

**PRINCIPI, REGOLE, INTERPRETAZIONE.  
CONTRATTI E OBBLIGAZIONI,  
FAMIGLIE E SUCCESSIONI**

SCRITTI IN ONORE DI GIOVANNI FURGIUELE

**TOMO III**

a cura di

GIUSEPPE CONTE e SARA LANDINI

e con la collaborazione di

MARCO RIZZUTI e GIULIA TESI



UNIVERSITAS  
STUDIORUM

Il volume è pubblicato con finanziamenti della Fondazione Italiana del Notariato  
su fondi per la ricerca della Prof.ssa Sara Landini

© 2017, Universitas Studiorum S.r.l. - Casa Editrice  
via Sottoriva, 9  
46100 Mantova (MN)  
P. IVA 02346110204  
tel. 0376 1810639  
<http://www.universitas-studiorum.it>

Copertina: Luigi Diego Di Donna

Prima edizione 2017  
Finito di stampare nel novembre 2017

ISBN 978-88-99459-77-2

ξυνὸν δέ μοί ἐστιν, ὅπποθεν ἄρξωμαι  
τόθι γὰρ πάλιν ἴξομαι αὐθις.

Indifferente è per me il punto da cui  
devo prendere le mosse; là, infatti,  
nuovamente dovrò fare ritorno.

PARMENIDE



## ELENCO AUTORI

- Francesco Alcaro  
Prof. ordinario Università di Firenze
- Guido Alpa  
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”
- Carlo Angelici  
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”
- Alessandra Bellelli  
Prof. ordinario Università di Perugia
- Antonio Bellizzi di San Lorenzo  
Prof. aggregato Università di Firenze
- Giovanni Bonilini  
Prof. ordinario Università di Parma
- Lucia Bozzi  
Prof. ordinario Università di Foggia
- Andrea Bucelli  
Prof. associato Università di Firenze
- Francesco D. Busnelli  
Prof. emerito Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
- Roberto Calvo  
Prof. ordinario Università della Valle d’Aosta
- Remo Caponi  
Prof. ordinario Università di Firenze
- Valeria Caredda  
Prof. ordinario Università di Cagliari
- Gian Franco Cartei  
Prof. ordinario Università di Firenze
- Angelo Chianale  
Prof. ordinario Università di Torino
- William Chiaromonte  
Ricercatore Università di Firenze
- Alessandro Ciatti Càimi  
Prof. ordinario Università di Torino
- Renato Clarizia  
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Giuseppe Conte  
Prof. ordinario Università di Firenze
- Carlotta Conti  
Prof. ordinario Università di Firenze
- Paolo Corrias  
Prof. ordinario Università di Cagliari
- Cecilia Corsi  
Prof. ordinario Università di Firenze
- Vincenzo Cuffaro  
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Giovanni D’Amico  
Prof. ordinario Università di Reggio Calabria
- José Ramon De Verda  
Prof. cattedratico Universidad de Valencia
- Enrico Del Prato  
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”
- Fabrizio Di Marzio  
Consigliere di Cassazione
- Helena Díez García  
Prof. titular Universidad de León
- Filippo Donati  
Prof. ordinario Università di Firenze
- Rocco Favale  
Prof. ordinario Università di Camerino
- Paola Felicioni  
Prof. associato Università di Firenze
- Giuseppe Ferri jr  
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
- Vincenzo Franceschelli  
Prof. ordinario Università di Milano-Bicocca
- Rosario Franco  
Notaio in Sesto San Giovanni
- Lorenza Furguele  
Ricercatore Università di Roma “Tor Vergata”
- Andrea Fusaro  
Prof. ordinario Università di Genova
- Enrico Gabrielli  
Prof. ordinario Università di Roma “Tor Vergata”
- Paolo Gallo  
Prof. ordinario Università di Torino
- Antonio Gambaro  
Prof. ordinario Università di Milano
- Wladimiro Gasparri  
Prof. associato Università di Firenze
- Aurelio Gentili  
Prof. ordinario Università di Roma Tre
- Fulvio Gigliotti  
Prof. ordinario Università di Catanzaro
- Fausto Giunta  
Prof. ordinario Università di Firenze

Patrizia Giunti  
Prof. ordinario Università di Firenze

Giuseppe Guizzi  
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Giovanni Gulina  
Ricercatore Università di Firenze

Pilar Gutiérrez Santiago  
Prof. catedrática acreditada Universidad de León

Sara Landini  
Prof. associato Università di Firenze

Nicolò Lipari  
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”

Ettore M. Lombardi  
Ricercatore Università di Firenze

Olivia Lopes Pegna  
Prof. associato Università di Firenze

Angel M. López y López  
Prof. emérito Universidad de Sevilla

Paola Lucarelli  
Prof. ordinario Università di Firenze

Angelo Luminoso  
Prof. emerito Università di Cagliari

Ugo Mattei  
Prof. ordinario Università di Torino

Salvatore Monticelli  
Prof. ordinario Università di Foggia

Giuseppe Morbidelli  
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”

Anna Carla Nazzaro  
Prof. ordinario Università di Firenze

Luca Nivarra  
Prof. ordinario Università di Palermo

Marta Ordás Alonso  
Prof. titular Universidad de León

Stefano Pagliantini  
Prof. ordinario Università di Siena

Ilaria Pagni  
Prof. ordinario Università di Firenze

Francesco C. Palazzo  
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Palazzo  
Notaio in Pontassieve

Gianfranco Palermo  
Prof. emerito Università di Roma “La Sapienza”

Michele Papa  
Prof. ordinario Università di Firenze

Massimo Paradiso  
Prof. ordinario Università di Catania

Baldassarre Pastore  
Prof. ordinario Università di Ferrara

Salvatore Patti  
Prof. ordinario Università di Roma “La Sapienza”

Mauro Pennasilico  
Prof. ordinario Università di Bari “Aldo Moro”

Giovanni Perlingieri  
Prof. ordinario Università della Campania

Pietro Perlingieri  
Prof. emerito Università del Sannio

Marta Picchi  
Prof. associato Università di Firenze

Mauro Ponzanelli  
Prof. ordinario Università Cattolica del Sacro Cuore

Antonino Procida Mirabelli di Lauro  
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Andrea Proto Pisani  
Prof. emerito Università di Firenze

Vincenzo Putorti  
Prof. associato Università di Firenze

Enrico Quadri  
Prof. ordinario Università di Napoli Federico II

Mariangela Ravizza  
Ricercatore Università di Firenze

Lucia Re  
Prof. associato Università di Firenze

Marco Rizzuti  
Assegnista di Ricerca Università di Firenze

Ramon Romano  
Dottore di Ricerca Università di Firenze

Orlando Roselli  
Prof. ordinario Università di Firenze

Filippo Ruschi  
Prof. associato Università di Firenze

Ugo Salanitro  
Prof. ordinario Università di Catania

Gabriele Salvi  
Assegnista di Ricerca Università di Siena

Vincenzo Scalisi  
Prof. emerito Università di Messina

Claudio Scognamiglio  
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"  
Michele Sesta  
Prof. ordinario Università di Bologna  
Caterina Silvestri  
Ricercatore Università di Firenze  
Pietro Sirena  
Prof. ordinario Università Bocconi di Milano  
Alessandro Somma  
Prof. ordinario Università di Ferrara  
Mario Stella Richter *jr*  
Prof. ordinario Università di Roma "Tor Vergata"  
Irene Stolzi  
Prof. associato Università di Firenze  
Francesca Tamburi  
Ricercatore Università di Firenze  
Keiko Tanimoto  
Prof. ordinario Ritsumeikan University of Kyoto

Giovanni Tarli Barbieri  
Prof. ordinario Università di Firenze  
Giulia Tesi  
Dottore di Ricerca Università di Firenze  
Paolo Tonini  
Prof. emerito Università di Firenze  
Maria Luisa Vallauri  
Prof. associato Università di Firenze  
Antonio Vallini  
Prof. associato Università di Firenze  
Giuseppe Vettori  
Prof. ordinario Università di Firenze  
Simona Viciani  
Ricercatore Università di Firenze  
Alessio Zaccaria  
Prof. ordinario Università di Verona  
Giuseppe Zaccaria  
Prof. ordinario Università di Padova

## CRISI DEL CONTRATTO COMMERCIALE E PRODUZIONE PRIVATA DEI RIMEDI

PAOLA LUCARELLI

Prof. ordinario Università di Firenze

SOMMARIO: Premessa. - 1. Relazioni commerciali di durata informali e internazionali: alla ricerca di soluzioni negoziali. - 2. L'autonomia privata come fonte di rimedi. - 3. Il D.lgs. 28/2010: crisi della legge o del giurista?

### **Premessa.**

La complessità e la molteplicità dei fattori che compongono e determinano la sorte delle relazioni fra le imprese è tale da invogliare il giurista ad affrontare il tema del contratto commerciale con la curiosità e l'onestà intellettuale di chi si occupa di innovazione giuridica<sup>1</sup>.

In particolare, con la consapevolezza che non è il diritto a dare forma al rapporto commerciale, ma è la strategia imprenditoriale a plasmare l'interazione fra i potenziali *partner*, il raggiungimento di un accordo sulle modalità e le condizioni di svolgimento dell'affare e lo sviluppo della relazione, il giurista è chiamato ad affrontare il problema della crisi del rapporto e delle sue cause avvalendosi di strumenti di lettura e soluzione rigorosamente radicati nella realtà, considerando, quali componenti essenziali di questa, la funzione cui l'impresa è preordinata e la dinamica degli interessi dei *partner* commerciali.

A lungo si è discusso - non solo in ambiente giuscommercialistico - dell'importanza di focalizzare l'attenzione sulla sostanza dei fenomeni rilevanti per il diritto, sulla necessità di un'analisi sempre informata e consapevole del contesto nel quale sorgono i problemi giuridicamente rilevanti, al fine di suggerire le risposte più consone alla natura delle cose.

Ma la risposta, la medicina risolutiva della malattia del rapporto, la si è trovata sempre nella farmacia dell'ordinamento giuridico, nei suoi scaffali, nelle sue regole astrattamente applicabili a tutti i casi aventi le stesse caratteristiche. Certamente, l'ordinamento predispone farmaci diversi per fattispecie diverse, riponendo attenzione alle specifiche peculiarità dei fenomeni considerati, ma la soluzione è comunque là, in farmacia, negli scaffali del diritto. A volte deve essere cercata, non si trova immediatamente, a volte va confezionata facendo ricorso all'analogia o ad efficaci miscele giuridiche, ma è pur sempre dalla farmacia del diritto che esce la cura della malattia.

---

1. Lo scritto si avvale in buona parte degli esiti della ricerca svolta insieme a Laura Ristori, su cui il volume recente P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Utet Giuridica, 2016, del quale si riportano alcuni paragrafi.

Così come nessun medico ragionevole riterrebbe di poter fare a meno della farmacologia, anche il giurista - sia teorico che pratico - non potrebbe ragionevolmente evitare il richiamo ai rimedi offerti dalle norme ed ai relativi canoni interpretativi, nell'approccio alle patologie contrattuali.

Tuttavia, l'interesse del giurista sembra ancora troppo concentrato sulla malattia del rapporto, *rectius* del contratto, mentre si sta aprendo un nuovo spazio di ricerca e lavoro a proposito della relazione, ovvero di ciò che potrebbe rivelarsi utile per la sua salute, e per la prevenzione di crisi irreparabili.

Si avverte, in effetti, la necessità sempre più urgente di richiamare l'attenzione del giurista sul possibile ampliamento del punto di vista dal quale si possono osservare i fenomeni e si produce il diritto: dalla funzione ordinatrice, regola e sanzione, al motore propulsore della *salute* delle relazioni sociali.

Se di crisi della legge si può parlare, ma sul dubbio torneremo in seguito, questo contributo vuole osservare come la crisi derivi non tanto da una presunta inadeguatezza della legge ad offrire risposte adeguate alla nuova realtà dei fenomeni, quanto dalla incapacità di funzionare rispetto a nuovi obiettivi. Soprattutto nell'esperienza civilistica, infatti, la *protezione* giuridica *ex post* delle situazioni soggettive violate non rappresenta più, in molti e sempre più numerosi casi, il vero beneficio. Se si guarda, poi, al mondo delle relazioni imprenditoriali, è ancora più chiara la dissonanza fra esigenze della realtà e risposte dell'ordinamento giuridico. Perfino con riferimento alle relazioni societarie, per le quali la legge ha fornito puntuali rimedi alle complesse patologie dell'agire organizzato, è possibile constatare la scarsa utilità di certe terapie a fronte di un bisogno di metodi efficienti e celeri.

Il problema ha ragioni diverse: alcune manifeste, altre più nascoste che ad oggi non sembrano ancora assumere abbastanza chiaramente la portata di un valido argomento di discussione scientifica.

Fra le prime, certamente la crisi dell'*enforcement*, che ha poi la sua origine nelle gravi disfunzioni del sistema giustizia: il diritto non è applicabile nei tempi e nei modi che soddisfano il bisogno di giustizia.

Fra le seconde, invece, l'immagine di un *diritto-robot*, cioè di un diritto incapace di rimettere in discussione la sua funzione quando la natura delle cose e l'evoluzione della realtà lo richiedono, di scegliere quando generare e quando astenersi, quando decidere e quando tacere, in sintesi, di contemplare la sua relatività. Quel diritto che mira alla protezione ed è formattato per la tutela con una serie di rimedi tipici, non si concepisce assente nelle relazioni sociali, considerandosi l'unico ancoraggio possibile per un ordine ed una convivenza pacifici<sup>2</sup>.

---

2. G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in *Mediazione e Progresso. Persona, Società, Professione, Impresa*, a cura di G. CONTE - P. LUCARELLI, Milano, 2012, p. 8 ss.

La cultura giuridica si è alimentata nel tempo della concezione per la quale il diritto è la via esclusiva, nonché la più nobile, per la pace fra gli individui. Se ciò non può affatto essere messo in discussione, è altrettanto vero che il diritto è divenuto talmente vasto e presente, così duttile e partecipante, da creare nell'essere umano una dipendenza dall'*etero-nomia*, e nel giurista l'idea che solo l'applicazione giudiziale del diritto sia in grado di fornire la cura al rapporto malato fra gli individui. Il passo verso la convinzione per la quale solo la Giustizia resa nella Corte offra rimedi certi, in quanto tipici, alla malattia, è assai breve.

Così, è facile immaginare la ricerca di risposte ai problemi e conflitti presso il diritto-robot: l'individuo è impreparato ad affrontare la lite senza una decisione dall'alto, cerca sostegno e non indugia a delegare chi lo offre, è privo di fantasia selettiva e generativa di risposte concrete. L'individuo non si arrende, anzi minaccia battaglia, ma senza impegnarsi in prima persona, riparandosi bensì dietro il *robot* che lo difende con le armi concettuali affilatissime dell'avvocato nel processo formale davanti al giudice. La delega è imprescindibile, d'altra parte, perché la soluzione del problema richiede una competenza tecnica che l'individuo comune non possiede. Egli non può che assistere come spettatore al teatro del suo processo che altri, gli specialisti del diritto, recitano a sue spese portando il problema a divenire *il caso giuridico* e realizzando un'operazione assai complessa che solo i più esperti operatori sono in grado di compiere in perfezione, cioè colmando il divario fra la concretezza del conflitto e l'astrattezza del precetto. L'individuo delega, così, la gestione del suo problema, in attesa di protezione e di soluzione che egli non contribuisce a generare, perché quella è il rimedio tipico astrattamente concepito dal diritto: una protezione che non lo valorizza, tuttavia, quanto potrebbe come persona, prima di tutto perché conferma la sua incapacità di soggetto realmente autonomo nella gestione dei conflitti e poi perché non può farsi carico della sua sfera emozionale e dei più profondi motivi ed interessi<sup>3</sup>.

La cultura della gestione e risoluzione del conflitto, prima ragione della produzione del diritto, diviene, così, tutela e delega, protezione e isolamento.

Il problema non è il diritto in sé, ma il diritto come *funzione sociale*. Questa richiede urgentemente la consapevolezza dei limiti del diritto/protezione e delle ancora inesplorate

---

3. Siamo ben lontani, dunque, da quell'idea nobile della "dimensione democratica del processo che permette agli ultimi di primeggiare e di assurgere a protagonisti, di affermare se stessi" che ritroviamo nella narrazione di P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010. p. 140, a proposito del pensiero di Capograssi e Grossi sul processo. Più in particolare, quanto rilevato nel testo evidentemente non riflette più l'idea di P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *RIFD*, 2006, pp. 34-35, secondo cui: "quella povera e angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore, come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccepcio concludo mi difendo, *ergo sum*. Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza apparisca in modo più presente e più diretto".

enormi potenzialità del diritto propulsore di sviluppo della personalità e dell'autonomia della persona nelle relazioni sociali: non può impedire tale sviluppo, dovendo, anzi, per espressa e felice disposizione della Costituzione, contribuire a riconoscerne la priorità, garantirlo e rimuovere gli ostacoli che lo impediscono.

La via che conduce alla piena esplicazione della personalità è quella di un diritto che lasci, fin dove possibile, il maggior spazio all'autonomia nella gestione delle relazioni e dei conflitti, che intervenga affinché l'esercizio dell'autonomia sia effettivamente garantito, riconosciuto e rispettato, che si configuri quale ancoraggio effettivo, accessibile e disponibile nel caso di mancato successo della volontà privata nella soluzione del problema: un diritto, dunque, forte e certo per la tutela di soggetti privi, per qualsiasi ragione, del volere/potere di autodeterminazione, e un diritto, nello stesso tempo, esplicitamente, contingentemente e rigorosamente concedente agli individui il tempo e lo spazio necessari per la comprensione e la valutazione delle cause del problema, l'ascolto reciproco, la ricerca di una soluzione condivisa, in sintesi, per l'acquisizione di una piena consapevolezza e autonomia nella soluzione dei casi difficili della vita<sup>4</sup>.

Il terreno di esplorazione di quanto si è appena osservato è in questa sede quello giu-scommerciatistico, un terreno nel quale l'esperienza dimostra che le ragioni delle imprese e le loro esigenze sono altre rispetto a quelle di un diritto e rimedi solo etero confezionati. La concezione del *diritto-robot* appartiene al giurista, ma non all'impresa.

Il ragionamento a proposito delle relazioni commerciali fra le imprese può rappresentare, in effetti, un esempio di riflessione sulle nuove frontiere di un diritto propulsore di cultura della gestione delle situazioni conflittuali, ma anche della prevenzione della crisi irreparabile delle relazioni.

Quello dell'agire imprenditoriale è un settore di elezione innanzitutto perché è abbastanza evidente che gli imprenditori non possono permettersi di essere incapaci di valutare con competenza e professionalità adeguate le conseguenze delle loro scelte, a pena di incorrere in fallimenti o perdita di competitività sul mercato. Se è vero che l'ordinamento del mercato dovrebbe mirare a garantire la sopravvivenza soprattutto delle imprese in grado di competere con gli operatori più efficienti e a favorire la prosecuzione e l'attuazione soltanto degli accordi produttivi di scambi utili, e quindi di ricchezza, un'eccessiva tutela degli attori del mercato oltre che essere in certa misura disabilitante e passivizzante per il destinatario della protezione abituandolo alla delega di responsabilità e potere, rischia anche di disincentivare lo sviluppo di capacità e conoscenze professionali di alto livello ed adeguate al contesto competitivo nel quale le imprese sono immerse<sup>5</sup>.

---

4. Da ciò deriverebbe, fra l'altro, il sicuro ampliamento della gestione privata dei problemi conflittuali che eviterebbe l'abuso del processo e, dunque, dell'applicazione giudiziale del diritto, rendendo quest'ultima effettiva ed efficiente nei casi che non possono prescindere.

5. Cfr. P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 16. A p. 132: "una tutela forte, suc-

È in tale ambito, dunque, che è più agevole intravedere le nuove prospettive che si presentano al giurista: pensare un diritto che si interroghi sulla sua funzione e sui suoi limiti, che contribuisca allo sviluppo della consapevolezza e dell'autonomia, ovvero di competenze adeguate in punto di efficacia delle relazioni ed efficienza dei rimedi alla crisi delle stesse.

### **1. Relazioni commerciali informali e internazionali: alla ricerca di soluzioni negoziali.**

Studiare la tendenza che al livello delle prassi imprenditoriali si sta sviluppando è di notevole aiuto per chi si interroghi sulla capacità di funzionamento del diritto rispetto alle istanze sociali ed economiche.

Nel mondo delle relazioni imprenditoriali si trova quella palestra nuova ove il giurista, tenuto a farsi carico di realtà che nascono prescindendo in varia misura dal diritto formale di un determinato ordinamento giuridico, ha modo di allenare la sua fantasia di fronte ad un bivio culturale: arretra e rimane ad osservare oppure è costretto a immaginarsi in una rinnovata funzione.

Nelle prassi imprenditoriali vanno affermandosi forme di collaborazione strategica a metà strada fra contratto e organizzazione produttiva integrata: una serie variegata di relazioni commerciali di durata che da una parte garantiscono alle singole imprese coinvolte l'autonomia di governo e, dall'altra, le intrecciano nella progettazione, organizzazione, o materiale svolgimento di una o più fasi dell'attività. Non una reale alternativa al contratto e all'organizzazione proprietaria, dunque, ma articolazioni ibride di queste, le reti di imprese sfruttano interessi comuni per operare in modo sinergico, pur lasciando autonome e distinte le titolarità dei diritti e degli obblighi<sup>6</sup>.

---

cessiva alla stipulazione dell'accordo, a favore delle imprese deboli, non solo disincentiva la professionalità e la responsabilizzazione degli imprenditori e dei loro consulenti, ma rischia, se portata avanti attraverso il riconoscimento di maggiori tutele contrattuali, di alzare le barriere per l'accesso alla stipulazione dei contratti e di eliminare dal mercato proprio quegli operatori che si vogliono proteggere. Si ritiene quindi che, in condizioni di asimmetria di potere o informativa, sia onere dell'imprenditore avvicinarsi al contratto con la cautela e la consapevolezza che si richiedono ad un professionista capace e responsabile, con l'assistenza del professionista competente ad affrontare e risolvere problemi di asimmetria, anziché avventurarsi nella stipulazione di accordi inaccettabili confidando nell'intervento salvi fideo *ex post* del giudice”.

6. V., fra i numerosi studi, G. SODA, *Reti tra imprese. Modelli e prospettive per una teoria del coordinamento tra imprese*, Roma, 1998, p. 29. Cfr. anche F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *I contratti*, 2009, p. 915; F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete, Commentario*, Bologna, 2009, p. 12; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Reti di Impresa fra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007; A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *I contratti*, 2011, p. 621; G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, 5, p. 1 ss.; S. MEUCCI, *La nuova normativa sui contratti di rete e il rapporto con i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Persona e mercato*, 2009, p. 42; A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratto di rete*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 87; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.

Tali forme organizzative ibride possono contemplare strutture formali quali il contratto di rete in senso proprio, il consorzio, la *joint venture* (contrattuale), oppure forme libere di condivisione di un progetto di innovazione, o di costituzione di un ufficio o centro di servizi comune, nonché posizioni economiche *non formalizzate* in cui le imprese realizzano un'utilità legata prevalentemente alla mera presenza nello stesso distretto produttivo o di mercato di altri operatori che svolgono attività identiche o collegate a quella svolta dall'impresa interessata<sup>7</sup>. Ciò che interessa qui porre in evidenza è che la rete mira a favorire la collaborazione su un piano di fiducia reciproca, nonché a permettere la diffusione di conoscenze, strumenti di *marketing* e servizi di alta professionalità in tutti i settori produttivi, al fine di valorizzare al massimo le specializzazioni tecniche e sfruttare le migliori opportunità offerte dal mercato attraverso relazioni di durata con altre imprese dalle risorse complementari.

Il fatto è che mentre risulta chiaramente la rilevanza economica del fenomeno, rimangono invece ancora discutibili le caratteristiche che consentono di ricavare dalla concettualizzazione della rete una categoria giuridica autonoma rispetto alle già esistenti categorie del contratto e della impresa/società nelle loro differenti articolazioni<sup>8</sup>.

Trattandosi in sostanza di aggregazioni imprenditoriali in cui il bisogno di flessibilità, fiducia reciproca e predisposizione spontanea alla cooperazione risulta senza dubbio primario, sarebbe auspicabile che, così come per le *joint venture*, le imprese avessero a disposizione, non tanto un modello contrattuale estremamente specifico e vincolante come quello predisposto, quanto piuttosto una mera cornice di meritevolezza degli interessi entro cui cercare e scegliere le risposte più adatte ai loro interessi. La creazione di un nuovo strumento formale che attiene alle modalità di organizzazione dell'attività economica, il contratto di rete, proprio in quanto tipo normativo - per quanto lo si voglia configurare *trans-tipico* - finisce per ingessare la spontaneità nei rapporti di collaborazione fra le imprese, elemento imprescindibile di tali realtà<sup>9</sup>. Anziché costruzioni teoriche di situazioni giuridiche oggetto di tutela, alle imprese servono strumenti che generino la cooperazione per il raggiungimento della massima utilità congiunta.

7. Per una definizione del concetto di distretto industriale e un interessante excursus storico si rimanda a G. BECATTINI, M. BELLANDI, L. DE PROPIS, *Industrial districts: the contemporary debate*, in *Economia e Politica Industriale*, 2011, 3, p. 53 e ss.; C. TRIGILIA, *Sviluppo locale - Un progetto per l'Italia*, Bari, 2007.

8. Cfr. E. COLOMBO, L. MANGOLINI, G. FORESTI (a cura di), *Il quarto Osservatorio Intesa Sanpaolo-Mediocredito Italiano sulle reti d'impresa*, 2014. I numerosi interrogativi posti dal susseguirsi di interventi legislativi (non ultimo quello circa la soggettività giuridica della rete) registrano un dato anomalo nell'operare del legislatore: si è assistito ad una tipizzazione "legislativa", anziché "sociale" (come normalmente avviene) dell'istituto. E questo in un'ottica promozionale del contratto che il legislatore mostra di considerare fortemente connesso alla crescita di competitività delle imprese italiane a livello internazionale. Cfr. G. D'AMICO, F. MACARIO, *Contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, in *I Contratti*, 2013, p. 799. Lo schema che emerge dalla normativa è quello di un contratto trans-tipico, come suggerivano in dottrina F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., p. 437 ss. Possono costituirsi reti meramente interne per le quali vige il principio di atipicità (cfr. a riguardo Cass. 24 dicembre 1975, n. 681. in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 780).

9. Interessante a questo proposito la riflessione di M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *Contratti*, 2009, p. 932.

La letteratura scientifica americana recente ha, inoltre, registrato il diffondersi nei settori industriali ad alto tasso di innovazione tecnologica di nuovi modelli di organizzazione delle attività produttive (o strumenti di *governance* della relazione commerciale) che non rispondono alle caratteristiche di nessuno dei modelli già descritti in letteratura (*market/contract or hierarchy*; distretti industriali; reti di imprese) e che ha riunito sotto la denominazione di *contracting for innovation*. Sono forme organizzative che in condizioni di elevata incertezza sui futuri sviluppi della tecnologia del prodotto o sulle configurazioni specifiche dello stesso, costruiscono le loro relazioni facendo leva su una mescolanza di vincoli di natura formale, come il contratto, ma soprattutto anche *informale*, che legano le imprese l'una all'altra non tanto grazie alla minaccia di sanzioni contro l'inadempimento, tipiche queste ultime del sistema degli obblighi legali, ma alla creazione di vincoli di *interdipendenza produttiva* e di aumento dei costi individuali che potrebbero essere causati dall'abbandono del rapporto (cd. *switching costs*). Si tratta di relazioni commerciali che vengono costruite gradualmente, con investimenti progressivi in scambi reciproci di informazioni, di conoscenze e di competenze specifiche in merito alla relazione e al prodotto, con l'obiettivo di sperimentare il *partner* ed accrescere nel tempo la fiducia nella sua capacità e volontà di cooperare al raggiungimento di un risultato comune<sup>10</sup>.

Si assiste, dunque, alla diffusione di forme estremamente e volutamente leggere che costruiscono la cooperazione sulla reciproca conoscenza e sulla sperimentazione della competenza dell'altra parte, sulla creazione di interdipendenza produttiva o organizzativa, sulla fiducia conquistata sul campo, nonché su un assai modesto apparato di vincoli legali diretti a fornire una garanzia minima di adempimento e una tutela della proprietà intellettuale e degli investimenti specifici, affidata quest'ultima, peraltro, soprattutto a strumenti *extra-contrattuali*. È interessante osservare che nei descritti fenomeni emergenti il diritto ad ottenere la condanna all'adempimento riveste per le parti un'importanza del tutto marginale.

Anche l'osservazione delle prassi del commercio internazionale può stimolare la nostra riflessione. Nei rapporti fra le imprese con elementi di internazionalità, infatti, il fatto di

---

10. Cfr. R.J. GILSON, C.F. SABEL, R.E. SCOTT, *Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration*, in *Columbia Law Review*, 2009, p. 437 ss.; C.R. SABEL, J. ZEITLIN, *Neither Modularity nor Relational Contracting: Inter-Firm Collaboration in the New Economy*, in *Enterprise & Society*, 2004, 5, p. 388. Altre forme di organizzazione sono descritte da R.N. LANGLOIS, *The Vanishing Hand: the Changing Dynamics of Industrial Capitalism*, in *Indus. & Corp.Change*, 2003, 12, p. 351, e da N.R. LAMOREAUX, D.M.G. RAFF; P. TEMIN, *Beyond Markets and Hierarchies: Toward a New Synthesis of American Business History*, in *Am. Hist. Rev.*, 2003, 108, p. 404. La struttura descritta da Gilson, Sabel e Scott, ricorda vagamente la concezione cinese delle relazioni contrattuali, in cui le transazioni commerciali sono ispirate al *Guanxi* (che significa letteralmente "relazione"), cioè alla creazione di uno stato di reciproca fiducia tra le parti contraenti. Nella cultura cinese tradizionale molto più importante del vincolo giuridico creato dalla disciplina contrattuale è il legame e la fiducia che si instaura fra le parti e che guida e dà vita alla relazione d'affari, nel corso della quale diventa naturale rinegoziare i termini dell'accordo nel momento in cui eventuali sopravvenienze modificano significativamente l'assetto di interessi che ne è alla base. V. a tale riguardo T.B. GOLD, D. GUTHRIE, D. WANK, *Social Connections in China: Institutions, Culture, and the Changing Nature of Guanxi*, Cambridge, 2002, p. 21.

operare anche al di fuori dei confini territoriali di un unico ordinamento giuridico potenzia le scelte private nella confezione di accordi almeno tendenzialmente completi e di rimedi di natura privata negoziale per l'eventuale crisi del rapporto commerciale. Il rapporto è affidato per lo più alla capacità dei *partner* di predisporre già contrattualmente strumenti efficienti di gestione delle sopravvenienze - fra l'altro ben frequenti nell'ambito del commercio internazionale - nella consapevolezza della mera sussidiarietà e residualità della protezione *ex post* con l'applicazione del diritto ad opera del giudice. Troppi, infatti, sono i luoghi dell'incertezza giuridica in tali casi: dalla individuazione del diritto applicabile, anche in presenza di una scelta esplicita della legge per le eventuali lacune o materie inderogabili, fino alla estraneità dell'ordinamento giuridico del foro per almeno una delle parti contraenti. Così, proprio dalla prassi commerciale internazionale arrivano indicazioni chiare a proposito dell'evitamento di percorsi che conducono al giudice, nonché la diffusa scelta di metodi di gestione delle eventuali dispute fra modelli negoziali alternativi alla giurisdizione.

Le esperienze in estrema sintesi descritte sono state scelte proprio in considerazione della loro spiccata vocazione all'autonomia nella ricerca e produzione delle soluzioni alla patologia del rapporto commerciale. In tutti e tre i casi la realtà è quella di rapporti che nascono e vivono affidandosi, integralmente o almeno significativamente, alla fiducia reciproca dei *partner* e alla spontanea - finché produttiva - cooperazione.

Meno evidente forse, ma altrettanto presente, questo carattere si rinviene in tutti i rapporti commerciali di durata fra le imprese.

Si consideri, in estrema sintesi, l'approccio al tema della gestione dei problemi di squilibrio sopravvenuto fra le prestazioni nei contratti di durata, problemi che riempiono il panorama delle vicende contrattuali commerciali. È noto come gli studiosi di molti paesi si siano affaticati a condurre il dibattito sulla salvezza del contratto e sul valore della sua conservazione pur in presenza di sopravvenienze che ne alterino l'equilibrio.

Pur di proteggere il rapporto, *rectius* il contratto, da vicende di vario tipo che ne minano la conservazione e l'esecuzione, la concezione del *diritto-robot* si è spinta fino all'intervento giudiziale *modificativo* del contenuto contrattuale. Orientamenti simili, volti alla conservazione del contratto, si rinvengono anche nell'esperienza inglese e statunitense dove, peraltro, pur avvertendosi l'esigenza di individuare una regola per il verificarsi di sopravvenienze nel corso del rapporto contrattuale, non si è pervenuti ad attribuire al giudice il potere di riscrivere il contratto<sup>11</sup>, o lo si è fatto nella consapevolezza del bisogno di una cautela estrema<sup>12</sup>.

11. In proposito si rinvia a C. ROSSELLO, *Sopravenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Contratti internazionali e mutamento delle circostanze*, Milano, 1989, p. 43 ss. il quale sottolinea come il fatto che non sia consentito al giudice l'intervento correttivo sul contratto sia stato considerato da alcuni "il più stringente limite alla flessibilità del sistema inglese, in quanto non consentirebbe di procedere ad un riadattamento del contratto mediante forme di rinegoziazione etero dirette" (v. sul punto C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and Intervener Clauses*, in *JBL*, 1980, p. 88).

12. A tale proposito si ricorda l'istituto della *commercial impracticability* previsto dall'*Uniform Commercial*

Il rimedio autoritativo, imposto dall'alto o anche solo minacciato, non è compatibile o adeguato alle relazioni commerciali fra le imprese: se i rapporti commerciali di durata devono essere salvati, questo deve avvenire non per obbedienza ad un principio assoluto di conservazione, ma in considerazione del grado di utilità economica che deriverebbe dalla loro prosecuzione, alle condizioni ritenute giuste dalle parti (non dal giudice) e in quanto massimizzano l'utilità congiunta<sup>13</sup>. Come per tutti i tipi di rapporti caratterizzati fortemente dalla relazionalità, il rimedio alla mancanza di volontà di cooperare non può essere impositivo, ma deve essere riflessivo, fondato sull'autonomia, possibilmente trasformativo, radicato cioè nella piena consapevolezza da parte dei contraenti dei problemi che hanno compromesso o rischiano di compromettere la relazione con il *partner*, dei vantaggi e svantaggi legati al proseguimento o alla cessazione del rapporto commerciale, nonché delle alternative commerciali disponibili sul mercato e, quindi, legato alla volontà di trasformare la qualità dell'interazione che sta danneggiando il rapporto. Il rimedio quindi non può che essere fondato su una valutazione competente ed informata di tutte le possibili opzioni di soluzione e sulla decisione di investire energie per trasformare la qualità della relazione.

## 2. L'autonomia privata come fonte di rimedi.

La messa alla prova del giurista alla ricerca di strumenti e metodi nuovi della riflessione e della pratica si pone, dunque, sul piano delle relazioni commerciali che coinvolgono le imprese legate da un vincolo che dura nel tempo e che si caratterizza per la relazionalità, elemento necessario e naturale di tali rapporti: la relazione commerciale nasce, è disciplinata e si svolge non per una necessità giuridica, ma per un accordo che può sempre venir meno per il mutare della volontà, degli eventi e del contesto economico. Solo una collaborazione che aderisce agli interessi delle imprese rigenera accordi nuovi verso soluzioni che tengano conto di mutate condizioni prodotte dal tempo. Ciò di cui il rapporto ha bisogno per funzionare è la cooperazione volontaria, non tanto o non solo per

---

*Code*, sui cui ancora C. ROSSELLO, *Soppravvenienze impreviste e adattamento del contratto*, cit., p. 53: "il sistema statunitense consente, sia pure entro una misura i cui esatti termini non sono a tutt'oggi chiaramente e unicamente delineati, forme di 'rinegoziazione eterodiretta', o addirittura di 'chirurgia contrattuale' certamente sconosciute al diritto inglese, laddove la formula "*Courts will not make a contract for the parties*" continua a ricevere il massimo ossequio, tanto in sede giurisdizionale quanto in sede arbitrale". I confini non ben delineati dell'intervento giudiziale risultano chiaramente dai casi citati dall'Autore: è significativo che in un primo caso la Corte negò la modifica del contratto per mancanza dei presupposti della *commercial impracticability*, in un secondo caso il giudice rigettò la domanda sulla base della considerazione che si trattava di "*business problems, to be settled as business problems by businessmen*", nel terzo caso (il famoso caso *Alcoa/Essex*) intervenne revisionando il contenuto contrattuale ma osservando nella motivazione che tale intervento avrebbe comportato "un auspicabile incentivo pratico per gli uomini d'affari a risolvere da sé i problemi che sorgono durante il corso dei contratti a lungo termine".

13. Cfr. L. RISTORI, *Asimmetrie e soppravvenienze*, in P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 77.

ottenere la prestazione dedotta nel contratto, quanto per ottenere il massimo beneficio che possa derivare dall'affare<sup>14</sup>.

Il fenomeno non si presenta più solo come un contratto, ma è l'insieme di contratto e relazione: laddove il contratto svolge la triplice funzione di tutela degli investimenti attraverso la garanzia dell'adempimento, di regola statica dell'eventuale crisi, di attivazione della disciplina generale in materia di contratti, la relazione rappresenta la parte dinamica e flessibile del rapporto, ciò che ancora si può e si deve decidere, cambiare e migliorare.

La relazione diviene quindi il punto di attenzione dell'analisi della crisi e dei suoi rimedi. Una relazione, quella fra le imprese, che non si presta a stare dentro i confini del diritto all'adempimento coattivo, sia esso in forma specifica o per equivalente. Portare nel processo la questione dell'inadempimento contrattuale al fine di ottenere il rimedio formale della sentenza di condanna significa curare la malattia senza considerare le vere cause che l'hanno procurata, può rivelarsi in contrasto con gli interessi contingenti delle imprese e sicuramente è in contraddizione con la spontaneità della collaborazione e della fiducia reciproca, elementi imprescindibili del rapporto. Se la cooperazione è necessaria, è anche vero che quella utile è solo volontaria e non è suscettibile di attuazione coattiva e/o delegata.

Proprio nella non coercibilità sta la differenza non risolvibile fra l'*obbligo giuridico* e la *volontà* di cooperare: né il giudice, né la legge, possono ripristinare l'operatività ottima del rapporto di durata attraverso un sindacato esterno o una imposizione esterna di singole condotte di cooperazione da attuarsi nel tempo.

Ciò che concisamente si è voluto esporre dovrebbe essere già indicativo della dissonanza fra realtà e rappresentazione giuridica. L'ordinamento, *rectius*, i modelli della condanna e dell'esecuzione, non contengono, nella prescrittività e nella coattività che li caratterizza, la cura ideale in grado di ristabilire la volontarietà e spontaneità della collaborazione fra le imprese. Servono strumenti di prevenzione della malattia terminale, quella cioè che si produrrebbe con il processo, per continuare ad usare la metafora scelta, rimedi energizzanti per una buona salute del rapporto o per uno scioglimento soddisfacente per tutte le imprese coinvolte nella relazione.

Solo l'autonomia, come insieme delle competenze dell'individuo riflessivo, consapevole, responsabile e volitivo, può colmare il vuoto di forme e di modelli della gestione del conflitto endo-contrattuale.

Non si pensi, peraltro, che sia diffuso l'esercizio dell'autonomia negoziale nell'ambito della risoluzione dei conflitti e delle crisi di cooperazione nei rapporti commerciali di durata. Non si dimentichi, infatti, che la delega della gestione del conflitto è una tenden-

---

14. Ancora sia concesso il rinvio all'approfondimento di L. RISTORI, *Relazionalità e cooperazione efficiente: contratto e meta-contratto, giuridico e meta-giuridico*, in P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 149 e ss., da cui si traggono le osservazioni nel testo.

za radicata nella cultura non solo giuridica, per superare la quale servono competenze relazionali del tutto particolari: saper gestire il confronto con il disaccordo, le differenze, la delusione delle aspettative, il timore della perdita, la paura delle responsabilità; saper mettere a fuoco le cause più profonde del problema; saper condividere eventuali responsabilità, identificare gli interessi, propri e del *partner*, trarre dal problema e dalle sue cause l'idea della soluzione di massimo beneficio per entrambi<sup>15</sup>.

### 3. Il D.lgs. 28/2010: crisi della legge o del giurista?

Si è evidenziato come il modo tradizionale di affrontare le controversie commerciali attraverso il processo non risponda fedelmente alla realtà dei rapporti fra le imprese. L'applicazione giudiziale della regola giuridica spesso non considera gli interessi delle parti perché, nel percorso verso la sentenza giudiziale, il *diritto a qualcosa* si traduce in *obbligo coattivo di dare o di fare*, distante da quella collaborazione volontaria elemento indefettibile di un buon affare e di una efficiente relazione commerciale.

Nel processo, "il confronto assume la modalità di scontro dialettico portato avanti da delegati, professionisti del conflitto, le parti escono dalla scena del confronto e la vertenza si concentra sulla faccia esterna della controversia, cristallizzata nelle posizioni giuridiche formalizzate prima dagli avvocati e poi dal giudice. Alla soluzione si arriva quindi lavorando, anziché sul *binomio problema/soluzione*, sull'*antinomia ragione/torto* in base all'applicazione delle regole di diritto guardando quindi solo al passato, per una soluzione che interessa, invece, la vita futura del rapporto. Lo scontro diventa sempre più polarizzato, i legami fra le parti ne escono fortemente compromessi o spezzati e ogni possibilità di relazione, intesa come possibilità di interazione cooperativa, si chiude. Le parti smettono definitivamente di essere *partner* e diventano *avversari*. Laddove c'è bisogno di attenzione al caso concreto e alle specifiche ragioni della mancanza di cooperazione per cercare di riparare ciò che realmente non funziona, i rimedi offerti dal processo sono limitati e tipici e necessariamente legati nel loro contenuto alla definizione giuridica del diritto leso.

---

15. Il modello tradizionale di approccio al conflitto conduce ad un confronto/scontro improduttivo, in cui relazioni che hanno ancora aspetti vitali e potenzialità non espresse vengono messe in discussione e prematuramente chiuse a causa della incapacità delle parti di confrontarsi in maniera consapevole e costruttiva. Il risultato dell'interazione mal gestita è che il confronto si ferma ad una mera contrapposizione fra le diverse posizioni, nella ricerca di colpe e responsabilità da attribuire, che nessuno spazio concede all'esplorazione delle reali possibilità di un nuovo accordo. Si combatte per attribuire responsabilità e colpe secondo diritto e non si lavora per cercare una soluzione secondo interessi. Eppure, sono stati innumerevoli gli auspici e gli stimoli provenienti da autorevolissima dottrina sul valore dell'esperienza giuridica nelle vicende dell'uomo e in quanto tale strettamente legata alla persona. Si pensi alle stimolanti riflessioni, di viva attualità, che lette oggi, con i nostri problemi e le nostre complessità, sono ancora in grado di illuminare la strada di un pensiero rinnovato e adeguato al mutare del tempo. Basti pensare agli studi di Capograssi, al richiamo da parte di Calamandrei, alla dichiarata influenza sul pensiero di Grossi, tutti richiamati da P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, p. 137 ss.

Con queste premesse, raramente la decisione del giudice risulta adeguata e conforme alle esigenze del caso. Questo richiederebbe una soluzione tagliata e cucita su misura, tenendo conto delle esigenze e dei bisogni delle parti nel contesto complessivo delle situazioni soggettive<sup>16</sup>.

Quanto esposto si può rappresentare come l'avanzare della crisi della legge? L'applicazione della norma proprio in quanto generale ed astratta è concepita per rispondere in modo antinomico sul torto e la ragione e sarà sempre lo strumento a fondamento e garanzia dell'ordine giuridico e sociale. E non può essere diversamente.

Ciò che occorre è che si formi una nuova sensibilità nel giurista verso le ragioni della crisi della relazione, le riserve ancora vitali del rapporto, un giurista formato come sul processo anche su un percorso anticipato rispetto all'etero-applicazione del diritto, sulla *sosta nell' autonomia*, e cioè nella volontà consapevole, per indagare le cause anche non evidenti della crisi e le reali possibilità della sua soluzione, prima di passare, in via eventuale, e comunque solo successivamente, all'applicazione delle regole legali anche in via giudiziale.

Si potrebbe eccepire, in proposito, che quella di concedere spazio all'autonomia sia una priorità già presente nell'ordinamento giuridico che risponde con l'azione processuale solo quando non vi sia più alcuna possibilità di addivenire ad una soluzione negoziata. Ciò, invece, non corrisponde a realtà. L'autonomia è un valore da promuovere, insegnare e sostenere: non è affatto diffusa fra i professionisti del diritto la competenza della negoziazione efficiente dei conflitti, ovvero di una cultura che anziché fondarsi solo sulla delega per la soluzione dei problemi, coltivi l'abitudine alla scelta, all'assunzione di responsabilità, alla ricerca privata dei rimedi. Diversamente, il contenzioso pendente nelle corti non sarebbe così gigantesco.

Proprio a causa della mancanza di tale cultura, vi è ancora bisogno di una procedura negoziale formalizzata che si svolga alla presenza di un terzo indipendente e neutrale rispetto ai confliggenti che, formato sulle tecniche di comunicazione e gestione della conflittualità, assista, sostenga, faciliti e finalizzi la discussione fra le parti e i loro consulenti. La presenza del terzo consente di superare gli ostacoli che emergono nella maggioranza dei casi ogni qualvolta vi siano contrasti, di qualsiasi grado e livello essi siano.

La crisi non è della legge. Basti pensare che con il D.lgs. 28/2010 è stato introdotto per la prima volta con portata ampia nel nostro ordinamento uno strumento che ha le potenzialità per colmare quel vuoto di capacità che esiste fra il momento della nascita di una controversia e la sua soluzione giudiziale: si tratta della mediazione per le controversie civili e commerciali.

Altro che crisi della legge: con il d.lgs. 28/2010 si è compiuto un passo importante - seppure non ancora decisivo - nella direzione della cultura più avanzata e superiore della gestione della conflittualità.

---

16. L. RISTORI, *Crisi e rimedi*, in P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, cit., p. 142 e ss.

Sebbene nelle intenzioni del legislatore il provvedimento abbia essenzialmente obiettivi deflattivi della giustizia civile, lo strumento che interviene *ante causam* su una controversia in corso e mette all'opera l'autonomia delle parti con l'ausilio di un terzo mediatore formato sulle tecniche di comunicazione e gestione della conflittualità, può ben servire l'obiettivo non solo della *soluzione* delle crisi dei contratti commerciali, della *valorizzazione* delle potenzialità inespresse di tali rapporti, ma anche di *educazione* alla *prevenzione* di crisi relazionali irreparabili<sup>17</sup>.

Un diritto, allora, quello della mediazione civile e commerciale, cui non può che riconoscersi una potente funzione di promozione della cultura dell'autonomia, della consapevolezza e dello sviluppo sociale<sup>18</sup>.

La mediazione si presta, meglio di ogni altro strumento fino ad ora utilizzato o immaginato, a svolgere quella funzione di cura della salute della relazione commerciale, fondamentale per la prosecuzione del rapporto. In questa sede il contratto può, con minori traumi, essere rinegoziato nel suo contenuto in maniera tale da tornare nuovamente utile per entrambe le parti o può essere chiuso, negoziando anche il contenuto e le modalità di uscita, nella ragionevole certezza della necessità della sua fine<sup>19</sup>.

---

17. La mediazione è per sua natura attenta alle dinamiche interne del conflitto e alle sue cause, nonché agli interessi reali delle parti: a quelle istanze cioè che stanno dietro o sotto le posizioni assunte per la difesa del caso in giudizio anche allo scopo di nascondere eventuali responsabilità. La mediazione consente, inoltre, di mettere meglio a fuoco i rischi e i costi reali del conflitto, siano essi monetari, o umani, relativi a relazioni personali o d'affari, o siano i costi per la perdita di opportunità di guadagno o di vantaggi di altro tipo che la cooperazione potrebbe sempre portare con sé e che la rottura del rapporto potrebbe impedire o rendere più costosi. La mancanza del potere del mediatore di decidere la sorte della lite favorisce, inoltre, la propensione delle parti a mettere sul tavolo un maggior numero di informazioni in ordine ai loro bisogni e alle preferenze, e a stimolare la loro capacità di fare proposte per la soluzione della controversia. Si esplora così il rapporto con la possibilità di scoprire serbatoi di scambio di cui non si era immaginata l'esistenza.

18. A questo proposito risultano pertinenti le considerazioni limpide di V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 974: "Quanto più un fenomeno si fa complesso, tanto più è forte il bisogno di strumenti che consentano di 'governarlo' in modo appropriato. (...) governo contrattuale significa soprattutto predisposizione e attivazione - ora per via di legge, ora per via di autonomia privata - dei meccanismi più idonei a gestire le criticità che abbiano a manifestarsi nello sviluppo del rapporto fra le parti". Se arricchito di una visione che persegue il diritto potrebbe allora divenire ancora più evoluto rispetto a quanto auspicato da F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della Scuola superiore dell'Economia e delle Finanze*, p. 6: "Un ordinamento giuridico che aspiri a definirsi veramente evoluto non può, perciò, rifiutarsi di offrire ai contraenti la tutela giurisdizionale adeguata al regolamento d'interessi concretamente pattuito, trincerandosi dietro il rispetto formale dei ruoli tradizionalmente rivestiti dalle parti e dal giudice e rendendo assoluta, per così dire, l'apparente antinomia fra libertà contrattuale dei privati e intervento giudiziale nel contratto, senza neanche tentare di confrontarsi con la particolarità dei contratti di durata".

19. La mediazione si presenta, almeno in teoria (ma la sua efficacia dipenderà in gran parte dalla qualità dei mediatori e dei professionisti che assistono le parti), come il mezzo più adatto a svolgere la funzione appena descritta proprio per le caratteristiche sopra indicate: la presenza di un terzo neutrale in funzione di supporto al dialogo e non giudicante, con esperienza e competenza professionale in materia di gestione del conflitto, può indubbiamente essere d'aiuto per abbattere le barriere cognitive che non hanno consentito alle parti un dialogo utile e costruttivo e per neutralizzare gli stimoli all'argomentazione contrappositiva diretta ad influenzare la

Certo non si può trascurare che l'intervento del legislatore italiano del d.lgs. 28/2010 si sia concentrato solo sugli effetti che la mediazione può produrre in termini di deflazione del contenzioso giudiziale. Il tentativo obbligatorio di mediazione inteso come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le materie previste dal primo comma dell'art. 5, è concepito esclusivamente in funzione della riduzione del carico del contenzioso processuale. Anche il giurista legislatore, pertanto, ha dimostrato poca fiducia nella sua più alta funzione sociale: se è vero, infatti, che la mediazione è vicenda che confida sull'autonomia nella gestione dei problemi, è difficile poter negare che disporre l'obbligo di passare con la necessaria consapevolezza dentro il problema, per analizzarne le ragioni, riuscire a vedere quelle dell'altro, e generare soluzioni condivise, significhi soprattutto educare all'auto-determinazione e all'assunzione di responsabilità<sup>20</sup>.

Eppure, ciò non è stato né il punto di origine, né il punto di arrivo delle intenzioni di un legislatore preoccupato solo di ridurre il contenzioso giudiziale e a sua volta totalmente inconsapevole della portata benefica per l'individuo e per la società dello strumento che andava disciplinando.

Non si tratta, dunque, di crisi della legge ma, semmai, di crisi del giurista, questa volta legislatore.

Se vi fosse stata maggiore consapevolezza in merito all'effetto che la mediazione è in grado di produrre, ovvero una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, dunque una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro, si sarebbe probabilmente affidato al diritto della mediazione un compito ancor più prezioso e nobile, anziché quello di una mera alternativa alla gestione giudiziale del conflitto, con scelte ancora più decise e qualitativamente impeccabili nella regolamentazione dell'istituto. A cominciare dalla previsione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione per tutte quelle liti che riguardano i contratti commerciali fra le imprese e le relazioni di durata<sup>21</sup>.

---

decisione del giudice e distruggere l'altra parte: la discussione è focalizzata sulle cause del disaccordo e orientata alla soluzione del problema, non all'attribuzione delle responsabilità. Ogni decisione è e rimane sempre nelle mani dei contraenti, che vengono invitati a riflettere su tutte le conseguenze (passate, presenti e future) delle loro condotte rimanendo arbitri della sorte della loro controversia.

20. Sia permesso, in proposito, il richiamo a P. LUCARELLI, *Crescita imprenditoriale e strategia relazionale, La mediazione insegna*, in G. CONTE, P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione e Progresso*, p. 319 e ss.

21. Sul punto risulta particolarmente interessante l'orientamento maturato in seno alla Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato. La Relazione della Commissione Alpa sulla riforma degli strumenti di ADR riferisce la proposta alternativa di Breggia-Marotta sull'art. 1-bis: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, nonché contratti di opera, di opera professionale, di *appalto privato, di fornitura e di somministrazione, di franchising, di leasing, concorrenza sleale non interferente con l'esercizio dei diritti*

All'imposizione di tale obbligo lo Stato appare, del resto, legittimato da una serie di interessi nella ricomposizione efficiente e concordata delle crisi contrattuali.

In primo luogo, il bisogno di conservare ricchezza ed efficienza al mercato laddove esista ancora uno spazio utile di operatività del contratto perseguibile attraverso la sua conservazione o il suo rinnovamento e adeguamento ai nuovi parametri del mercato e del progresso; in secondo luogo, l'esigenza di operatori economici che esercitano l'autonomia contrattuale in maniera pro attiva, competente e responsabile; in terzo luogo, la necessità di limitare l'attività processuale a quei conflitti che veramente non possono beneficiare di una soluzione negoziata con un notevole risparmio di costi al sistema giudiziario; in quarto luogo, il bisogno di creare strumenti che limitino e assorbano la conflittualità sociale.

---

*di proprietà industriale e intellettuale, contratti relativi al trasferimento di partecipazioni sociali, rapporti sociali inerenti le società di persone, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. Restano escluse dal regime dell'obbligatorietà le controversie di competenza del Tribunale delle Imprese sopra indicate, il cui valore superi l'importo di 250.000 euro?.*

## SOMMARIO

### TOMO I

#### Principi, regole e interpretazione

Bellizzi di San Lorenzo, A., <i>Il bene giuridico alimentare</i>	11
Busnelli, F.D., <i>Riscoprire Salvatore Romano</i>	21
Caponi, R., <i>Giudicato civile e identità nazionale</i>	31
Cartei, G.F., <i>“Il ruolo tra tutela e consumo”. Il Testo Unico dell’Ambiente a dieci anni della sua approvazione</i>	37
Chiaromonte, W., Vallauri, M.L., <i>Lo stress lavoro-correlato fra definizione del rischio ed articolazione delle tutele. Uno sguardo ai settori del telemarketing e del trasporto passeggeri</i>	49
Conti, C., <i>Il principio del contraddittorio</i>	97
Di Marzio, F., <i>Appunti su legalità e giustizia</i>	115
Donati, F. <i>Fake news e libertà di informazione</i>	125
Favale, R., <i>Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno</i>	133
Felicioni, P., <i>Considerazioni sul processo penale bifasico</i>	153
Gambaro, A., <i>Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari</i>	173
Gasparri, W., <i>La consensualità nel governo del territorio quale forma di redistribuzione: potere di conformazione della proprietà e perequazione</i>	183
Gentili, A., <i>Quale modello giuridico per i beni culturali?</i>	225
Giunta, F., <i>La prescrizione del reato ovvero la causa estintiva che visse due volte</i>	233
Gutiérrez Santiago, P., <i>La interpretación «auténtica» del contrato</i>	239
Lipari, N., <i>Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale</i>	261
Lopez y Lopez, A., <i>Recuperemos el juicio (Una reflexión sobre la actividad judicial hoy)</i>	279
Morbidei, G., <i>Il criterio dell’implicito nel diritto amministrativo e la sua dialettica con il principio di legalità</i>	297
Palazzo, F., <i>Il principio di proporzionalità e i vincoli sostanziali del diritto penale</i>	311
Papa M., <i>La tipicità iconografica della fattispecie e l’interpretazione del giudice</i>	
<i>La tradizione illuministica e le sfide del presente</i>	329
Pastore, B., <i>Fonti del diritto e comunità interpretativa</i>	343
Perlingieri, P., <i>Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico</i>	355
Picchi, M., <i>La motivazione della legge. Un tema ozioso e inutile, anzi problematico e scomodo per molti, eppure fondamentale e sempre più attuale nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i>	373
Ruschi, F., <i>Il proconsole Cicerone, riflessioni su eunomia e ostilità</i>	393
Silvestri, C., <i>Profili evolutivi del diritto alla prova</i>	417
Somma, A., <i>Stato del benessere o emancipazione? Lavoro e diritto negli Stati Uniti della prima metà del Novecento</i>	439
Stolzi, I., <i>Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico</i>	467
Tonini, P., <i>Indagini difensive e diritto alla privacy: una problematica risalente appena sfiorata dalla legge Gelli</i>	483
Zaccaria, G., <i>Interpretazione letterale, pluralità dei contesti giuridici e teorie del significato</i>	497

#### Famiglie e successioni

Bellelli, A., <i>Coppie omogenitoriali e tutela dei figli</i>	521
Bonilini, G., <i>Unione civile, convivenze di fatto e successione mortis causa</i>	529
Bucelli, A., <i>Sull’impresa familiare nella convivenza di fatto</i>	549
Clarizia, R., <i>Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento</i>	557
Corsi, C., <i>La tutela dell’unità familiare nel diritto degli stranieri. Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali</i>	573
De Verda, J.R., <i>La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)</i>	591

## TOMO II

Diez Garcia, H., <i>La adquisición del legado en el código civil español (art. 881) e italiano (art. 649) ¿dos sistemas diferentes o semejantes?</i>	9
Franceschelli, V., <i>Famiglia, convivenza e famiglia di fatto</i>	25
Gigliotti, F., <i>Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)</i>	33
Giunti, P., <i>Il “best interest of the child”. Una conquista del presente in dialogo con il passato</i>	67
Gulina, G., <i>Testamento e officium pietatis in Cicerone</i>	77
Lopes Pegna, O., <i>Riqualificazione del matrimonio same-sex estero in unione civile «italiana»: una soluzione irragionevole</i>	95
Mattei, U., <i>Il poltamore e i beni comuni. Primissime riflessioni</i>	105
Ordas Alonso, M., <i>Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en los supuestos de atribución de una guarda y custodia compartida en el ordenamiento jurídico español</i>	117
Paradiso, M., <i>Convivenza di fatto e solidarietà economica</i>	129
Patti, S., <i>Le convivenze “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale</i>	139
Quadri, E., <i>“Convivenze” e “contratto di convivenza”</i>	151
Re L., <i>La violenza contro le donne come violazione dei diritti umani. Il ruolo dei movimenti delle donne e il gender mainstreaming</i>	171
Rizzuti, M., <i>Patti successori prematrimoniali</i>	187
Roselli, O., <i>“Libertà e famiglia”. Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista</i>	211
Scalisi, V., <i>Maternità surrogata come far cose con regole</i>	219
Sesta, M., <i>La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali</i>	235
Tamburi, F., <i>Un filosofo di fronte all’interpretatio prudentium: visioni contrapposte sul valore nominale dell’hereditas</i>	245
Tarli Barbieri, G., <i>Votare a sedici anni? Le implicazioni costituzionali nel caso italiano</i>	265
Vallini, A., <i>Il diritto penale alla prova di “vecchi” e “nuovi” paradigmi familiari</i>	283
 <b>Contratti e obbligazioni</b>	
Alcaro, F., <i>Il problema della ‘causa’ tra dogmi e revisioni</i>	311
Alpa, G., <i>Il controllo giudiziale del contratto e l’interpretazione</i>	335
Angelici, C., <i>Variazioni su usucapione e impresa</i>	365
Bozzi, L., <i>Liberalità non donative e contratto a favore di terzo. Ammissibilità e forma di una expressio causae successiva</i>	385
Calvo, R., <i>Autonomia negoziale e locazione non abitativa: contributo allo studio delle clausole di adeguamento del canone e di rinuncia all’indennità di avviamento</i>	419
Caredda, V., <i>Sulle oscillazioni applicative del concorso del fatto colposo del creditore</i>	429
Chianale, A., <i>Il privilegio industriale per il credito agevolato (d.lgs. n. 1075 del 1947)</i>	443
Ciatti Càimi, A., <i>Premesse storiche a un’indagine sulla pubblicità immobiliare</i>	457
Conte, G., <i>Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano</i>	471
Corrias, P., <i>La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento</i>	491
Cuffaro, V., <i>Rent to buy e locazione di scopo</i>	501
D’Amico, G., <i>“Giustizia contrattuale”: considerazioni preliminari dalla prospettiva del civilista</i>	515
Del Prato, E., <i>Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette</i>	533
Ferri, G., <i>Società di fatto e imprenditore occulto</i>	567
Franco, R., <i>Il conflitto – in sede di espropriazione forzata – tra creditore ipotecario e: a) il locatario; b) l’assegnatario della casa familiare. Incertezze ricostruttive, profili sistematici ed incidenze applicative. Una rivoluzione (?) nel sistema dell’esecuzione forzata</i>	581
Furguele, L., <i>Funzione di controllo e procedimento nei sistemi di amministrazione della società per azioni: prime considerazioni</i>	617

### TOMO III

Fusaro, A., <i>I contratti immobiliari della crisi e l'apporto della prassi notarile alla formazione del diritto vivente</i>	9
Gabrielli, E., <i>Appunti sulle autotutele contrattuali</i>	17
Gallo, P., <i>Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto</i>	57
Guizzi, G., <i>Tentazioni pericolose: il miraggio dell'usura sopravvenuta</i>	71
Landini, S., <i>Pubblicità immobiliare e procedimento</i>	83
Lombardi, E., <i>Valutazioni a margine della teoria della cosa: la considerazione comune e giuridica della res in una prospettiva di ontologia terminologica</i>	103
Lucarelli, P., <i>Crisi del contratto commerciale e produzione privata dei rimedi</i>	131
Luminoso, A., <i>Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva</i>	147
Monticelli, S., <i>I negozi solutori nel quadro complesso delle vicende estintive dell'obbligazione: problematiche notarili</i>	167
Nazzaro, A.C., <i>Il rent to buy di azienda: specificità dell'oggetto e funzioni (possibili) del contratto</i>	183
Nivarra, L., <i>Il contratto "disciplinato" e la concorrenza totale: legge, giudici e libertà dei privati al tempo della UE</i>	201
Pagliantini, S., <i>Ancora sull'art. 2929-bis c.c. (nel canone di Mauro Bove): è vero ma... (l'opinione del civilista e la "crisi" della fattispecie)</i>	209
Pagni, I., <i>Le nuove regole processuali della responsabilità civile sanitaria dopo la L. 8 marzo 2017, n. 28 (tra tentativo obbligatorio di conciliazione e ricorso ex art. 702-bis c.p.c.)</i>	221
Palazzo, M., <i>I criteri di configurazione della responsabilità civile del notaio nelle interpretazioni della recente giurisprudenza di legittimità</i>	251
Palermo, G., <i>Contributo allo studio della responsabilità per danno non patrimoniale</i>	267
Pennasilico, M., <i>Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica</i>	279
Perlingieri, G., <i>L'attualità del «Discorso preliminare» di Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie</i>	309
Ponzanelli, G., <i>Quale futuro per i danni punitivi?</i>	351
Procida Mirabelli Di Lauro, A., <i>L'obbligazione nel sistema dei rimedi</i>	359
Proto Pisani, A., <i>Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali</i>	393
Putortì, V., <i>Rifiuto anticipato di adempiere e tutela del creditore</i>	401
Ravizza, M., <i>In tema di iniuria</i>	421
Romano, R., <i>La donazione di beni altrui nella attuale giurisprudenza di legittimità. Spunti per una controlettura procedimentale</i>	441
Salanitro, U., <i>Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno</i>	449
Salvi, G., <i>Usura sopravvenuta: orizzonti ermeneutici in attesa delle Sezioni unite</i>	477
Scognamiglio, C., <i>La nuova legge sulla responsabilità sanitaria: quale modello di responsabilità?</i>	497
Sirena, P., <i>Il ruolo dell'arbitro bancario finanziario nella regolazione del mercato creditizio</i>	511
Stella Richter, M., <i>L'inoppugnabilità delle deliberazioni degli organi sociali</i>	523
Tanimoto, K., <i>La grande riforma del codice civile e la direzione del diritto del contratto col consumatore in Giappone</i>	551
Tesi, G., <i>Attività contrattuale e interessi del terzo: brevi riflessioni sull'attuale valenza del principio di relatività degli effetti del contratto</i>	563
Vettori, G., <i>L'evoluzione dei Rimedi nel dialogo fra legge e giudice</i>	589
Viciani, S., <i>Obblighi di informazione e trasparenza in ambito contrattuale</i>	599
Zaccaria, A., <i>Contatto sociale e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci</i>	611