al momento della conclusione del contratto. Poiché l'elemento temporale crea incertezza, la cooperazione diviene una condizione necessaria per il funzionamento dell'accordo.

Per questo motivo, essenzialmente diversa è la funzione dell'attività di pianificazione del contratto secondo la teoria relazionale. Qui, infatti, a differenza che nel modello classico, le parti non sono chiamate a mettere per iscritto tutte le future contingenze, ma solo a creare un sistema attraverso il quale poter risolvere futuri eventi che non possono essere previsti al momento della conclusione dell'accordo. Così, ad esempio, mentre nel diritto contrattuale classico la previsione di una clausola di forza maggiore sarebbe in grado di risolvere il contratto, nell'ottica relazionale, invece, le parti sarebbero tenute a porre in essere un meccanismo per la rinegoziazione ed adattamento della relazione nel momento in cui viene ad emergere una nuova situazione non prevista.

Milano, 2007, 50. Durkheim, infatti, nel tentativo di scoprire le implicazioni di una visione prevalentemente individualista del contratto, riteneva che l'imperante visione utilitarista del contratto dovesse essere superata in favore di una più sociale. Egli riteneva che il mero interesse proprio di ciascuna delle parti non avrebbe reso possibile per il contratto divenire un modello di quella che egli chiamava "solidarietà organica" nella società. Era necessario, invece, che il contratto fosse inserito in un contesto più ampio dell'autonomia contrattuale e della volontà individuale. Cfr. E. Durkheim, *The Division of Labour in Society*, Londra, 1964.

[223] N. Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dodrecht – Boston - Londra, 1995, 22.

Il terzo fondamento della *relational contract theory* è la definizione di "scelta", nel senso di capacità di esercitare libertà nella decisione di quale comportamento adottare. Tale elemento sarebbe stato troppo enfatizzato dalla teoria classica, tanto da oscurare la presenza di tutti gli altri fattori, e la necessaria compresenza di elementi quali la cooperazione[224], la ragionevolezza e la buona fede[225].

Infine, il quarto elemento da tenere a mente quale base del diritto contrattuale moderno è quello che Macneil chiama "consapevolezza del futuro", ossia la capacità di "proiettare lo scambio nel futuro"[226]. La maggior parte dei contratti, diversi dai contratti istantanei, richiede una tale capacità di proiezione, poiché si riferiscono a relazioni che si protraggono nel tempo e per cui il contratto inizialmente concluso è necessariamente destinato a risultare incompleto. La dimensione temporale, insomma, viene ad assumere in questi contratti una valenza tale da renderlo elemento intrinseco della stessa fattispecie e tale per cui si rende necessario il superamento della finzione per cui il contratto nasce in una prospettiva statica e decontestualizzata[227].

Figura 1: I quattro fondamenti ("*primal roots*") dei contratti

La società (*Society*)
La specializzazione del lavoro e scambio (*Specialization of labor and exchange*)
La scelta (*Choice*)
La consapevolezza del future (*Awareness of the future*)

[224] La concezione del contratto di Macneil partì, nei suoi primi scritti, inizialmente non tanto dal concetto di "relazione" quanto da quello di "cooperazione". La "cooperazione" rappresenterebbe, infatti, un elemento fondamentale del contratto, assieme ad altri elementi quali lo "scambio economico", la "pianificazione del futuro", l'esistenza di "potenziali sanzioni esterne" e infine il "controllo sociale e la manipolazione". Cfr. I. Macneil, *Whither Contracts?* 21 Journal of Legal Education, 1969, 407 in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 10.

[225] N. Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dodrecht – Boston - Londra, 1995, 23.

[226] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 3.

[227] Tale aspetto del diritto relazionale è di particolare interesse anche per il nostro diritto, se è vero che, come è stato sottolineato, il fatto che la dimensione temporale sia stata per lo più ignorata nell'elaborazione del diritto contrattuale è vero tanto per l'esperienza continentale quanto per quella di common law. Cfr. M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 41.

2.1.3.4 Le categorie di norme contrattuali

Nei suoi scritti, Macneil elabora una lista di norme da considerarsi come un sommario delle varie e specifiche regole che è possibile osservare nella pratica e nella operatività dei contratti[228]. Tali norme sono considerate come fondamentali nello spiegare il contenuto di tutte le relazioni contrattuali, la formazione delle obbligazioni tra le parti e l'effettiva operatività delle stesse.

In relazione ad esse, due considerazioni si pongono come rilevanti. La prima è che, secondo lo studioso, il recepimento da parte del diritto positivo di tali norme è cruciale per permettere alla legge di regolare efficacemente le relazioni contrattuali. La seconda considerazione attiene al grado di adesione di uno specifico contratto a queste stesse regole: maggiore infatti è l'adesione, più esteso sarà il prolungamento della relazione contrattuale nel tempo[229].

L'elaborazione di queste norme è stata stratificata nel tempo, con una prima lista redatta nell'opera "*The Many Futures of Contracts*"[230], poi nel

---

[228] Nelle parole di Macneil, si tratta di un "*abstract summary of the varied and specific norms appearing in myriad varieties of contracts*": cfr. D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 152. Tali norme sono spiegate sempre nella medesima opera di D. Campbell, 15 e, più nel dettaglio, *infra*. Basti qui solo ricordare che tali norme sono state criticate da Williamson per il fatto di costituire un "*rich classificatory apparatus*", un apparato concettuale ricco, nel senso di complesso e articolato, pur però mancando di un preciso significato teorico come può essere invece il concetto di "massimizzazione del profitto" nelle teorie economiche: cfr. O. E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 Journal of Law and Economics 1979, 236. A tale critica Macneil ha risposto sostenendo che "*[a] 'rich classificatory apparatus' of some kind is essential if contractual relations are to be both understood and subjected to successful, realistic, and reasonably consistent analysis"*: I. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and The Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 Northwestern University Law Review 1981, 1025 n. 26. Per un'analisi approfondita di ciascuna di queste norme, cfr. R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 125, il quale autore ha anche proposto una lista alternativa e semplificata di "*common norms*" che reggerebbero tutti i contratti: si veda R. Austen-Baker, *Towards a Four-Norm Model of Contract Relations,* Seminar on Relational Contract Theory, Lancaster University Law School and Lancaster University Management School, 30 April 2008.

[229] Il ruolo di queste norme, nelle parole di Macneil, è quello di determinare "*the behaviour that does occur in relations, must occur if relations are to continue, and hence ought to occur so long as their continuance is valued*". I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 64.

[230] I. Macneil, *The Many Futures of Contract*, 47 Southern California Law Review, 1974. Questa prima lista consisteva in cinque norme fondamentali, in inglese: *1. Reciprocity, 2. Role effectuation, 3. Limited freedom of exercise of choice, 4. Effectuation of planning, 5. Harmonizing with the social matrix.*

"*The New Social Contract*"[231], ed infine in una serie di altri articoli in cui la terminologia di alcune è modificata e dove viene aggiunta un'ulteriore norma. La precisa formulazione delle stesse varia dunque negli scritti di Macneil, ed essa è stata considerata particolarmente complessa e articolata, tanto che altri studiosi del diritto relazionale hanno nel tempo tentato di proporre una lista alternativa di norme[232].

L'elencazione complessiva di queste norme secondo il pensiero di Macneil, che comprende un primo gruppo di norme applicabili alla generalità dei contratti ed un secondo relativo più precipuamente ai contratti relazionali, può dirsi essere la seguente: al primo gruppo appartengono le norme di 1. *Role integrity*, 2. *Reciprocity (or "mutuality")*, 3. *Implementation of planning*, 4. *Effectuation of consent*, 5. *Flexibility*, 6. *Contractual Solidarity*, 7. *The "linking norms" (restitution, reliance and expectation interests)*, 8. *The power norm (creation and restraint of power)*, 9. *Propriety of means*, 10. *Harmonization with the social matrix*.

Al secondo gruppo di norme più esattamente rispondenti ai contratti di tipo relazionale appartengono due norme comuni a quelle del primo gruppo, con l'aggiunta di altre tre norme: 1. *Role integrity*, 2. *Preservation of the relation*, 3. *Harmonization of relational conflict*, 4. *Supracontract norms*, 5. *Propriety of means*.

Infine, Macneil identifica una norma, da applicarsi ai contratti isolati, che permette di enfatizzare il carattere appunto "isolato" (*discrete*) e la sua caratteristica di presenziazione[233]. Tale norma è il prodotto a sua volta di due altre norme: l'effettuazione del consenso (*effectuation of consent*) e l'implementazione del piano (*implementation of planning*)[234]. La Figura 1 riporta schematicamente queste diverse tipologie di norme.

---

[231] In quest'opera Macneil porta a tredici il numero totale di norme, distinte in due diversi gruppi: il primo gruppo di nove norme concerne quelle norme applicabili ad ogni tipo di contratto, mentre il secondo gruppo di quattro è relativo a norme maggiormente rispondenti ai contratti di tipo relazionale.

[232] Si veda ad esempio R. Austen – Baker, *Comprehensive Contract Theory: A Four-Norm Model of Contractual Relations*, 25 Journal of Contract Law 2009, 216.

[233] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 60.

[234] Quest'ultima può essere definita come il tentativo "*closely to specify (and impose strict liability for) performance*". D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 21 cit. in C. Mitchell, *Contract Law and Contract*

Figura 2 Le tre categorie di norme contrattuali secondo Macneil

Discrete Norms	Common Contractual Norms	Relational Norms
Enhancing discreteness and presentiation	Role integrity	Role integrity
	Reciprocity	Preservation of the relation
	Implementation of planning	Harmonization of relational conflict
	Effectuation of consent	Supracontract norms
	Flexibility	Propriety of means
	Contractual solidarity	
	The linking norms (restitution, reliance and expectation interests)	
	Creation and restraint of power (power norm)	
	Propriety of means	
	Harmonization with the social matrix	

2.1.3.5 (segue) La norma che ispira il contratto isolato

La norma che si riferisce ai contratti c.d. "isolati", tipici del diritto classico e neoclassico, è volta ad includere i principi di "*presentiation*", già esaminato, e di "*discreteness*", ossia, secondo Macneil, la "separazione dell'operazione contrattuale da tutto ciò che possa interferire tra le parti, durante, prima o dopo l'operazione"[235].

Essa si ispira alla teoria liberale del diritto dei contratti, per cui gli uomini in totale autonomia decidono di concludere un contratto che include tutti i termini espressi della loro relazione, senza che questa debba poi

Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation, Oxford e Portland, 2013, 177.

[235] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 60: "*Discreteness is the separating of a transaction from all else between the participants at the same time and before and after*". Tale norma è il prodotto di altre due delle "*common contract norms*" ossia quella di "*implementation of planning*" ed "*effectuation of consent*". Sul significato di queste norme, cfr. *infra*.

proseguire o senza che debbano assumere rilevanza elementi esterni al contratto stesso. Il contratto isolato è dunque quel contratto che esclude ogni rilevanza del contesto o della relazione tra le parti, per evidenziare invece il semplice scambio.

Mentre per il diritto classico, storicamente, il contratto mostra il suo massimo grado di "*discreteness*", ossia l'operazione contrattuale è concepita come interamente pianificata, così che nessun elemento esteriore ad essa può assumere alcuna rilevanza, il diritto neoclassico riconosce l'impossibilità di una siffatta pianificazione detagliata. Esso quindi riconosce che i contratti non sono necessariamente completi, ed è quindi essenziale promuovere un certo grado di flessibilità (sia attraverso l'elaborazione di standard anziché regole, sia attraverso il procedimento di integrazione del contratto da parte dei giudici) per colmare le lacune date da future contingenze non previste dalle parti, sia pur mantenendo un significativo grado di stabilità e prevedibilità delle decisioni[236].

Il contratto relazionale, invece, è comunemente descritto come un contratto incompleto di lungo periodo che enfatizza l'importanza della continuità delle relazioni[237]. E' importante però comprendere che per Macneil la "durata" del contratto non è elemento costitutivo della fattispecie. Per l'autore, i contratti relazionali enfatizzano le norme relazionali, tra cui – come si tratterà a breve - la preservazione della relazione tra le parti e la risoluzione dei conflitti. La riflessione macneilliana prosegue poi constatando che, se è vero che tutti i contratti sono immersi in relazioni, allora tutti i contratti sono relazionali. Elemento essenziale dei contratti relazionali è dunque quello di riconoscere che la relazione contrattuale cambia al cambiare della relazione che intercorre tra le parti contraenti.

Se è vero che tutti i contratti sono relazionali, allora la categoria dei contratti isolati, animati dalla norma che vuole enfatizzare la dettagliata pianificazione iniziale della relazione e promuovere la "precisione" nella

[236] Per un'analisi dei contratti nel diritto classico, neoclassico e secondo la prospettiva relazionale, cfr. M. Van der Veen, *Contracting for Better Places: A Relational Analysis of Development Agreements in Urban Developments*, Alblasserdam, 2009, 64.

[237] Cfr. ad esempio M. A. Eisenberg, *Relational Contracts* cit. in M. Van der Veen, *Contracting for Better Places: A Relational Analysis of Development Agreements in Urban Developments*, Alblasserdam, 2009, 65.

disciplina delle reciproche obbligazioni assunte[238], sono necessariamente una categoria rara, che dovrebbe in realtà venire scelta dalle parti tutte le volte in cui essi vogliono (artificialmente) fare in modo che il diritto non consideri alcun elemento altro rispetto a quanto da loro già segnalato.

In breve, la norma dei contratti isolati: 1. presuppone precisione, ossia la capacità delle parti di descrivere puntualmente le obbligazioni reciproche, 2. presuppone pianificazione, ossia la capacità di pianificare il futuro in maniera completa, 3. si identifica con il concetto di efficienza, in conformità con il principio espresso dalle teorie di analisi economica, poiché permette la precisa allocazine dei rischi tra le due parti, ed infine 4. enfatizza i principi di libertà di scelta degli individui[239].

2.1.3.6 (segue) Le "*common norms*" applicabili ad ogni contratto

Cercando di riassumere in breve tali norme, si deve rilevare come la prima di esse, sull'integrità del ruolo ("*role integrity*"), si riferisca al fatto che, secondo Macneil, le parti sono soggette a determinate aspettative rispetto a ciò che la controparte si troverà a compiere e al modo in cui esse adempieranno alle proprie obbligazioni. Egli per la verità non dà una compiuta definizione di tale norma, ma riporta una citazione di Caplow, che ritiene l'integrità del ruolo come referentesi ad un "comportamento che ci si attende da colui che riveste una determinata posizione sociale nel momento in cui interagisce con coloro che occupano altre posizioni"[240]. Si tratterà

---

[238] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 63: "*The discrete norm is a norm of precision, a focusing norm. It enables people to deal precisely with one thing at the time – to keep their eyes on the ball – a vital factor of human endeavor*".

[239] Per un'analisi delle diverse caratteristiche proprie della norma nella letteratura di Macneil, si veda M. Van der Veen, *Contracting for Better Places: A Relational Analysis of Development Agreements in Urban Developments*, Alblasserdam, 2009, 65. Si noti però che i termini "efficienza" e "freedom of contract" sono specificatamente esclusi da Macneil stesso, il quale preferisce invece riferirsi ai concetti di "discreteness" e "presentiation" anche per la neutralità dei termini o per lo meno per l'assenza in essi di un connotato positivo, invece generalmente associato al concetto di "efficienza": "*Unlike the word "efficiency" – which always sounds like a good thing and thus closes off further inquiry – discreteness and presentiation force upon us the question: to what end?*". I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 64.

[240] Si tratta di una traduzione libera della citazione di Caplow, in *Sociology*, 2nd ed, Prentice Hall, Englewood Cliffs, NJ, 1975, riportata da R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 126 "*... a pattern of behavior expected of*

allora di verificare quale sia il ruolo assunto da ciascuna parte, per cui il ruolo di un contraente in una relazione "isolata" sarà quello di massimizzare il proprio profitto, nei contratti più relazionali le parti tenderanno (e ciascuna si attenderà tale comportamento da parte dell'altra) a superare le regole formali per raggiungere i propri scopi in maniera più efficiente. Le aspettative sul comportamento altrui sono dunque fondamentali per l'inizio, l'esecuzione e il proseguimento della relazione.

La norma sulla "reciprocità" (che precedentemente Macneil aveva definito "mutualità") è importante per quanto attiene alle relazioni sociali in genere e si riferisce al fatto che ciascuna parte di una relazione contrattuale agisce nella consapevolezza che l'altra darà qualcosa in cambio per il proprio contributo al contratto. Tale norma è fondamentale per la creazione di fiducia in qualsiasi tipologia di contratto, ed è naturalmente essenziale per la prosecuzione della relazione nel tempo. Pur essendo fondamentale in qualsiasi contratto, tuttavia, tale reciprocità è maggiormente evidente nei contratti istantanei, poiché nelle relazioni contrattuali destinate ad essere proiettate nel tempo essa può assumere diversi caratteri ed implicazioni (una parte, ad esempio, può rinunciare a ricevere un beneficio attuale in funzione di uno futuro in base alle specifiche caratteristiche della relazione contrattuale intrattenuta)[241]. Essa quindi non richiede un esatto bilanciamento delle prestazioni, ma si riferisce alla necessità di una "adeguata compensazione"[242] per l'obbligazione assunta dall'altra parte.

Le successive due norme sono in qualche modo connesse. L'"implementazione della pianificazione" infatti, si riferisce all'azione delle parti per determinare gli impegni che esse assumono reciprocamente, tramite una pianificazione nel presente. Mentre la pianificazione sarà più precisa nei contratti istantanei, in quelli relazionali sarà la stessa relazione a determinare i precisi contorni di tale piano. L'"effettuazione del consenso" è la norma per la quale in ogni scambio l'esercizio di una scelta implica il

---

a person occupying a given social position when he interacts with those who occupy other given positions".

[241] M. Diathesopoulos, *Relational Contract Theory and Management Contracts: A Paradigm for the Application of the Theory of the Norms*, MPRA Paper 24028, University Library of Munich, Germany, 2010.

[242] O, come dice Macneil, "*some kind of evenness*". I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 44.

sacrificio di altre opportunità. Tale norma è legata al principio ("*primal root*") definito come "scelta", di cui si è detto. Nei contratti relazionali, questa norma assume il significato per cui il consenso non è soltanto riferibile a quello manifestato all'inizio della relazione, ma comprende anche il suo costante aggiornamento, l'acettazione degli impegni intrapresi *ab initio*, così come di quelli successivi che risultano dalla relazione stessa.

Quanto alla norma relativa alla "flessibilità", si potrebbe dire che essa sia in opposizione con quella sull'"implementazione della pianificazione", poiché la prima si riferisce ai necessari aggiustamenti, che saranno maggiori quanto più lunga è la relazione, che si rendono necessari per fare fronte a tutte le circostanze che la pianificazione tra le parti non aveva previsto. Tale flessibilità inoltre agisce in maniera differente a seconda che lo scambio sia "isolato" o "relazionale": nel primo caso, la flessibilità avrà luogo al di fuori dello specifico contratto, e si tradurrà nella libertà di concludere altri successivi scambi; nei contratti relazionali, invece, la flessibilità esplica i propri effetti all'interno della stessa relazione.

La flessibilità è certamente, come è intuibile, fra le più importanti tra le norme delineate da Macneil e funge anche da prerequisito per il raggiungimento della "solidarietà" tra le parti[243], ossia lo strumento attraverso il quale le parti possono risolvere conflitti causati da eventi imprevedibili, tendere alla stabilità del rapporto e continuare a mantenere il proprio "ruolo" all'interno della relazione. La solidarietà è legata all'idea per cui gli individui in una società sono da considerarsi interdipendenti, pertanto può essere anche uno scopo egoistico (e non tanto un sentimento altruistico) che muove il singolo nella direzione di preservare la relazione contrattuale anziché risolverla.

Le norme, o come le definisce Austen-Baker[244], gli "interessi" di "*restitution*", "*reliance*" e "*expectation*" si rendono necessari nelle fasi di rinegoziazione del rapporto. I "*restitution interests*" si riferiscono ai benefici ingiustamente trasferiti all'altra parte nel corso della relazione, i

[243] Macneil si riferisce alla "solidarietà" come quella norma definibile come "*no more than the norm of holding exchanges together*". I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 52.
[244] R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 139.

"*reliance interests*" sono conferiti quando non è facile determinare l'ammontare degli "*expectation interests*" e per aggiungere effettiva vincolatività ad accordi non vincolanti, mentre questi ultimi sono gli interessi che sono invece conferiti in relazione all'effettivo ammontare che si sarebbe potuto ottenere in base alla promessa della controparte.

La "*power norm*" si riferisce non solo al potere giuridico, ma anche a quello sociale ed economico[245]. Nella visione di Macneil questa norma si riferisce alla creazione di potere reciproco tra le parti, per cui ciascuna contemporaneamente conferisce un potere ma limita allo stesso tempo il proprio, per il raggiungimento dello scopo comune. Come spiega acutamente Austen-Baker, riferendosi al solo potere di tipo giuridico, è chiaro che nel momento in cui due parti concludono un contratto, entrambe ricevono un potere, ossia, come minimo, il potere di dare esecuzione a quel contratto. Ma proprio il fatto che un'altra parte detiene quello stesso potere, implica una limitazione del proprio, che si traduce nell'impossibilità, ad esempio, di rimanere inerte e inadempiente rispetto alle proprie obbligazioni senza incorrere in sanzioni[246].

La "*propriety of means*" è la norma che riguarda le modalità con cui ci si prefigge di raggiungere gli scopi del contratto[247]. Essa si riferisce al fatto che nel momento in cui si entra in una relazione contrattuale, ciascuna parte deve essere dotata dei mezzi adeguati per eseguire le obbligazioni assunte. Ciascuna, per questo scopo, sceglierà anche determinati modelli comportamentali, che ritiene appropriati in base al contesto e alla specifica natura della relazione[248]. Il diritto classico è generalmente indifferente a questo aspetto, ossia alle modalità attraverso le quali le parti ottengono i loro obiettivi. Ad esempio in un contratto per lo sviluppo urbanistico di una

[245] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 56.
[246] R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 141.
[247] Secondo Macneil si riferisce a "*the ways by which ends may be achieved*": I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Northwestern University Law Review, 1983 cit. in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 164.
[248] Macneil definisce ulteriormente tale norma in questi termini: "*... the ways relations are carried on as distinct from more substantive matters, including not merely formal and informal procedures, but such things as customary behaviour, often of the most subtle kind.*". I. Macneil, *Contracting Worlds and Essential Contract Theory*, 9 Social and Legal Studies, 2000, 431.

determinata area, si effettuerà una divisione equilibrata dei compiti assegnati a ciascuna parte. Il diritto classico si disinteressa di esaminare l'adeguatezza dei mezzi di ciascuna, limitandosi a dettare requisiti procedurali che presuppongono un modello "avversario" della relazione tra le parti e la visione del diritto quale "arbitro" di tale relazione. I contratti relazionali, invece, impongono limitazioni agli strumenti che le parti possono utilizzare: per esempio, un contraente potrebbe concludere un accordo con un subcontraente per l'incremento della produzione ad un determinato livello. Il diritto classico, a questo punto, aggiungrebbe "non importa con quale mezzo", mentre un contratto relazionale stabilirebbe che ciò non può essere fatto in danno alla qualità del lavoro o in conflitto con altre norme relazionali che stabiliscono la preservazione della relazione tra i contraenti principali[249]. In sintesi, pur perseguendo i propri scopi individuali, le parti non sono del tutto libere di ottenerli con ogni mezzo, ma devono necessariamente mantenere determinati standard di correttezza ed equità.

Infine, l'ultima norma sulla "*harmonization with the social matrix*" si riferisce al fatto che la relazione deve conformarsi a tutti i fattori che, nel complesso, definiscono gli scambi nella società (che, come si ricorderà, è un "fondamento" o "*primal root*" secondo Macneil). Tali fattori includono i meccanismi di esecuzione del contratto, i mezzi di comunicazione e scambio, il sistema di trasporto e monetario, le procedure per la negoziazione e così via: in breve, essi sono tutti quegli elementi che influiscono sullo scambio il quale avviene nella misura in cui ciò è reso possibile dalla "*social matrix*"[250].

---

[249] L'esempio è di M. Van der Veen, *Contracting for Better Places: A Relational Analysis of Development Agreements in Urban Developments*, Alblasserdam, 2009, 61.

[250] A conclusione di questo breve *excursus* sulle norme delineate da Macneil, risulta interessante capire la loro effettiva portata. A questo proposito, Bird, ad esempio, in un'importante lavoro di equiparazione dei contratti di lavoro quali contratti relazionali, spiega come nei contratti di lavoro, appunto, tutto ciò che non è disciplinato dai contratti collettivi o dalla legge appare essere di dominio delle norme risultanti dalla cultura aziendale, dalla politica d'ufficio, dalla fiducia, dalla pianificazione futura e dalla complessa "*social matrix*" in cui essi sono necessariamente inseriti, così facendo intuire l'importanza di queste norme nella pratica, per quanto la loro astratta elaborazione da parte di Macneil possa in un primo momento offuscarne la rilevanza rispetto alle regole contrattuali esistenti. Cfr. R. Bird, *Employment as a Relational Contract*, 8 University of Pennsylvania Journal of Labour and Employment Law, 2005, 149 e la riflessione sul punto di M. Diathesopoulos, *Relational Contract Theory and Management Contracts: A*

2.1.3.7 (segue) Le "*relational norms*"

Le norme relazionali non si oppongono alla possibilità di pianificazione o al concetto di efficienza, ma rilevano l'importanza anche di elementi ulteriori che devono trovare riscontro nelle relazioni contrattuali. La principale istanza infatti della teoria relazionale è che tutti i contratti sono immersi ("*embedded*") in diverse relazioni, e tale diversità risulta nella varietà di contratti possibili[251]. Le norme enfatizzate nei contratti relazionali sono allora quelle di integrità del ruolo, preservazione della relazione, risoluzione dei conflitti relazionali, la *propriety of means* e le *supracontract norms*. Volendo qui solo esaminare quelle norme, diverse da quelle applicabili alla generalità dei contratti[252], che assumono maggiore rilievo in quei contratti di tipo più propriamente relazionale, emerge come la prima cui Macneil fa riferimento è quella riguardante la "preservazione della relazione". Tale norma può dirsi essere un'intensificazione della norma sulla solidarietà contrattuale e di quella sulla flessibilità. Essa significa che le parti danno importanza alla propria relazione e non sono inclini a guadagni di breve periodo, che possano mettere a repentaglio la stessa[253].

L'"armonizzazione del conflitto relazionale" è anch'essa una norma relativa alla conservazione della relazione contrattuale, ma viene trattata separatamente per enfatizzare il fatto che nei moderni contratti possono esistere conflitti che emergono all'interno ed all'esterno della relazione che possono essere misurabili o non misurabili. La sopravvivenza della relazione dipende necessariamente dalla capacità di armonizzare, e dunque superare, tali conflitti senza immediatamente ricorrere ai rimedi previsti.

Paradigm for the Application of the Theory of the Norms, MPRA Paper 24028, University Library of Munich, Germany, 2010.

[251] M. Van der Veen, *Contracting for Better Places: A Relational Analysis of Development Agreements in Urban Developments*, Alblasserdam, 2009, 67.

[252] Ciò anche se Macneil stesso, nel suo *The New Social Contract*, nel descrivere le norme relazionali riprende anche quelle dettate per la categoria delle "*common contract norms*" sottolineando come esse assumano un significato più intenso e pregnante in questa categoria. I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 64.

[253] Si noti come il termine "solidarietà" è sostituito nella terminologia dell'analisi economica e più precisamente della *relational law and economics* con il termine "cooperazione". Cfr. Supra par. 1.2.2 e infra par. 2.2.1.

Le norme al di sopra del contratto ("*supracontract norms*") si riferiscono, infine, a tutti quei fattori che non sono necessariamente contrattuali, che sono collegabili alla norma sull'"*harmonization with the social matrix*", e che emergono al di sopra e al di fuori della relazione contrattuale quando questa è di lungo periodo e dà vita ad apparati su larga scala (come nelle grandi società nazionali o multinazionali, impegnate in un enorme fascio di relazioni contrattuali)[254]. Esse sono costituite, ad esempio, da norme ampie come quelle sulla giustizia, libertà, dignità, uguaglianza sociale.

2.1.4 Iniziale ricezione della teoria relazionale negli Stati Uniti

Data la ricchezza della teoria elaborata da Macneil, è interessante a questo punto accennare a quale sia stata la reale influenza delle sue idee in primo luogo negli Stati Uniti, dove le sue idee si sono dapprima divulgate. E' stato riconosciuto che la teoria relazionale ha avuto un significativo impatto nel modo in cui il diritto contrattuale è stato concepito e insegnato negli Stati Uniti, ma non un impatto fondamentale o degno della sua complessità. Come è stato sottolineato, infatti, ciò che è rimasto dell'elaborazione di Macneil è stata più che altro una versione semplificata della sua opera, avente come fulcro la consapevolezza che le relazioni contrattuali sono diverse dai contratti isolati e per questo meritano attenzione particolare[255]. La sua più ricca elaborazione dottrinale, comprensiva della sua visione sociologica dello "scambio" come essenza delle relazioni umane, è stata per lo più ignorata.

La teoria relazionale recepita dall'accademia, quindi, si è collocata nell'alveo delle opere di altri studiosi, tra cui Corbin[256], i quali hanno

---

[254] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 70.

[255] Così J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA* in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 59.

[256] Arthur Linton Corbin era un professore della Yale Law School e autore del celebre *Corbin on Contracts*, con cui egli ha contribuito, assieme ad altri studiosi quali Karl L. Llewellyn (1893-1962), Oliver W. Holmes (1841-1935), Benjamin N. Cardozo (1870-1938), Roscoe Pound (1870-1964), allo sviluppo del realismo giuridico americano, che ha rimarcato essenzialmente la rilevanza dell'effettiva operatività del diritto nella società e la sua concreta applicazione da parte dei giudici nei tribunali. Contrapponendosi al

assunto il ruolo di sottolineare l'importanza della dimensione contestuale del contratto. Tuttavia, tale ricezione della teoria relazionale nella sua visione più "moderata" ha anche dato luogo ad una serie di reazioni da parte di coloro che ritengono che il diritto contrattuale neoclassico sia già in grado di riconoscere le dimensioni implicite del contratto e dare rilevanza al contesto nel quale esso è stato concluso, senza necessità di abbracciare la visione estrema di Macneil per cui al diritto relazionale debba essere assegnato un ruolo preponderante.

In questo, come vedremo, consiste infatti il fulcro del dibattito tra "relazionalisti" e scettici: mentre i primi ritengono necessaria una più piena adesione al modello relazionale, i secondi ritengono che il diritto neoclassico sia - e sia già stato - in grado di recepire le principali istanze di Macneil. Così, ad esempio, lo stesso Uniform Commercial Code, è da considerarsi quale testo in cui sono riscontrabili alcuni dei principali lasciti della *relational theory*, come l'importanza da assegnare agli usi e alla prassi invalsa tra le parti quale fonte di interpretazione del contratto o l'importanza della buona fede come base dell'obbligazione, in grado di promuovere la cooperazione tra i contraenti[257].

Il progetto altamente teorico e complesso della *relational contract theory* non è stato dunque accettato nella sua totalità né, si ritiene, è stato pienamente compreso[258]. Lo stesso Macneil - forse troppo pessimisticamente, vista comunque l'ampia letteratura scaturita dopo di lui - non ha mancato di notare come gli studiosi suoi contemporanei siano stati

---

formalismo giuridico, la teoria realista ha sottolineato il ruolo innovativo e creativo dei giudici, i quali nella interpretazione giuridica non sarebbero guidati dalle norme giuridiche generali e astratte, le quali hanno scarsa rilevanza sui comportamenti giudiziari, essendo il diritto invece un mezzo per garantire i bisogni sociali in modo duttile, variabile e flessibile. Si veda, per una visione riassuntiva e di insieme, M. S. Green, Legal Realism as Theory of Law, 46 William & Mary Law Review, 2005, 1915.

[257] Cfr. §2-208, 1-201 (19), 1-203, 2-103(1)(b) UCC.

[258] Così J. Feinman, il quale sottolinea come tale teoria parta da una lettura del fenomeno contrattuale nella pratica per poi riportare assunti teorici e generali sulla cui base elaborare un sistema coordinato di norme, in un progetto che è più simile a quello che intraprenderebbe un sociologo che uno studioso del diritto: "*Relational contract theory arises from law, but is a highly theoretical project that takes a much broader scope for legal study than is traditionally accepted, developing an understanding of contractual practices and then abstracting from that understanding to create ideal types, hypotheses, and generalisations of the kind more familiar to social scientists than to legal academics*". Cfr. J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA* in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, 2001, 62.

restii dallo studiare approfonditamente la sua teoria, probabilmente per l'incapacità di coglierne pienamente le implicazioni[259].

Peraltro, a prescindere dal formante dottrinale, non si è rivelato facile comprendere quale diretta influenza tale teoria abbia esercitato sulla legislazione e sull'elaborazione giurisprudenziale[260].

La difficoltà nella ricezione della teoria è dovuta, probabilmente, ad una molteplicità di aspetti. Da una parte, infatti, si deve ammettere che la teoria elaborata da Macneil richiede la ricezione di un vocabolario totalmente estraneo a quello dello studioso del diritto contrattuale classico (i termini "*presentiation*", "*solidarity*", "*reciprocity*" "*social matrix*", di cui peraltro si è tentata una traduzione in italiano nelle pagine che precedono, nonché l'elaborazione delle cosiddette "*common contract norms*"[261] sono esempi di questa terminologia e tassonomia esclusivamente propria della teoria relazionale).

Dall'altra, la stessa opera di Macneil appare complessa e di difficile lettura[262], partendo da alcune constatazioni sulla società e sul comportamento degli uomini impegnati negli scambi, per poi trarre conclusioni volte a saggiare la possibilità di elaborazione di una *legal doctrine* indipendente[263]. Il risultato è un'opera, appunto, altamente teorica, di cui non è facile comprendere l'immediata rilevanza per la prassi e per gli

---

[259] Lo stesso Macneil ha tristemente constatato il suo disappunto per le incomprensioni attorno alla sua teoria: "*I have now had over a decade to accept that there had never been any race to a relational theory of contract, nor have the succeeding years seen either widespread acceptance of (or indeed much challenge to) my particular theory or the development of other relational theories*": cfr. I. Macneil, *Reflections on Relational Contract*, 141 Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1985, 541.

[260] M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 41. Sebbene di difficile rilevazione, non è da sottovalutare l'importanza che la teoria ha rivestito quanto meno nello "scuotere", come riconosce l'autore, "*la monoliticità di un modello che era stato tramandato dalla scuola classica (langdelliana) del diritto*".

[261] Si veda I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Northwestern University Law Review, 1983, 348.

[262] E' questa una delle ragioni che Whitford considera alla base del limitato successo della *relational contract theory*. Dalle conversazioni con altri professori di contract law, infatti, appare evidente come la oggettiva complessità degli scritti di Macneil abbiano limitato il loro utilizzo, anche nella didattica, da parte degli accademici. Cfr. W. C. Whitford, *Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship*, Wisconsin Law Review 1985, 555.

[263] Spiega bene tali difficoltà nell'opera di Macneil J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA* in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, 2001, 63.

avvocati e i giudici che quel diritto dovranno poi cercare di applicare[264]. Sebbene lo stesso Macneil abbia più volte sottolineato che la ricerca di regole pratiche vada al di là degli scopi che egli si prefiggeva, l'importanza delle sue riflessioni nel dibattito dottrinale scaturitosi è evidente. Esse risultano peraltro interessanti anche per il giurista di civil law, il quale, pur non partendo dall'idea di contratto come "scambio isolato" e pur non riconoscendo nell'etica antagonista la base assoluta del contratto, è purtuttavia sempre legato alle regole per cui il contratto è definito in relazione ad un preciso momento, ossia al momento in cui "chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte"[265] e, perciò non è tanto una relazione, quanto un accordo dai contenuti precisi e delimitati temporalmente.

Nel mondo di common law, nonostante le evidenti difficoltà di recepimento di questa teoria, la *relational contract theory* è stata considerata la più promettente base sulla quale costruire, più di quanto non sia già stato fatto, una giurisprudenza alternativa per quanto riguarda la spiegazione delle operazioni contrattuali che avvengono nella prassi, ora più che mai necessaria a seguito di quella "morte" del diritto contrattuale classico che altri hanno documentato[266].

---

[264] Ma l'immediata applicazione della *relational contract theory* nella pratica era forse al di là degli scopi prefissi dallo stesso Macneil. Cfr. I. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 Northwestern University Law Review, 1981, 277. Sul punto si veda anche W. C. Whitford, *Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship*, Wisconsin Law Review 1985, 551 il quale ammette come Macneil raramente abbia dichiarato specificatamente quali erano i suoi suggerimenti per il diritto positivo.

[265] Articolo 1326 codice civile.

[266] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 4. E' noto peraltro come in relazione a questa presunta "morte" del contratto denunciata da Gilmore, per il quale il diritto esistente all'epoca era da considerarsi come del tutto artificiale e ormai svincolato dalla prassi che appariva cambiare più rapidamente delle teorie contrattuali, egli stesso abbia identificato proprio Macaulay come il suo "*Lord High Executioner*". Il sito web della Wisconsin Law School del professor Macaulay, ossia l'altro studioso che si ritiene abbia influenzato la elaborazione della teoria relazionale, ha per anni riportato invece che egli declinava l'onore di essere considerato "*Lord High Executioner*" del contratto sostenendo invece che "*only [the] academic contract [is] dead while the real institution [is] alive and well*". Cfr. D. Campbell, *What Do We Mean by the Non-Use of Contract?* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 160. Per quanto riguarda Macneil, invece, egli a differenza di Gilmore non è mai giunto alla conclusione dell'inesistenza o irrilevanza del diritto contrattuale, il quale ha ancora ragione di esistere nel contesto delle relazioni sociali ma deve essere meglio compreso attraverso la *relational contract theory*. Egli così spiega la complessità degli scambi e l'esistenza di una pluralità di regole volte a disciplinare ciascuna tipologia: "*Is there such a thing as contracts? My*

2.1.5 Le diverse linee argomentative della *relational contract theory*

All'interno della letteratura sulla *relational contract theory*, è importante comprendere quali siano esattamente i suggerimenti che ne emergono. Mentre infatti è incontrovertibile e per lo più bene accetta la sua funzione di stemperare l'ideologia individualista propria del diritto classico e neoclassico e di smascherare l'artificiosa caratteristica per la quale il contratto sarebbe capace di "rendere presente" e includere ogni evento futuro incorporandolo nel testo contrattuale[267], appare meno accettabile la conseguente considerazione che il diritto contrattuale attualmente esistente debba subire radicali modifiche per poter recepire tali precetti. Da una parte, infatti, i sostenitori della teoria relazionale ritengono che sia necessario un nuovo paradigma contrattuale, dall'altra, i più tradizionalisti, non avvertono l'urgenza di modificare il diritto contrattuale esistente.

Tale dibattito, in cui è attivamente impegnata, anche di recente, la dottrina di common law, non manca di rilevare come la preoccupazione per un'eventuale tendenza relazionalista sia dovuta all'ampiezza delle implicazioni che essa sottende[268]. Coloro che non abbracciano la teoria relazionalista, più che opporsi ad essa, semplicemente riconoscono che seppure esistano contratti che possono dirsi "relazionali", tale caso non

---

friends teaching such courses as [Sales, Negotiable Instruments, Creditor's Rights, Labour Law, Corporations, Trade Regulations] delight in telling me there is no such thing as contracts. There are, they say, sales contracts, negotiable instruments, secured transactions and bankruptcy, collective bargaining agreements, insurance contracts, real estate transactions and a host of other contract-types […]. I almost came to believe them. But a personal vested economic interest in the existence of contracts-in-gross caused me to search further. Since you too share that vested interest you will be pleased to know that I have reached the conclusion that contract exists". I. Macneil, *Whither Contracts?* 21 Journal of Legal Education, 1969, 403. Sulla fallacità della previsione sulla c.d. "morte" del contratto, si veda anche la ricostruzione di D. Nolan, *The Classical Legacy and Modern English Contract Law*, 59 The Modern Law Review 1996, 603.

[267] Si tratta della caratteristica "*presentiation*" propria dei contratti isolati, ma che la dottrina attuale ritiene caratteristica di tutti i contratti, e di cui parla estensivamente Macneil. Sull'esatta definizione di questo fenomeno si veda I. Macneil, *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 *Virginia Law Review* 1974, 589 e *supra*.

[268] Gli ultimi contributi in materia, tutti recentissimi, sono ad esempio quelli di J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013; D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013; C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013; J. Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013.

deve essere assunto come paradigmatico e dunque emblematico del diritto contrattuale esistente e anzi, forse, che non si debba adottare alcun modello di contratto come paradigmatico per l'elaborazione di una teoria[269].

In primo luogo, una delle difficoltà nella comprensione delle reali implicazioni della teoria relazionale è che i contratti "istantanei" e quelli invece "relazionali" non siano perfettamente definibili, dato che la letteratura sulla *relational contract theory* non è omogenea[270]: la "relazionalità" di un contratto è allora questione di grado, per cui diversi contratti possono essere più o meno relazionali in diversa misura.

Sottolineando la difficoltà di definire il contratto relazionale, Kimel nota come non ci si possa accontentare di una definizione che semplicemente faccia riferimento ad un rapporto o ad una relazione tra le parti contraenti. In fondo, dice l'autore, qualsiasi interazione umana può essere descritta come una "relazione" di qualche sorta. Quello che conta, invece, è valutare se davvero un contratto di tipo relazionale è tale da essere in grado di creare obbligazioni (volte a definire le aspettative delle parti, facilitare la cooperazione, creare interdipendenza) che vanno oltre a quelle espressamente stabilite dalle parti.

Al contrario, il contratto "istantaneo" sarebbe invece quel contratto in cui i termini espressi rivestono un ruolo preciso e decisivo, ed è proprio tale proposizione ad essere avversata dai relazionalisti, i quali mantengono invece che una corretta interpretazione può solo essere quella "contestuale",

---

[269] D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 234.

[270] Kimel dice, giustamente, che la "*relationalist literature does not speak with one voice*". Cfr. D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 235. Spesso citata è la definizione di contratto relazionale data da Robert Gordon per cui il contratto relazionale sarebbe più simile ad un "matrimonio" che ad un affare effimero: "*parties [to relational contracts] treat their contracts more like marriages than like one night stands. […] the object of contracting is not .. to allocate risks, but to signify a commitment to co-operate. In bad times the parties are expected to lend one another mutual support, rather than standing on their rights; each will treat the other's insistence on literal performance as wilful obstructionism … and the sanction for egregiously bad behaviour is always … refusal to deal again*". Cfr. R. W. Gordon, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law*, Wisconsin Law Review 1985, 569. In ogni caso, è stato ribadito che gli stessi relazionalisti discordino su una definizione puntuale di contratto relazionale: cfr. R. E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 824 cit. anche in M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 57.

ossia quella che riconosce rilevanza alle "dimensioni implicite del contratto".

In secondo luogo, appare difficile comprendere quale tra le diverse linee argomentative della *relational contract theory* debba essere ritenuta come preponderante. Secondo l'attenta analisi di Kimel, infatti, tale teoria potrebbe assumere diversi significati: essa potrebbe, cioè 1. avere una valenza empirica, per cui si sottolinea che molti o la maggior parte dei contratti sono relazionali; 2. la teoria potrebbe essere empirica-dottrinale, volta cioè a sottolineare come il diritto contrattuale riconosca già fortemente la natura relazionale dei contratti; 3. essa potrebbe inoltre voler presentare un'argomentazione di tipo dottrinale- prescrittiva, per cui si ritiene che il diritto contrattuale debba essere riformato in modo da supportare più adeguatamente la natura relazionale dei contratti; 4. infine, l'argomentazione potrebbe essere di tipo teoretico-analitico, volto ad illustrare che il diritto contrattuale corrente manca di dare conto della vera natura (quella relazionale) dei contratti.

Secondo Kimel, il problema sta nel comprendere le reali implicazioni di ciascuna di queste quattro linee argomentative, se portate all'estremo. Il fenomeno del contratto relazionale, infatti, non è nuovo: il lavoro pionieristico di Macneil, in questo senso, è servito a sensibilizzare la maggior parte degli accademici, tanto che da più parti si è sostenuto che "siamo tutti relazionalisti ora"[271]. Il punto di partenza di tale opera è stato quello di considerare che determinate complesse relazioni contrattuali sono

[271] Cfr. Tale affermazione è stata fatta propria da diversi studiosi, come ad esempio R. E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Northwestern University Law Review, 852 il quale soffermandosi sull'opportunità di un diritto diverso da quello classico, così definisce i termini del dibattito attualmente in corso tra gli studiosi: "*[t]he debate that divides the academics who think about these questions is not over the nature of contract as an institution. We are all relationalists now. In that sense Macneil and Macaulay have swept the field. Contract, we now know, is complex and subjective and synthetic in every sense of those terms. The debate, rather, is over the proper nature of contract law. All contracts are relational, complex and subjective. But contract law, whether we like it or not, is none of those things. Contract law is formal, simple, and (returning to Macneil's terminology) classical.*". Sostiene che siamo tutti relazionalisti anche V. Goldberg, *Relational Contract* in P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londra, 1998, 289 e R. E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 Virginia Law Review 1992, 1200.

influenzate da norme di condotta che non sono state prese in considerazione dal diritto tradizionale[272].

Il rifiuto allora non è tanto riguardo all'esistenza di contratti relazionali, quanto più del fatto che debba esistere un "diritto" relazionale.

Le due linee argomentative basate su un approccio empirico appaiono tendenzialmente incontrovertibili. La visione empirica diviene invece più pericolosa nel momento in cui si vengono ad accettare affermazioni quali il fatto che "tutti i contratti sono relazionali", poiché si include così un concetto di relazione talmente vago da rendere l'intero dibattito poco interessante. Quanto alle linee argomentative di tipo dottrinale, invece, esse muovono dalla necessità di riforma del diritto attualmente esistente al fine di dare riconoscimento, e dare riconoscimento espressamente, alle "dimensioni implicite del contratto" e a quel "vero accordo" che contrasta con l' "accordo sulla carta"[273].

Tale ultimo intento della letteratura relazionale non è affatto facile da implementare né chiaramente comprensibile, poiché implica l'analisi delle esatte circostanze che possano essere prese in considerazione al di là dell'accordo formale, le tecniche interpretative necessarie, l'analisi del potenziale impatto che un tale ampliamento delle circostanze da tenere in considerazione potrebbe comportare sulle controversie in materia contrattuale e sulla facilità di conclusione degli accordi, e così via[274]. Per vero, secondo Kimel, seppure si debba addivenire ad un ampliamento delle tecniche interpretative del contratto attualmente esistenti e sia di per sé positivo il riconoscimento del fatto che determinate categorie di contratti richiedano un trattamento, per così dire, speciale, ciò non dimostrerebbe

[272] Cfr. D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 238.

[273] Si tratta del famoso contrasto tra "*real deal*" e "*paper deal*", tratto dal noto articolo di Stewart Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 Modern Law Review 2003, 44 e 102 in cui Macaulay scrive dell'esistenza di un testo da leggersi tra le righe di ciascun contratto, sottolineando che "*if we do not attempt to implement this implicit text, we are denying reasonable expectations*". La distinzione tra "*real*" e "*paper deals*" è poi divenuta nota ed ampiamente utilizzata dalla letteratura accademica successiva. Ad essa si farà riferimento, *infra*.

[274] Temi tutti che sono trattati nel volume intitolato appunto *Implicit Dimensions of Contract* a cura di D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, Oxford, 2003.

ancora la necessità di adottare un nuovo paradigma per il diritto dei contratti.

Anzi, l'ulteriore difficoltà attribuibile alla *relational contract theory* è che essa, volendo riconoscere tutti i contratti come relazionali, mancherebbe di dare autonomia concettuale a quella determinata categoria data dai contratti di durata, rischiando di portare alle estreme conseguenze le sue aspirazioni generaliste[275].

Ancora più fondamentale, è il fatto che che la teoria relazionale vorrebbe "imporre" determinate norme in modo da implementare la propensione delle parti di cooperare. Ciò dimostrerebbe, secondo Kimel, esattamente l'opposto di quello che la teoria si propone di promuovere: tale imposizione sarebbe infatti prova del fatto che queste norme, per così dire, di cooperazione, non verrebbero altrimenti adottate volontariamente dalle parti[276]. Mentre quindi è in generale da auspicare un rilassamento della tradizionale visione di common law basata sull'avversarietà delle parti al contratto, sull'inflessibile concetto di "*caveat emptor*", sulla riluttanza delle corti ad intromettersi nel testo concluso dai contraenti, dall'altra questo non significa che vi sia una sentita necessità di adottare un modello di diritto dei contratti totalmente differente. Seguendo la metafora per cui i contratti

[275] Non ha mancato di individuare tale difficoltà anche chi tra gli accademici nostrani si è occupato dello studio di questa teoria: cfr. M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 59 per il quale la teoria relazionale può avere effetti controproducenti se esasperata e, soprattutto, "*l'idea che il rapporto possa vivere al di fuori del contratto, benchè teoria sicuramente affascinante e ricca di implicazioni, non può essere accettata fino alle estreme conseguenze*". Occorre però anche precisare che non tutti i contratti relazionali sono contratti di durata. Sebbene questi ultimi presentino tutti dei fattori relazionali, proprio in virtù della prosecuzione nel tempo, non è vero il contrario, e cioè che tutti i contratti relazionali siano anche di durata, anche se i termini sono spesso usati con una certa ambiguità: "*there has been a tendency to equate the term "relational contract" with long-term contractual involvements*". Così C. J. Goetz – R. E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 Virginia Law Review 1981, 1089. Inoltre, sulla incapacità della teoria relazionale di fornire un'adeguata distinzione, dal punto di vista giuridico, dei contratti "relazionali" da quelli "isolati" di modo da poterne dedurre adeguate conseguenze sul piano operativo, cfr. M. A. Eisenberg, il quale sottolinea: "*[...] it is impossible to locate, in the relational contracts literature, a definition that adequately distinguishes relational and nonrelational contracts in a legally operational way – that is, in a way that carves out a set of special and well-specified relational contracts for treatment under a body of special and well-specified rules*". *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review 1999-2000, 813.

[276] D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 240.

relazionali sono come "matrimoni"[277], il diritto dovrebbe appunto astenersi dall'imporre norme volte a coltivare il sostegno, la fiducia, la cooperazione reciproca tra le parti. Esso deve fare, anzi, il contrario, poiché l'eteroimposizione di norme non farebbe che alterare inevitabilmente la natura stessa della relazione[278].

Un'altra critica, come si è visto, è la mancata elaborazione di una *legal doctrine* chiaramente ed immediatamente applicabile. Un conto, infatti, come sostiene Eisenberg, è porsi in netto contrasto con la teoria classica, presentando un insieme di principi totalmente opposti ad essa (la teoria relazionale è infatti aperta e induttiva, anziché deduttiva e assiomatica; è basata sul modello di parti in una relazione che ha la potenzialità di protrarsi nel tempo – pur sottolineando che l'elemento della durata non è essenziale a definire la categoria - anziché sul paradigma di due individui totalmente estranei e in grado di compiere scelte razionali in un mercato perfetto; è dinamica anziché statica). Un conto, invece, è riuscire, partendo da tali principi, a costruire un corpo di regole alternative in grado di formare un nuovo paradigma del diritto contrattuale[279].

---

[277] "*Partes [to relational contracts] treat their contracts more like marriages than like one night stands*". Come si è già ricordato la metafora è di R. W. Gordon, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law*, Wisconsin Law Review 1985, 569.

[278] D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 245. E' questo un tema centrale trattato dallo stesso autore nel volume *From Promise to Contract*, Oxford, 2003, in cui appunto egli sottolinea come le norme informali del diritto dei contratti sono quelle che emergono ed operano proprio per l'esistenza di un diritto formale. Sarebbe la presenza di quest'ultimo che permette alle parti di cooperare tra loro e allo stesso tempo mantenere il giusto distacco da ciascuno, senza dover dipendere dalla necessità di intrecciare tali relazioni. In un esempio, il fatto che un lavoratore abbia firmato un contratto che esplicitamente gli conferisce determinati diritti e doveri, permette a quest'ultimo di cooperare con i colleghi e superiori e stabilire anche rapporti interpersonali significativi, proprio perché non teme di dipendere dall'informale svolgersi della loro relazione. Il contrtto scritto, formale, espresso, rappresenterebbe quel nucleo distaccato (un "detached core", nelle parole di Kimel) dato da articolati diritti ed obbligazioni vincolanti, che permettono poi proprio lo sviluppo di comportamenti cooperativi che vanno al di là del testo. D. Kimel, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 247.

[279] M. A. Eisenberg, *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review 1999-2000, 812. Tale scetticismo è manifestato anche da McKendrick, il quale tuttavia riconosce i meriti della *relational theory* nell'aver posto in luce le manchevolezze del diritto classico. Riferendosi agli scritti di Macneil, egli sottolinea appunto che "*[t]here are signs that his analysis is beginning to have an influence here, although I personally am not convinced that there is a case for a separate category of relational contracts*". E. McKendrick, *English Contract Law: A Rich Past, an Uncertain Future?*, 50 (1) Current Legal Problems, 1997, 53.

Da un'analisi anche sommaria degli argomenti di Macneil, emerge come uno degli aspetti più caratteristici del diritto relazionale sia la sua enfasi sulla necessaria flessibilità nell'implementazione degli accordi. Sotto questo profilo, lo stesso studioso sottolinea come "*[t]he need for flexibility arises partly because of bounded rationality – the limits of the human mind to focus on available information*"[280]. Il problema è che, come è stato sottolineato, tale istanza rimane nella forma di un'esortazione, senza però che Macneil sia riuscito a dare forma ad una dottrina applicabile nel diritto dei contratti[281]. Esso potrebbe al più significare, per il diritto attuale, la necessità di tenere conto di una certa flessibilità nell'implementazione dell'accordo, data la consapevolezza che le parti sono necessariamente "limitate" nella loro conoscenza iniziale delle possibili insorgenze future che possono manifestarsi nel corso del rapporto.

Ciò che gli studiosi "scettici" verso la *relational theory* osservano, è che tale flessibilità è già nelle mani delle parti e quindi già riconosciuta nel diritto contrattuale classico. Le parti, infatti, hanno la possibilità, da un lato, di chiedere e concordare all'interno del contratto che i termini siano interpretati dalle corti in modo restrittivo e che ogni futura variazione sia concordata per iscritto, e, dall'altro, possono invece adottare una serie di meccanismi tali da permettere di incorporare tale voluta flessibilità: si pensi ad esempio alle clausole per l'adeguamento dei prezzi e alla nomina di un arbitratore in caso di controversia[282].

Tale capacità del diritto classico, da una parte, di includere alcuni principali suggerimenti della *relational contract theory* e, dall'altra, l'incapacità di quest'ultima di sostituire integralmente le regole fondanti il diritto attualmente esistente, ha reso scettici anche alcuni di coloro che inizialmente hanno abbracciato positivamente la teoria relazionale: nelle

[280] I. Macneil, *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980, 50.

[281] R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 137. Anzi, secondo quest'ultimo, il suggerimento di Macneil confliggerebbe con altre due delle sue "*common contract norms*" delineate nel suo libro *The New Social Contract*: "*implementing planning*", che si riferisce alla pianificazione delle parti del proprio accordo e "*effectuating consent*", riguardante la necessità che il diritto guardi al consenso che le parti hanno manifestato di ritenersi vincolate nell'intraprendere una relazione e nel proseguirla.

[282] Cfr. R. Austen-Baker, *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 137.

parole di Jay Feinman, infatti, "*[i]s it possible that relational contract theory can reshape the core of contract doctrine – the traditional doctrinal structure of rules and principles of formation, performance, etc? […] While […] I was once optimistic about the project, I now believe that the relational norms will not supplant the more familiar doctrines anytime soon […]*"[283].

Tuttavia, in contrasto con queste visioni critiche va pure sottolineato come il ruolo di una teoria non è necessariamente quello di fornire regole pratiche, quanto più di sfidare, e dunque fare riflettere, sul diritto attualmente esistente[284]. Il difetto allora della teoria relazionale, in questa prospettiva, non è tanto l'incapacità di predisporre ben definite regole applicabili, ma un altro aspetto ancora più fondamentale. La teoria, secondo Barnett, mancherebbe di tenere in debito conto quel principio di "*freedom from contract*" che sarebbe in grado di preservare dal rischio di ricercare il contratto anche laddove esso non si sarebbe concluso: vi sarebbe, cioè, il pericolo di dare corso a impegni che non debbono essere considerati vincolanti nonché, nel caso in cui invece il contratto si sia concluso, di imporre nuove obbligazioni che le parti non hanno previsto né sottoscritto[285].

Ecco che allora appare evidente una delle maggiori sfide poste dalla *relational contract theory* e che divide gli studiosi: ricercare il contratto dove esso ancora non esiste o "imporre" determinate nuove obbligazioni, significa conferire, in ultima analisi, un maggiore e più evidente potere ai giudici di riempire le lacune del testo, laddove esso non ha previsto le conseguenze di determinati eventi che si presentano con la prosecuzione della relazione. Mentre alcuni, come Eisenberg, ritengono che sarebbe positivo un ampliamento della doctrine sulle sopravvenienze ("c*hange of circumstances*") in common law, altri come McKendrick sono scettici,

[283] J. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 737.
[284] R. E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 Virginia Law Review 1992, 1179.
[285] E' questa una delle critiche, forse la più importante, mosse da R. E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 Virginia Law Review 1992, 1197 il quale appunto sottolinea la mancata elaborazione da parte di Macneil di una distinzione tra accordi "*enforceable*" e "*unenforceable*".

sostenendo che in realtà le parti si possono meglio tutelare inserendo volontariamente nel contratto previsioni specifiche[286].

Da queste riflessioni, sembra emergere con sicurezza che che per quanto soggetta a critiche, la teoria relazionale non sia priva di riflessioni originali e di contributi valevoli per la dottrina odierna. Si può infatti dire che, non fosse per altro che per l'attenzione che questa teoria ha continuato a suscitare, per generazioni, tra i giuristi, essa debba contenere un fondo di verità. Il suo principale lascito, ossia l'enfasi sul fatto che i contratti isolati e caratterizzati dal fenomeno di "presenziazione" non siano rappresentativi di tutti i possibili contratti esistenti ma costituiscano soltanto uno dei due poli che identifica l'ampio spettro che va fino ai contratti maggiormente relazionali, non è consapevolezza preesistente a tale teoria. Analogamente, il fatto che i contratti si inseriscano nell'ambito di relazioni più complesse, alle quali deve essere data attenzione, non era nozione ovvia né scontata prima di Macneil. Si è dovuto dunque assistere a notevoli sforzi, in relazione ai quali la *relational contract theory* ha certamente dato un valevole apporto, per ampliare la nozione classica di contratto e della sua interpretazione, rispetto a quanto inizialmente concepito dai giuristi[287].

2.2 I DIBATTITI ATTUALI: QUALE L'EREDITA' E LE PROSPETTIVE DELLA *RELATIONAL CONTRACT THEORY*

2.2.1 La divisione metodologica: lo sviluppo della "*Relational Law and Economics*" e del "*Sociological Relationalism*"

La *relational contract theory* ha avuto diverse evoluzioni, propugnate dagli studiosi che sono susseguiti ai suoi originari fondatori. Come esaminato da Scott, la dottrina successiva si è sviluppata in due separate e spesso opposte tradizioni giuridiche: da una parte, gli studiosi associati alla scuola della "*relational law and economics*", dall'altra quelli della cosiddetta "*law and*

[286] Su questo dibattito cfr. D. Nolan, *The Classical Legacy and Modern English Contract Law*, 59 The Modern Law Review 1996, 618.
[287] R. E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 Virginia Law Review 1992, 1200.

society"[288]. Per quanto imprecisa, perché soggetta naturalmente ad una semplificazione, la riconduzione entro queste due categorie permette di porre in luce alcune caratteristiche fondamentali del dibattito sorto all'indomani della nascita della teoria sui *relational contracts*.

Entrambe queste scuole, con visioni spesso opposte della dottrina contrattuale, conoscono esponenti i quali ritengono che l'altra scuola non possa, a buon diritto, ritenersi portatrice dei valori del diritto relazionale come originariamente concepito. L'ironia, continua Scott, sta nel fatto che queste scuole hanno in realtà molto più in comune l'una con l'altra rispetto alla tradizionale dottrina contrattuale classica[289]. Coloro che supportano la visione relazionale del contratto, infatti, a qualsiasi scuola appartengano, credono fondamentalmente che l'istituto del contratto può essere compreso solo osservando la "*law in action*" e, in particolare, esplorando l'interazione tra l'applicazione di sanzioni legali e la varietà invece di regole informali che disciplinano i rapporti.

In breve, la distinzione tra questi due indirizzi risiederebbe non solo nella diversa fonte di ispirazione su cui esse si fondano, ma anche nella diversità delle domande che si propongono di affrontare. Mentre la scuola della *relational law and economics* si è ispirata direttamente al famoso articolo "*Non-Contractual Relations*" di Macaulay, proseguendo ad esplorare i meccanismi che governano le relazioni contrattuali di lungo periodo e il modello prescelto per governare tali relazioni, l'indirizzo di *socio-relationalism* sarebbe stato ispirato più dalla generica affermazione dello stesso articolo per cui le relazioni contrattuali sono complesse, e come tali richiedono di fondarsi su norme di reciprocità e cooperazione, divenendo più fortemente influenzato dalle opere di Ian Macneil[290].

---

[288] R. E. Scott, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 105.

[289] R. E. Scott, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 107.

[290] R. E. Scott, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 114. Sostenitori dell'indirizzo di *relational law and economics* sono, ad esempio, V. Goldberg, *Regulation and Administering Contracts*, 7 Bell Journal of Economics 1976, 426; C. Goetz e lo stesso R. Scott, di cui cfr. *Principles of Relational Contracts* 67 Virginia Law Review 1981, 1089. D'altra parte, invece, gli studiosi

La *relational law and economics* ha descritto il problema introdotto da Macaulay in termini economici, presentandolo sostanzialmente come un problema di investimenti specifici asimmetrici, effettuati da una parte o dall'altra al contratto. Il problema da essi affrontato è quello di contratti di lungo periodo, nei quali il meccanismo di cooperazione continuo tra le parti viene spiegato sulla base della teoria dei giochi, per trarre la conclusione che anche in assenza di uno stato efficiente in grado di far rispettare il diritto dei contratti e di proprietà, le parti possono sviluppare efficaci meccanismi informali per proteggersi dalle occasioni di "appropriazione" nei rapporti di lungo periodo[291].

Questo filone è stato seguito, all'interno dell'opera dottrinaria americana, dagli studiosi Robert Scott e Alan Schwartz, i quali si sono concentrati sull'esame dei contratti di lunga durata e la loro necessaria incompletezza. I loro studi, nel solco della tradizione di *law and economics*, fanno riferimento a problemi molto precisi e impiegano un'analisi molto più ristretta rispetto all'elaborazione di Macneil ma, si ritiene, poiché essa è più congeniale alle nozioni prevalenti di istantaneità degli scambi e di individualismo come etica dominante, esse hanno generato maggiore attenzione accademica[292]. Secondo Macneil, infatti, la visione economica dell'individuo quale agente economico massimizzatore di profitto, che è il punto di partenza della scuola economica e che esemplifica il modello di agente nei contratti di tipo istantaneo, altro non sarebbe in fondo che una diversa versione di quel già noto individualismo proprio della teoria classica del contratto[293].

La *law and society*, attratta dalle descrizioni di Macneil, ha invece posto l'accento su altri aspetti della letteratura emersa sulla *relational contract*

---

appartenenti alla scuola di *socio-relationalism* sarebbero ad esempio R. Speidel, *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts*, 76 Northwestern University Law Review 1983, 369 e R. Hillman, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, Duke Law Journal 1987, 1.

[291] R. Cooter – U. Mattei – P. G. Monateri – R. Pardolesi – T. Ulen, *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006. Per una spiegazione della teoria dei giochi e in generale per una sintesi delle teorie di analisi economica sui rapporti contrattuali di lungo periodo, cfr. Capitolo I, par. 1.2.3.

[292] J. Feinman, *The reception of Ian Macneil's work on contract in the USA*, in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, London, 2001, 64.

[293] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 29.

theory, sottolineando come le relazioni di scambio, anche di lungo periodo, abbiano importanti scopi sociali e psicologici in aggiunta allo scopo più immediato di massimizzare il surplus economico per il tramite del contratto. Fu solo dopo Macneil che gli studiosi successivi si assunsero poi l'incarico di rispondere ad uno dei quesiti cardine della letteratura di Macaulay, ovvero quale sia il ruolo delle norme informali e delle sanzioni nel mantenere le relazioni contrattuali, e quale tipo di diritto contrattuale sarebbe stato maggiormente compatibile per il mantenimento di tali relazioni. Richard Speidel e Robert Hillman, ad esempio, posero in evidenza come i contratti relazionali tra parti commerciali necessitassero di una "*relational common law*"[294], criticata invece dagli economisti perché imprecisa e incapace di fornire una linea guida sicura nella risoluzione delle controversie interpretative[295].

Il contributo di entrambi questi filoni è importante per comprendere le reali implicazioni della *relational contract theory* e la sua eventuale rilevanza per il diritto contrattuale moderno. Ciò che qui preme sottolineare, anche in virtù delle possibili ripercussioni sulla pratica delle corti di common law, è il maggiore punto di contrasto tra le due scuole di pensiero.

E' stato infatti sottolineato come un rilevante discostamento tra i sostenitori della scuola di *law and society* e quella legata alla *economic analysis of the law* ha riguardato in primo luogo l'adesione all'interpretazione contrattuale come testuale o contestuale. Tale punto è

---

[294] R. Speidel, *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts,* 76 Northwestern University Law Review 1983, 369; R. Hillman, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, Duke Law Journal 1987, 1; R. Speidel, *The New Spirit of Contract*, 2 Journal of Law and Commerce 1982, 193; E. Leib, *Contract and Friendship*, 59 Emory Law Journal 2010, 649. Il compito di una più specifica elaborazione del diritto contrattuale più adatto al mantenimento delle relazioni di lungo periodo è stato affidato agli studiosi successivi, se è vero che Macneil stesso sottolineò come il suo scopo fosse quello di insegnare come capire le relazioni contrattuali piuttosto che offrire argomentazioni sull'esatta forma che doveva assumere il contratto relazionale, tanto che Scott ha messo in luce il carattere più che altro pionieristico di tali sue teorie. Cfr. R. E. Scott, *The Promise and the Peril of Relational Contract Theory* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 115.

[295] Si veda R. Posner, il quale critica la teoria macnelliana per la sua inaccuratezza: "*I do not think*", sostiene l'autore, "*Professor Macneil [is] a reliable guide to the nature and problems of modern American contract law*". Cfr. R. Posner, *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*, 149 Journal of Institutional and Theoretical Economics, 73 n. 20 cit. in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 31.

davvero vitale anche con riferimento ad una maggiore o minore adesione alla teoria relazionale e rappresenta comunque un nodo cruciale anche per la pratica, se è vero che le controversie interpretative rappresentano la più ampia fonte di processi su contratti commerciali[296]. Da una parte, infatti, gli economisti difendono la tradizione e l'approccio assunto dalla maggior parte delle corti di common law, storicamente restia ad introdurre elementi contestuali all'interno dell'interpretazione del contratto, per quanto questo orientamento sia in fase di sviluppo[297].

Negli Stati Uniti, la corte che risponde emblematicamente a questo approccio interpretativo tradizionalista è la corte di New York dove vi è l'uso di una versione "forte" della *parol evidence rule*[298] e della presunzione per cui i "quattro angoli" del contratto[299] contengono l'intero accordo. Le parti al contratto, secondo questo orientamento, non solo preferiscono che le corti non introducano elementi estranei all'interno del contratto nella loro attività interpretativa, ma prediligono l'assunzione di maggiori costi nella fase di negoziazione e scrittura della bozza di contratto *ex ante*, che non sostenere i costi *ex post* derivanti dal momento dell'adempimento contrattuale.

Dall'altra parte dello spettro si collocano i sostenitori dell'approccio più contestuale all'interpretazione. Coloro che appartengono alla scuola della

---

[296] R. E. Scott, *The Promise and Peril of Relational Contract Theory*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 119. D. Dilts, *Of Words and Contracts: Arbitration and Lexicology*, Dispute Resolution Journal 2005, 40.

[297] Con riferimento, almeno all'Inghilterra, si veda il caso *Yam Seng Pte Limited v International Trade Corp Limited* [2013] EWHC 111 (QB), sul quale si tratterà più diffusamente *infra*. E' bene precisare che i neoformalisti associati alla law and economics, dunque, non sono "inventori" di un approccio testuale o letterale, che è proprio della stessa tradizione inglese. Essi giustificano, in termini economici, la maggiore efficienza di questo approccio rispetto a quello contestuale. Cfr. R. E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 851 ed E. Posner, *A Theory of Contract Under Conditions of Radical Judicial Error*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 749 e la spiegazione sulla visione neoformalista in J. E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 Fordham L. Rev. 20002, 871.

[298] Cfr. M. Chen-Wishart, *Contract Law*, 2012, 369; R. Stone, *The Modern Law of Contract*, 2009, 258; R. Posner, *The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation*, 146 University of Pennsylvania Law Review, 1998, 533 e sempre dello stesso autore, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 229, 2004.

[299] Ossia la regola per cui il testo del contratto non può essere integrato da alcun termine ulteriore esterno ad esso. Per una spiegazione di questo principio, cfr. G. M. Duhl, *Conscious Ambiguity: Slaying Cerberus in the Interpretation of Contractual Inconsistencies*, 71 University of Pittsburgh Law Review 2010, 77.

law and society, ritengono che l'interpretazione formale esclude determinate categorie di elementi estrinseci, che invece contengono informazioni potenzialmente rilevanti senza le quali la comprensione delle corti sul reale accordo è necessariamente distorta. Una corte che maggiormente utilizza questo approccio è quella dello Stato della California, che quindi predilige una versione più attenuata della *parol evidence rule*. Per queste corti, esiste dunque solo una presunzione relativa del fatto che il contratto contenga tutto il testo dell'accordo[300].

In maniera molto persuasiva, Scott evidenzia che il problema nella scelta tra questi due tipi di approcci, agli antipodi tra le possibili varietà di combinazioni, sta nel fatto che quando una corte decide di adottare un approccio contestuale piuttosto che testuale, lo fa applicando tale scelta di *default* a tutti i tipi contrattuali, così che per le parti non diviene agevole poter escludere il proprio contratto dalla modalità interpretativa prescelta[301].

Tale perplessità è stata affrontata anche da Macaulay, il quale si è soffermato ad evidenziare quali potevano essere i costi e benefici (il "*trade-off*") tra un approccio testuale o contestuale all'interpretazione[302], ossia tra una visione più concentrata sul testo ed una più incline a prendere in considerazione il contesto, tra la prospettiva *ex ante* e quella *ex post*, formale e informale. La visione intermedia, dunque, è quella di optare per l'approccio che meglio è in grado di condurre ad una risoluzione della controversia, riconoscendo l'applicazione di diverse regole a seconda dei casi[303].

---

[300] Sull'esistenza di questi due diversi orientamenti, cfr. L. Bernstein, *An (Un)common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of the CESL*, Common Market Law Review (in corso di pubblicazione), University of Chicago Institute for Law and Economics Olin Research Paper No. 606, 26 maggio 2012, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2067196.

[301] R. E. Scott, *The Promise and Peril of Relational Contract Theory*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 121.

[302] S. Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 Modern Law Review 2003, 44: "*There will be costs and benefits flowing from focusing on the paper deal and from focusing on the real deal*".

[303] La posizione di Macaulay, contraria ad un diritto unico dei contratti, è efficacemente riassunta da D. Campbell, *What Do We Mean by the Non-Use of Contract?* in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 177. Da ultimo e in contrasto con quest'ultima posizione, invece, la tesi sostenuta da Gilson, Sabel e Scott per cui è possibile unire elementi formali e informali all'interno dei meccanismi di contrattazione, così ricorrendo ad un diritto unico

La sua conclusione fu che i sostenitori della scuola della *law and economics* potevano avere ragione in alcuni casi, quelli della *law and society* in altri. Un'unica modalità di interpretazione del contratto, insomma, non sarebbe necessariamente utilizzabile in ogni e qualsiasi tipo di relazione, per cui nella scelta tra quale approccio favorire in ogni data situazione, il principio orientatore deve essere dato dalla scelta di quello fra i due che maggiormente incoraggia la risoluzione delle controversie. In alcuni casi, infatti, è necessaria l'individuazione di regole chiare e precise, come ad esempio nei contratti per i consumatori[304]. In altre, invece, è necessario fare ricorso a diverse modalità interpretative per favorire le ragionevoli aspettative, ad esempio, dei contraenti commerciali[305].

Nell'esame di quello che è dunque il fulcro del contrasto tra i due filoni della *relational contract theory*, ossia l'accoglimento di una interpretazione testuale o contestuale del contratto, è importante tenere conto della visione tanto dei giuseconomisti quanto dell'orientamento più vicino a Macneil, pur nella consapevolezza che tali orientamenti sono tutt'altro che omogenei al loro interno[306], impiegano terminologie non coincidenti[307] e, soprattutto, partono da due visioni totalmente opposte[308]. Le teorie giuseconomiche,

---

in grado di disciplinare tutti i contratti. Cfr. R. J. Gilson – C. F. Sabel – R. E. Scott, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, 110 Columbia Law Review, 2010, 1377 e *infra*.

[304] Nei contratti per i consumatori, infatti, "*clear rules might cut the costs of consumers seeking remedies*": S. Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 The Modern Law Review, 2003, 64.

[305] S. Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 Modern Law Review 2003, 45, il quale sostiene appunto che esistono costi e benefici da tenere in considerazione con riguardo ad entrambi questi approcci.

[306] M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 369.

[307] I giuseconomisti infatti talora impiegano l'espressione di "contratto incompleto" come sinonimo di "contratto relazionale" e, ancora, ritengono il "contratto relazionale" come equivalente del "contratto di durata". In realtà, mentre i contratti di durata riflettono sicuramente elementi relazionali, la categoria dei contratti relazionali è più ampia e non coincidente con quelli che, con espressione di sintesi, sono definiti contratti di durata. Cfr. sull'esatta distinzione terminologica M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 144.

[308] Si veda in proposito anche S. Mouzas – K. Blois, *Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions*, Paper presented at 24th Conference, Uppsala, Sweden, 2008 nel quale si dà conto di come i giuseconomisti trattino l'argomento sotto la prospettiva dello studio dei "contratti incompleti", mentre per Macneil tale nozione non esiste, essendo il contratto in grado di "autocompletarsi" nel tempo, proprio facendo riferimento alla relazione intercorsa tra le parti.

infatti, sono criticate dai relazionalisti perché basate su una prospettiva individualistica, di massimizzazione del benessere, che prende ad esempio transazioni ipotetiche che si instaurano e si svolgono, idealmente, in assenza di costi transattivi. Tali situazioni sono artificiali, secondo i relazionalisti, quanto artificiali e rari sono gli scambi di tipo istantaneo o isolato. E allora la critica mossa alle teorie giuseconomiche non può che essere netta, almeno sino a che esse non riconoscano l'inevitabilità dei costi transattivi, l'impossibilità di tradurre le scelte individuali in termini razionali, ed infine che nei contratti c.d. relazionali i valori da tenere in considerazione sono necessariamente diversi, basandosi sulla cooperazione, anziché sull'ottica individualista, e ponendosi come obiettivo l'ottenimento di risultati ulteriori rispetto alla sola massimizzazione del profitto[309].

In effetti, le posizioni dei due filoni si instaurano in quello che è stato definito un "apparente paradosso"[310]: gli elementi che per i giuseconomisti sono considerati costi transattivi, nella prospettiva relazionale rappresentano in realtà proprio quelle componenti che rendono socialmente possibile lo scambio[311]. In linea con quanto sostenuto da Macneil, infatti, si potrebbe dire che lo scambio realizzatosi in assenza di attriti sarebbe uno scambio che avviene in una sorta di "vuoto sociale" che prescinde da tutta una serie di elementi quali la valutazione della qualità soggettiva delle parti, la dimensione temporale, i fattori che sono considerati essenziali per creare un comune sistema di interazione tra le parti (ad esempio, il sistema

[309] E' questo uno dei punti di più difficile accettazione della letteratura di Macneil: il fatto che egli sostenga che le parti ad un contratto relazionale perseguano una pluralità di scopi oltre alla massimizzazione del profitto. Data la genericità di tale osservazione di sapore sociologico, le prove che egli fornisce a tal proposito non sono inconfutabili, e sono necessariamente influenzate dal suo punto di vista quale osservatore, per cui, come sostiene Whitford, è difficile distinguere ciò che è realmente da ciò che Macneil vuole farci apparire come vero: cfr. W. C. Whitford, *Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship*, Wisconsin Law Review 1985, 558. Tuttavia, lo stesso autore rileva pure come in assenza di un lavoro altrettanto profondo per confutare la tesi di Macneil, le sue osservazioni devono essere considerate seriamente.

[310] M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 155.

[311] Per la verità è bene specificare che gli stessi proponenti della law and economics si rendono conto della impossibiità di un modello basato sull'assenza di costi transattivi. Coase stesso sostiene che la sua opera sia stata citata, ma per lo più incompresa, poiché, per dirla alla Morgan "*studying a world without transaction costs is no more realistic than studying mechanics without friction*". Cfr. R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law and Economics 1964, 1 e il commento di J. Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013, 51.

monetario, la lingua impiegata, ecc.). L'importanza della dimensione contestuale non solo per l'interpretazione del contratto, ma anche per la sua stessa esistenza, è dunque il punto che merita maggiore attenzione della *relational contract theory*.

2.2.2 Visione formalista e contestuale nel diritto di common law: l'essenza del dibattito

Il dibattito che qui ci si accinge ad esaminare riguarda il significato dell'attività interpretativa sotto un profilo testuale e contestuale. La discussione prescinde dalla preferenza per l'uno o per l'altro approccio secondo i canoni "classici" o secondo la sua versione "neoformalista". In altre parole, seppure l'approccio letterale alla interpretazione del contratto è profondamente insito nella tradizione giuridica inglese, il suo effetto non è diverso da quanto proposto dai neoformalisti vicini alla *law and economics*, i quali giustificano in termini efficientistici la preferenza per regole di default volte a restringere l'interpretazione al testo scritto[312]. Per l'approccio testuale, l'interpretazione viene condotta sulla base del presupposto che il contratto è in gran parte autosufficiente, e può essere interpretato senza ricorso ad elementi esterni. Tale approccio richiama le classiche regole di common law della "*four corners rule*" e della "*parol evidence rule*". L'interpretazione contestuale, invece, che segna una tappa nell'evoluzione dell'attuale diritto contrattuale di common law, è quella che, in termini generali, ritiene necessaria l'introduzione di ulteriore materiale oltre al testo del contratto per scoprire la vera essenza dell'accordo intercorso tra le parti[313].

---

[312] Come sostiene allora J. E. Murray, nonostante l'affermazione per cui anche i neoformalisti sarebbero anch'essi "*relationalists*" non è persuasiva, poiché tanto per la visione formalista propria del diciannovesimo secolo quanto per quella neoformalista si traduce nel richiedere alle corti di rispettare il significato letterale ed esplicito del testo contrattuale. Cfr. J. E. Murray Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 Fordham LR 2002, 890 il quale inoltre aggiunge in nota: "*[i]t seems unnecessary to refer to this school as "neoformalism" nothwithstanding differences between their rationale and the underlying philosophy of classical formalism. The results are essentially identical. Thus, the terms "formalist" and "neoformalist" are used interchangeably*".

[313] Cfr. C. Mitchell, *Interpretation of Contracts*, Londra e New York, 2007, 4, la quale autrice inoltre sottolinea come il termine "contestuale" sia usato da diversi autori in maniera diversa e possa anche assumere il significato di interpretazione contestuale dei termini di un contratto, in opposizione ad una interpretazione letterale.

Il contrasto può dirsi allora essere tra la tradizionale, limitata, letterale interpretazione testuale e la moderna, ampia, interpretazione contestuale. E' chiaro che in entrambi i casi si tratta di estremi e che in realtà esiste uno spettro di possibili approcci cui le corti possono ricorrere nella loro attività interpretativa, prendendo in considerazione sia il testo contrattuale sia il contesto in cui esso sorge[314]. La necessità di preservare un certo grado di certezza nelle operazioni commerciali, ad esempio, può spingere i giudici a mantenere l'interpretazione il più letterale possibile, mentre altri contratti possono richiedere direttamente o indirettamente un'interpretazione più ampia.

E' stato sottolineato come la scelta tra l'uno o l'altro di questi due approcci debba necessariamente prendere in considerazione i diversi costi e benefici che essi presentano: la visione più formalista, infatti, può massimizzare la certezza contrattuale ma sacrificare la reale intenzione delle parti, mentre quella contestuale tende a guardare al reale intento dei contraenti al costo però di essere maggiormente soggetto a risultati imprevedibili, dettati dalle corti. L'approccio formale può permettere di evitare i costi di una controversia giudiziale, poiché le parti sono chiamate a determinare *ex ante* il contenuto preciso del loro contratto, ma per questo motivo comporta maggiori costi nella fase di negoziazione e redazione di un contratto completo.

I formalisti solitamente giustificano il loro approccio restrittivo verso l'interpretazione sostenendo che se le parti avessero voluto optare per l'inclusione di elementi ulteriori, lo avrebbero fatto espressamente. Essi sostengono che la strategia migliore dinanzi ad un contratto incompleto è quello di rinunciare ad ogni forma di integrazione e rimettersi ad una interpretazione letterale: così facendo, infatti, si potrebbe elevare la qualità delle interpretazioni fornite dai giudici, poiché si creerebbe un corretto incentivo per le parti di redigere contratti completi, mentre il mancato

[314] J. Morgan, *Contract Law – Great Debates*, Basingstoke e New York, 2012, 105.

rispetto di norme di tipo relazionale, secondo la terminologia di Macneil, verrebbe lasciato ad un sistema di sanzioni a livello sociale[315].

Il problema, come è stato puntualmente notato, è che spesso le parti credono fermamente di aver usato un linguaggio che non dà adito a dubbi, mentre solo quando insorge la controversia emerge l'ambiguità dei termini scelti[316]. Per questo, i sostenitori della visione contestualista ritengono che la risoluzione delle controversie debba meno seguire un percorso di *legal reasoning* tradizionale, ma assomigliare molto più ad una presa di decisioni basate su questioni di *policy*, in cui si presume l'esistenza di un impegno tra le parti assunto in spirito di cooperazione più che di competizione[317].

Anche se gli accademici tanto dell'orientamento di *law and economics* quanto della scuola di *law and society* non possono dirsi avere posizioni univoche al loro interno, si può generalmente sostenere che i primi siano promotori di una interpretazione testuale del contratto, mentre i secondi, che pure differiscono tra loro circa la comprensione delle esatte implicazioni della *relational contract theory*, sono per lo più concordi nel ritenere che si debba assumere un approccio contestuale nell'interpretazione del contratto.

La scuola di *law and economics*, al cui interno sono identificabili diversi filoni[318], è composta da studiosi quali Lisa Bernstein, Alan Schwartz, Robert Scott e Eric Posner che hanno difeso il formalismo e sottolineato, per il tramite della metodologia propria dell'analisi economica del diritto, l'importanza di metodi formali per l'interpretazione, in modo da implementare l'efficienza, prevedibilità, e giustizia procedurale delle decisioni[319]. Tale scuola ha esaminato gli incentivi e disincentivi che influenzano le scelte degli individui considerati quali agenti razionali, in

[315] Così Granieri, riportando il pensiero soprattutto di R. E. Scott. Si veda M. Granieri, *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 385.

[316] J. P. Kostritsky, *Contract Interpretation: Judicial Role Not Parties' Choice*, in L. A. DiMatteo – Q. Zhou – S. Saintier – K. Rowley, *Commercial Contract Law – Transatlantic Perspectives*, New York, 2013.

[317] C. Mitchell, *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 695.

[318] Per una ricostruzione dei diversi orientamenti all'interno della scuola di *law and economics*, si veda l'utile riassunto di B. H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Londra, 2012, 205.

[319] R. E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Northwestern University Law Review, 1999-2000, 847.

modo da valutare quale sia la soluzione più efficiente da adottare *ex ante* invece che concentrarsi su quelle regole che, *ex post*, possono determinare l'esito migliore di una controversia già iniziata[320].

Alcune linee evolutive della *law and economics* hanno dimostrato, similmente a quanto riportato da Macaulay e da Macneil, che le parti ad un contratto spesso interagiscono tra loro sulla base di norme che non corrispondono a quelle delineate dal diritto contrattuale classico. In questa prospettiva, è sicuramente interessante l'opera di Lisa Bernstein, la quale attraverso studi empirici ha dimostrato come in determinati settori vi sia un allontanamento dall'uso delle *legal rules* proprie del diritto vigente, in favore di un sistema di norme interne, proprie del settore di impresa interessato, che predilige l'ampio ricorso ad arbitrati condotti da specialisti del settore, piuttosto che tendere alla risoluzione delle controversie per il tramite del sistema giurisdizionale tradizionale[321].

Lo stesso lavoro della Bernstein dimostra anche come vi sia un certo rifiuto o antipatia tra gli imprenditori per l'impiego di formule e standard troppo ampi come quelli adottati dal Uniform Commercial Code (UCC)[322], ove è stabilito che i contratti debbano incorporare norme derivanti dalla pratica e dagli usi[323], anziché ricorrere al semplice significato testuale del testo.

In particolare, la Bernstein ha posto in evidenza un'importante distinzione tra le norme che vengono utilizzate nel corso della relazione (cd. *relationship preserving norms*) e quelle che invece assumono importanza nel momento in cui la relazione entra in crisi e le parti si trovano ad affrontare una controversia (cd. *endgame norms*). Mentre durante il corso della relazione le parti saranno più inclini a mantenere valori quali la flessiblità nel tentativo di tenere in vita il rapporto, una volta insorta la

[320] B. H. Bix, *The Role of Contract: Stewart Macaulay's Lessons from Practice*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 246.
[321] L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 Journal of Legal Studies 1992, 115.
[322] In particolare, l'articolo 2 del UCC è stato definito da uno studioso come "*the avatar of contemporary anti-formalism*": A. W. Katz, *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation*, 104 Columbia Law Review, 2004, 498.
[323] Si tratta degli articoli 2-202 e 2-208 del UCC ove si rinvia alle norme derivanti da "*course of performance, course of dealing, trade usage*".

controversia esse insisteranno più decisamente sull'ottenimento dei loro diritti così come sanciti nel contratto, ricorrendo alle corti perché diano ad essi tutela. Similmente, un altro studioso, Hugh Collins, ritiene che esistano diversi sistemi normativi: esiste il sistema di "*business*", relativo all'affare che le parti vogliono porre in essere; quello "economico" che esprime il significato, appunto, economico della relazione, ed infine quello "legale" come insieme di norme che disciplinano il contratto scritto. Mentre nel corso della relazione prevarranno le norme derivanti sia dal contratto sia dai reciproci intendimenti e accordi tra le parti (il sistema di "*business*" che esse hanno inteso), il contratto formale viene invece ad assumere un ruolo preponderante nel momento in cui il rapporto tra le parti è giunto al termine ed esse quindi si trovano a discutere una controversia. Poiché sono relativamente rari i casi che finiscono davanti alle corti, non è comunque da sovrastimare l'importanza da assegnare al contratto scritto rispetto alla totalità della relazione[324].

Come dovrebbe essere evidente a questo punto, è chiaro che lo stesso riconoscimento da parte di questi studiosi dell'esistenza di diversi piani o sistemi normativi che disciplinino la relazione, deve moltissimo all'opera pionieristica di Macneil. La sua enfasi infatti sulla complessità delle relazioni e l'importanza di non sovrastimare il ruolo dell'accordo scritto a discapito della dimensione economica e sociale dello scambio ha certamente dato impulso a questo dibattito.

Tuttavia, il contributo di Macneil risulta talora complesso proprio perché egli non ha del tutto rigettato la posizione sostenuta dai formalisti. Egli ha infatti riconosciuto come le parti siano libere di decidere nel proprio contratto di valorizzare le norme "isolate" riferentesi al fenomeno di presenziazione e pianificazione, a scapito di quelle relazionali, in modo da creare esse stesse fittiziamente un contratto isolato. Il contratto isolato dunque può divenire uno strumento scelto appositamente dalle parti impegnate in una relazione complessa per la disciplina del loro rapporto,

[324] C. Mitchell, *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 678.

mentre la valorizzazione del carattere relazionale del contratto diviene la regola di *default* in assenza di una esplicita scelta contraria[325].

E' dunque nella scelta di quale debba essere la regola di *default* che consiste la vera differenza di pensiero tra formalisti e contestualisti, fra scuola di analisi economica e di *law and society*. Per i primi, in assenza di una scelta contraria l'approccio predefinito dovrebbe essere quello testuale. Questo permetterebbe alle parti di poter includere nel loro contratto la possibilità di ricorrere ad una dimensione interpretativa contestuale nella misura realmente voluta e ritenuta maggiormente efficiente, escludendo il rischio di fare troppo affidamento su corti che possono non comprendere il reale contenuto commerciale dell'accordo[326].

2.2.3 Il bilanciamento tra le posizioni formalista e contestualista

Una posizione intermedia nel contrasto tra formalisti e contestualisti è assunta da coloro che ritengono che né il puro formalismo né l'approccio contestuale possano essere una soluzione praticabile. Mentre il primo tende

---

[325] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 154.

[326] Così, R. E. Scott, il quale sostiene che in questo modo si può maggiormente rispettare la volontà delle parti: "*Then a generalist court's role would simply be to follow the parties' instructions*". Si veda il già più volte citato *The Promise and Peril of Relational Contract Theory*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 127. Al contrario, "*if contextualism is the only interpretative style, it necessarily disadvantages all those commercial parties who would have excluded self-guided judicial recourse to context, or would have instrumentally braided text and context as they – and not a reviewing court – thought most efficient*". Lo stesso autore poi critica duramente la scelta compiuta da Llewellyn nel Uniform Commercial Code di non istituire corti specializzate: in questo modo, si sarebbe addivenuti alla peggiore di tutte le possibili ipotesi, ossia un approccio contestualista, coniugato a corti generaliste e non specializzate in materia commerciale. Il ruolo delle corti, e la fiducia nel fatto che esse abbiano una buona competenza nella comprensione dei rapporti commerciali tra le parti, è allora davvero il punto di svolta del contrasto tra formalisti e contestualisti. Il primo approccio è infatti tanto più giustificabile quanto più impreparati siano i giudici nel comprendere il contesto commerciale di un contratto: cfr. R. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 229, 2004, 34 il quale a conclusione della sua valutazione sull'approccio preferibile così scrive: "*[a]ll this assumes that the judges have some minimum competence in understanding commercial dealings, and the assumption is not always justified; when it is not, literalism may be a superior approach after all*". Con riferimento poi ai giudici europei, è interessante la considerazione dell'autore circa la potenziale minore preparazione di questi ultimi rispetto ai giudici angloamericani: "*Formalism may be the correct approach not only when the judges are of dubious competence or honesty, […] but also when, as in the European judiciaries […] they are career judges with, therefore, less real-world experience than English and American judges, who generally become judges only after a career in practice.*".

a omettere elementi essenziali nella interpretazione del rapporto contrattuale e a riconoscere erroneamente i termini del contratto come autoesplicativi, il secondo approccio sarebbe meno prevedibile nei suoi risultati e, nella sua versione estrema, implicherebbe l'abbandono del testo contrattuale come punto di riferimento per l'attività interpretativa[327]. L'approccio testuale, implicando una precisa redazione del testo contrattuale, accresce i costi *ex ante*, mentre l'utilizzo di espressioni e standard vaghi cui sopperirebbe una interpretazione contestuale accresce quelli *ex post*. Inoltre, l'approccio contestuale non è di per sé in grado di determinare "quale" contesto sia ammissibile nell'interpretazione[328].

Il bilanciamento tra la redazione di testi contrattuali più o meno precisi, e la correlativa scelta tra una interpretazione testuale o contestuale, dipenderebbe quindi dal grado di incertezza esistente al momento della conclusione del contratto. Secondo Scott, il ricorso alla dimensione contestuale diminuirebbe quanto più diminuisce l'incertezza circa i termini dell'accordo commerciale che le parti intendono stipulare, e sarebbe meno ricorrente tra le parti più sofisticate, le quali preferiscono sostenere maggiori costi di redazione *ex ante* anziché di risoluzione di controversie *ex post*[329].

Il dibattito in esame è stato inoltre qualificato da Adams e Brownsword come la tensione, che attualmente vivrebbe il mondo di common law, tra due diverse e antitetiche filosofie: da una parte, l'approccio formalista, che si concentra sulla esatta applicazione delle regole e, dall'altra, l'approccio

---

[327] La posizione è sostenuta soprattutto da Cfr. C. Mitchell, *Interpretation of Contracts*, Londra e New York, 2007, 125 cit. in J. Morgan, *Contract Law – Great Debates*, Basingstoke e New York, 2012, 94.

[328] Come è stato sottolineato, infatti, il contesto non è meno equivoco del contratto stesso e quindi si tratta di stabilire quali elementi di esso siano rilevanti ed in che modo vadano interpretati. "*Context*", sostiene Catherine Mitchell, "i*s no more determinate and unequivocal than language*". C. Mitchell, *Interpretation of Contracts*, Londra e New York, 2007, 68.

[329] R. E. Scott, *The Promise and Peril of Relational Contract Theory*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 128. Lo stesso autore, nella sua propensione a prediligere un diritto contrattuale formale anzichè contestuale, sostiene che "*all contracts are relational, complex and subjective. But contract law, whether we like it or not, is none of these things. Contract law is formal, simple, and … classical*". R. E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 847 cit. in. C. Mitchell, *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 678.

realista, maggiormente orientato invece alla realizzazione del risultato finale[330]. Tra questi due opposti, il ruolo delle corti secondo i due studiosi diviene essenziale nel dettare le future linee evolutive dell'attività interpretativa, poiché mentre si potranno avere giudici più strettamente propensi ad aderire alla regola scritta e a dichiarare l'esistenza di un contratto solo sulla base di requisiti formali a spese della giustizia o della convenienza in ambito commerciale, altri, quali ad esempio Lord Denning, saranno fortemente realisti e sostenitori del pensiero per cui è possibile discostarsi dai precedenti giurisprudenziali alla ricerca del vero intento che anima i contraenti.

Tali opposti orientamenti sarebbero poi a loro volta un riflesso, secondo quanto spiegano Adams e Brownsword, delle due diverse ideologie liberale e interventista. Per il pensiero liberale, il contratto è un mezzo per facilitare la competizione e gli scambi, per cui sono richieste regole contrattuali certe e sicurezza delle operazioni commerciali: nella sua versione più estrema, è al pensiero liberale che sono attribuibili le ben note nozioni del diritto contrattuale classico di "*freedom of contract*" e "*sanctity of contract*". All'opposto invece, la tendenza interventista delle corti avrebbe condotto a prediligere la ragionevolezza ed equità delle contrattazioni, traducendosi nel diritto attuale nell'elaborazione del complesso di norme che formano la tutela del consumatore e, in genere, in tutti i principi volti alla tutela del contraente debole[331].

In effetti, mentre negli Stati Uniti il riconoscimento della dimensione contestuale è stato guidato dal pensiero realista prima ed è sfociato poi nella redazione del Uniform Commercial Code[332], in Inghilterra tale fenomeno è stato guidato principalmente dall'opera dei giudici e in particolare dall'opera giurisprudenziale di Lord Hoffmann, la cui elaborazione di precisi canoni per l'interpretazione del contratto ha mirato soprattutto a

[330] J. Adams – R. Brownsword, *Understanding Contract Law*, Londra, 2007, 185.
[331] J. Adams – R. Brownsword, *Understanding Contract Law*, Londra, 2007, 36 ss.
[332] R. E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review, 1999-2000, 825. A sostegno del fatto che Macaulay prima e dunque anche Macneil siano stati debitori del pensiero dei realisti americani, da Oliver Wendell Holmes Jr a Karl Llewellyn, cfr. B. H. Bix, *The Role of Contract: Stewart Macaulay's Lessons from Practice*, in in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 241.

riconoscere il vitale collegamento tra ogni scambio isolato tra le parti e il contesto dal quale esso emerge, con la ribadita esclusione di ogni elemento derivante dalle negoziazioni che precedono la formazione del contratto[333].

L'attuale regola di d*efault* in Inghilterra è dunque data dall'approccio contestuale. Il punto di svolta rispetto al pregresso favore verso una interpretazione testuale è stato segnato dall'intervento di Lord Hoffmann nel famoso caso di *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*[334] in cui egli ha sostenuto che l'interpretazione non può prescindere dalla "*matrix of facts*" che circondano il contratto e che include tutti gli elementi, ad eccezione delle negoziazioni, che permettono di accertare il significato del documento ad una persona ragionevole che abbia tutte le informazioni sul contesto che ragionevolmente erano a disposizione delle parti. Tale orientamento, allora, cristallizza quello che è un percorso già intrapreso da tempo, volto a temperare il classico approccio formalista e letterale all'interpretazione[335].

Rispetto all'attuale principio di legge, non sono mancate le voci contrarie di molti altri giudici i quali ritengono che il pericolo da

---

[333] Cfr. *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] 1 AC 1101 nel quale si conferma la posizione assunta da Lord Hoffmann in *West Bromwich ("ICS")*. Tale esclusione delle negoziazioni tra gli elementi interpretativi del contratto è stata criticata soprattutto da McMeel, *Prior Negotiations and Subsequent Conduct – The Next Step Forward for Contractual Interpretation?* 119 Law Quarterly Review, 2003, 272, il quale sostiene che essa non sarebbe coerente rispetto all'intera "filosofia" portata avanti dal caso ICS di considerare nell'interpretazione tutti gli elementi contestualmente rilevanti e impedirebbe ai giudici di fare riferimento a significati che sono magari stati effettivamente oggetto di discussione tra le parti. Per un'efficace analisi del tema e dei casi menzionati si veda J. Morgan, *Contract Law – Great Debates*, Basingstoke e New York, 2012, 90.

[334] [1998] 1 WLR 896, 912. Per un'analisi, in lingua italiana, del caso si veda F. Viglione, *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, Riv. Dir. Civ., 2008, suppl. I, 157.

[335] Come ha sostenuto infatti Wightman, il caso di *Investors Compensation Scheme* non era il primo in cui i giudici hanno riconosciuto l'importanza della dimensione contestuale nell'interpretazione del contratto: già in *Prenn v Simmonds* [1971] 1 WLR 1381, 1883, ad esempio, Lord Wilberforce ha sottolineato come "*the time has long past when agreements, even those under seal, were isolated from the matrix of facts in which they were set and interpreted purely on internal linguistic considerations*". La novità introdotta da Lord Hoffmann, allora, non è tanto quella di aver rilevato l'importanza del contesto in casi eccezionali, ove il significato letterale non è sufficiente ad orientare l'attività interpretativa, ma il fatto che l'interpretazione deve sempre essere inerentemente contestuale. Cfr. J. Wightman, *Contract in a Pre-Realist World: Professor Macaulay, Lord Hoffmann and the Rise of Context in the English Law of Contract*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 384.

scongiurare sia quello che le corti riscrivano il contratto per le parti[336]. Sono inoltre scettici verso tale approccio anche i pratici del diritto, i quali segnalano come non sempre le corti siano in grado di capire il "senso commerciale" di una data operazione, mentre invece gli accademici hanno per lo più accolto di buon grado la nuova impostazione introdotta con il caso *Investors Compensation Scheme*[337]. Dato quindi il generale riconoscimento dell'importanza della dimensione contestuale del contratto tanto nel diritto inglese quanto in quello statunitense, sia pure con diversi gradi e sfaccettature, il vero fulcro del dibattito si è concentrato a questo punto, nel mondo di common law, sull'esatta delimitazione degli elementi esterni che possono essere presi in considerazione.

2.2.4 La posizione della *relational contract theory*

I recenti sviluppi apportati da Lord Hoffmann hanno in un certo senso portato alla elaborazione di principi che possono avere quale effetto il fatto di avvicinare il diritto ad alcune delle principali istanze della teoria relazionale[338]. Data questa più recente evoluzione, diviene doverosa però una precisazione rispetto alla posizione assunta dalla *relational contract theory*.

Mentre, come detto, l'attuale diritto contrattuale di common law si interroga sul grado di rilevanza del contesto nell'interpretazione

[336] Si veda in questo senso la dissenting opinion di Lord Lloyd nel già citato caso di *Investors Compensation Scheme ("ICS")* e il commento di Neuberger, per cui le corti non devono riscrivere il testo contrattuale "*merely because its terms seem somewhat unexpected, a little unreasonable, or not commercially very wise*". Cfr. J. Morgan, *Contract Law – Great Debates*, Basingstoke e New York, 2012, 94.

[337] Sono interessanti e degne di nota le considerazioni che Morgan riporta di un partner dello studio Norton Rose di Londra, il quale a seguito di un incontro organizzato con l'Università di Oxford ha ribadito la pericolosità di affidare lo strumento interpretativo contestuale nelle mani di giudici che non hanno esperienza pratica del contesto commerciale in cui i contratti sono conclusi. "*In Calnan's view*", riporta infatti l'autore, "*a broad contextual approach makes it difficult to draft contracts and to advise clients. It increases complexity, cost and time taken in litigation. He fears the international esteem of English commercial law might be impaired*". Cfr. R. Calnan, *Construction of Commercial Contract: A Practitioner's Perspective*, in A. Burrows – E. Peel, *Contract Terms*, Oxford, 2007, 18 cit. in J. Morgan, *Contract Law – Great Debates*, Basingstoke e New York, 2012, 95.

[338] E' quanto sostiene J. Wightman, *Contract in a Pre-Realist World: Professor Macaulay, Lord Hoffmann and the Rise of Context in the English Law of Contract*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 383.

dell'accordo scritto concluso tra le parti, tale discussione non riflette precisamente gli intenti della teoria relazionale. Quest'ultima, invero, parte da una prospettiva parzialmente diversa: essa non solo riconosce, come si è visto, che ogni operazione è immersa in relazioni complesse, ma postula anche che l'operazione stessa non possa affatto essere compresa sino a che non vengono comprese tali relazioni. A differenza del diritto neoclassico, dunque, per la teoria relazionale l'interpretazione dell'operazione contrattuale deve basarsi, *contemporaneamente*, sulla comprensione dell'accordo concluso e delle relazioni in cui esso è immerso[339].

Come spiega bene Speidel, mentre ad esempio in un contratto di lavoro il diritto contrattuale moderno ritiene che l'accordo concluso tra il lavoratore e il datore di lavoro sia indipendente dal contesto a meno che non sia data prova che esso debba essere integrato da norme e pratiche derivanti dal contesto, secondo la *relational theory*, il contratto deve essere considerato come parte integrante di quella "*social matrix*" nella quale è inserito, così da divenire uno (e non necessariamente, diremmo noi, il più importante) dei diversi elementi da tenere in considerazione, a meno che l'indipendenza del contratto stesso (e quindi il suo carattere isolato) non sia stato fermamente stabilito dai contraenti. In altre parole, l'accordo non può essere compreso se non viene compresa, allo stesso tempo, l'*intera* relazione di cui esso è manifestazione[340].

Tale diversità deve essere tenuta ben presente, perché essa significa che per quanto il diritto contrattuale moderno sia aperto ad una lettura "contestuale" e non meramente letterale del contratto, essa non abbraccia comunque quella visione estrema di Macneil, forse non traducibile in un sistema di regole positive, per cui l'accordo e la relazione avrebbero, contemporaneamente, il medesimo valore[341].

---

[339] I. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Northwestern University Law Review, 199-2000, 877.

[340] R. E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review, 1999-2000, 826.

[341] E' interessante citare l'opera di un autore, il quale ha cercato di focalizzare l'attenzione sulla rilevanza pratica della teoria di Macneil con specifico riferimento agli appalti edilizi. Mentre, egli sostiene, "*the significance of relational theory to contract law scholarship and teaching cannot be overstated*", d'altra parte invece "*its significance to the practice of law can easily be misstated*". In altre parole, pur riconoscendo che molto del lavoro degli avvocati di questo settore è dato dalla gestione delle relazioni tra una pluralità di operatori

Inoltre, con riferimento alla problematica riguardante la tipologia di elementi contestuali che devono essere presi in considerazione nell'interpretazione dell'accordo, il diritto neoclassico fa riferimento a elementi esterni alla relazione contrattuale come ad esempio gli usi commerciali, il comportamento ragionevole e il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto. Per Macneil, invece, vengono in rilievo non solo questi elementi, ma anche le cd. norme interne alla relazione, anche se non chiaramente espresse nell'accordo. Così, ad esempio, assumono importanza quelle norme che egli ha identificato come necessarie per la stessa prosecuzione del rapporto, come la solidarietà, la reciprocità, l'integrità del ruolo e tutte quelle che scaturiscono naturalmente nel tempo e che sono volte a sostenere la cooperazione e la conservazione della relazione[342].

Un'altra importante considerazione riguarda la qualificazione stessa del tema dell'interpretazione e/o della integrazione[343] del contratto secondo la *relational contract theory*. In effetti, se davvero si volesse seguire la più

(si pensi ai committenti, appaltatori, fornitori, ingegneri, ecc.), non si può negare l'importanza centrale assunta dalle clausole del contratto, la cui efficace redazione rimane compito precipuo dei giuristi, a prescindere da ogni norma relazionale. Cfr. C. J. Circo, *The Evolving Role of Relational Contract in Construction Law*, 32 Constr. Law 2012, 16. Si veda anche, con riferimento alla qualificazione dei contratti di lavoro come relazionali, l'opera di D. Brodie, *Common Law Remedies and Relational Contracting: McNeil v Aberdeen CC (No.2) [2013] CSIH 102*, 43/2 Industrial Law Journal, 2014, 170.

[342] R. E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review, 1999-2000, 827. Sull'importanza di queste norme e il pericolo di continuare a ritenere il contratto come frutto di una etica avversaria si veda anche lo studio di F. Block, *Relational Work and the Law: Recapturing the Legal Realist Critique of Market Fundamentalism*, 40 Journal of Law and Society, 2013, 27 il quale critica la visione per cui le transazioni economiche siano prive di ogni riferimento a principi e valori fondamentali. Lo stesso Adams Smith, scrive l'autore, il quale è citato dai teorici del mercato libero ha anche pubblicato nel 1759 il meno noto "*The Theory of Moral Sentiments*" enfatizzando la necessità di principi morali come base per ogni attività di mercato.

[343] Il diritto di common law distingue l'attività di interpretazione ("*intepretation*") da quella di "*construction*": la prima si limita a stabilire il significato di un termine così come espresso nel testo del contratto, mentre la "*construction*" è riferibile alla determinazione delle obbligazioni delle parti, ossia degli "effetti giuridici" che scaturiscono da quel determinato significato stabilito. Cfr. C. Mitchell, *Interpretation of Contracts*, Londra e New York, 2007, 26 e per quanto riguarda il procedimento di "*construction*", più recentemente, J. W. Carter, *The Construction of Commercial Contracts*, Oxford, 2013. Si fa riferimento qui congiuntamente alle operazioni qualificabili come "integrazione" ed "interpretazione" del contratto sulla base della riflessione, puntualmente riportata da R. Posner, per cui questi due processi sono spesso sovrapponibili, se è vero che un caso di "integrazione" può consistere anche nella necessità non di introdurre un termine omesso ma di dare un nuovo significato ad un termine presente ma poco chiaro: cfr. R. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 229, 2004, 12.

rigorosa logica della teoria relazionale, non si mancherebbe di considerare come il problema dell'integrazione del contratto, vuoi tramite la scoperta di termini impliciti, vuoi tramite l'interpretazione di quelli esistenti e la conseguente scelta degli effetti legali che ad essi conseguono, non è in realtà che un problema minore, poiché, come si è visto, secondo i relazionalisti il rapporto si autocompleta nel corso della sua prosecuzione.

Per quanto quindi non manchino sostanziali differenze tra la posizione contestualista secondo il diritto neoclassico e l'originaria concezione della teoria relazionale, l'apertura verso una dimensione contestuale è comunque uno dei punti di maggiore convergenza e forse una delle eredità attuali della teoria, anche se non è possibile tracciare una diretta influenza di quest'ultima sul diritto applicato. Seppure non diretto o esclusivo frutto della teoria relazionale, dunque, il rilievo assunto dalla dimensione contestuale e in particolare dal contesto commerciale nell'interpretazione dell'accordo tra le parti rimane conquista recente della moderna *law of contract* e tale da essere riconosciuto, a buon diritto, come uno dei temi più importanti per il diritto attuale[344].

2.2.5 Il graduale superamento della distinzione tra il "*real*" e il "*paper deal*"

Al di là dei suggerimenti circa le migliori tecniche interpretative da adottarsi da ogni sistema giuridico, ciò che emerge dalla lettura dei contributi di quel filone di accademici appartenenti alla *law and society* è che esistano due incompatibili mondi tra ciò che è il contratto e ciò che invece è la vera essenza dell'accordo, dell'affare o dell'operazione commerciale che le parti perseguono. A tale intuizione segue il suggerimento per cui in generale la *law of contract* può essere migliorata se

[344] Il tema dell'interpretazione dei contratti commerciali dovrebbe allora, secondo gli auspici di un giudice della Court of Appeal inglese, trovare più ampia considerazione nei corsi di giurisprudenza delle università inglesi: "*For anyone who intends to practice commercial law, the interpretation of contracts is a topic of vital importance*" (mentre altri istituti e argomenti tipici della *law of contract* come la stessa formazione del contratto, la *misrepresentation*, la *privity* hanno un impatto minimo nella pratica). Così Sir Christopher Staughton, *How Do the Courts Interpret Commercial Contracts*, 58 Cambridge Law Journal 1999, 303 cit. anche in J. Morgan, *Contract Law – Great Debates*, Basingstoke e New York, 2012, 89.

maggiore enfasi viene posta alla scoperta di questo "vero" affare, ossia quello realmente concepito dalle parti e che dà conto dei fini economici e commerciali che essi perseguono, anziché concentrarsi sulla artificiale elaborazione dei contratti secondo il diritto classico[345].

La distinzione tra l'accordo ("*the real deal*") e il contratto scritto ("*the paper deal*") ha origine da un articolo di Macaulay e diverrà poi espressione utilizzata da diversi studiosi per spiegare il contrasto esistente tra quanto scritto e quanto veramente inteso come "sostanza" dell'accordo dalle parti[346]. Essa a sua volta echeggia, pur riguardando un diverso tema, quella terminologia usata da Llewellyn per distinguere le vere regole ("*real rules*") utilizzate dai giudici nel loro procedimento logico e quelle regole scritte ("*paper rules*") che sono le regole che invece essi citano esplicitamente, ma che si ha l'impressione non vengano seguite alla lettera nel raggiungimento del risultato finale della controversia[347].

Come si può intuire dal titolo, il fulcro dell'articolo di Macaulay consiste nella considerazione per cui il contratto spesso non contiene tutti i termini che le parti intendono veramente includervi poiché esisterebbero una serie di accordi impliciti ("*tacit assumptions*") che ne sono esclusi. Se si vuole che le corti includano le aspettative delle parti, sia quelle espresse che quelle implicite, è necessario allora affermare che il diritto contrattuale è fondato su *standard* e regole di principio anziché su norme chiare e precise[348]. Tale riforma del diritto contrattuale, mirante soprattutto a guardare oltre al testo scritto, sarebbe di fondamentale importanza perché, come sottolinea Palay, quando le parti intendono stabilire rapporti

[345] E' questo il tema di cui si è occupata, soprattutto, Catherine Mitchell in *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 675.
[346] Il titolo del contributo di S. Macaulay è *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules* 66 Modern Law Review 2003, 44.
[347] K. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, 30 Columbia Law Review 1930, 431 cit. in B. H. Bix, *The Role of Contract: Stewart Macaulay's Lessons from Practice*, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 247.
[348] S. Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 Modern Law Review 2003, 44.

contrattuali stabili, essi non sono particolarmente preoccupati dei termini iniziali[349].

Tale suggerimento deve molto ai primi studi empirici di Macaulay, Beale e Dugdale sul non-uso dello strumento contrattuale nel corso delle relazioni e per la risoluzione delle controversie che da esso insorgono. Esso non è stato del tutto ignorato nemmeno dalle corti, come dimostra il caso *Balmoral Group Ltd v Borealis (UK) Ltd*[350] concernente la supposta mancanza di qualità di un prodotto rispetto ai termini del contratto, in cui il giudice dà conto dell'esistenza di due paralleli universi: da una parte, quello "reale" in cui le parti hanno operato sino al momento dell'insorgenza della disputa, e dall'altra, invece, quello "artificiale" prontamente portato alla loro attenzione da parte degli avvocati solo dopo che la controversia è insorta[351].

L'originaria posizione accademica volta a contrastare il contratto scritto con il "vero accordo" concluso dalle parti è stata però superata, più di recente, dal riconoscimento del fatto che i contratti formali non fungono necessariamente solo da strumenti artificiali. Vi possono essere, infatti, una varietà di ragioni per le quali le parti desiderano consapevolmente formalizzare la propria relazione e tendere alla loro interpretazione in ottica antagonistica anziché cooperativa.

Analogamente a quanto sostenuto da Macneil per cui l'uomo è, allo stesso tempo, una creatura interamente egoista e sociale, poiché antepone gli interessi dei propri simili ai propri nello stesso tempo in cui mette i

---

[349] T.M. Palay, *A Contract Does Not a Contract Make*, Wisconsin Law Review, 1985, 561 come citato in S. Macaulay, ibid, 44: "*looking beyond the [written] contract is important because parties who have, or anticipate, strong relational ties with their contracting opposites are not particularly worried about initial terms of agreement*".

[350] [2006] EWHC 1900 [339].

[351] Si intrattiene sul caso proprio C. Mitchell, *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 675 riportando una frase sostenuta dall'avvocato difensore di parte attrice e citata dal giudice Cristopher Clarke J: "*there were, in effect two parallel universes: the "real world" in which the parties moved and had their being, and an artificial world created for them by their lawyers when, but only when, a dispute arose. In the real world, as he submits, none of the individuals who were doing business with each other on behalf of Balmoral and Borealis paid any attention to the terms and conditions that the lawyers had drafted for them. […] It was only when the lawyers came on the scene that the parties were transposed to an artificial world where reliance was placed on standard terms […]*". *Balmoral Group Ltd v Borealis (UK) Ltd* [2006] EWHC 1900 [339].

propri interessi sopra a quelli di tutti[352], anche l'etica che domina il contratto non è unica. Di conseguenza, si potrebbe dire, nessun contratto è interamente animato solo da uno o dall'altro di questi valori, per cui le relazioni sono il frutto sia dell'operare del contratto, sia, allo stesso tempo, della fiducia che viene reciprocamente a crearsi tra le parti[353].

Se dunque l'accordo scritto non è un impedimento verso la reale comprensione della volontà delle parti, tanto il contratto formale, quanto le norme relazionali devono essere analizzate come fenomeni integrati. Come sostenuto da Catherine Mitchell, infatti, il diritto contrattuale non è necessariamente destinato ad essere migliorato se gli operatori riconoscono l'esistenza di un accordo "autentico" che deve essere scoperto e ricercato andando al di là dei documenti formali e per il tramite delle norme relazionali[354]. Tale netta distinzione è spesso difficile da compiersi, per cui l'attenzione deve essere posta, piuttosto, su quale metodo di interpretazione è maggiormente in grado di riconoscere e integrare allo stesso tempo i contratti formali e le norme relazionali[355].

La ricerca di un metodo interpretativo per l'unificazione di questi due "mondi" che hanno, in effetti, funzione complementare, trova analogia con il tema dell'unificazione delle norme formali e informali per la regolamentazione delle relazioni contrattuali. Tale tema è stato affrontato,

---

[352] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 153.

[353] C. Mitchell, *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 679.

[354] C. Mitchell, *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 675. Da ultimo, la stessa autrice ha affrontato nuovamente il tema, sottolineando come l'identificazione quali fenomeni integrati e non antitetici di forma e sostanza, *real* e *paper deal*, accordo scritto e reale tra le parti, può ridurre la dualità esistente tra norme formali e norme relazionali, introducendo entrambe quali strumenti propri del modo di ragionare dei giudici e così attenuando quel percepito conflitto tra i due mondi. In breve, la possibilità di esplorare più apertamente le motivazioni, le circostanze e considerazioni che hanno portato le parti a concludere un determinato testo contrattuale, così come propugnato da Macneil, può portare ad un più preciso risultato nella risoluzione delle loro controversie e all'attenuazione di quel sentimento per cui essi hanno sottoscritto un documento "lontano" dal loro accordo: secodo la Mitchell, infatti, "*[t]his may eventually lead to commercial parties not feeling that they had to engage with a separate and remote legal world, and often failing in their attempts. It is perhaps awareness of these conflicts, and how they are encouraged and even created by the law, that is the legacy of Macneil's relational theory*". C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 197.

[355] R. J. Gilson – C. F. Sabel – R. E. Scott, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, 110 Columbia Law Review, 2010, 1377.

in particolare, nell'ambito dei contratti di innovazione, in cui le parti sono impegnate in una contrattazione che si estende per un periodo di tempo lungo, nella ricerca di un prodotto nuovo che potrebbe non venire mai realizzato.Questi contratti, infatti, sono volti alla creazione di prodotti innovativi, tecnologici o sperimentali ed in essi è necessario far fronte al problema di motivare investimenti in imprese congiunte anche se il risultato finale non è facilmente individuabile a priori. Gilson, Sabel e Scott hanno analizzato dettagliatamente il tema, arrivando a concludere che in questi casi, data l'incertezza del risultato finale dell'impresa che le parti intendono intraprendere, non vi è la possibilità di effettuare un *trade-off* tra i costi di contrattazione *ex ante* e i costi dati dai punti lasciati aperti *ex post*. In questi casi, ciò che viene suggerito è dunque l'intreccio di elementi formali e informali[356].

In particolare, lo studio condotto dai professori della Columbia University ha sottolineato che nella prassi le parti rispondono alla crescente incertezza nell'esito dei loro affari mediante la combinazione di meccanismi di contrattazione formale e informale, in un "intreccio" che permette di verificare ad ogni stadio la capacità e predisposizione dell'altra parte a rispondere in maniera cooperativa a circostanze inaspettate. In diversi settori quindi (specie nell'ambito delle collaborazioni volte alla creazione di nuovi prodotti ad esempio nel settore farmaceutico o in ambito tecnologico), l'operatività di un vero e proprio contratto non elimina o riduce il funzionamento di metodi informali. Nei casi in cui le parti non sono in grado di prevedere *ex ante* i risultati dei loro sforzi congiunti o l'oggetto prodotto dall'attività intrapresa, esse preferiranno predisporre una disciplina dei propri reciproci rapporti in grado di intrecciare elementi provenienti dalla contrattazione formale e informale. Si utilizzerà dunque un contratto informale per coprire i termini sostanziali dell'adempimento richiesto, con la previsione di un procedimento strutturato per la verifica dei diversi stadi di avanzamento della contrattazione, la specificazione di obblighi di informazione e la risoluzione delle difficoltà emergenti, e un

[356] R.J. Gilson - C.F. Sabel - R.E. Scott, *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, 110 Colum. L. Rev. 2010, 1377.

contratto formale munito di alcuni rimedi legali per quanto concerne invece la distribuzione e commercializzazione del prodotto finale.

L'originaria tendenza alla distinzione tra accordi informali e contratti scritti, tra "*real*" e "*paper deals*", rievoca dunque il dibattito tra formalisti e contestualisti. Mentre autori come Corbin, Traynor, Gilmore e Macneil sostengono la dimensione contestualista sottolineando la necessità di un approccio che guardi alla "sostanza" dell'accordo, altri autori come Williston e Hand ritengono d'altra parte che troppa enfasi per la sostanza a discapito della forma rischia di attribuire troppo potere agli interpreti e quindi in ultima analisi ai giudici, privando invece le parti della possibilità di spiegare, attraverso il contratto formale, la vera essenza del loro "*deal*"[357]. Secondo Katz, poi, non deve sottovalutarsi la capacità delle parti stesse di tutelarsi di fronte alla applicazione di regole interpretative e standard troppo ampi. L'utilizzo diffuso di *merger clauses* ed *entire agreeement clauses*, che mirano ad escludere le trattative o la condotta successiva delle parti dal materiale ermeneutico utilizzabile in sede di interpretazione del contratto, sono testimonianza della possibilità per le parti di limitare l'ingerenza successiva dei giudici nella comprensione dell'accordo da essi concluso[358].

2.2.6 Cenni alla rilevanza del tema in ottica europeo-continentale

[357] Dà conto di questo dibattito A. W. Katz, *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation*, 104 Columbia Law Review, 2004, 501.

[358] Si tratta di clausole ampiamente utilizzate nel diritto dei contratti angloamericano. Cfr. A. Burrows, *A Casebook on Contracts*, 3 ed., Oxford e Portland, 2011, 231. Laddove i contratti sono considerati esaurienti, infatti, le parti dichiarano espressamente che il contratto finale è l'unico documento vincolante in quanto frutto del loro effettivo e definitivo accordo, senza che debbano considerarsi elementi esterni ed ulteriori come le pregresse puntuazioni o gli accordi già intervenuti. E' anche per questo motivo che i contratti, nei sistemi di common law, sono tendenzialmente voluminosi, composti da numerose pagine ed allegati, in cui le parti specificano dettagliatamente il loro accordo. Essi sono contratti, per così dire, a vocazione definitoria, nel senso che tendono a contenere puntuali spiegazioni e definizioni di termini, espressioni e clausole. Tale tendenza non manca di essere recepita anche nel nostro sistema, specie nelle grande operazioni a carattere transnazionale, pur in assenza di quel sostrato di tecniche interpretative e di redazione proprie del diritto anglosassone che giustificano lì, e non da noi, una tale ampia verbalizzazione. Sulle *merger clauses*, in italiano, si legga E. Betto, *Mind the gap – Battle of forms, entire agreement e no-waiver clauses in Inghilterra: alcune recenti lezioni*, Diritto del commercio internazionale, 2011, 609 e F. Mazza, *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, IV, Tomo II *Clausole abusive*, in P. Cendon, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2001, 737.

E' importante a questo punto rilevare come il tema in esame non sia di esclusivo interesse del mondo di common law. In relazione al processo di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, ad esempio, non sono mancati studiosi i quali hanno condotto studi empirici per verificare quale regola di *default* gli uomini di affari percepiscano essere la migliore, ossia se essi preferiscano un diritto improntato sul formalismo o su di una visione contestuale. Più precisamente, nello studio di Stefan Vogenauer e Stephen Weatherhill è stato chiesto agli intervistati di individuare le caratteristiche che influenzano la loro scelta del diritto contrattuale che deve governare i loro accordi: mentre molti hanno risposto che il diritto contrattuale deve "promuovere gli scambi, essere prevedibile e giusto", un numero più ristretto ha ritenuto importante che il diritto fosse "flessibile, breve e conciso"[359]. Il risultato è stato dunque l'ottenimento di risposte discordanti, tra chi preferisce la flessibilità e chi la prevedibilità, e ciò non dovrebbe sorprendere, come sottolinea Catherine Mitchell, data la diversità dei contraenti stessi e delle condizioni in cui essi concludono i loro accordi commerciali[360].

Altrettanto interessante, seppure più datata, è la ricerca condotta da Arrighetti, Bachmann e Deakin sul ruolo del diritto contrattuale nello sviluppo della cooperazione e della fiducia tra imprese contraenti[361]. Le interviste condotte in specfiche industrie in Inghilterra, Italia e Germania hanno portato a constatare come solo poche imprese abbiano dichiarato di fare scarso uso dello strumento contrattuale, preferendo accordi informali, lettere di intenti e "*gentlemen's agreements*", mentre la maggior parte ha

[359] Cfr. S. Vogenauer – S. Weatherhill, *The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – An Empirical Contribution to the Debate*, in *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, 2006, 105 (a cura di) S. Vogenauer – S. Weatherhill. Le esatte percentuali per ciascuna risposta su quale debba essere lo scopo del diritto contrattuale scelto dalle parti sono: "*Enable trade: 87%, predictable: 79%, fair: 78%, flexible: 66%, short and concise: 61%, prescriptive: 39%, other: 12%*". Per una riflessione e aanalisi di tale ricerca si veda anche C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 40.

[360] C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 40.

[361] A. Arrighetti – B. Bachmann – S. Deakin, *Contract Law, Social Norms and Inter-firm Co-operation*, 21 Cambridge Journal of Economics 1997, 171. Per uno studio empirico sull'utilizzo di meccanismi formali e informali di contrattazione e di sanzioni nel contratto di *franchising*, si veda A. B. Badawi, *Relational Governance and Contract Damages: Evidence from Franchising*, 7 J. Empirical Legal Studies 2010, 743.

ritenuto che il contratto sia un importante mezzo attraverso il quale chiarire i termini dell'accordo intercorso ed evitare future controversie. Al contrario di Macaulay, dunque, questi studiosi hanno posto in luce come l'affidamento allo strumento formale del contratto fosse compatibile con una certa riluttanza verso la risoluzione delle controversie per il tramite delle corti e con lo sviluppo della fiducia e cooperazione tra le parti. Nella loro ricerca, gli studiosi hanno anche efficacemente analizzato la diversità stessa dei principi fondanti il diritto contrattuale italiano e tedesco, in opposizione a quello inglese, ove già formalmente è possibile rilevare una maggiore enfasi sul valore della cooperazione rispetto a quanto avviene in common law[362].

Nel nostro ordinamento, ad esempio, è certo che il diritto contrattuale non ha avuto storicamente quei limiti così forti e quel così alto formalismo che hanno fatto in modo che scaturissero letture alternative del contratto e diverse prospettive per attenuare la rigidità delle norme. Forse il motivo principale per cui da noi non è sorta alcuna riflessione simile a quella di Macneil, è perché il nostro codice civile e il nostro diritto contrattuale è già pregno di alcuni dei principi fondamentali proposti dalla teoria relazionale. Si pensi all'articolo 1175, che impone al debitore e creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza; si pensi alla gerarchia delle regole sull'interpretazione del contratto, che porta a prediligere, laddove accertabile, una interpretazione soggettiva che dia rilievo alla comune intenzione delle parti; o al fatto che da noi sia accettato che,

[362] L'analisi dunque si riflette sulla diversa concezione in questi sistemi del principio di buona fede che, come riportano gli studiosi, nel diritto tedesco è espresso dall'articolo 242 BGB e nel nostro ordinamento è un appannaggio di quella solidarietà sociale contenuta dalla stessa Costituzione all'articolo 2. La clausola di buona fede, concludono Arrighetti, Bachmann e Deakin, svolgerebbe un ruolo di ponte in questi ordinamenti tra il diritto formale e le norme informali: "*A key feature of the concept of good faith is its use as a bridge between formal contract doctrine and informal norms and standards in the commercial community. […]*". Tale diversità di sistema si riflette anche nel diverso ruolo che le norme informali e le pratiche commerciali rivestono all'interno di questi ordinamenti: "*This effect of mutual reinforcement between formal and informal norms has lent a degree of stability to industry-level norms which is lacking in Britain […]. In Italy, notions of good faith are important at the level of legal doctrine as they are in Germany, in contrast to Britain. However, the perceived inefficiency of the court system and the weakness of intermediate institutions such as trade associations appears to have contributed to a low degree of juridification of social relations, so that the impact of legal concepts on commercial practice is slight compared to Germany*". A. Arrighetti – B. Bachmann – S. Deakin, *Contract Law, Social Norms and Inter-firm Co-operation*, 21 Cambridge Journal of Economics 1997, 180.

nell'adempimento delle obbligazioni, alla prestazione principale si accompagnano una serie di altri doveri "di rispetto, di protezione, di informazione, di custodia e di collaborazione assai svariati, e tanto più frequenti e intensi quando il rapporto abbia uno svolgimento nel tempo"[363].

Sotto altro profilo, non meno importante nel diritto nostrano è anche la tradizionale accettazione dei fenomeni di contratti associativi, riferibili sia a forme già da tempo disciplinate (associazioni e comitati, società, consorzi e cooperative) sia ai più recenti sviluppi dati dai contratti di rete, in cui risulta evidente come l'oggetto precipuo del contratto sia quello della collaborazione produttiva: le imprese, allora, compiono qui "investimenti specifici che, nell'organizzazione industriale, tendono verso la cooperazione, abbandonando l'opportunismo del profitto singolo"[364]. Qui, la stessa definizione di "affare" appare ampliare la rigida nozione per cui esso si deve riferire ad un momento preciso e ben determinato, dando invece spazio ad una nozione più ampia, propria di un'operazione che non si esaurisce in un unico atto negoziale ma che è soggetta ad essere riqualificata nel tempo[365]. E' evidente allora come la prassi abbia contribuito a predisporre modelli contrattuali che incentivino la cooperazione, piuttosto che il concetto di contrattazione antagonista.

Tutte queste constatazioni, rispetto al nostro diritto, permettono di rilevare che seppure un ordinamento giuridico può aprirsi alla esigenza di supportare il fenomeno di contrattazioni relazionali, non vi è motivo invece di credere che il ruolo e l'importanza assunta dal formalismo e dalla legge scritta debba invece diminuire con l'aumentare dell'importanza assunta dalla cooperazione all'interno della relazione, creando situazioni di

---

[363] P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 95.

[364] D. Scarpa, *Rete di imprese in prospettiva industriale: adeguatezza e congruità quali criteri fondanti la struttura*, Rivista di Diritto Industriale, fasc.1, 2014, 48.

[365] Si veda sempre D. Scarpa, *Rete di imprese in prospettiva industriale: adeguatezza e congruità quali criteri fondanti la struttura*, Rivista di Diritto Industriale, fasc.1, 2014, 53 il quale, soffermandosi sul significato di "affare" nella disciplina dei contratti di rete delineata dal legislatore così commenta: "*[s]i può ritenere che il legislatore abbia, consapevolmente, inteso assegnare all'espressione un significato generico, non assimilabile a quello ad esso attribuibile nel contesto di altri istituti, operando in tal modo un rinvio alla pratica. Sarà la realtà economica delle imprese a indicare, nelle circostanze concrete e in piena autonomia, la prospettazione di iniziative economiche imprenditoriali cui applicare la normativa de quo. Che programma (o progetto o affare) non possa essere inteso in senso restrittivo, come un'unica operazione da compiere, vale a dire, esaurentesi in un unico atto negoziale, appare manifestamente evidente.*".

incertezza inaccettabili tanto per il diritto inglese quanto per quello di qualsiasi Paese[366].

[366] ""*Relational contracting*" scrivono infatti Arrighetti, Bachmann e Deakin "*involving higher frequency of contracting as well as asset specificity, may also be associated with a formal agreement and with the use of legal enforceability as a form of security*". A. Arrighetti – B. Bachmann – S. Deakin, *Contract Law, Social Norms and Inter-firm Co-operation*, 21 Cambridge Journal of Economics 1997, 192.

CAPITOLO III: LA DIMENSIONE CONTESTUALE NEL DIRITTO INGLESE

3.1 GLI APPRODI DEL DIRITTO INGLESE

3.1.1 L'accoglimento della teoria relazionale nella giurisprudenza inglese

La teoria relazionale sembra aver avuto un impatto limitato sul diritto applicato inglese, almeno sino ai più recenti sviluppi[367]. Uno dei motivi di iniziale distanza verso questa teoria è dovuto al fatto che tradizionalmente il diritto inglese ha sviluppato regole volte ad astrarre il più possibile il contratto dal contesto nel quale sorgono le obbligazioni in esso contenute. Esempi di tale capacità di astrazione del diritto inglese, volto principalmente a fare in modo che le corti non siano influenzate da elementi esterni e ritenuti irrilevanti per la corretta decisione del caso, sono ad esempio la *parol evidence rule* [368], che detta la priorità del criterio della letteralità del contratto, la *signature rule*[369], per cui ciascuno è vincolato a quanto sottoscritto in un contratto seppure non lo abbia letto, la *mirror image rule*[370], per cui offerta e accettazione debbono coincidere, così permettendo ai giudici di prescindere dalla verifica di quello che ciascuno dei due contraenti ha realmente inteso fosse il contenuto delle prestazioni dell'altro, e molte altre[371].

All'esatto opposto del diritto inglese, che ritiene dunque che il contratto sia autosufficiente e costituisca la totalità dell'accordo, per cui il contesto

[367] Come ricorda H. Beale, la reazione più comune sembra essere quella di ritenere la teoria interessante, ma non riuscire davvero a focalizzare quali possano essere i suoi risvolti pratici. Cfr. H. Beale, *Relational Values in English Contract*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 116 ed anche J. Feinman, *The Reception of Ian Macneil's Work on Contract in the USA*, in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 63.
[368] Su di essa si è già fatto cenno *supra*, par. 2.2.1.
[369] Cfr. *L'Estrange v Graucob Ltd* [1934] 2 KB 394.
[370] Esemplificativo della regola è il caso *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corp (England) Ltd* [1979] 1 WLR 401.
[371] Una ricca elencazione di queste regole è fornita da H. Beale, *Relational Values in English Contract*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 120.

deve essere ignorato a meno che le parti non abbiano esplicitamente indicato che esso debba essere preso in considerazione, la teoria relazionale invece richiede ai giudici di tenere conto proprio della dimensione contestuale, a meno che non siano le parti stesse ad aver scelto che il loro contratto sia da considerarsi come "isolato" e dunque da interpretarsi attenendosi strettamente al testo di esso[372].

Il diritto inglese ha quindi tradizionalmente preferito l'astrazione in modo da ridurre le controversie in materia contrattuale che vengono portate all'attenzione delle corti, ma anche i tempi e i costi di tale contenzioso, poiché minori sono gli elementi che possono essere introdotti per supportare una data interpretazione, più ridotto sarà necessariamente lo spazio lasciato aperto per il dibattimento. Le sentenze più recenti, però, hanno manifestato un notevole grado di apertura verso la dimensione contestuale, pur a costo, come sostenuto da alcuni, di ampliare la possibilità di incertezza dei risultati e accrescere anche eccessivamente la mole di prove e materiale introdotto nel processo[373].

Si può perciò sostenere che il sistema inglese non abbia prodotto una teoria simile a quella relazionale e non vi sia stato un equivalente dibattito accademico (almeno prima dell'ultimo decennio) sulla rilevanza della dimensione contestuale per l'interpretazione dei contratti, e tuttavia la ricezione di almeno alcuni fondamentali precetti della *relational theory* è stato condotto principalmente dall'opera dei giudici. Alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, infatti, e dunque almeno vent'anni dopo la divulgazione degli scritti di Macneil negli Stati Uniti, le corti inglesi si sono analogamente interrogate sul ruolo assunto dal contesto e la sua relazione con i termini espressi del contratto[374].

---

[372]Cfr. H. Beale, *Relational Values in English Contract*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 118.

[373] H. Beale, *Relational Values in English Contract*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 135 il quale sostiene che i giudici inglesi potrebbero riscoprirsi "*closet relationalists*" ossia segreti relazionalisti, oppure trovarsi costretti a rivedere le proprie più recenti tendenze riconoscendo che una maggiore ricettività verso il contesto dei contratti comporta costi troppo elevati.

[374]A differenza di quanto avvenuto negli Stati Uniti, quindi, questo è stato in Inghilterra un processo interamente guidato dai giudici. Cfr. J. Wightman, *Contract in a Pre-Realist World: Professor Macaulay, Lord Hoffmann and the Rise of Context in the English Law of*

Tale percorso ha condotto da ultimo, come vedremo, ad una maggiore flessibilità nei confronti del canone interpretativo oggettivo e letterale dei contratti. Esso è stato segnato in maniera decisiva dai discorsi di Lord Hoffmann[375], il quale, in un processo durato quindici anni prima della fine della sua carriera di giudice con il suo pensionamento nel 2009, ha svolto un ruolo cruciale in quattro casi giurisprudenziali che hanno segnato un punto di svolta per la Supreme Court (già House of Lords) inglese sul tema dell'interpretazione dei contratti e della valutazione dei termini impliciti ed espliciti degli stessi[376].

Tra questi casi, ruolo fondante nel rigettare l'approccio letterale verso l'interpretazione dei contratti è dato dal caso *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* (*Investors Compensation Scheme*)[377], in cui il giudice elenca quali devono essere i criteri intepretativi dei contratti. L'interpretazione diviene così, grazie a Lord Hoffmann, la verifica del significato che una persona ragionevole con tutto il bagaglio contestuale e le esperienze pregresse ("*background knowledge*") dei contraenti assegnerebbe a quel documento. Tale contesto è da intendersi come inclusivo di qualsiasi elemento che possa influenzare il modo in cui il testo è compreso da una persona ragionevole (con esclusione di quanto affermato durante le negoziazioni) e con la precisazione che il significato del documento non equivale necessariamente al significato delle parole in esso contenuto[378].

Questo più recente orientamento è stato da ultimo ribadito dalla Supreme Court inglese nel caso *Rainy Sky SA and others v Kookmin Bank*[379], riguardante l'interpretazione di una determinata clausola del contratto di garanzia concesso da una banca ad un acquirente di una nave da costruirsi,

---

Contract, in J. Braucher – J. Kidwell – W.C. Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Oregon, 2013, 377.

[375] Lord Hoffmann è stato giudice della High Court dal 1986 al 1992, della Court of Appeal dal 1992 al 1995 e infine della House of Lords dal 1995 al 2009.

[376] Questi casi sono *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896; *South Australia Asset Management Corporation v York Montague Ltd* [1997] AC 191; *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilleas)* [2008] UKHL 48, [2009] 1 AC 61; *Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10 [2009] Bus LR 1316.

[377] [1998] 1 WLR 896.

[378] Questi, in via riassuntiva, i principi espressi dalla sentenza, si vedano in particolare i paragrafi da 912 a 913.

[379] [2011] UKSC 50.

e vertente sulla necessità di stabilire se tale garanzia dovesse ritenersi concessa solo nelle ipotesi espressamente elencate o anche nel caso di insolvenza dei costruttori. Il caso è importante, perché segna un netto contrasto tra la visione espressa dalla maggioranza della Court of Appeal e l'opposta interpretazione invece data dalla Supreme Court. In appello, infatti, è prevalsa una interpretazione strettamente letterale, mirante a ritenere incluse nella garanzia le sole ipotesi espresse, tanto che Sir Simon Tuckey ebbe a dire, nella sua *dissenting opinion*, che così letto il contratto di garanzia veniva a lasciare scoperto l'acquirente nel caso che maggiormente richiedeva invece di essere protetto dalla garanzia.

La decisione della Supreme Court, seguendo i canoni interpretativi dettati da Lord Hoffmann, ha da ultimo dato ragione al giudice dissenziente in grado di appello e capovolto il risultato cui era giunta la Court of Appeal, la quale, secondo la più antica linea interpretativa, era giunta a concludere che a meno che il significato di un determinato testo contrattuale avesse condotto ad un risultato palesemente assurdo o irrazionale, le corti non avrebbero dovuto sostituire il loro giudizio sulla ragionevolezza commerciale dell'operazione a quello delle parti. Al contrario, la Supreme Court ha sottolineato il principio per cui, tra diverse possibili interpretazioni del testo contrattuale, deve essere preferita quella che è in linea con l'idea di ragionevolezza commerciale: "*[i]f there are two possible constructions*", scrive Lord Clarke, "*the court is entitled to prefer the construction which is consistent with business common sense and to reject the other*"[380].

L'evoluzione giurisprudenziale nell'approccio alla dimensione contestuale del contratto è stata dunque fondamentale nel segnare nuove linee di tendenza e possibili indirizzi futuri[381]. Ciò che peraltro è interessante notare è che, pur mancando del tutto in Inghilterra non solo un dibattito teorico-dottrinale preesistente, ma anche un apparato normativo che segnalasse l'importanza dell'elemento contestuale all'interno dei contratti, come invece accade negli Stati Uniti in cui si riscontrano norme

[380] Cfr. *Rainy Sky SA and others v Kookmin Bank* [2011] UKSC 50, par. [20]-[21].
[381] S. Menon, *Contract Law from the Trenches – A Former Litigator's Perspective*, 31 Journal of Contract Law 2014, 3.

quali quelle del *Restatement (Second) of Contracts* o del UCC[382], l'apertura verso l'utilizzo del contesto come elemento per comprendere meglio le obbligazioni assunte dalle parti ha portato a conseguenze molto simili a quanto suggerito dai relazionalisti. Sebbene la teoria relazionale non sia stata recepita nell'apparato teorico-dottrinale o normativo del diritto inglese, quindi, si possono comunque riscontrare nel ragionamento dei giudici, come si vedrà più approfonditamente, alcuni timidi spiragli tendenti ad una interpretazione più segnatamente relazionale dei contratti, almeno in termini di maggiore attenzione verso la dimensione contestuale in cui essi sono stati conclusi[383].

3.1.2 Le ragioni dell'interesse inglese verso la corretta interpretazione dei contratti commerciali: una premessa

Nell'analizzare le più recenti linee evolutive della giurisprudenza inglese in materia di interpretazione dei contratti, è interessante riflettere sul perché la necessità di effettuare la migliore scelta tra il mantenimento della tradizione e l'introduzione di approcci alternativi e maggiormente flessibili sia

[382] Si veda di questo, in particolar modo, l'articolo 1 -303 su "*course of performance, course of dealing and usage of trade*", l'articolo 1 -304 sulla buona fede, l'articolo 2-202 che prevede che appunto il contratto scritto possa essere completato dagli elementi derivanti da "*course of performance, course of dealing and usage of trade*", anche se comunque lo spirito contestualista è espresso in diverse parti del codice.

[383] H. Beale, *Relational Values in English Contract*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler*, Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 116. E' tuttavia importante tenere a mente che secondo Macneil stesso, la sua teoria è più valevole nei casi di parziale rottura delle relazioni contrattuali che in quelli in cui si è oramai davanti alle corti: quando infatti la controversia è già dinanzi ai tribunali, l'esame che i giudici compiono su come si svolgeva la relazione contrattuale prima dell'insorgere delle divergenze non può essere completa ed esaustiva, né muovere oramai dall'intento di mantenere in vita le norme relazionali che sostenevano il rapporto contrattuale. Per questo, la teoria relazionale ha più significato nei casi in cui vi è ancora la possibilità di recupero della relazione, e soprattutto nelle ipotesi lasciate ad arbitri e mediatori. Sotto questo profilo, il numero esiguo di casi che giungono all'attenzione delle corti di ultima istanza in Inghilterra sono un chiaro segnale in favore dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie e, di conseguenza, un segnale positivo verso la possibile adozione di un approccio maggiorente relazionale, volto alla ricerca di un accordo. Le corti di ultima istanza in Inghilterra, infatti, decidono annualmente dai 2 ai 3 casi in materia contrattuale. Nella Commercial Court, circa il 70% di tutti i casi viene risolto tramite mezzi alternativi di risoluzione della controversia prima di giungere in giudizio. Cfr. Il *Report and Recommendations of the Commercial Court Long Trials Working Party* e le statistiche del Ministero della Giustizia inglese (*Judicial and Court Statistics* 2011) capitolo 7, www.justice.gov.uk/statistics/courts-and-sentencing/judicial-annual-2011, cit. in C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 220.

particolarmente sentita all'interno dell'ordinamento inglese. E' infatti del tutto noto che il sistema giuridico inglese è da sempre particolarmente sensibile alle esigenze degli operatori commerciali ed i giudici sono consapevoli del rilevante ruolo assunto dalle loro decisioni nel perpetuare il maturato prestigio delle corti. Il diritto contrattuale inglese è spesso scelto dagli operatori anche stranieri per la risoluzione delle loro controversie e gode ormai da tempo di un notevole primato soprattutto in alcuni settori, come quello della finanza, del diritto marittimo e delle assicurazioni[384]. A riprova di tale notevole stima da parte della comunità commerciale internazionale, Lord Irvine ricorda, ad esempio, come nell'anno 2000 ben 44 dei 72 casi di di diritto commerciale portati dinanzi alla High Court hanno coinvolto litiganti stranieri[385].

Tale fiducia nel sistema sembrerebbe richiedere, almeno ad una prima riflessione, che le regole giuridiche applicate, lungi dal seguire nuove linee evolutive come quelle dettate da Lord Hoffmann o addirittura i più vaghi suggerimenti della teoria relazionale, rimangano invece immutate,

---

[384] Secondo un sondaggio condotto nel 2010 dalla *School of International Arbitration, Queen Mary, University of London*, il 40% delle società internazionali intervistate ha dichiarato di scegliere il foro inglese quale foro competente nell'interpretazione dei loro contratti, mentre la seconda migliore opzione è quella della corte di New York (ove si è visto, si applica anche lì un approccio formale, testuale e letterale, in contrasto ad esempio con le corti californiane). Cfr. per un'ampia discussione sui risultati emersi dalla 2010 *International Arbitration Survey*, J. Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013, 184. Non manca di riconoscere tale punto di forza del diritto contrattuale inglese Lord Falconer, il quale nel suo discorso di apertura alla *European Contract Law Conference* di Londra del 26 settembre 2005 così rimarcava la supremazia del foro inglese: "*The English common law system, which has evolved over centuries, has given us the legal framework to do those trading activities. This framework has evolved to meet the changing needs of finance and commerce, primarily through the interaction of the courts, lawyers and business. As a result, the English law of contract is the international law of choice over a wide range of areas, particularly in finance, shipping, and insurance. It contributes significantly to the earnings of the UK and thereby promotes the prosperity of the EU. It has contributed to the UK's status as a major centre for international trade and commerce*." Ed ancora, sulle ragioni che hanno dettato tale successo, Lord Falconer sottolinea: "*You could say, that the English common law of contract is now a world-wide commodity. It has become so because it is a system that people like. It provides predictability of outcome, legal certainty, and fairness. It is clear and built upon well-founded principles, such as the ability to require exact performance and the absence of any general duty of good faith. These principles were formed in the crucible of experience and are given effect by an expert cadre of judges and lawyers. This has made the common law without rival as the law of choice in commercial transactions. It is important for the UK, and important for the EU that it remains so*". Cfr. http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference092005/falconer2005.pdf.

[385] Lord Irvine, *The Law: An Engine for Trade*, 64 The Modern Law Review 2001, 333.

mantenendo la loro tipica inflessibilità e rigore e senza subire alcun influsso volto ad attenuarne le caratteristiche fondanti. E' spesso ribadito infatti che gli accordi commerciali, più di qualsiasi altro contratto, coinvolgono parti sofisticate le quali sono in grado di ottenere adeguato supporto legale nella efficace redazione dei loro testi contrattuali e che prediligono la scelta del foro inglese proprio per la sua tendenza verso la letteralità, oggettività e astrazione dei termini del contratto e la sua tradizionale etica individualista[386].

D'altra parte, numerosi giudici riconoscono più recentemente che il successo del diritto da essi applicato (e, diremmo noi, creato) non è solo dato dalla sua caratteristica certezza e prevedibilità, ma anche dalla sua tendenziale capacità di adattamento alle situazioni concrete. Gli uomini d'affari stranieri si affiderebbero ad esso, quindi, non soltanto per le sue caratteristiche intrinseche, ma anche per la fiducia che essi ripongono nella competenza e preparazione dei giudici inglesi nella risoluzione delle loro vertenza, competenza che ha da sempre costituito motivo di particolare orgoglio per il foro inglese, consapevole che, in assenza di essa, gli operatori commerciali sarebbero pronti a rivolgersi ad altri specialisti o a corti arbitrali[387].

E' allora davvero essenziale per le corti inglesi comprendere se il loro attuale primato sia dettato dalle qualità intrinseche del diritto inglese e dalla sua aderenza al formalismo, o sia invece dettato da altre ragioni. Secondo Vogenauer, la popolarità delle corti inglesi (e di quelle svizzere), in Europa, sarebbe dovuto non tanto al diritto da esse applicato, quanto più a quello che egli chiama il c.d. "*network effect*", ossia un fenomeno per cui il valore attribuito a tali corti è maggiore quanto maggiore è il numero di utenti che si avvalgono dei suoi servizi. Inoltre, contribuirebbero a tale successo una serie di ragioni per nulla connesse alla qualità sostanziale delle regole applicate: l'Inghilterra (come la Svizzera) sono Paesi in cui è molto sviluppato il settore finanziario, entrambi i Paesi godono di un vantaggio a

[386] H. Beale, *Relational Values in English Contract*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 129 il quale sottolinea l'apprezzamento da parte di questo tipo di litiganti verso le tradizionali nozioni inglesi di *freedom* e *sanctity of contract.*

[387] Lord Devlin, *The relation between commercial law and commercial practice*, 14 The Modern Law Review 1951, 250.

livello linguistico (l'inglese quale lingua globale, da una parte, e la tradizione trilingue – italiano, tedesco, francese – della Svizzera, dall'altra, che naturalmente avvantaggia numerosi Paesi europei), entrambi i Paesi, poi, godono di una elevata reputazione[388]. Sarebbero dunque altri i fattori che hanno determinato l'attuale egemonia, per cui un eventuale discostamento dal principio testuale non verrebbe a incidere sul grado di apprezzamento degli operatori.

Risulta importante a questo punto un avvertimento: il motivo per cui, nella riflessione circa le migliori regole da applicarsi, il discorso dei giuristi si concentri sui contratti "commerciali" non è dato dalla diversità delle regole che si applicano a questi ultimi rispetto alla generalità dei contratti, ma piuttosto al fatto che, come spiega bene Sir Christopher Staughton, già giudice della Court of Appeal, i contratti di carattere commerciale sono gli unici che raggiungono le corti di ultima istanza, essendo solo questa tipologia di litiganti in grado di sostenere i costi della giustizia per la materia contrattuale[389]. E' su questi dunque che si focalizza la maggiore attenzione e i principali interrogativi circa il migliore diritto da applicarsi per la loro interpretazione.

Nel ripercorrere quelle che secondo lui costituiscono le principali regole interpretative dei contratti, Sir Staughton ricorda che compito precipuo del giudice è quello di accertare l'intenzione comune delle parti. Tuttavia, poiché il diritto inglese adotta una prospettiva oggettiva nell'interpretazione del contratto, per cui il punto di vista non è quello soggettivo di ciascun contraente, ma quello oggettivo che assume come riferimento un soggetto esterno considerato come "uomo ragionevole", non sempre la ricostruzione della intenzione delle parti ad opera dei giudici corrisponde con ciò che essi hanno effettivamente inteso[390]. La comune intenzione è quindi fatta

[388] Cfr. S. Vogenauer, *Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum In Europe: Theory and Evidence*, 21 European Review of Private Law 2013, 13 e, sul punto, J. Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013, 188.

[389] Sir Christopher Staughton, *How do Courts Interpret Commercial Contracts?* 58 Cambridge Law Journal, 1999, 303.

[390] Sul punto, il giudice Staughton cita l'affermazione di Lord Hope, condivisa da Lord Steyn, in *Total Gas Marketing Ltd v Arco British Ltd* [1998] 2 Lloyd's Rep. 209, 223 in cui è evidente anche ai giudici stessi che la risoluzione finale non coincide con quanto le parti hanno effettivamente inteso nel loro accordo: "*I have reached this conclusion with regret.*

derivare dai termini che essi hanno espresso nel contratto, anche se viene provato che le due parti avevano inteso quei termini in modo differente, poiché sia l'intenzione soggettiva sia le negoziazioni sono elementi allo stato esclusi dal materiale recepibile dalla corte per condurre l'attività interpretativa.

La seconda regola è data dalle circostanze in cui il contratto è sorto, ossia, in inglese, quel "*background*" o "*matrix*" che circondano il contratto[391]. L'ampiezza che tale nozione è venuta ad acquistare per il tramite del giudizio di Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme* è criticata da Sir Staughton perché aumenta irragionevolmente i costi giudiziali della controversia e allunga le tempistiche di risoluzione, senza che si possano rilevare spesso notevoli vantaggi dalla ricchezza e varietà del materiale prodotto in giudizio[392]. Le circostanze ammissibili includono, infatti, nelle parole di Lord Hoffmann "*absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man*"[393], mentre per Sir Staughton si devono ritenere ammissibili solo quelle circostanze effettivamente conosciute da entrambe le parti, poiché contrariamente sarebbe impossibile per i contraenti conoscere il contenuto del contratto che essi sottoscrivono.

La terza regola citata è quella per cui i giudici tengono in considerazione le conseguenze di una determinata interpretazione del contratto, escludendo quelle ricostruzioni che conducono ad un risultato irragionevole, a meno

---

It seems to me most unlikely that the parties to this agreement intended that it should be capable of being terminated by reason only of the non-fulfilment of the condition…". Cfr. Sir Christopher Staughton, *How do Courts Interpret Commercial Contracts?* 58 Cambridge Law Journal, 1999, 305. Sulla regola per cui il diritto inglese adotta un criterio oggettivo, per promuovere la certezza e prevedibilità dell'interpretazione, assumendo quindi il punto di vista di un "*reasonable man*", cfr. Lord J. Steyn, *Contract law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, 113 Law Quarterly Review, 1997, 433.

[391] Quest'ultimo termine è stato introdotto nella terminologia giuridica da Lord Wilberforce nel caso *Prenn v Simmonds*, poi esplicitata anche da Lord Hoffmann in *Investors Compensations Scheme*, in cui egli preferisce il termine "*background*". Cfr. *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912.

[392] Sottolinea infatti enfaticamente questo giudice: *"…it is often difficult for a judge to restrain the enthusiasm of counsel for producing a great deal of evidence under the heading of matrix, which on examination is found to contribute little or nothing to the true understanding of the parties' contract*". Cfr. Staughton LJ in Scottish Power Plc v Britoil (Exploration) Ltd, [1997] 141 S.J.L.B. 246; Times, 2 December 1997.

[393] *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912.

che tale irragionevole interpretazione non sia stata voluta, e quindi espressamente dichiarata, dai contraenti[394].

Infine, la quarta regola riguarda la verifica compiuta dal giudice di quanto avviene in un determinato settore come "pratica di mercato". Le parti possono quindi fare riferimento ad un uso o pratica commerciale per identificare quale sia il corretto modo di interpretare una determinata clausola contrattuale. Tali usi devono però essere chiaramente identificabili, per non permettere alle corti di incorrere in difficili valutazioni circa la ragionevolezza dell'una o dell'altra interpretazione (avvallata spesso da tecnici di parte). Si tratta quindi di guardare non a come "nella pratica si interpreta una determinata clausola", ma piuttosto di evidenziare come "il mercato opera in un determinato settore"[395]. Tale limitata ricostruzione di ciò che costituisce un uso o pratica rilevante ai fini interpretativi sarebbe in linea con quanto sostenuto dalla studiosa americana Lisa Bernstein, la quale sottolinea non solo come gli usi e le pratiche commerciali non siano sempre chiaramente identificabili, ma anche come le stesse corti arbitrali sono restie a trarre elementi indizianti dagli usi commerciali piuttosto che dal testo scritto del contratto[396].

Secondo Lord Devlin, l'attenzione data dalle corti verso gli usi è andata via via decrescendo con l'aumentare dell'importanza sempre più preponderante dell'accordo scritto rispetto all'epoca in cui i commercianti negoziavano tra loro faccia a faccia. Oggi, secondo questo giudice, l'attività interpretativa delle corti non può che basarsi sul dato testuale, sia pure nella consapevolezza che il contratto non sarà mai precisamente esplicativo dell'intero accordo nè completo[397]. Similmente a Lord Devlin, anche Lord Irvine riconosce come i contratti commerciali raramente saranno in grado di includere un'espressa previsione per ogni singolo dettaglio dell'accordo,

---

[394] Nelle parole di Lord Reid in *Wickman Machine Tools Sales Ltd v L. Schuler A.G* [1974] A.C. 235, 251: "*The fact that a particular construction leads to a very unreasonable result must be a relevant consideration. The more unreasonable the result the more unlikely it is that the parties can have intended it, and if they do intend it the more necessary it is that they should make that intention abundantly clear*".

[395] Sir Christopher Staughton, *How do Courts Interpret Commercial Contracts?* 58 Cambridge Law Journal, 1999, 312.

[396] Cfr. L. Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. Pa. L. Rev. 1996, 1765.

[397] Lord Devlin, *The relation between commercial law and commercial practice*, 14 The Modern Law Review 1951, 250.

per cui sono le corti ad assumere il compito di riempire le lacune dando effetto alle presumibili intenzioni ed aspettative dei contraenti[398].

Quest'ultima operazione è però delicata e non priva di rischi, poiché il giudice deve allo stesso tempo dare attuazione alla comune volontà delle parti, senza però che ciò si traduca in una riscrittura del contratto. Come sostenuto da Lord Grabiner, infatti, seppure motivazioni basate sulla ragionevolezza commerciale e sull'aspettativa dei contraenti abbiano preso piede nel diritto attuale, la sfida per le corti inglesi è quella comunque di rimanere vigili per non essere indotte a dare un senso diverso (per quanto più ragionevole) rispetto a quello che le parti hanno effettivamente scritto: "*[t]he court*", afferma il giudice, "*should not speculate on the commercial common sense behind those words and should not be tempted into constructing an abstract commercial purpose derived from the "factual matrix" in order to rewrite what is otherwise clear*"[399].

L'interpretazione del contratto in Inghilterra, dunque, riconosce il dato testuale come necessario punto di partenza[400], ma essa ha sicuramente iniziato un importante processo di rielaborazione negli ultimi decenni tendente all'attenuazione di un approccio strettamente formalista e letterale verso uno maggiormente attento a dare attuazione alle ragionevoli aspettative delle parti[401]. Tale processo è attualmente ispirato dal riconoscimento che il sacrificio della flessibilità in nome della certezza e prevedibilità delle decisioni può rischiare di infliggere un duro colpo al diritto inglese, così attento, come si è visto, a rimanere al passo con le esigenze dei contraenti dettate dagli sviluppi sociali e commerciali[402].

---

[398] Lord Irvine, *The Law: An Engine for Trade*, 64 The Modern Law Review 2001, 339.

[399] Lord Grabiner, *The Iterative Process of Contract Interpretation*, 128 LQR 2012, 41. Sulla tensione tra l'aderenza al testo del contratto e il prevalere dei canoni di ragionevolezza nell'opinione dei giudici cfr. anche Lord Steyn, *Does legal formalism hold sway in England?* 49 Current Legal Problems 1996, 58 e Lord Goff, *Commercial contracts and the commercial court*, Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly 1984, 382.

[400] Come sostiene Sir Staughton: *".... you look first at the wording of the contract and see what it says. You do not ask the parties to tell you what they thought it meant*." Cfr. Sir Christopher Staughton, *How do Courts Interpret Commercial Contracts?* 58 Cambridge Law Journal, 1999, 313.

[401] Lord Johan Steyn, *Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men*, Law Quarterly Review, 1997, 440.

[402] S. Worthington, *The Unique Charm of the Common Law*, 19 3/4 European Review of Private Law 2011, 345.

Nonostante questi più recenti sviluppi, permane, tuttavia, una grande differenza tra tali ultimi approdi giurisprudenziali e la visione interpretativa data dalla *relational contract theory*. Per quest'ultima, infatti, come si è visto, l'attività interpretativa è un processo in cui tanto il testo quanto le circostanze costituiscono elementi contemporaneamente valevoli per la ricostruzione della comune intenzione delle parti.

La *relational contract theory* richiede dunque di dare attenzione alle precise circostanze inerenti alla contrattazione intervenuta dalle parti. Come sostenuto da Feinman, l'analisi relazionale è "contestuale ad oltranza"[403]. Secondo tale approccio, il giudice dovrebbe inizialmente esaminare il contesto, che è certo concetto molto ampio e per questo di difficile accoglimento[404], e quindi decidere quale ruolo assegnare alla documentazione scritta, in base alla rilevanza che essa ha avuto nella relazione.

E' evidente la difficoltà applicativa di una tale istanza. Per quanto alcuni proclamino la teoria relazionale come "*the best rival to the classical theory of contract*"[405], la puntuale aderenza al suggerimento per cui l'attività interpretativa dovrebbe partire dal contesto in cui è stato concluso il contratto stesso potrebbe portare, a sua volta, ad una frammentazione incontrollata delle regole da applicarsi in base alla molteplicità delle situazioni contrattuali, poiché ogni contesto porterà con sé necessariamente un diverso insieme di aspettative a cui dover dare riscontro.

3.1.3 Il caso *Baird Textile* quale esempio della visione tradizionale del diritto inglese

[403] "*Contextual with a vengeance*" è l'espressione usata da J. Feinman e spesso citata nella letteratura sul tema in *Relational Contract Theory in Context*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 742.

[404] Per Feinman, l'inconveniente della teoria relazionale è appunto l'ampiezza del "contesto" e la mancanza di regole per la selezione di ciò che deve essere rilevante poiché "*it is not possible to immerse oneself in the facts of a situation and come to the correct solution that is immanent in those facts*". J. Feinman e spesso citata nella letteratura sul tema in *Relational Contract Theory in Context*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 748.

[405] Così D. Campbell, cit. in L. Mulcahy, *Telling Tales about Relational Contracts: How Do Judges Learn about the Lived World of Contracts?*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 194.

Un famoso caso nel diritto inglese che esemplifica l'approccio oggettivo nell'interpretazione dei contratti, la fondamentale etica avversaria delle contrattazioni e l'assenza di una regola generale sulla buona fede, è il caso *Baird Textile Holdings Limited v Marks and Spencer Plc*[406]. Esso è particolarmente interessante con riferimento alla *relational contract theory*, poiché riguarda una relazione di lungo periodo tra due imprenditori basata inizialmente su un approccio cooperativo e dove tuttavia è prevalsa, nel ragionamento giuridico condotto dalle corti, la stretta aderenza ai principi formali nell'interpretazione del loro accordo.

I fatti del caso riguardavano un imprenditore (*Baird Textile*), il quale era stato per trent'anni uno dei quattro maggiori fornitori di tessuti dell'azienda produttrice di vestiti *Marks and Spencer*. La lunga durata della relazione aveva perpetuato comportamenti ripetuti e basati su buona fede e cooperazione tra le due parti, in assenza di alcun esplicito accordo quadro. Le parti, infatti, si accordavano due volte all'anno per specifici ordini di fornitura dei tessuti in relazione alle stagioni, senza che vi fosse, oltre a questi ordini, alcun contratto formale sottoscritto da entrambe. A seguito di una caduta nelle vendite ed un cambiamento dei membri del Consiglio di Amministrazione di *Marks and Spencer*, quest'ultima decise di abbandonare la sua tradizionale filosofia aziendale basata, sino ad allora, sull'intrattenere uno stretto rapporto di "*partnership*" con un numero limitato di fornitori, tra cui vi era *Baird Textile*, e dunque interrompere senza alcun preavviso la relazione con quest'ultimo[407]. *Baird Textile* si rivolse quindi ai giudici sostenendo vi fosse un "contratto implicito" tra i due, ed affermando di avere diritto ad un preavviso di almeno tre anni per l'interruzione dei rapporti, o sulla base, appunto, di un *implied contract* o alternativamente a norma della *doctrine* sulla *promissory estoppel*.

La High Court in prima istanza rigettò le argomentazioni di *Baird Textile* sull'esistenza di un *implied contract*, sostenendo che l'assenza di un accordo scritto manifestava la mancanza di intenzione, da entrambe le parti, di formalizzare la propria relazione e rimandò il caso alla Court of Appeal

[406] [2001] EWCA Civ 274.

[407] Riporta i dettagli di questo caso giurisprudenziale C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 111.

per la decisione anche sul punto riguardante la *promissory estoppel*. Giunto alla Court of Appeal, il caso fu deciso in favore di *Marks and Spencer*, poiché in assenza di un contratto quadro legalmente vincolante non era possibile per la corte intervenire per dedurre alcun accordo implicito tra le parti e dunque conseguentemente neppure accogliere una domanda di *estoppel*[408]. Anche i "*relational contracts*", sostenne il giudice Moritt V-C, devono ritenersi retti dalle tradizionali regole sulla formazione dei contratti e sul requisito della *certainty*, e il richiamo al dibattito accademico al riguardo non sembra suggerire diversamente[409]. Analogamente, Mance LJ sottolineò come fosse impossibile per la corte costruire appositamente un contratto in termini sufficientemente certi: *"[t]he more I have heard and read about the closeness of the parties' commercial co-operation in the past*", afferma il giudice, "*the less able I have felt to see how its effect could be expressed in terms having any contractual certainty*"[410]. La stretta applicazione dei principi formali per la rilevazione di un accordo, nonché la prevalenza dell'etica avversaria sino a prova contraria nelle relazioni contrattuali sono state dunque ribadite dal giudice Mance LJ il quale ha

[408] L'*estoppel* è, in sostanza, nel diritto inglese, quell'istituto che impedisce a chi abbia emesso una data dichiarazione o tenuto un dato comportamento, di opporre l'invalidità della dichiarazione emessa o la giuridica inefficacia del comportamento tenuto nei confronti di colui che abbia fatto legittimo affidamento sull'una o sull'altra. Nel diritto inglese, questo istituto può essere utilizzato come "scudo" ossia come difesa ad una pretesa di parte attrice, ma non come "spada" ossia come pretesa autonoma da azionare. L'istituto presenta diverse categorizzazioni ed è collocabile sia in common law che in equity. Le principali ipotesi sono date, tra le altre, dall'*estoppel by deed*, *estoppel by judgment*, *estoppel in pais*, *estoppel by conduct*, *estoppel by representation*, *High Trees estoppel*, *promissory estoppel* e *proprietary estoppel*. Si tratta di istituto applicato secondo rigorosi canoni propri di ciascuna categoria e usato da parte dei giudici inglesi in maniera, per così dire, parca e non certo per dare protezione ad ogni caso di sostanziale e sentita ingiustizia. Disse infatti Lord Neuberger riguardo a questo istituto che il problema fondamentale è che "*equity is not a sort of moral US fifth cavalry riding to the rescue any time a court thinks that a defendant has behaved badly*". Cfr. Neuberger of Abbotsbury, *Thoughts on the Law of Equitable Estoppel*, 84 Australian Law Journal 2010, 229. Si veda sul tema, per una spiegazione riassuntiva, tra gli altri, E. Mckendrick, *Contract Law*, Basingstoke, 2007, 113. Nel ragionamento della corte nel caso in esame, dunque, mancando sufficiente "certezza" circa il contenuto della dichiarazione o del comportamento di *Marks and Spencer*, nessuno "scudo" poteva essere concesso alla parte attrice per difendersi dall'interruzione dei rapporti.

[409] [2001] EWCA Civ 274 al par. [16]. Tale ultima osservazione del giudice è stata criticata da alcuni commentatori come fondamentalmente errata, poiché l'essenza della *relational contract theory* è proprio volta a sottolineare quella possibile flessibilità dottrinale nell'applicazione delle classiche regole sulla formazione del contratto. Cfr. J. Morgan, *In Defence of Baird Textiles: A Sceptical View of Relational Contract Law*, in D. Campbell, L. Mulcahy e S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 169.

[410] [2001] EWCA Civ 274 al par. [65].

sottolineato come gli uomini di affari sono ritenuti essere consapevoli che, in assenza di protezione contrattuale, "*their business may suffer in consequence*"[411].

Da una prospettiva classica, la decisione della Court of Appeal è da considerarsi ineceppibile. Le parti devono avere valutato consciamente l'opzione di sottoscrivere un accordo vincolante e hanno deciso invece di intraprendere la loro relazione basandola su norme e sanzioni informali, per cui, nella terminologia propria del diritto contrattuale inglese, è mancata la stessa "*intention*" di concludere il contratto. Tuttavia, Catherine Mitchell osserva puntualmente che il risultato cui giunge la corte potrebbe non coincidere con il vero pensiero condiviso dalle parti, ed essere così solo un costrutto legale *ex post*: tanto gli studi empirici quanto quelli dei *socio-legal scholars* hanno infatti ripetutamente evidenziato che l'attitudine delle parti verso la conclusione di accordi vincolanti può essere ambivalente. La conclusione per cui le parti hanno consapevolmente escluso l'ipotesi di sottoscrivere un accordo vincolante può trarsi solo studiando il contesto in cui esse hanno operato, piuttosto che applicando asetticamente le norme di legge[412].

All'obiezione poi che la legge debba prendere in considerazione solo la manifestazione esterna della volontà delle parti, e non il loro pensiero interiore poichè esso sarebbe difficile, se non impossibile, da decifrare, si può peraltro ribattere che nel caso specifico di *Baird Textile*, le parti non hanno del tutto escluso che la loro relazione fosse governata da contratti vincolanti. Esse hanno infatti concluso ripetuti ordini di breve periodo, poichè forse la formulazione di un accordo quadro al cui interno dovessero essere ricompresi questi ordini era troppo difficile o costoso da redigere. Esse avrebbero quindi rinunciato ad un contratto vincolante, ma solo perchè le reciproche obbligazioni non potevano essere formulate con la precisione richiesta dalla legge[413].

---

[411] [2001] EWCA Civ 274 al par. [76].
[412] C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 111.
[413] C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 112.

Il caso si presenta quindi come una mancata opportunità per il diritto inglese di riflettere sui suoi canoni eccessivamente rigidi. E' chiaro infatti che le corti hanno compreso il significato commerciale della relazione protrattasi negli anni ed è evidente anche ad una lettura superficiale dei fatti che non si trattasse di due contraenti "in posizione avversaria" secondo la emblematica visione riportata in *Walford v Miles*[414]. Tuttavia, in nome di una forse troppo eccessiva aderenza ai canoni classici, i giudici non si sono avventurati a cercare di dare effetto vincolante alla relazione. In effetti, il caso non ha mancato di suscitare ampio dibattito in seno alla dottrina, la quale si è interrogata sui possibili risultati alternativi cui la corte sarebbe potuta giungere se avesse posto l'attenzione, ad esempio, sul fatto che gli ordini annuali erano troppo sbilanciati a favore di *Marks and Spencer* e che quest'ultima aveva assunto un ruolo chiave nella direzione delle decisioni di *management* e di investimento all'interno di *Baird Textile*, tanto da far supporre l'esistenza di una integrazione verticale delle due società[415].

Seppure ogni tentativo di immaginare cosa avrebbe fatto una corte italiana è più che altro speculativo, è interessante notare come la nostra Corte di Cassazione abbia stabilito, in un caso riguardante un contratto di lavoro, che quando i contratti sono di lungo periodo la valutazione del "comportamento complessivo" a norma delle regole sulla interpretazione dettate dal nostro codice civile deve tenere conto della durata estesa della relazione nel tempo.

Nel caso alla sua attenzione, la Cassazione ha infatti dato peso alla dimensione relazionale dell'accordo e al lungo trascorrere del tempo per riqualificare determinate clausole del contratto originario[416]. Essa ha così

[414] Si tratta della visione avversaria del contratto inglese enfaticamente espressa nelle parole del giudice Ackner e cui si è già fatto cenno, nel caso *Walford v Miles* (1992) 2 AC 128, 138.

[415] Si veda L. Mulcahy – C. Andrews, *Judgment: Baird Textile Holdings v Marks and Spencer*, in R. Hunter – C. McGlynn – E. Rackley, *Feminist Judgments: From Theory to Practice*, Oxford, 2010, 189; parla invece di "*vertical quasi-integration*" ossia "*integration in fact without legal form*" tra le due società K. Blois, *B2B "Relationships" – A Social Construction of Reality*, 3 Marketing Theory 2003, 86. Sempre a commento della sentenza in esame, si veda anche S. Mouzas – M. Furmston, *From Contract to Umbrella Agreement*, The Cambridge Law Journal 2008, 37.

[416] Cfr. Cass. civ., sez. lav., 13-10-2006, n. 22050. Nel caso specifico, la Corte ha ritenuto che il lungo passare del tempo abbia influito sulla riqualificazione in "superminimo", di un'attribuzione patrimoniale originariamente concessa, a norma del contratto di lavoro, come compenso forfetario per prestazioni di lavoro straordinario.

evidenziato l'importanza di elementi esterni come il comportamento delle parti protratto nel tempo e la lunga durata dei rapporti per l'attività interpretativa dei giudici:

"Il criterio utilizzato dal giudice di merito, di fare riferimento nell'interpretazione del contratto al comportamento complessivo delle parti anche posteriore all'istituzione del compenso forfetario è previsto espressamente dall'art. 1362 c.c. e, trattandosi, nel caso di specie, di contratti di lavoro a tempo indeterminato, proprio la lunga durata dei rapporti costituisce una ragione aggiuntiva per privilegiare in sede interpretativa il comportamento concreto delle parti rispetto ad un testo risalente nel tempo".

La Corte poi così prosegue:

" quando [..] un rapporto negoziale a tempo indeterminato (non soltanto di lavoro, ma anche di altro genere) si prolunga, come in questi casi, per un lasso di tempo rilevante, il suo contenuto non è più costituito soltanto dalle pattuizioni originarie, ma anche da quelle successive, nonché, più ampiamente da tutte le modificazioni avvenute, anche in via orale, anche per fatti concludenti, durante il corso del rapporto stesso; in questa prospettiva può avvenire che un'attribuzione patrimoniale che nell'equilibrio originario delle parti assolveva ad una determinata funzione, assume col tempo, con il modificarsi delle circostanze, una funzione diversa".

Per somiglianza con il caso *Baird Textile*, poi, viene in rilievo un'altra decisione della Corte di Cassazione italiana, che bene esemplifica i principi di buona fede e cooperazione da cui muove la nostra concezione *civilian* del contratto. Si tratta del caso Renault[417], ove (similmente a quanto avvenuto in *Baird Textile*) uno dei contraenti recedeva dal contratto che aveva stipulato con diverse concessionarie di automobile. Il recesso *ad nutum* era qui previsto dal contratto, e si giustificava sulla base del rifiuto delle concessionarie di modificare le condizioni contrattuali imposte dalla casa madre, in senso a loro sfavorevole. E qui, tuttavia, a differenza – lo si può dire con una certa sicurezza – di quanto avrebbe previsto una corte inglese, la nostra Corte di Cassazione ha ricondotto la questione ad un problema di abuso di diritto, inteso come principio generale, idoneo ad essere applicato

[417] Cass. Civ., sez. III, 18-09-2009 n. 20106. Per un commento alla sentenza, e al più ampio tema dell'abuso del diritto nel contesto italiano, cfr. C. Marchetti, *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013, 155.

a tutti i casi in cui si tratti di compensare diritti e obblighi delle parti, quando una di loro è in posizione di svantaggio.

In breve, dopo aver ricordato che costituiscono principi generali del diritto delle obbligazioni il dovere di correttezza tra le parti nello svolgiimento del loro rapporto (art. 1175 c.c.) nonché il fatto che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375), la Corte prosegue sostenendo che tale principio della buona fede oggettiva, specificazione degli stessi doveri inderogabili di solidarietà sociale imposti dalla Costituzione, si traduce nel "*dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra [parte], a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge*".

Questo si traduce nel fatto che, nel complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto, il principio di buona fede è uno strumento per il giudice attrverso il quale egli è chiamato a "*controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi*" (enfasi aggiunta).
Non si potrebbe allora concepire vulnus maggiore alla *sanctity* e *freedom of contract* di matrice anglosassone. Tale diversità porta allora a concludere che il diritto italiano e l'attitudine delle nostre corti si presti ad essere maggiormente disinvolto e propenso all'inclusione di molteplici elementi all'interno del contratto, tra cui anche quelli tratti dal "contesto" in cui esso è sorto, al fine ultimo di dare effettiva attuazione a quello che era l'intento condiviso da entrambi i contraenti o a dare applicazione a quell principio di buona fede che da noi è chiaramente esplicitato. Al contrario, il diritto contrattuale inglese è tradizionalmente restio ad una tale apertura, anche se i più recenti sviluppi, come vedremo, hanno almeno in piccola parte attenuato tale tendenza.

3.1.4 Nuove aperture dopo *Baird Textile*: il caso *Yam Seng*

Nonostante il dibattito accademico sugli effetti e le ripercussioni dell'accettazione della *relational contract theory* sia stato acceso tanto negli

Stati Uniti quanto, successivamente, anche in Inghilterra, essa ha avuto un impatto molto più diradato sulla pratica delle corti[418]. Più di recente, tuttavia, un importante caso all'attenzione della High Court si è confrontata direttamente ed espressamente con la teoria relazionale: si tratta del caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd*[419].

E' interessante notare che, nella disamina della possibile connotazione del contratto oggetto della controversia come "relazionale", un punto rilevante cui si è fatto cenno è che seppure si addivenisse ad una caratterizzazione del contratto in tal senso, ciò non si traduce nell'imposizione di standard esterni e paternalistici, ma piuttosto nel fatto che le obbligazioni di buona fede, che sono essenziali anche in un contratto commerciale, debbono essere implicitamente costruite all'interno del contratto stesso per dare efficacia alla relazione contrattuale di carattere fondamentalmente cooperativo.

Il caso è importante perché sottolinea ancora una volta l'assenza di un principio generale di buona fede nel diritto inglese, ma l'esistenza di specifiche *doctrines* e specifici obblighi che suppliscono all'assenza di un principio onnicomprensivo. Esso riconosce, con riferimento più specifico al tema in esame, che il diritto inglese deve riconoscere il carattere "relazionale" del contratto come parte della sua comprensione del principio di buona fede.

Il caso, in breve, riguarda la seguente controversia. Dopo alcune negoziazioni tra *Yam Seng Pte Ltd* (*Yam Seng*) e *International Trade Corporation Ltd* (*International Trade*), il 12 maggio 2009 *International Trade*, sostenendo di possedere adeguata licenza, concede a *Yam Seng* il diritto di esclusiva nella distribuzione in determinati territori di taluni prodotti cosmetici sotto il marchio di *Manchester United*. Dopo soli quindici mesi, *Yam Seng* richiede la risoluzione del contratto sulla base dei ripetuti inadempimenti da parte di *International Trade*, che includono, fra gli altri, l'incapacità di fornire la merce a controparte come da accordi, la non spedizione delle merci nelle tempistiche stabilite, l'abbassamento dei

[418] Così L. Mulcahy, *Telling Tales about Relational Contracts: How Do Judges Learn about the Lived World of Contracts?*, in D. Campbell, L. Mulcahy e S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 196.
[419] [2013] EWHC 111 (QB).

prezzi accordati e il tentativo di recupero di alcuni diritti di distribuzione. *Yam Seng* quindi, viste le ripetute inadempienze, decide di risolvere il contratto sulla base della asserita "*breach of contract*" o, alternativamente "*misrepresentation*" da parte di *International Trade*, richiedendo il risarcimento dei danni subiti, in parte anche sulla base dell'argomentazione dell'esistenza di un implicito dovere di buona fede[420].

I fatti del caso riconobbero che la relazione tra le parti era stata una relazione stretta sino a quel momento, nonostante alcune tensioni causate da numerosi ritardi[421]. La High Court nella persona del giudice Legatt decise che International Trade aveva inadempiuto alle proprie obbligazioni, così rendendo legittima la risoluzione del contratto da parte di Yam Seng. Nelle parole del giudice, International Trade "*breached an implied term ... that the parties would deal with each other in good faith*"[422].

Al di là della significativa portata di questa affermazione, la quale certamente si pone in contrasto con il tradizionale rifiuto inglese del principio di buona fede pur non raggiungendo però l'obiettivo ultimo di affermare l'esistenza di una regola generale in tal senso, ciò che qui preme sottolineare è un'altra grande innovazione di questa sentenza, ossia la ricostruzione del contratto in esame quale contratto "relazionale". L'accordo raggiunto tra le parti è stato infatti incluso dal giudice Leggatt in quella categoria di contratti che non si inseriscono perfettamente nei modelli e canoni esistenti, che richiedono un ampio grado di comunicazione, cooperazione e reciproca fiducia tra le parti e un'affidamento sul fatto che le prestazioni saranno eseguite con un grado di lealtà che non è espresso chiaramente nei termini del contratto. In sintesi, il contratto in oggetto è un contratto di distribuzione che, al pari di altre tipologie di contratti come le *joint-ventures* e i contratti di *franchising*, richiedeva alle parti di comunicare efficientemente e di cooperare l'uno con l'altro durante l'esecuzione.

---

[420] Si richiama qui la letteratura, cui si è già fatto cenno, sulla *doctrine of implied terms* nel diritto contrattuale inglese.
[421] Afferma il giudice Legatt che la "*business relationship between the parties was a warm one*", così ponendo le basi per la sua ricostruzione successiva del contratto quale contratto relazionale. Cfr. il caso cit. [2].
[422] Par. [119].

Data l'importanza di questo passaggio, si riportano qui le esatte parole del giudice, il quale distingue tra i contratti tradizionalmente ritenuti come meri scambi e quelli che oggi non riuscirebbero più ad essere inseriti nel modello contrattuale classico del diritto inglese:

> *"English law has traditionally drawn a sharp distinction between certain relationships– such as partnership, trusteeship and other fiduciary relationships – on the one hand, in which the parties owe onerous obligations of disclosure to each other, and other contractual relationships in which no duty of disclosure is supposed to operate. Arguably at least, that dichotomy is too simplistic. While it seems unlikely that any duty to disclose information in performance of the contract would be implied where the contract involves a simple exchange, many contracts do not fit this model and involve a longer term relationship between the parties which they make a substantial commitment. Such 'relational' contracts, as they are sometimes called, may require a high degree of communication, co-operation and predictable performance based on mutual trust and confidence and involve expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties' understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements. Examples of such relational contracts might include some joint-venture agreements, franchise agreements and long term distributorship agreements."*[423]

Il carattere relazionale del contratto, dunque, importa l'inclusione di doveri di comunicazione e cooperazione che non sono presenti nei casi di contratti isolati, i quali sono posti a modello del diritto classico di common law. Tale riconoscimento del carattere relazionale del contratto in *Yam Seng* non può che porsi in contrasto con la visione manifestata dai giudici in *Baird Textile Holdings Plc v Marks and Spencer Plc*, ove, come si è visto, non si è dato spazio ad alcuna possibilità di costruzione di un contratto implicito tra le parti, secondo i principi della teoria relazionale[424]. Peraltro, in quel caso, la posizione assunta dai giudici si manifestava in linea con quanto sostenuto

[423] *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB), par. [142].

[424] Tale posizione era stata assunta dagli avvocati di *Baird Textile*, ma rifiutata dal giudice Sir Andrew Morritt V-C: "*In connection with the wide proposition counsel referred to academic discussion with regard to 'relational contracts' and the legal implications to which they may give rise. But the articles which he produced did not suggest that the normal rules as to the implication and formation of contracts or the usual requirements of certainty did not apply to 'relational contracts'. Accordingly it is to those rules that I turn*." Cfr. *Baird Textile Holdings Limited v Marks and Spencer Plc* [2001] EWCA Civ 274, par. [16].

dal Professor McKendrick, il quale ha espresso il parere per cui non si giustificherebbe, nel diritto inglese, un passaggio verso il riconoscimento formale di una categoria di contratti relazionali[425].

In totale dissenso con la posizione sostenuta da McKendrick, nel suo commento al caso in esame, David Campbell scrive invece in maniera molto decisa che il passo verso il riconoscimento dei contratti relazionali sarebbe "*so obvious that the failure to do so is the principal cause of discontent in the current teaching of contract*"[426]. Egli prosegue sostenendo che solo attraverso il riconoscimento della diversità dei principi che animano i contratti relazionali sarebbe davvero possibile fornire adeguata spiegazione ai quei casi del diritto inglese in cui si dà riconoscimento alla possibilità di rinegoziazione del contratto come in *Williams v Roffey Bros and Nicholls (Contractors) Ltd (Williams v Roffey)*[427] e distinguerli efficacemente dal precedente *Stilk v Myrick*[428], in cui tale rinegoziazione è stata negata.

Poco convincente appare infatti, almeno ad una riflessione più profonda, la spiegazione notoriamente riportata nei manuali ed insegnata nelle università, sulla diversità del caso *Williams v Roffey* rispetto al prcedente *Stilk v Myrick*. In estrema sintesi, *Williams v Roffey* riguardava il contratto concluso tra appaltatore e subappaltatore, in cui il secondo si era impegnato a svolgere determinate prestazioni entro un termine stabilito ma successivamente era incorso in difficoltà economiche che hanno reso necessaria un aumento del corrispettivo richiesto. In quel caso, la Court of Appeal stabilì che il subappaltatore poteva legittimamente ottenere i pagamenti che gli erano stati promessi senza necessità, in cambio, di una nuova "*consideration*" rispetto a quanto pattuito nell'originario contratto, dato che l'appaltatore otteneva così un "*practical benefit"*, ossia il beneficio di non incorrere nella penale dettata dal contratto con il committente, né di dover cercare altri subappaltatori. Tale beneficio pratico, invece, non

[425] E. McKendrick, *Long-Term Contracts in English Law*, in J. Beatson – D. Friedmann, *Good Faith and Fault in English Law*, Oxford, 1995, 323, cit. in D. Campbell, *Good Faith and Ubiquity of the "Relational" Contract*, 77 The Modern Law Review, 2014, 478.
[426] D. Campbell, *Good Faith and Ubiquity of the "Relational" Contract*, 77 The Modern Law Review, 2014, 478.
[427] [1991] 1 QB 1 (CA).
[428] [1809] 170 ER 1168.

sarebbe stato riscontrabile nel caso di *Stilk v Myrick*, in cui a seguito della defezione di alcuni membri di un equipaggio, il capitano aveva promesso ai marinai superstiti un pagamento aggiuntivo per ottenere la loro permanenza, poiché in quel caso i marinai si erano già impegnati ad adottare i massimi sforzi e la più puntuale diligenza durante il viaggio, e ciò non giustificava una rinegoziazione in termini di ammontare del compenso previsto.

Se dunque la spiegazione basata su un *practical benefit*, presente in un caso ma non nell'altro, non è del tutto convicente, non può che ritenersi che il motivo per cui i due casi sono stati decisi diversamente è perché essi, in effetti, erano contratti di diversa natura che richiedevano dunque un diverso trattamento.

Il caso di *Stilk v Myrick* era un caso in cui l'essenza dell'accordo era dato dalla necessità che i marinai adattassero la propria prestazione lavorativa alle circostanze e ai rischi del viaggio, per cui la flessibilità era elemento intrinseco della prestazione richiesta ai marinai. Tuttavia, tale flessibilità e in generale l'intera loro prestazione poteva efficacemente essere limitata nel tempo, ed era anzi importante stabilire che la loro prestazione avesse una durata certa e limitata al viaggio da intraprendersi[429].

L'obbligazione assunta invece nel caso *Williams v Roffey* non poteva essere limitata in questo modo. L'intero contratto poteva dirsi espressione di una serie di circostanze implicite (o *factual matrix*, per dirla alla Macneil), note al solo mondo degli operatori nei contratti di appalto, ai quali è evidente che se il contraente principale non fornisce una somma sufficiente di denaro ai subcontraenti, non riuscirà ad ottenere che il lavoro sia svolto e che sia svolto nelle tempistiche da esso stabilite[430]. Pur configurandolo come un problema riguardante la *doctrine of consideration*, dunque, le corti in realtà implicitamente hanno cercato di dare espressione a quella che era la vera intenzione delle parti, l' "autentico" accordo tra esse intercorso e le loro ragionevoli aspettative degli operatori operanti in quel

[429] Scrive Campbell che l'obbligazione dei marinai era basata su quello che oggi sarebbe chiamato un "*implied term of mutual trust and confidence*" in un contratto di lavoro. Cfr. D. Campbell, *Good Faith and Ubiquity of the "Relational" Contract*, 77 The Modern Law Review, 2014, 478.

[430] E' questa l'alternativa spiegazione del caso fornita da D. Campbell, *Good Faith and Ubiquity of the "Relational" Contract*, 77 The Modern Law Review, 2014, 478.

determinato settore[431]. Seppure non direttamente menzionando la *relational theory*, dunque, è possibile affermare che in alcuni casi le corti utilizzino un ragionamento relazionale nell'interpretazione dei contratti[432].

Poiché quindi le spiegazioni tradizionalmente date in talune ipotesi ai casi di rinegoziazione delle obbligazioni esistenti (siano esse sulla base della *doctrine of consideration* o della *promissory estoppel*) non sembrano sempre essere sufficientemente convincenti, la vera sfida affrontata attualmente dal diritto contrattuale inglese è quella di riuscire a trovare il modo per distinguere in maniera efficace tra i contratti in cui le clausole possono essere predisposte con sufficiente grado di precisione al momento di conclusione dell'accordo e quelli invece in cui tale precisione non è possibile.

Tale distinzione non richiamerebbe altro che la nota contrapposizione di Macneil tra contratti isolati, in cui la precisa definizione delle reciproche prestazioni e la specifica allocazione dei rischi assunti dalle parti è possibile sin da subito, e i contratti relazionali, in cui invece tale risultato non è raggiungibile dati gli alti costi transattivi di riconoscere *ex ante* tutti i rischi possibili emergenti dal contratto ed è perciò necessario l'affidamento ad una disciplina maggiormente flessibile volta ad adattare le obbligazioni assunte nel tempo[433].

La decisione di questo caso da parte del giudice Leggatt è allora importante, non solo perché introduce una riflessione su tale necessaria maggiore flessibilità ma anche perché costituisce una sfida a quella che è da

---

[431] Come disse Lord Steyn riguardo a questo caso, "*[t]he reasonable expectations of the parties prevailed over technical and conceptualistic reasoning*". Cfr. Lord J. Steyn, *Contract law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, 113 Law Quarterly Review, 1997, 437.

[432] Così L. Mulcahy per cui, sebbene storicamente non predisposta all'attenzione verso la dimensione contestuale o verso l'inclusione di spiegazioni derivanti dalla pratica, dal mondo degli affari e degli usi, la casistica inglese occasionalmente "*even appears to embrace relational ways of thinking*". L. Mulcahy, *Telling Tales about Relational Contracts: How Do Judges Learn about the Lived World of Contracts?*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 196.

[433] Si ricorda, ancora una volta, come Macneil abbia utilizzato nei suoi scritti il termine "relazionale" con due diverse accezioni: in un primo caso, per contrapporre i contratti isolati da un lato, da quelli maggiormente relazionali al lato opposto, e con una seconda accezione, per sottolineare il carattere relazionale di tutti i contratti esistenti. Tale duplice impiego è stato da più parti definito infelice e causa di incomprensioni nella iniziale ricezione della teoria da parte della dottrina. Si veda D. Campbell, *Good Faith and Ubiquity of the "Relational" Contract*, 77 The Modern Law Review, 2014, 484.

sempre ritenuta essere l'etica dominante del contratto inglese, ossia quella avversaria, così emblematicamente spiegata nel caso *Walford v Miles* e tipica del diritto classico. In un passaggio che merita di essere citato integralmente, il giudice infatti pone in evidenza come i contratti sorgano, nel diritto moderno, in un contesto dato da mutui accordi ed impliciti intendimenti tra le parti e animati da valori condivisi e norme di comportamento ritenute di primaria importanza per la buona riuscita della relazione contrattuale.

> *"The modern case law on the construction of contracts has emphasised that contracts, like all human communications, are made against a background of unstated shared understandings which inform their meaning. The breadth of the relevant background and the fact that it has no conceptual limits have also been stressed […]. Importantly for present purposes, the relevant background against which contracts are made includes not only matters of fact known to the parties but also shared values and norms of behaviour. Some of these are norms that command general social acceptance; others may be specific to a particular trade or commercial activity; others may be more specific still, arising from features of the particular contractual relationship."*[434]

Nella grande varietà di norme implicite che regolano gli accordi tra le parti, prosegue il giudice, è possibile riscontrare l'esistenza di una norma basata sulla fiducia reciproca e sull'affidamento ai valori di rispetto e onestà nell'adempimento delle proprie obbligazioni:

> *"A paradigm example of a general norm which underlies almost all contractual relationships is an expectation of honesty. That expectation is essential to commerce, which depends critically upon trust […]The central idea […] is that contracts can never be complete in the sense of expressly providing for every event that may happen. To apply a contract to circumstances not specifically provided for, the language must accordingly be given a reasonable construction which promotes the values and purposes expressed or implicit in the contract*"[435].

Lungi dal presupporre allora un contratto nel quale la *freedom of contract* non è più un valore riconosciuto e in cui le parti non sono libere di

[434] [133] – [135].
[435] [139].

competere tra di loro nel raggiungimento dei loro specifici scopi, il riconoscimento dell'esistenza di tale norma semplicemente avvalora e riflette la posizione di Macneil, espressa più di cinquantanni fa, per cui il contratto è essenzialmente uno scambio basato sulla cooperazione tra i contraenti, nel quale essi, proprio grazie all'accettazione di una comune base di correttezza e lealtà reciproca, sono in grado di predisporre una contrattazione davvero competitiva[436].

3.1.5 I casi dopo *Yam Seng*: il dibattito recentissimo della giurisprudenza in materia di *relational contracts*

Oltre al più recente caso di *Yam Seng* che, si potrebbe dire, è anche quello in cui più estensivamente la corte si è dilungata sulla categorizzazione del contratto come relazionale, esistono anche altri precedenti in cui si è fatta menzione della *relational contract theory* o dei contratti relazionali. Essi, pur non essendo numericamente significativi, sono comunque un segnale del fatto che la teoria non sia stata del tutto ignorata dalle corti, seppure la sua portata applicativa sia messa in dubbio in molte ipotesi[437].

Oltre a questi precendenti, risulta interessante esaminare, all'indomani della sentenza in cui il giudice Leggatt ha dettato importanti criteri sulla rilevazione e caratterizzazione di un contratto come relazionale, quali e quanti altri casi hanno sollevato una simile argomentazione durante il corso dell'ultimo anno[438].

---

[436] O come altrimenti sottolinea Campbell: "*a contract may be relational [...] but still involve highly competitive negotiating stances; or, to put it the other way around, a highly competitive contract is possible only when the parties acknowledge the mutual moral duties of their fundamentally co-operative relationship*". D. Campbell, *Good Faith and Ubiquity of the "Relational" Contract*, 77 The Modern Law Review, 2014, 492.

[437] La ricerca condotta da Linda Mulcahy riporta come, ad agosto 2013, oltre ai casi sopra menzionati di *Yam Seng* e *Baird Textile*, vi fossero altri cinque casi in cui si è posta attenzione alla teoria relazionale. Tali casi sono i seguenti: *Mayer v BBC* [2004] WL2458657; *Dymocs Franchise Systems (NSW) Pty Ltd v Todd* [2002] UKPC 50; *Morrow v Safeway Stores Plc* [2002] IRLR 9; *Johnson v Unisys Ltd* [2003] 1 AC 518; *Total Gas Marketing Ltd v Arco British Ltd* [1998] CLC 1275. Cfr. L. Mulcahy, *Telling Tales about Relational Contracts: How Do Judges Learn about the Lived World of Contracts?*, in D. Campbell - L. Mulcahy - S. Wheeler, *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013, 197.

[438] Si noti come il periodo preso in esame sia relativamente breve, essendo la sentenza di *Yam Seng* presso la High Court (Queen's Bench Division) datata 1 febbraio 2013.

Un primo caso del settembre scorso in cui si è fatta menzione dei contratti relazionali, richiamando *Yam Seng*, è stato il caso *Acer Investment Management Ltd, Quantum Investment Management Solutions LLP v The Mansion Group Ltd*[439], riguardante un contratto di agenzia per la distribuzione di prodotti finanziari e la compravendita di fondi immobiliari ed altri fondi a consulenti finanziari.

In questa sentenza, il giudice Elisabeth Laing, dopo aver esaminato il contesto commerciale in cui operano le parti e il tipo di attività svolta, ha ritenuto non verificatesi le condizioni per la ricostruzione del contratto come relazionale, trattandosi di un contratto volto alla compravendita di fondi, in cui nessuna delle parti aveva assunto un impegno a trattare esclusivamente con la controparte, in cui non era possibile individuare obblighi di buona fede, di cooperazione o "*utmost honesty*" perseguiti dalle parti e in cui non era altresì presente alcuna volontà di protrarre la relazione nel tempo. Nelle parole del giudice:

> "*The sorts of obligations and commitments that would be expected in a relational contract are absent. It was not a long-term relationship: either party could end it by giving a relatively short period of notice. Neither party was required to spend significant sums in reliance on the continuation of the relationship. In the circumstances of that relationship, defined by the terms of the agreement, set in its commercial context, there is no scope for the implication of a term of good faith. […] the express and implied terms of the agreement excluded any relevant fiduciary duties.*"[440]

E' significativo che, seppure il contratto in esame non sia stato ritenuto essere di tipo relazionale, tale possibilità sia stata esplorata dalla corte, così come sia stato debitamente analizzato il contesto commerciale in cui era sorta la relazione, segnale questo del graduale consolidarsi di una nuova tendenza più attenta alla dimensione contestuale nel ragionamento dei giudici.

Un secondo caso in cui pure si è avanzata la possibilità di qualificazione del contratto come relazionale, sia pure poi rigettando tale ipotesi, è il caso

[439] [2014] EWHC 3011 (QB).
[440] [2014] EWHC 3011 (QB) par. [109].

Mr C v T Borough Council[441], riguardante una controversia tra un insegnante ed una scuola, in cui le parti avevano sottoscritto un accordo specifico per la risoluzione del rapporto di lavoro. Tale ultimo accordo, designato come "accordo di compromesso" e contenente una serie di condizioni per disciplinare l'ultimo periodo lavorativo dell'insegnante, era stato oggetto di contesa perchè, secondo l'insegnante, la scuola aveva diffuso alla polizia informazioni aggiuntive sul suo conto, che compromettevano la sua possibilità di continuare a lavorare come insegnante in altri istituti. Chiamata a giudicare sul solo punto riguardante la possibile *breach of contract* e *misrepresentation* con riferimento a tale accordo, la corte in questo caso ha negato che potesse rilevarsi un contratto relazionale come quello esaminato dal giudice Leggatt in *Yam Seng* sulla base del carattere avversario con cui il contratto era stato concluso:

> *"This was an arm's length negotiation with both parties represented, the claimant by an experienced union representative who had set the ball rolling by acknowledging that the relationship of employer and employee could not continue, therefore to resume work at the school was not an option. […] This was therefore an entirely adversarial situation, where all the parties were agreed that remaining at the school was not a possible option and the statements and conduct of the defendant were the reverse of any suggestion that they, if the agreement was signed, would ignore or modify what was otherwise their contractual duty."*[442].

Il caso *Bristol Groundschool Limited, Intelligent Data Capture Limited, Allan Graham Hugh Cownie, Propilot Limited, Slate-Ed Limited, Jill Valerie Cownie v Alexander John Whittingham*[443] riguardante una controversia in materia di proprietà intellettuale, risolve invece positivamente il quesito sul se considerare il contratto in questione come relazionale (secondo la definizione data in *Yam Seng*). Nel caso in esame, l'attore aveva citato in giudizio il primo convenuto per *breach of contract* e tutti gli altri convenuti per violazione dei diritti di *copyright*, mentre tutti i convenuti tranne uno a loro volta avevano citato in giudizio la società e il

[441] [2014] EWHC 2482 (QB), datata 22 luglio 2014.
[442] [2014] EWHC 2482 (QB) par. [71] – [72].
[443] [2014] EWHC 2145 (Ch).

loro *managing director*, sig. W., tra gli altri, per violazione dei diritti di *copyright* e *breach of confidence*.

Volendo semplificare i fatti altrimenti molto complessi del caso, la controversia riguardava in sostanza il sig. W., fondatore della società *Bristol Groundschool Limited (Bristol Groundschool)* specializzata nella predisposizione di corsi per l'ottenimento di licenze aereonautiche e *Intelligent Data Capture Limited (Intelligent Data)*, il quale aveva ideato il progetto volto alla conversion del materiale utilizzato per la formazione dei piloti in file elettronici. Seguirono succcessivi accordi la società avrebbe fornito i testi del materiale, mentre *Intelligent Data* avrebbe fornito una serie di diagrammi, disegni e componenti animate di tali grafici.

Nondimeno, *Bristol Groundschool* avrebbe mantenuto il diritto di *copyright* sul materiale scritto, mentre *Intelligent Data* avrebbe mantenuto quello sul materiale animato. In seguito ad un contrasto tra le due società originarie, erano state costituite altre società, tutte ora in giudizio, per la produzione di libri elettronici per la formazione di piloti di aviazione civili. L'accordo complessivo per lo sviluppo di materiali elettronici per la formazione dei piloti, secondo il giudice Richard Spearman, era "relazionale" e conteneva un dovere implicito di buona fede[444]. Il direttore aveva dunque agito in maniera inaccettabile, creando una sua versione del prodotto con l'utilizzo del materiale degli altri convenuti senza la necessaria collaborazione da parte di *Intelligent Data* stesso.

Ancora, il contratto di *franchising* del caso *Carewatch Care Services Limited v Focus Caring Services Limited, Anthony J Grace, Elaine C Grace*[445] è stato considerato come esempio di contratto relazionale, in linea con quanto suggerito dal giudice Leggatt per cui tanto i contratti di *franchising*, quanto quelli di distribuzione di lungo periodo e di joint-

[444] E' significativo il richiamo in premessa del giudice ad un "*commercial common sense*" che avrebbe dovuto guidare le parti a questo tipo di contratto nella risoluzione delle loro divergenze: *"When people fall out, feelings often run high. Where this gives rise to disputes that they are unable to resolve without resorting to litigation, the court must grapple with the issues raised. This is often regrettable, and, in my judgment, is particularly unfortunate in the present case. I consider that, with a reasonable amount of commercial common sense and pragmatic give and take, the parties could and should have been able to reduce the issues in these proceedings, even if not to resolve them completely"*. Cfr. [2014] EWHC 2145 (Ch), par. [5].

[445] [2014] EWHC 2313 (Ch) dell' 11 luglio 2014, par. [10].

venture costituiscono esempi di contratti relazionali[446]. Analogamente relazionale è stato considerato anche il contratto di lavoro del caso *The Equality and Human Rights Commission v Ms Jennifer Earle*[447], con enfasi del giudice in questo caso sul fatto che gli elementi esteriori della relazione, data dal suo sviluppo nel tempo, sono essenziali per l'interpretazione dei termini dell'accordo: "*The terms may thus vary over time, even if the contract is originally in writing, to take account of the relationship between the parties and its development*"[448].

Si può dunque concludere che i casi in cui la possibilità di qualificazione di un contratto come relazionale è presa in considerazione sono sicuramente ancora pochi nel panorama giurisprudenziale inglese. Non si può negare, però, che il caso *Yam Seng*, già in questo primo anno, stia ricevendo una discrete attenzione da parte dei casi ad esso successivi.

Ciò che ancora è da stabilire, è se la categorizzazione di un contratto come relazionale implichi per le corti anche l'applicazione di un differente e ben definito insieme di norme e il riconoscimento di un principio generale di aderenza alle "aspettative ragionevoli" dei contraenti[449]. Lo sviluppo di uno specifico diritto in correlazione alla individuazione dei contratti relazionali è una possibilità che, per quanto ancora remota, non è tuttavia impossibile visti i più recenti orientamenti di alcune corti inglesi.

Conclusione

Lo studio della *relational contract theory* porta a concludere che l'attenzione di Macneil fosse più rivolta alla spiegazione dei contratti come

[446] *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QB), par. [142].
[447] [2014] WL 4250031, dinnanzi all'Employment Appeal Tribunal.
[448] [2014] WL 4250031 par. 20.
[449] Così D. Brodie il quale sostiene che se non è possibile l'applicazione della *doctrine of implied terms* tradizionale, per cui l'incorporazione degli usi creatisi tra le parti durante la relazione non possono essere inseriti "leggendoli" come clausola implicita tra i contraenti, difficilmente ciò potrà accadere per la mera categorizzazione di un contratto come relazionale: *"If the practice of the parties does not lead to implication on traditional grounds (eg through incorporation by course of dealing), there can be no guarantee that depicting the contract as relationalwill do so. I am far from convinced that it is axiomatic that categorisation as relational allows one to conclude that an obligation of fair dealing arises."*. Cfr. D. Brodie, *Fair dealing and the world of work*, 43(1) Industrial Law Journal 2014, 29-51.

parte del più ampio fenomeno degli scambi e delle relazioni interpersonali, che non alla elaborazione di un preciso diritto contrattuale applicabile[450]. Nella sua visione, dunque, il contratto è da comprendersi quale fenomeno sociale, anziché esclusivamente quale istituto rilevante dal punto di vista legale o economico.

Lungi dal diminuire tuttavia l'importanza del diritto contrattuale, la *relational theory* ha piuttosto contribuito ad attirare l'attenzione degli operatori su alcune caratteristiche essenziali del diritto attualmente applicato. Il diritto moderno, infatti, derivando le sue principali caratteristiche dal diritto contrattuale classico, sarebbe ancora influenzato dal modello di contrattazione tra due parti, le quali si ritiene abbiano prestato il proprio consenso liberamente alla conclusione dell'accordo. Tale accordo, secondo la spiegazione tradizionale, si perfezionerebbe non già nel corso della relazione tra le parti, ma nel momento stesso in cui vi è l'incontro tra l'offerta e l'accettazione. Ecco che allora il diritto attualmente vigente rifletterebbe, senza ben comprenderlo, due principali caratteristiche: la *presentiation*, ossia la capacità di rendere presenti eventi e decisioni future considerando l'accordo attualmente sottoscritto come inclusivo di qualsiasi circostanza futura, e il carattere isolato o istantaneo (*discrete*) dei contratti[451].

Al contrario, per Macneil è essenziale comprendere che le relazioni reciproche e continue sono alla base della nostra stessa organizzazione economica. Nonostante la perpetuata credenza nell'individualismo proprio del diciannovesimo secolo, non sono mancate di svilupparsi forme di associazione, *partnership* e *network* di ogni genere. Le stesse società ed

---

[450] Macneil definisce, come si ricorderà, i contratti come "*the relations among parties to the process of projecting exchange into the future*". I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Northwestern University Law Review 340, cit. in C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 172.

[450] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 153.

[451] Scrive infatti Macneil: "*The structure of the principles of general contract law, instead of reflecting material relations as they actually exist, is based entirely on the non-existent discrete transactions… This general contract structure omits vital aspects of real life material relations, and distorts the rest*". Cfr. I. Macneil, *Barriers to the Idea of Relational Contracts*, cit. in D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 126.

imprese, principali attori del modello economico vigente, non sono che i migliori esempi di applicazione di contratti relazionali[452].

E' importante inoltre riconoscere che il contratto non è mai onnicomprensivo, ma si autocompleta con la sua prosecuzione nel tempo, ed è perciò essenziale che l'interpretazione del testo sottoscritto dalle parti prenda in debita considerazione il contesto nel quale esso è stato concluso. L'analisi interpretativa dei contratti deve allora iniziare e finire prendendo in considerazione il contesto sociale in cui essi sono immersi e considerando il testo come solo uno dei possibili elementi interpretativi, poiché ogni risoluzione di una controversia contrattuale che non tiene conto della dimensione contestuale porta a risultati necessariamente incompleti[453].

Inoltre, il diritto deve riconoscere il carattere "isolato" dei contratti come eccezione rara, possibilmente voluta dalle parti, e non come il modello più comune di contratto, dato che tutti i contratti sono relazionali, pur essendo alcuni "più relazionali" di altri[454]. Le parti possono quindi pur sempre dichiarare di voler porre chiaramente enfasi sui termini espressi del contratto ed esprimere la volontà che sia interpretato rigidamente. Tale effetto, però, è per la teoria relazionale espressione di una scelta delle parti piuttosto che un effetto immediato e diretto del diritto contrattuale.

Il diritto dei contratti e i contratti vincolanti sono perciò, secondo Macneil, solo una parte del complesso fenomeno sociale degli scambi, in cui imperante è il dualismo della natura umana, contemporaneamente sociale ed egoista, che può essere portata in equilibrio grazie allo scambio

---

[452] Così J. Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013, 65.

[453] Il fulcro della teoria, volendo semplificare al massimo, è dunque l'importanza assegnata al contesto sociale nella comprensione dei contratti e la complessità della relazione contrattuale nel suo insieme, a differenza di quanto invece fa il diritto classico. Come riporta infatti C. Mitchell la classica "*[c]ontract law has traditionally sought to ignore this complexity, emphasising the discreteness of the transaction by its assumptions concerning the parties and their agreement – objectivity, arm's length dealings, party autonomy and self-interestedness, rather than trust, co-operation and interdependence*". C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 12.

[454] I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Northwestern University Law Review 341. Come si è detto, il focus della teoria non era quello di distinguere una determinata categoria di contratti come "relazionali", essendo questa considerata una incomprensione del pensiero di Macneil.

cooperativo, in cui ciascuno deve dare qualcosa per ricevere qualcosa in cambio[455].

L'ampia riflessione sul diritto esistente porta a concludere, come si è visto, che la teoria sia da considerarsi più descrittiva, anzichè valutativa o prescrittiva, poiché da essa non sarebbe possibile derivare regole certe per il diritto applicato[456], nonostante Macneil stesso abbia cercato di trarre dalla propria analisi un possibile apparato di norme[457]. In tale prospettiva, la teoria relazionale condividerebbe con quella di analisi economica una critica molto comune, ossia quella per cui essa sarebbe troppo indefinita e generale per poter fornire precise indicazioni circa il modo in cui strutturare le regole del diritto dei contratti[458]. Nelle parole dello stesso Stewart Macaulay, che per alcuni sarebbe stato in un certo senso coautore della teoria relazionale: "*Macneil's relational approach and a law and society perspective do not offer elegant models of contracting behavior. You get a story and multiple factors to consider, but not a simple formula that produces results*"[459].

Quest'ultima critica per cui dalla teoria non sarebbero deducibili regole applicative non dovrebbe tuttavia essere rilevante al fine di valutare

---

[455] D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 153.

[456] Così scrive Trebilcock al riguardo: "*Macneil's approach, no matter how accurately it describes reality, does not yield determinate legal principles for governing the allocation of unassigned risks. It entails a highly amorphous sociological inquiry that seems well beyond the competence of courts in case-by-case adjudication and seems to exhibit all the vices of other particularistic approaches to designing default rules…*". M.J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge MA, 1993, 141.

[457] Il diritto classico mantiene nella visione macneiliana la sua importanza, ma viene relativizzato, ritenendolo come parte del tutto: "*classical and neo-classical law can be seen as only a part – however important – of any overarching relational jurisprudence*". Cfr. I. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 907.

[458] E' questo quanto sostenuto dall'economista R. H. Coase, il quale ritiene l'analisi economica del diritto "*strong on theory if weak on facts*". Cfr. R. H. Coase, *The New Institutional Economics*, cit. in J. Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013, xiii. Si veda anche C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 165 la quale riporta l'opinione espressa da Trebilcock, con riferimento alla *law and economics*: "*appealing to efficiency or welfare considerations as external reference points … fails to yield a set of determinate rules with clear implications for particular cases confronting the courts"*. M. J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge MA, 1993, 144.

[459] S. Macaulay, *Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein* 94 Northwestern University Law Review 2000, 783.

l'importanza o l'impatto della teoria relazionale nell'esame della materia contrattuale. Si potrebbe infatti sostenere che a tale critica si espongano non solo la *relational contract theory* o la *law and economics*, ma, a ben vedere, qualsiasi teoria normativa. Scopo del loro studio, dunque, non è tanto quello di poter derivare immediate regole pratiche, quanto più di poter cogliere dalle istanze mosse una migliore comprensione circa la complessità della materia in esame e una riflessione sulle regole attualmente esistenti.

A differenza della *law and economics* o di altre teorie, però, la *relational contract theory* soffre, in effetti, di un'ulteriore limitazione. Essa infatti non riconosce un solo principio onnicomprensivo (quale può essere ad esempio il principio di "massimizzazione della ricchezza") sulla cui base misurare l'efficienza di tutte le regole esistenti. Per questo, l'insieme di considerazioni variegate e spesso contraddittorie della teoria relazionale conduce all'indeterminatezza di contenuto, anche se la teoria stessa accetta questa conseguenza come naturale effetto della varietà e complessità dei fenomeni sotto il suo esame[460].

Un altro problema della *relational contract theory* è che essa tende a riconoscere che ciascuna specifica relazione contrattuale debba trovare una regolamentazione a sé stante, dovendosi esaminare lo specifico contesto nel quale è sorto ciascun contratto, cosa che è naturalmente incompatibile con il carattere generale che il diritto contrattuale è chiamato ad assumere, dovendo per definizione dettare una serie di regole valevoli per ogni caso concreto[461].

Legato a quest'ultimo aspetto è anche il limite per cui la teoria richiederebbe che nel processo di interpretazione contrattuale si conduca un esame soggettivo delle intenzioni delle parti, esame che è l'esatto opposto di quella che è la regola di *default* del diritto di common law, ossia l'adozione di una prospettiva oggettiva. Tuttavia, mentre è evidente che tale

[460] Così C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 181.

[461] In sintesi, la teoria relazionale sembra presentare una serie di importanti strumenti per analizzare le relazioni di scambio, pur non fornendo una chiave di lettura univoca per i risultati emersi. E' ben possibile, infatti, come si è visto, che l'approccio relazionale porti a concludere che in un determinato caso sia preferibile una visione formalista e "isolata" della relazione contrattuale, piuttosto che una contestuale e relazionale. C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 238.

approccio oggettivo sia dettato da chiare considerazioni di opportunità volte ad assicurare che il diritto protegga l'affidamento e la certezza delle obbligazioni assunte senza che possano essere avanzate obiezioni dettate dagli intendimenti soggettivi di ciascuna parte[462], la posizione dettata dalla teoria relazionale porta a riflettere perlomeno sulla persistente validità di tale approccio o sulla possibilità di una sua attenuazione.

Seppure, infatti, sia condivisibile il fatto che l'interpretazione non debba estendersi sino a prendere in considerazione le intenzioni soggettive e inespresse delle parti, rimane da chiedersi per quale motivo invece il diritto inglese non prenda in considerazione, come fa invece il diritto italiano, le intenzioni condivise da entrambi i contraenti e sicuramente accertabili[463]. In altre parole, la teoria relazionale porta quantomeno gli interpreti a domandarsi per quale motivo il principio oggettivo debba includere solo il significato che il documento assume per una persona ragionevole che si pone nella situazione contestuale delle parti (ossia, di fatto, il giudice)[464], mentre debba tralasciare le intenzioni effettive e condivise delle parti (ossia la loro "comune intenzione").

---

[462] Le ragioni di *policy* che conducono ad una interpretazione oggettiva del contratto sono esaminate da C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 208. La motivazione ultima è quella dell'impossibilità di indovinare ciò che le parti hanno in mente se non viene da loro chiaramente espresso: si veda anche J. Gava – J. Greene, *Do We Need a Hybrid Law of Contract? Why Hugh Collins is Wrong and Why it Matters*, 63 CLJ 2004, 617.

[463] Nel nostro diritto invece prevale come primo e fondamentale criterio quello dell'interpretazione soggettiva delle dichiarazioni, ossia secondo il significato ad esse concordemente attribuito al tempo della conclusione del contratto, posto che tale comune intenzione sia esistita e sia accertabile (art. 1362 comma 1 codice civile). Il nostro diritto, rispetto a quello inglese, può allora davvero dirsi contenere almeno alcuni dei precetti della teoria relazionale, perlomeno limitatamente all'attenzione rivolta all'interpretazione soggettiva dei contratti stessi: nel diritto inglese, infatti, come osserva Cass. civ., sez. I, 02-11-1995, n. 11392: "*è presente […] una regola interpretativa del tutto identica a quella prevista dall'art. 1363 c.c., che prevede la cosiddetta interpretazione complessiva. Ciò che distingue le norme sull'interpretazione dei contratti del diritto inglese dalle nostre […] è che lo scopo dell'attività ermeneutica non è la scoperta della comune intenzione delle parti in senso soggettivo, ma dell'oggettivo significato che, nel contesto e nelle circostanze in cui il contratto è stato concluso, un reasonable man avrebbe attribuito alle espressioni usate*". Si veda anche S. Menon, *Contract Law from the Trenches – A Former Litigator's Perspective*, 31 Journal of Contract Law 2014, 8, per il quale l'adozione di un approccio contestuale secondo le indicazioni di Lord Hoffmann avrebbe il pregio di avvicinare il diritto inglese a quello di civil law. Con riguardo al diritto inglese, si veda anche C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 209.

[464] E' questo il criterio dettato da Lord Hoffmann in *Attorney General of Belize v Belize Teleco Ltd* [2009] UKPC 10; [2009] Bus LR 1316, 16.

Questa è dunque l'eredità della teoria relazionale: non tanto quella di aver dettato regole immediatamente applicabili, ma quella di aver posto in luce alcune caratteristiche tipiche del diritto contrattuale classico e neoclassico che altrimenti sarebbero rimaste nascoste, implicite e non identificabili dagli interpreti. La possibilità poi che dalle importanti intuizioni di Macneil possano derivare regole immediatamente applicabili da parte delle corti è forse, per vero, oltre il reale intento propugnato dallo stesso autore[465].

Ciò che invece può essere riconosciuto è che, anche grazie alla teoria relazionale, sia possibile per il diritto inglese compiere una riflessione più ampia su alcune proprie tradizionali posizioni[466]. Il riconoscimento della "relazionalità" di tutti i contratti, dunque, non si ripercuote necessariamente nell'esigenza di adottare un diverso diritto rispetto a quello attualmente esistente ed anzi, tale normativizzazione delle regole sociali che disciplinano il rapporto interno tra le parti potrebbero infatti venire snaturate e perdere di significato qualora venissero tradotte in norme giudiriche[467].

---

[465] Tuttavia, lo sforzo di comprendere i risvolti applicativi di tale teoria si rivela necessario, a meno di non relegare l'intera impresa accademica dei relazionalisti ad una inutilità pratica. Come scrive infatti Mitchell: "*Relational scholars may regard the application of the theory to law as immaterial or going beyond their concerns or even impossible, but if so, they can then hardly be surprised or disappointed if a lawyer (or even a business person) greets their claims with a sceptical "So what?"*". Cfr. C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 26, la quale ricorda come lo stesso Macneil sia stato deluso dalla ricezione del suo lavoro: si veda D. Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001, 5.

[466] Secondo Mitchell, infatti, sebbene l'adozione di un diritto relazionale e delle norme relazionali come dettate da Macneil sia poco attuabile, i giudici possono tuttavia cercare di incorporare nei loro ragionamenti almeno alcuni degli aspetti più rilevanti della teoria. C. Mitchell, *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013, 197. La stessa autrice poi sottolinea come, sebbene non tutti gli studiosi sarebbero d'accordo, è certo che almeno alcune delle norme esplicitate da Macneil siano già parte del diritto di common law, come l'attenzione alle relazioni di potere (si pensi al *Unfair Contract Terms Act* 1977), i mezzi attraverso cui il contratto raggiunge i suoi scopi e le norme sulla giustizia (che regolano i casi di "*unfairness*") e sullla libertà (che esprimono la "*freedom of contract*"). Ancora, la norma sull'integrità del ruolo ("*role integrity*") sarebbe esplicitata in alcuni casi in cui si riconosce che un documento debba assumere una diversa rilevanza se letta da un avvocato piuttosto che dall'uomo di strada (è questa una argomentazione di Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society* [1998] 1 All ER 98. Allo stesso modo, la regola sulla reciprocità ("*the principle of getting something back for something given*") è già presente nel diritto contrattuale. Cfr. Ibid, 193.

[467] Quest'ultima opinione sembrerebbe poi essere condivisa dallo stesso Macneil, pur non negandosi la possibilità di scritti contrari nella molteplicità delle opere dell'autore. In una

Tale riconoscimento, piuttosto, può essere un catalizzatore verso il cambiamento della fondamentale etica sottostante il contratto inglese con altri valori, come quelli della giustizia contrattuale o della fondamentale etica cooperativa che deve animare gli accordi[468], in linea con l'etica che domina il contratto nel diritto europeo continentale e in quello italiano, riconoscendo come eccezione, e non come regola, l'esistenza di contratti in cui le parti hanno inteso concludere un accordo fondamentalmente "avversario", ossia animato dalla tradizionale opposizione tra i contraenti e da interpretarsi secondo gli espressi termini dello stesso. Il fatto che recenti sentenze nel panorama giurisprudenziale inglese stiano prendendo in considerazione la teoria relazionale, seppure finora risolvendo in senso negativo la riconducibilità dei fenomeni contrattuali da esse esaminati ai "*relational contracts*", è sicuramente un segnale importante di una nuova riflessione e di una nuova consapevolezza circa la definizione dei contratti nel diritto di common law.

---

sua opera infatti egli scrive che "*sovereign imposition of norms on contract, in contrast to their generation within the contract, results in a transformation of the contract's values. That is, the values of imposing contract norms – whether common, discrete or relational – are not identical to the values reflected by their internal generation. Not only is an imposed norm theoretically different – respecting consent, for example – but it will be practically different as well*". I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 Northwestern University Law Review 1983, 370.

[468] R. Brownsword, *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, 2006, 139. Sono invece meno ottimisti altri autori D. Campbell e H. Collins, i quali ritengono che il diritto contrattuale classico si basi sulla falsa premessa dell'antagonismo quale etica dominante e dell'isolatezza delle contrattazione (ossia il loro carattere "*discrete*"), in opposizione con il carattere cooperativo delle contrattazioni anche di carattere commerciale. Si veda il volume *Implicit Dimensions of Contract* a cura di D. Campbell, H. Collins, J. Wightman, Oxford, 2003, 25.

Bibliografia

Adams, J. – Brownsword, R., *Understanding Contract Law*, Londra, 2007.

Alpa, G.– Delfino, R., *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005.

Amore, G., *Appalto e claim*, Padova, 2007.

Arrighetti, A. – Bachmann, B. – Deakin, S., *Contract Law, Social Norms and Inter-firm Co-operation*, 21 Cambridge Journal of Economics 1997, 171.

Atiyah, P. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.

Atiyah, P., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1981.

Atiyah, P., *Essays on Contract*, Oxford, 1986.

Austen-Baker, R., *A Relational Law of Contract?*, 20 Journal of Contract Law 2004, 125.

Austen-Baker, R., *Comprehensive Contract Theory: A Four-Norm Model of Contractual Relations*, 25 Journal of Contract Law 2009, 216.

Austen-Baker, R., *Towards a Four-Norm Model of Contract Relations,* Seminar on Relational Contract Theory, Lancaster University Law School and Lancaster University Management School, 30 April 2008.

Badawi, A. B., *Relational Governance and Contract Damages: Evidence from Franchising*, 7 J. Empirical Legal Stud. 2010, 743.

Barnett, R. E., *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 Virginia Law Review 1992, 1175.

Bartlett, K. T., - Kennedy, R., *Feminist Legal Theory – Readings in Law and Gender*, Boulder, 1991.

Bartlett, K. T., *Feminist Legal Methods*, 103 Harvard Law Review 1989, 829.

Beale, H. – Dugdale, T., *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, 2 British Journal of Law and Society, 1975, 45.

Beale, H. G. - Bishop, W. - Furmston, M. P., *Contract – Cases and Materials*, Oxford, 2008.

Beatson, J., - Friedmann, D., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995.

Beatson, J., *Anson's law of contract* - 28. ed., Oxford, 2002.

Bellantuono, G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

Benson, P., *The Theory of Contract Law*, Cambridge, 2001.

Bernstein, L., *An (Un)common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of the CESL*, Common Market Law Review, University of Chicago Institute for Law and Economics Olin Research Paper No. 606, 26 maggio 2012, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2067196.

Bernstein, L., *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. Pa. L. Rev. 1996, 1765.

Bernstein, L., *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 *Journal of Legal Studies* 1992, 115.

Bernstein, L., *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 Michigan Law Review 2001, 1724.

Bernstein, L., *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, 66 University of Chicago Law Review 1999, 710.

Betto, E., *Mind the gap – Battle of forms, entire agreement e no-waiver clauses in Inghilterra: alcune recenti lezioni*, Diritto del commercio internazionale, 2011, 609.

Bird, R., *Employment as a Relational Contract*, 8 University of Pennsylvania Journal of Labour and Employment Law, 2005, 149.
Bix, B. H., *Contract Law Theory*, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 06-12, 2006, disponibile su
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=892783.

Bix, B. H., *Jurisprudence: Theory and Context*, Londra, 2012.

Block, F., *Relational Work and the Law: Recapturing the Legal Realist Critique of Market Fundamentalism*, 40 Journal of Law and Society, 2013, 27.

Blois, K., *B2B "Relationships" – A Social Construction of Reality*, 3 (1) Marketing Theory 2003, 79.

Braucher, J - Kidwell, J. A. – Whitford, W. C., *Contracts: Law in Action*, Charlottesville, 2011.

Braucher, J. – Kidwell, J. A. – Whitford, W. C., *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

Brodie, D., *Common Law Remedies and Relational Contracting: McNeil v Aberdeen CC (No 2)* [2013] CSIH 102, 43 (2) Industrial Law Journal 2014, 170.

Brodie, D., *Fair dealing and the world of work*, 43(1) Industrial Law Journal 2014, 29.

Brownsword, R., *Contract Law: Themes for the Twenty-First Century*, Oxford, 2006.

Brownsword, R., *The Law of Contract: Doctrinal Impulses, External Pressures, Future Directions*, 31 Journal of Contract Law 2014, 73.

Buckley, F.H., *The Fall and Rise of Freedom of Contract,* Durham, 1999.

Buffone, G. - De Giovanni, C. – Natali, A. I., *Il Contratto*, Padova, 2013.

Burrows, A., – Peel, E., *Contract Terms*, Oxford, 2007.

Burrows, A., *A Casebook on Contracts*, Oxford e Portland, 2011.
Campbell, D. - Collins, H. – Wightman, J., *Implicit Dimensions of Contract*, Oxford, 2003.

Campbell, D. – Vincent Jones, P., *Contract and Economic Organisation: socio-legal initiatives*, Dartmouth, 1996.

Campbell, D., *Good Faith and Ubiquity of the "Relational" Contract*, 77 The Modern Law Review, 2014, 475.

Campbell, D., *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Londra, 2001.

Carter, J. W., *The Construction of Commercial Contracts*, Oxford, 2013.

Cartwright, J., *The English Law of Contract: Time for Review?*, 2 European Review of Private Law 2009, 155.

Charny, D., *Illusions of Spontaneous Order: "Norms" in Contractual Relationships*, 144 University of Pennsylvania Law Review 1996, 1841.

Chen Wishart, M., *Contract Law*, Oxford, 2012.

Circo, C. J., *The Evolving Role of Relational Contract in Construction Law*, 32 Constr. Law 2012, 16.

Coase, R. H., *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law and Economics 1964, 1.

Cohen, M., *The Basis of Contract*, 46 Harvard Law Review 1933, 553.

Collins, H., *The Law of Contract*, Londra, 2003.

Coote, B., *The Essence of Contract*, 1 J. Cont. L. 1988, 91.

Cooter, R. - Ulen, T., *Law and Economics* (5 ed.), Boston, 2008.

Cooter, R. – Mattei, U. – Monateri, P. G. – Pardolesi, R. – Ulen, T., *Il mercato delle regole – Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006.

Courtney, W. – Carter, J. W., *Implied Terms: What Is the Role of Construction?* 31 Journal of Contract Law 2014, 151.

Criscuoli, G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001.

Dailey, A. C., *Feminism's Return to Liberalism*, 102 Yale Law Journal, 1993, 1265.

De Nova, G., *Il contratto alieno*, Torino, 2008.

Devlin, P., *The relation between commercial law and commercial practice*, 14 The Modern Law Review 1951, 249.

Diathesopoulos, M., *Relational Contract Theory and Management Contracts: A Paradigm for the Application of the Theory of the Norms*, MPRA Paper 24028, University Library of Munich, Germany, 2010.

Dilts, D., *Of Words and Contracts: Arbitration and Lexicology*, Dispute Resolution Journal 2005, 40.

DiMatteo, A. – Zhou, Q. – Saintier, S. – Rowley, K., *Commercial Contract Law – Transatlantic Perspectives*, New York, 2013.

Duhl, G. M., *Conscious Ambiguity: Slaying Cerberus in the Interpretation of Contractual Inconsistencies*, 71 University of Pittsburgh Law Review 2010, 71.

Durkheim, E., *The Division of Labour in Society*, Londra, 1964.

Eisenberg, M. A., *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review 1999-2000, 805.

Ertman, M. M., *Legal Tenderness: Feminist Perspectives on Contract Law*, 18 Yale J.L. & Feminism, 2006, 545.

Falconer, C., *European Contract Law Conference*, Londra, 26 settembre 2005, disponibile all'indirizzo:

Feinman, J., *Relational Contract Theory in Context*, 94 Northwestern University Law Review, 737.

Fici, A., *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005.

Franciosi, L. M., *Trattative e due diligence. Tra culpe in contrahendo e contratto*, Milano, 2009.

Franco, R., *Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica: profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

Fridman, G. H. L., *Freedom of Contract*, 2 Ottawa Law Review, 1967, 1.

Friedmann, W. G., *Law in a Changing Society*, New York, 1972.

Furmston, M. *Law of Contract*, Oxford, 2006.

Furmston, M.P., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, Oxford, 1999.

Gava, J., – Greene, J., *Do We Need a Hybrid Law of Contract? Why Hugh Collins is Wrong and Why it Matters*, 63 CLJ 2004, 605.

Gil, R., *The Interplay of Formal and Relational Contracts: Evidence from Movies*, 29 The Journal of Law, Economics & Organizations 2013, 681.

Gilmore, G. *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974.

Gilmore, G., *La morte del contratto*, Milano, 1988.

Gilson, R. – Sabel, C. – Scott, R., *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine*, 110 Columbia Law Review 2010, 1377.

Gitti, G. – Villa, G., *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

Goetz, C. J. – Scott, R. E., *Principles of Relational Contracts*, 67 Virginia Law Review 1981, 1089.

Goff, R., *Commercial Contracts and the Commercial Court*, Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly 1984, 382.

Goldberg, V., *Regulation and Administered Contracts*, 7 (2) The Bell Journal of Economics, 1976, 426.

Gordon Smith, D. – King, B. G., *Contracts as Organizations*, 51 Arizona Law Review 2009, 1.

Gordon, R. W., *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and*

Power in Contract Law, Wisconsin Law Review 1985, 565.

Grabiner, A., *The Iterative Process of Contract Interpretation*, 128 LQR 2012, 41.

Granieri, M., *Il tempo e il contratto – Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

Green, M. S., Legal Realism as Theory of Law, 46 William & Mary Law Review, 2005, 1915.

Gudel, P. J., *Relational Contract Theory and the Concept of Exchange*, 46 Buff. L. Rev. 1998, 763.

Guerinoni, E., *Il contratto "incompleto"*, 12-6 PMI, 2006, 12.

Guerinoni, E., *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007.

Hadfield, G. K., *An Expressive Theory of Contract: from Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law*, 146 U. Pa. L. Rev, 1998, 1235.

Hatzis, A. N., *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, 2 Commentaries in Law & Economics 2003, 1.

Hillman, R. A., *The Crisis in Modern Contract Theory*, 67 Tex. L. Rev. 1988, 103.

Hillman, R., *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, Duke Law Journal 1987, 1.

Horwitz, M., *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 Harvard Law Review, 1974, 917.

Houser D. et al., *When Punishment Fails: Research on Sanctions, Intentions and Non-Cooperation* 62 Games and Economic Behavior 2008, 509.
http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/conference092005/falconer2005.pdf.

Hunter, R. – McGlynn, C. – Rackley, E. *Feminist Judgments: From Theory to Practice*, Oxford, 2010.

Irvine, D., *The Law: An Engine for Trade*, 64 The Modern Law Review 2001, 333.

Joscow, P., *Contract Duration and Relation-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets*, 77 (1) American Economic Review, 1987, 168

Katz, A. W., *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation*, 104 Columbia Law Review, 2004, 496.

Kimel, D., *From Promise to Contract*, Oxford, 2003.

Kimel, D., *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27(2) Oxford Journal of Legal Studies 2007, 233.

Krishnan, J. – Macaulay, S., *Toward the Next Generation of Galanter-Influence Scholars: The Influential Reach of a Law-and-Society Founder* 71 Law and Contemporary Problems 2008, I.

Larouche, P. – Chirico, F., *Economic Analysis of the DCFR – The work of the Economic Impact Group within CoPECL* (ed.), Monaco, 2010.

Leib, E., *Contract and Friendship*, 59 Emory Law Journal 2010, 649.

Linzer, P., *Uncontracts: Context, Contorts and the Relational Approach*, Annual Survey of American Law, 1988, 139.

Llewellyn, K., *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, 30 Columbia Law Review 1930, 431.

Macario, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

Macaulay, S. – Braucher, J. – Kidwell, J. A., – Whitford, W., *Contracts: Law in Action*, Dayton, 2010.

Macaulay, S. – Friedman, L. – Mertz, E., *Law in Action: A Socio-Legal Reader*, New York, 2007.

Macaulay, S., *An Empirical View of Contract* 1985 Wisconsin Law Review 1985, 465.

Macaulay, S., *Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of the Yellow Submarine* 80 Tulane Law Review 2006, 1161.

Macaulay, S., *Freedom From Contract: Solutions in Search of a Problem?* 2004 Wisconsin Law Review 2004, 777.

Macaulay, S., *Law, Private Governance and Continuing Relationships: An Empirical View of Contract* 1985 Wisconsin Law Review 1985, 465.

Macaulay, S., *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 Am. Soc. Rev., 1963, 55.

Macaulay, S., *Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein* 94 Northwestern University Law Review 2000, 775.

Macaulay, S., *Renegotiations and Settlements: Dr Pangloss's Notes on the Margins of David Campbell's Papers* 29 Cardozo Law Review 2007, 261.

Macaulay, S., *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, 66 Modern L. Rev. 2003, 44.

Macaulay, S., *The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry* 9 Practical Lawyer 1963, 13.

Macneil, I., *A Primer of Contract Planning*, 48 Southern California Law Review 1975, 627.

Macneil, I., *Cases and Materials on Contracts: Exchange Transactions and Relationships*, New York, 1971.

Macneil, I., *Contracting Worlds and Essential Contract Theory*, 9 Social and Legal Studies, 2000, 431.

Macneil, I., *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and The Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 Northwestern University Law Review 1981, 1018.

Macneil, I., *Exchange Revisited: Individual Utility and Social Solidarity*, 96 Ethics, 1986, 567.

Macneil, I., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Northwestern University Law Review, 199-2000, 877.

Macneil, I., *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, Wisconsin Law Review 1985, 483.

Macneil, I., *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 Virginia Law Review 1974, 589.

Macneil, I., *The Many Futures of Contract Law*, 47 Southern California Law Review 1974, 691.

Macneil, I., *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven e Londra, 1980.

Macneil, I., *Values in Contract: Internal and External*, 78 Northwestern University Law Review, 1983, 340.

Macneil, I., *Whither Contracts?* 21 Journal of Legal Education, 1969, 403.

Maine, H. S., *Ancient Law*, Londra, 1885.

Marchetti, C., *Il silenzio del contratto: gli implied terms nel diritto inglese*, Torino, 2013.

Marini, G., *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

Mazza, F., *Merger clause o clausola di completezza*, in *I contratti in generale*, IV, Tomo II *Clausole abusive*, in Cendon, P., *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2001, 737.

McKendrick, E., *Contract Law*, Basingstoke, 2007.

McKendrick, E., *English Contract Law: A Rich Past, an Uncertain Future?*, 50 (1) Current Legal Problems, 1997, 25.

McMeel, G., *Prior Negotiations and Subsequent Conduct – The Next Step Forward for Contractual Interpretation?* 119 Law Quarterly Review, 2003, 272.

Menon, S., *Contract Law from the Trenches – A Former Litigator's Perspective*, 31 Journal of Contract Law 2014, 1.

Miller, M. R., *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*, 75 Missouri L. Rev., 2010, 493.

Mitchell, C., *Contract Law and Contract Practice – Bridging the Gap Between Legal Reasoning and Commercial Expectation*, Oxford e Portland, 2013.

Mitchell, C., *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between "Real" and "Paper" Deal*, 29 Oxford Journal of Legal Studies, 2009, 675.

Mitchell, C., *Interpretation of Contracts*, Londra e New York, 2007.

Morgan, J., *Contract Law – Great Debates*, Basingstoke e New York, 2012.

Morgan, J., *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge, 2013.

Mouzas, S. – Furmston, M., *From Contract to Umbrella Agreement*, The Cambridge Law Journal 2008, 37.

Mouzas, S., – Blois, K., *Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions*, Paper presented at 24th Conference, Uppsala, Sweden, 2008.

Movsesian, M., *Two Cheers for Freedom of Contract*, 23 Cardozo Law Review, 2002, 1529.

Mulcahy, L. – Wheeler, S., *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*, Basingstoke, 2013.

Mulcahy, L. – Wheeler, S., *Feminist Perspectives on Contract Law*, Londra, 2005.

Mulcahy, L., *Contract Law in Perspective*, Londra e New York, 2008.

Murray Jr., J. E., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 Fordham LR 2002, 869.

Murray, Jr., J. E., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 Fordham L. Rev. 20002, 871.

Nanna, C. M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010.

Nassar, N., *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dodrecht – Boston - Londra, 1995.

Navarretta, E., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Pisa, 2008.

Neuberger of Abbotsbury, *Thoughts on the Law of Equitable Estoppel*, 84 Australian Law Journal 2010, 225.

Newman, P., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Londra, 1998.

Nolan, D., *The Classical Legacy and Modern English Contract Law*, 59 The Modern Law Review 1996, 603.

Oman, N., *Unity and Pluralism in Contract Law*, 103 Mich. L. Rev. 2005, 1483.

Oppo, G., *I contratti di durata*, Riv. Dir. Comm. 1943, 143.

Palay, T. M., *A Contract Does Not a Contract Make*, Wisconsin Law Review, 1985, 561.

Patterson, D., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Hoboken, 2010.

Peel, E., *Treitel: The Law of Contract*, Londra, 2007.

Polinsky, A. M., *An Introduction to Law and Economics*, New York, 2003.

Poole, J., *Textbook on Contract Law*, Oxford, 2004.

Posner, E. A., *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 Yale Law Journal, 2003, 829.

Posner, R., *The Law and Economics of Contract Interpretation*, J.M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 229, 2004.

Posner, R., *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*, Journal of Institutional and Theoretical Economics 1993, 149.

Posner, R., *The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation*, 146 University of Pennsylvania Law Review 1998, 533.

Radin, M. J., *Reply: Please Be Careful with Cultural Feminism*, 45 Stan. L. Rev. 1993, 1567.

Report and Recommendations of the Commercial Court Long Trials Working Party, Judicial and Court Statistics (2011): www.justice.gov.uk/statistics/courts-and-sentencing/judicial-annual-2011.

Schwartz, A. - Scott, R. E., *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 Yale Law Journal, 2003, 541.

Scarpa, D. *Rete di imprese in prospettiva industriale: adeguatezza e congruità quali criteri fondanti la struttura*, Rivista di Diritto Industriale, fasc.1, 2014, 48.

Scognamiglio, C., *Contratto*, in AA. VV., *XXI Secolo. Norme e idee*, Roma, 2009, 372 ss.

Scott, R. E., *Principles of Relational Contracts,* 67 Virginia Law Review 1981, 1089.

Scott, R. E., *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 847.

Sharma, K. M., *From Sanctity to Fairness: An Uneasy Transition in the Law of Contracts*, 18-2 New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1999, 95.

Shavell, S., *Economic Analysis of Law*, New York, 2004.

Simpson, A. W. B., *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford, 1975.

Smith, S. A., *Contract Theory*, Oxford, 2004.

Speidel, R. E., *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 Northwestern University Law Review 2000, 823.

Speidel, R., *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts*, 76 Northwestern University Law Review 1983, 369.

Speidel, R., *The New Spirit of Contract*, 2 Journal of Law and Commerce 1982, 193.

Staughton, C., *How do Courts Interpret Commercial Contracts?* 58 Cambridge Law Journal, 1999, 303.

Steyn, J., *Contract law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, 113 Law Quarterly Review, 1997, 433.

Steyn, J., *Does Legal Formalism Hold Sway in England?* 49 Current Legal Problems 1996, 43.

Stone, R., *The Modern Law of Contract*, Londra e New York, 2013.

Testy, K. Y., *Symposium: An Unlikely Resurrection*, 90 Nw. U.L. Rev. 1995, 219.

Threedy, D. L., *Feminists & Contract Doctrine*, 32 Ind. L. Rev. 1999, 1247.

Trebilcock, M. J., *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge MA, 1993.

Turpin, C., *Government Contracts: a study of methods of contracting* 31 The Modern Law Review 1979, 241.

Van der Veen, M., *Contracting for Better Places: A Relational Analysis of Development Agreements in Urban Developments*, Alblasserdam, 2009

Van Pelt, M. H., *Symposium: Law, Private Governance and Continuing Relationships: Introduction* 1985 Wis. L. Rev. 1985, 461.

Viglione, F., *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, Riv. Dir. Civ., 2008, suppl. I, 133.

Vogenauer, S. – Weatherhill, S., *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, 2006.

Vogenauer, S., *Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum In Europe: Theory and Evidence*, 21 European Review of Private Law 2013, 13.

Whitford, W. – Macaulay, S., *Hoffman v. Red Owl Stores: The Rest of the Story* 61 Hastings Law Journal 2009-2010, 801.

Whitford, W. C., *Ian Macneil's Contribution to Contracts Scholarship*, Wisconsin Law Review 1985, 545.

Williamson, O. E., *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 Journal of Law and Economics 1979, 233.

Worthington, S., *The Unique Charm of the Common Law*, 19 3/4 European Review of Private Law 2011, 345.

Casi citati

Inghilterra

Acer Investment Management Ltd, Quantum Investment Management Solutions LLP v The Mansion Group Ltd [2014] EWHC 3011 (QB).

Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd [2009] UKPC 10 [2009] Bus LR 1316.

Baird Textile Holdings Limited v Marks and Spencer Plc [2001] EWCA Civ 274.

Balmoral Group Ltd v Borealis (UK) Ltd [2006] EWHC 1900 [339].

Barclays Bank plc v. O'Brien [1992] 4 All E.R. 983 (C.A.).

Bristol Groundschool Limited, Intelligent Data Capture Limited, Allan Graham Hugh Cownie, Propilot Limited, Slate-Ed Limited, Jill Valerie Cownie v Alexander John Whittingham [2014] EWHC 2145 (Ch).

Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corp (England) Ltd [1979] 1 WLR 401.

Carewatch Care Services Limited v Focus Caring Services Limited, Anthony J Grace, Elaine C Grace [2014] EWHC 2313 (Ch).

Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd [2009] 1 AC 1101.

Clough Mill v Martin [1984] 3 All ER 987.

Davis Contractors v Fareham U.D.C. [1956] AC 696.

Dymocs Franchise Systems (NSW) Pty Ltd v Todd [2002] UKPC 50.

Esso Petroleum Co. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd., [1967] 1 All E. R. 699.

Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896.

Johnson v Unisys Ltd [2003] 1 AC 518.

L'Estrange v Graucob Ltd [1934] 2 KB 394.

Mayer v BBC [2004] WL 2458657.

Morrow v Safeway Stores Plc [2002] IRLR 9.

Mr C v T Borough Council [2014] EWHC 2482 (QB).

Norweb plc v Dixon [1995] 3 All ER 952.

Printing and Numerical Registering Co v. Sampson [1875] LR 19 Eq 462.

Rainy Sky SA and others v Kookmin Bank [2011] UKSC 50.

Royal Bank of Scotland v. Etridge (No. 2) [2001] 4 All E.R. 449, 466-68 (H.L.).

Scottish Power Plc v Britoil (Exploration) Ltd, [1997] 141 S.J.L.B. 246; Times, 2 December 1997.

South Australia Asset Management Corporation v York Montague Ltd [1997] AC 191.

Stilk v Myrick [1809] 170 ER 1168.

Total Gas Marketing Ltd v Arco British Ltd [1998] 2 Lloyd's Rep. 209, 223.

The Equality and Human Rights Commission v Ms Jennifer Earle [2014] WL 4250031.

Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilleas) [2008] UKHL 48, [2009] 1 AC 61.

Walford v Miles [1992] 2 AC 128, 138.

Wickman Machine Tools Sales Ltd v L. Schuler A.G [1974] A.C. 235, 251.

Williams v Roffey Bros and Nicholls (Contractors) Ltd [1991] 1 QB 1 (CA).

Yam Seng Pte Limited v International Trade Corp Limited [2013] EWHC 111 (QB).

Italia

Cass. civ., sez. lav., 13-10-2006, n. 22050.

Cass. civ., sez. I, 02-11-1995, n. 11392.

Cass. Civ., sez. III, 18-09-2009 n. 20106.