



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO
DIRITTI DELLA PERSONA E COMPARAZIONE

DOTTORATO DI RICERCA
Comparazione e diritti della persona
X ciclo nuova serie

TESI DI DOTTORATO

***PRE-CONTRACTUAL AGREEMENTS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL
CONTRACTS: LEGAL DYNAMICS AND COMMERCIAL EXPEDIENCY***

Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone

Dottoranda
Alessandra Benedetto

Tutor
Ch.mo Prof. Salvatore Sica

Anno accademico 2010 - 2011

Indice - Sommario

PRESENTAZIONE	p.	1
---------------	----	---

CAPITOLO I

I Contratti internazionali, tra pluralità di possibili definizioni e profili regolatori controversi.

1. La discussa categoria dei “contratti internazionali”: i limiti dell’orientamento tradizionale.	p.	5
2. Le problematiche connesse all’inquadramento delle fattispecie sorte in fase pre-contrattuale: inadeguatezza delle categorie giuridiche di matrice domestica.....	»	8

CAPITOLO II

Le fattispecie precontrattuali più ricorrenti nella prassi: tassonomia, terminologia e natura giuridica.

1. I cc.dd. “ <i>Precontractual agreements</i> ”, tra molteplicità di istanze pratiche e carenza di strumenti specifici.....	p.	15
2. Le fattispecie più ricorrenti nella prassi ed i principali profili problematici ad esse connessi.....	»	17
3. Le lettere di intenti: una pluralità di contenuti tra problemi pratici e difficoltà di classificazione.....	»	23
4. Le tipologie di lettere di intenti di più frequente impiego nella prassi del commercio internazionale.....	»	28
4.1. L’ipotesi più comune: quando la lettera di intenti non dà vita ad un contratto.....	»	29
4.2. Quando dietro la lettera di intenti si cela un vero e proprio contratto: oltre il caso <i>Pennzoil v Texaco</i>	p.	34

INDICE - SOMMARIO

4.3. Ipotesi in cui da una lettera di intenti scaturiscano alcuni effetti legali. Le “ <i>letters of confort</i> ”: una tipologia a se stante.....	»	40
4.3.1. Le lettere di intenti che scandiscono le fasi di un lungo negoziato.....	»	45

CAPITOLO III

National legal Sources.

1. Gli strumenti offerti dalle fonti nazionali	p.	49
2. Formazione del contratto e ruolo della c.d. “ <i>intention</i> ”.....	»	50
2.1. <i>Anglo-american Common Law: offer and acceptance</i> ...	»	50
2.2. L’elemento della <i>intention</i> ed il suo ruolo nelle differenti categorie di accordi.....	»	55
2.3. La presupposizione di <i>intention</i> nei <i>commercial agreements</i>	»	63
3. Elementi costitutivi della formazione dei contratti nei principali sistemi di <i>civil law</i>	»	68
3.1. Ordinamento francese.....	»	69
3.2. Ordinamento italiano.....	»	72
3.3. Ordinamento tedesco.....	»	76
4. Nuovi <i>trend</i> nella disciplina della formazione dei contratti: oltre la <i>mirror-image rule</i>	»	80
5. <i>Precontractual stage in hard law</i> : disciplina applicabile.....	»	83
6. Le fattispecie precontrattuali in <i>common law</i> : analogie e diversità tra esperienza americana ed inglese.....	»	85
7. L’inquadramento dei <i>precontractual documents</i> all’interno degli ordinamenti di <i>civil law</i>	»	94
a) Ordinamento francese.....	»	94
b) Ordinamento tedesco.....	»	99
c) Ordinamento italiano.....	»	103

CAPITOLO IV

Le discipline dei precontractual statements tra strumenti di hard law e di soft law.

1. Il diffuso impiego dei documenti precontrattuali nella prassi del commercio internazionale.....	p.	110
2. Le principali fonti normative dei contratti internazionali tra obiettivi di uniformazione e tentativi di armonizzazione.....	»	111
3. Le fattispecie precontrattuali in <i>soft law</i> . Uno sguardo comparativo ai principali strumenti: <i>UNIDROIT</i> , <i>PECL</i> e <i>DCFR</i>	»	120
4. La disciplina delle “fattispecie precontrattuali” nella Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita di beni mobili (CISG). (titolo provvisorio).....	»	134
4.1. <i>Precontractual agreements</i> recanti la formula “ <i>subject to contract</i> ” o simili.....	»	149
4.2. <i>How far are they binding?</i> L’incorporazione dei <i>precontractual statements</i>	»	152
5. La proposta di Regolamento “ <i>Common European Sales Law</i> ” (CESL): analogie e differenze con la CISG nella disciplina delle fattispecie precontrattuali.....	»	154

CONSIDERAZIONI DI SINTESI E RIFLESSIONI CONCLUSIVE	p.	166
--	----	-----

<i>Bibliografia</i>	»	198
---------------------------	---	-----

Presentazione.

La materia dei contratti internazionali ha assunto, negli ultimi anni, una sempre maggiore importanza e diffusione. Ciò costituisce la diretta conseguenza dei profondi mutamenti che hanno interessato il mondo delle relazioni commerciali: mentre, in passato, la maggior parte dei traffici avveniva all'interno dei singoli paesi e la dimensione internazionale coinvolgeva solo poche imprese specializzate negli scambi con l'estero, oggi con la creazione di uno "spazio" unico europeo e, soprattutto, con la crescente globalizzazione dei mercati, l'azione della maggior parte degli operatori economici tende a superare le frontiere nazionali, per non dire che, sovente, prescinde del tutto dalla dimensione prettamente "geografica", per avvalersi dei moderni strumenti di comunicazione offerti dalla tecnologia (*e-commerce*).

Con particolare riguardo alle relazioni commerciali che coinvolgano imprenditori, si comprende agevolmente come la natura transfrontaliera degli scambi, la complessità delle operazioni compiute, spesso l'ingente valore dell'affare avuto di mira, fanno sì che la sua compiuta realizzazione venga preceduta da lunghe e complesse trattative in cui gli interessati si comunicano le proprie aspettative, chiariscono il margine entro cui sono disposti a farsi reciproche concessioni, fissano i passaggi essenziali attraverso cui giungere all'accordo definitivo, in una parola valutano la concreta fattibilità dell'affare.

L'esperienza maturata negli ultimi anni restituisce, invero, l'immagine di una fase precedente la stipula del contratto definitivo come una sorta di "zona grigia", nella quale trovano spazio configurazioni negoziali e, in generale, fattispecie concrete che spesso rendono affatto agevole il loro inquadramento in specifiche categorie giuridiche, munite di una determinata disciplina regolamentare e, quel che più conta ai fini pratici, corredate da una nutrita gamma di efficaci strumenti rimediali.

Le numerose difficoltà, in tal senso, riscontrate dalle corti giudicanti (tribunali ma, soprattutto, corti arbitrali) si ricollega anche alla particolare formulazione recata dai documenti contenenti le dichiarazioni rese dalle parti: essa si presenta spesso assolutamente priva di un, se pur minimo, tecnicismo, volutamente generica (per non dire nebulosa) e non di rado rappresentativa di schemi negoziali che sfuggono completamente alle tradizionali fattispecie tipizzate o, comunque sia, ben note agli ordinamenti vigenti.

È il segnale, questo, di un fenomeno in sempre maggiore espansione, che vede i *businessmen* prevalentemente propensi a provvedere direttamente alla predisposizione di documenti, in cui cristallizzare i risultati parzialmente conseguiti mano a mano che le negoziazioni progrediscono o palesare le proprie intenzioni e scelte operative sul prosieguo delle stesse; il tutto, senza avvalersi dell'intervento di tecnici del diritto e, per l'effetto, senza rendersi effettivamente conto delle conseguenze giuridiche che possono ricollegarsi al proprio agire.

Si percepisce, per tale via, una profonda diffidenza nei confronti del diritto stesso, ritenuto troppo saldamente ancorato a rigidi schematismi che spesso non si addicono alle esigenze di flessibilità del mercato e, piuttosto che agevolarne i meccanismi operativi, finiscono per "irrigidirne" le dinamiche e mortificarne le aspirazioni.

Sembra, insomma, che, nella prospettiva del *businessmen* gli ordinamenti giuridici vigenti non siano in grado di interpretare e veicolare, fornendo adeguati strumenti tecnici, le esigenze di un mercato in continua evoluzione che, evidentemente, reclamano soluzioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle, da essi, attualmente proposte.

I *lawyers*, dal canto proprio, hanno tentato di inquadrare le fattispecie concrete generatesi spontaneamente dalla prassi ma, non disponendo di una disciplina specifica (ciò, soprattutto, vale per il diritto codificato) o di categorie giuridiche in grado di rappresentare e valorizzare tutte le possibili sfaccettature con cui esse possono differenziarsi l'una dall'altra, non di rado hanno finito con l'adottare soluzioni forzate e poco efficaci.

Il presente lavoro di ricerca prende le mosse proprio dalla percezione del profondo divario che, con specifico riguardo al *pre-contractual stage*, sembra allentare il nodo di connessione funzionale che, da sempre, dovrebbe tenere legati il mondo del diritto e le dinamiche del mercato.

L'indagine non può che proporsi, in prima battuta, una finalità specificamente ricognitiva delle risultanze della prassi (capitolo II), al fine di verificare quali siano le più ricorrenti configurazioni assunte dalle fattispecie precontrattuali, nella consapevolezza che molte di esse si manifestano sotto forma di *agreements* ma, al contempo, non esauriscono un'intera gamma di opzioni che, ovviamente, non si ha la pretesa di determinare nella sua totalità.

A questo scopo, non ci si può che avvalere delle più note figure sorte dalla giurisprudenza del *Common Law*, ontologicamente orientato all'elaborazione di un diritto che nasce dalla prassi; tra di esse, particolare attenzione viene dedicata alla diffusa categoria delle lettere di intenti che, come testimoniato dalla vasta casistica disponibile e dalla nutrita produzione dottrinale, largo impiego hanno trovato finora.

Di poi, la ricerca non può che rivolgersi alla osservazione dei percorsi interpretativi seguiti dagli organi giudicanti allorché, dovendo pronunciarsi sulle fattispecie concrete, hanno tentato di elaborare risposte plausibili ai seguenti interrogativi: quali effetti giuridici possono eventualmente ricondursi agli *statements* resi dalle parti, impegnate nello svolgimento di trattative negoziali? Può, ad esse, riconoscersi un connotato di vincolatività che le renda *enforceable* dinanzi alle autorità competenti e, dunque, foriere di efficaci sistemi rimediali a garanzia di chi ne sia destinatario?

È necessario, allora, avere riguardo ai concreti strumenti interpretativi di cui gli operatori del diritto effettivamente dispongono e, segnatamente, alle cc.dd. *sources* (capitolo III), anzitutto quelle nazionali, atteso che sono esse, pur sempre in ossequio ai criteri di collegamento stabiliti dal diritto internazionale privato, a trovare prevalentemente applicazione, nonostante il carattere internazionale del rapporto contrattuale.

Proprio la dimensione transfrontaliera delle relazioni esaminate però apre, al contempo, la via ad un'ulteriore approfondimento dell'indagine che investe le fonti di diritto uniforme del contratto (capitolo IV), molte delle quali afferenti all'area tradizionalmente denominata *soft law*.

Per l'appunto, la nota promanazione "dal basso", la spontanea formazione dalla pratica del commercio internazionale, induce a riporre maggiori speranze nella più spiccata attitudine di tali fonti normative a saper interpretare ed esprimere più fedelmente la notevole complessità della odierna realtà commerciale, provando a ricucire lo "strappo" intervenuto tra diritto ed economia e a suggerire nuove soluzioni, atte a far asservire nuovamente le dinamiche legali alle ragioni di opportunità (*expediency*) suggerite dall'*international trade*.

Capitolo 1

I CONTRATTI INTERNAZIONALI, TRA PLURALITA' DI POSSIBILI DEFINIZIONI E PROFILI REGOLATORI CONTROVERSI.

1.La discussa categoria dei cc.dd. “contratti internazionali”: i limiti dell’orientamento tradizionale.

Definire la fattispecie del “contratto internazionale” costituisce un’operazione alquanto complessa e, di certo, non particolarmente congeniale a chi si proponga di conseguire, con la propria indagine scientifica, risultati chiari, precisi ed univoci.

Nonostante, infatti, tale tematica si ponga ormai da lungo tempo al centro di interessanti dibattiti dottrinali che vedono coinvolti autorevoli rappresentanti del metodo d’indagine comparatistico¹, non sembra che sul punto si sia raggiunta un’unanimità di vedute e ciò ha reso, probabilmente, ancora più difficile l’enucleazione di una nozione generale.

I tentativi, a tal fine, perpetrati dai legislatori (come dalla giurisprudenza) lasciano emergere la tendenza a prediligere la prospettiva internazionale-privatistica, eminentemente fondata su di un raffronto tra fattispecie internazionali ed interne, che facendo leva sulle norme di conflitto consente di determinare la legge applicabile al contratto internazionale.

¹ Sin dalla fine degli anni ’70, partendo dall’analisi delle elaborazioni giurisprudenziali di ordinamenti giuridici diversi, spesso afferenti a “famiglie” di diritto (*civil law* e *common law*) opposte, si è cercato di offrire risposte a questo, come ad altri interrogativi, nella consapevolezza della profonda importanza che tali problematiche rivestono non solo sotto un profilo teorico ma anche sotto un profilo squisitamente pratico. In tale prospettiva, taluno ha apertamente messo in luce la profonda utilità dell’approccio comparatistico nello svolgimento di un’indagine approfondita sul tema. Tra gli altri, si veda, G. R. DELAUME, *What is an International Contract? an American and a Gallic Dilemma*. *International and Comparative Law Quarterly*, 28, pp 258-279 doi:10.1093/iclqaj/28.2.258 (1979).

Si propone, altresì, di precisare il significato della nozione in esame, distinguendola da quella di contratto di diritto interno, R. DE NOVA in *Quando un contratto è internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, pp. 665 ss. ponendo anzitutto l’accento sul «rilevante collegamento di fatto», che il contratto definibile “internazionale” deve presentare con la legge di un determinato ordinamento giuridico, cui andrebbe a sovrapporsi una scelta soggettiva delle parti stesse, circa la legge da applicare. La sola designazione, ad opera delle parti, invero non varrebbe a rendere applicabile una legge che non sia sorretta da un collegamento con il rapporto a cui il sistema di diritto internazionale privato attribuisce valore. Si palesa, in tal modo, l’esigenza ineludibile di un collegamento concreto del contratto stesso con l’ordinamento considerato applicabile. L’Autore si premura, altresì, di precisare che, affinché possa addivenirsi ad una distinzione utile e ben ponderata tra le due tipologie contrattuali, è necessario il superamento di criteri distintivi che facciano esclusivo riferimento alla volontà delle parti che, comunque, non può dirsi illimitata e si proceda alla ricerca di differenti ulteriori criteri, magari anche tra quelli «usati nell’ordinamento considerato, per individuare la legge applicabile in materia contrattuale escluso il criterio della volontà delle parti».

Sul tema si veda, altresì e sempre con riferimento alle prime dissertazioni sul tema, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *A propos du contract International*, 1978, 1.

Più recentemente, F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, volume 1, Padova, 2009, pp. 122 ss.

Da tale approccio, originariamente proposto ed adottato dalla dottrina francese², si ricava una nozione al quanto ampia e generica, volta a ricomprendere al proprio interno tutti i contratti che presentino uno o più “*points de rattachement*” con ordinamenti tra loro differenti.

Secondo tale impostazione, almeno in via di prima approssimazione, «internazionale» sarebbe il contratto che presenti elementi di estraneità rispetto ad un determinato ordinamento (e, ciò, sia che si abbia riguardo alle parti, sia che si abbia riguardo al luogo in cui le prestazioni debbano trovare esecuzione o al luogo in cui si trova l’oggetto delle medesime) mentre, invece, è da considerarsi «nazionale» o «interno» il contratto che presenti tutti gli elementi principali (parti, luogo di stipulazione, luogo di esecuzione) “collegati” ad un solo Paese.

Portando tale impostazione alle estreme conseguenze, non è mancato chi³ ha ritenuto possa ravvisarsi il requisito dell’internazionalità, intesa come idoneità a generare un “conflitto di norme”, (presupposto imprescindibile in una prospettiva internazional-privatistica) anche in quelle fattispecie contrattuali che, ancorché sprovviste di elementi di collegamento con altri ordinamenti nel senso sopra chiarito, siano stati sottoposti dalla volontà delle parti alla legge di un ordinamento straniero, cui sia stata verosimilmente attribuita altresì la giurisdizione per eventuali controversie su di esse insorte.

Il richiamo implicito contenuto in tale argomentazione è chiaramente rivolto alle previsioni contenute nella Convenzione di Roma (80/834/CEE) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il cui art. 3, in ipotesi quale quella descritta, si premura, specificamente, di “arginare” l’autonomia esercitata dalle parti, precludendo qualsiasi pregiudizio alle disposizioni qualificate come “imperative” (e, cioè, non suscettibili di deroga ad opera di un contratto) ma, per tale via, di certo non esclude a priori una rilevanza internazional-privatistica di una fattispecie che presenti determinate connotazioni.

² Tra i contributi più recenti si veda, tra gli altri, P.DELEBECQUE, J-M.JACQUET, S.CORNELOUP, *Droit du commerce International*, Parigi 2007, p. 191 ss.

³ F.BORTOLOTTI, *cit.*, p. 124, il quale precisa, altresì, che l’estensione del concetto di contratto internazionale, inteso come contratto idoneo a generare un conflitto di norme, si attaglia adeguatamente soltanto a quelle situazioni in cui la scelta, ad opera delle parti, di una legge straniera, unico elemento di “estraneità” nel contratto, costituisca di per sé requisito sufficiente a far sorgere un conflitto di leggi e caratterizzi, pertanto, una fattispecie riconducibile alle previsioni di cui all’art. 1 della menzionata Convenzione. In tale ultima prospettiva, l’Autore segnala, in nota, L. FORLATI PICCHIO, *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Digesto delle discipline civilistiche, sezione civile*, vol. IV, Torino, Utet, 1989.

Non sono, invero, mancate osservazioni critiche volte ad evidenziare l'inadeguatezza e le numerose carenze insite in tale tradizionale approccio.

Risalente ed autorevole dottrina ha, invero, posto in luce come esso non si presterebbe a cogliere in maniera veramente efficace le implicazioni e le peculiarità che emergono, numerose, dalla prassi del commercio internazionale. In *primis*, non consentirebbe di spiegare la tendenza, pur fortemente diffusa e frequentemente impiegata con riferimento ai contratti di particolare rilievo economico, a scegliere una disciplina non coincidente con quella di una legge statale determinata (fenomeno della c.d. "delocalizzazione" o "internazionalizzazione").

Ecco allora che, a meno di non voler sospingere automaticamente nella sfera del giuridicamente irrilevante tutti gli aspetti che nella prospettiva dei principi di diritto internazionale privato non trovano alcuna collocazione sistematica o alcuna spiegazione, sembrerebbe preferibile l'adozione di un approccio diverso che, capovolgendo la normale prospettiva d'indagine, si concentri sull'analisi dei problemi concreti che nella realtà della vita economica internazionale gli operatori si trovano ad affrontare e, soprattutto, sulle soluzioni pratiche adottate dal punto di vista strettamente giuridico.

Tale impostazione prende le mosse dalla piena consapevolezza che la tipologia contrattuale in esame rappresenta lo strumento privilegiato attraverso cui le parti interessate si propongono di realizzare una determinata operazione economica internazionale e che esso implica, di per sé, il coinvolgimento di una pluralità di sistemi giuridici statali, non soltanto per ciò che concerne il momento della sua conclusione ma anche per il resto della vita del contratto, gradualmente emersa dalla sua esecuzione.

Ecco, allora, che solo una regolamentazione specifica può dirsi in grado di tener conto delle esigenze derivanti dalla potenziale convergenza, in una medesima fattispecie, di due o più sistemi giuridici.

A meri fini di completezza (di certo non confidando nella possibilità di individuare soluzioni definitive) sembra opportuno dar conto, pur in estrema sintesi, delle diverse nozioni di "internazionalità" che è possibile ricavare da alcune convenzioni di diritto materiale uniforme, che vi si soffermano allo scopo di delimitare il proprio ambito di applicazione.

Per l'appunto dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980 (CISG) si ricava una definizione (art. 1) che fa perno, essenzialmente, sull'elemento soggettivo attribuendo importanza dirimente al luogo in cui le parti, al momento della stipulazione, abbiano il proprio centro di affari o di interessi.

La convenzione di Ginevra del 1956 sul contratto di trasporto internazionale di merci su strada, attribuisce il crisma della internazionalità ad un contratto caratterizzato dalla circostanza per cui il luogo di presa in carico e quello della consegna sono situati in Stati diversi (art. 1.1).

Ancora, nella Convenzione di Ottawa del 1988 sul *factoring* internazionale, si rinviene un criterio di determinazione dell'eventuale carattere internazionale della fattispecie contrattuale desumendolo, di riflesso, dalla natura internazionale del sottostante rapporto di fornitura di merci o di servizi.

Dalla prassi del commercio internazionale, poi, emergono ulteriori parametri che sembrano acquisire rilevanza nell'opera di qualificazione qui considerata.

Non si presta più attenzione ai soli connotati che contraddistinguono i soggetti coinvolti, ma anche ad elementi oggettivi, quali il luogo di esecuzione del contratto e il luogo della prestazione caratteristica, vengono tenuti in debito conto.

Da ultimo, un altro angolo di visuale delle fattispecie in esame è quello rappresentato dalle procedure arbitrali.

Affinchè un arbitrato possa dirsi internazionale è necessario che esso abbia ad oggetto un assetto di rapporti economici in grado di coinvolgere interessi dell'*international trade*.

Anche dalle considerazioni da ultimo compiute emerge chiaramente la parzialità delle definizioni proposte o, quantomeno, la impossibilità di un'applicazione estensiva dei principi ivi enunciati.

2. Le problematiche connesse all'inquadramento delle fattispecie sorte in fase pre-contrattuale: inadeguatezza delle categorie giuridiche di matrice domestica.

L'esperienza maturata nella maggior parte degli ordinamenti giuridici lascia emergere un dato comune: per lungo tempo, le riflessioni dottrinarie si sono concentrate sulle problematiche connesse alla formazione del contratto, all'esatta individuazione del

momento in cui può considerarsi sorto un vincolo tra le parti e alle modalità attraverso cui opera il classico meccanismo di offerta-accettazione.

In altri termini, in maniera quasi del tutto disancorata da un riferimento costante alle profonde evoluzioni subite, nel corso del tempo, dalle relazioni sorte nell'ambito del commercio internazionale, l'attenzione è stata quasi completamente rivolta allo studio del contratto, da sempre considerato quale strumento privilegiato, il solo in grado di soddisfare le multiformi esigenze connesse ai rapporti economici transnazionali.

In tale prospettiva, poco a poco, sono state confezionate "vesti"⁴ sempre nuove, dotate di una propria specifica struttura, di un contenuto minimo tipico e di peculiari requisiti soggettivi, nell'intento di individuare ed offrire la tipologia contrattuale, di volta in volta più idonea a soddisfare le istanze degli operatori economici.

Se l'impegno, in tal senso profuso, non può dirsi certo vano, quantomeno è il caso di evidenziare come esso sia da considerarsi limitato, perché circoscritto alle sole fattispecie contrattuali e, dunque, non in grado di cogliere le sempre crescenti esigenze di qualificazione e di regolamentazione di "intese" sorte tra le parti, potenziali contraenti, nella fase antecedente la nascita del contratto vero e proprio.

Ad una sempre più accentuata rilevanza pratica delle stesse non si è, per lungo tempo, accompagnata una speculazione teorica di ampiezza pari a quella che ha interessato lo strumento contrattuale vero e proprio.

Si deve, infatti, al formante giurisprudenziale il merito di aver preso atto, dinanzi a fattispecie nuove e sempre più complesse emerse dalla prassi, da un lato, dell'inadeguatezza degli istituti e delle categorie giuridiche proprie di ciascun ordinamento, quanto alla capacità di offrire soluzioni realmente efficaci e soddisfacenti e, dall'altro, della necessità di tentare

⁴ Così A.FRIGNANI – M.TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova 2010, pp.3. Dopo aver sottolineato la perdurante centralità ed imprescindibilità dello strumento contrattuale al fine di garantire l'efficace funzionamento dei traffici commerciali internazionali, gli Autori ne offrono una calzante definizione: «Posto che il contratto è il vestito esterno che si dà ad un rapporto di carattere economico (internazionale), è dalla individuazione degli elementi economici del rapporto che si vuole instaurare, dagli scopi che si prefiggono le parti, dai Paesi nei quali si vuole dare corso al rapporto contrattuale, che nasce la risposta del tipo di contratto, della sua struttura, dei suoi contenuti, dei soggetti da coinvolgere, delle precauzioni da adottare e così via».

(almeno!) una qualificazione dei fenomeni in questione, sì da poterne meglio comprendere e valutare gli effetti⁵.

La prassi del commercio internazionale⁶ rimanda, infatti, l'immagine di una contrattazione differente⁷ rispetto a quella che riguarda i normali rapporti tra soggetti privati e offre il quadro, ben più complesso ed articolato, di una multiforme congerie di rapporti e ad attività che precedono la nascita vera e propria di un contratto e che si distribuiscono lungo archi di tempo a volte molto ampi.

La negoziazione, in altri termini, si presenta particolarmente lunga e complessa.

Spesso tra il momento iniziale, in cui le potenziali parti di un contratto stabiliscono i primi contatti e si comunicano reciprocamente i rispettivi obiettivi, e la sottoscrizione dell'accordo conclusivo si svolge un lento processo di preparazione in cui rientrano studi preliminari di fattibilità, procedure volte ad ottenere la necessaria assistenza ad opera di terze parti (ad esempio, finanziamenti o assicurazioni), richieste dei permessi governativi occasionalmente necessari ed infine interventi di "rifinitura" attraverso la statuizione di dettagli relativi a svariati aspetti dell'accordo tra le parti (ad esempio, tempi e modalità di prestazione e di consegna, fissazione dei prezzi, clausole che prevedono variazioni o circostanze sopravvenute, clausole arbitrali etc.).

Il tutto, in alcuni casi, può richiedere anche degli interi anni, tanto è vero che le negoziazioni possono protrarsi anche dopo che si sia già dato avvio all'esecuzione del contratto, nei casi in cui ciò sia reso necessario da improcrastinabili esigenze di carattere pratico che non consentono di attendere il definitivo completamento di tutta la documentazione contrattuale⁸.

⁵ A questo proposito, si veda R.SPECIALE, in *“Contratti preliminari ed intese precontrattuali”*, Milano, 1990, pp. 259 ss., in cui si parla, più propriamente, di “zona grigia” che si sarebbe venuta a creare tra ciò che può dirsi “contratto” e ciò che, invece, non può definirsi tale. L'Autore, anzi, conduce un'analisi volta proprio a verificare se un approccio veramente efficace al fenomeno non esiga di superare i rigidi confini della dicotomia “contratto/non contratto”.

⁶ Il riferimento va, almeno a titolo esemplificativo, ai contratti quali l'appalto per la costruzione di impianti industriali, ai contratti con cui si trasferiscono tecnologie o si costituiscono licenze di *know-how*, contratti di cooperazione industriale, i contratti di compravendita di pacchetti azionari etc.

⁷ L.BIGLIAZZI GERI, in *L'interpretazione del contratto in Il codice civile – Commentario diretto da Pietro Schlesinger*, Milano, 1991, p. 113, parla di «“contrattazione avanzata”, espressione anch'essa di una dilagante *lex mercatoria*»

⁸ In tal senso, M.FONTAINE e F.DE LY in *“Drafting International contracts-an analysis of contractual clauses”*, Ardsley, New York, p.1.

L'intento principale che probabilmente, quasi come un *fil rouge*, percorre e connota la maggior parte delle possibili fattispecie che si annidano nella intricata realtà delle contrattazioni commerciali transnazionali, è quello di tutelarsi prima ancora di addivenire alla conclusione del contratto definitivo e, ciò, non necessariamente nel senso di obbligarsi alla stipulazione di quest'ultimo ma, quantomeno, a garanzia di un corretto proseguimento delle trattative intraprese⁹.

La variegata congerie di epifanie attraverso le quali la descritta tendenza trova forma non consente, in vero, una *reductio ad unum* delle medesime e, pertanto, anche la denominazione usualmente adottata di "*precontractual agreements*" risulta alquanto generica e non certamente identificativa di un modello unitario, recante un contenuto specifico o una struttura tipica.

Ad ogni buon conto, ad una pluralità di denominazioni¹⁰ adottate dalle parti e ad una varietà di possibili contenuti fa riscontro, come è chiaramente emerso nella nutrita casistica (spesso di matrice arbitrale), una sostanziale unitarietà delle problematiche cui, di volta in volta, l'organo giudicante ha tentato di offrire risposte esaustive.

In primis, si è trattato di capire se a tali intese possa, o meno, riconoscersi un contenuto giuridico e, dunque, una qualche forma di vincolatività e, in ipotesi di riscontro affermativo, quale sia la natura della responsabilità in cui incorre la parte che, eventualmente, si renda inadempiente. A questo secondo profilo si ricollega poi quello, pure

⁹ La funzione menzionata consente di individuare soltanto uno dei possibili contenuti dei "documenti" che le parti possono scambiarsi durante lo svolgimento di complesse trattative. Più avanti, si avrà modo di offrire molte altre esemplificazioni al riguardo.

Ad ogni buon conto, la finalità esposta evoca, inevitabilmente, gli sforzi compiuti, anche attraverso le previsioni specifiche contenute negli strumenti di regolamentazione delle contrattazioni "*cross-border*" (i *Principi Unidroit*, i *Principles of European Contract law* ed il *Draft Common Frame of Reference*), in un proposito di moralizzazione del comportamento adottato dalle parti in corso di trattative. Il pensiero va, essenzialmente, all'espresso riconoscimento del dovere di buona fede precontrattuale, in tutte le sue possibili (e non tipizzabili) declinazioni. Tradizionalmente noto agli ordinamenti di *civil law* ed altrettanto alieno da quelli di *common law*, il principio in esame ha ben presto costituito terreno di progressivo avvicinamento di questi ultimi ai primi, grazie anche all'inquadramento unitario che di esso si è inteso offrire sin dall'elaborazione dei *Principi Unidroit*. Il punto è che la non "*enforceability*" delle condotte che vi si ricollegano, lascia comunque esposta ciascuna parte al rischio di vedersi pregiudicata dall'inosservanza delle regole di buona fede e correttezza e, per giunta, con l'unica prospettiva di ristoro rappresentata dal risarcimento economico. Da qui, la tendenza a dar vita a diverse forme di intese stipulate durante le trattative con propositi di tutela.

¹⁰ Su di esse si avrà modo di soffermarsi più avanti.

molto interessante, dell'individuazione dei possibili “*remedies*” di fronte ad un “*breach of agreement*”.

In sede di risoluzione, tutt'altro che agevole e dagli esiti affatto scontati, delle su esposte problematiche di diritto è emerso a chiare lettere come la mancanza di interesse a lungo dimostrata dalla dottrina nei riguardi di tali fattispecie, abbia lasciato il formante giurisprudenziale del tutto sprovvisto degli strumenti necessari per fronteggiare adeguatamente le medesime; né, del resto, esso ha potuto avvalersi, sia attingendo agli ordinamenti di *common law* che a quelli di *civil law*, di categorie giuridiche specifiche e, soprattutto, di meccanismi differenti rispetto a quello di offerta-accettazione il quale, invero, accomuna entrambe le menzionate tradizioni giuridiche¹¹.

In alcune ipotesi, invero, quest'ultimo ha rappresentato la chiave di lettura effettivamente più idonea per riuscire ad inquadrare le fattispecie concretamente emerse nella prassi ma, in altri casi, esso si è rivelato assolutamente non idoneo a consentire di decifrare adeguatamente la particolare configurazione cui l'autonomia degli interessati aveva dato vita ed ha, pertanto, indotto gli interpreti a ricercare soluzioni diverse, preferibilmente più confacenti al *pre-contractual stage* in cui si inserisce l'oggetto della propria indagine.

Oltre tutto, il sostanziale disinteresse a lungo dimostrato dagli studiosi e la mancanza di un'analisi approfondita dei fenomeni in esame, ha probabilmente inciso sull'approccio adottato dagli stessi operatori del mercato, precludendo loro il raggiungimento di una reale, effettiva consapevolezza in ordine alle conseguenze, a volte assai problematiche, che possono derivare dai cc.dd. “*preliminary agreements*”¹² che, pure, possono configurarsi in fase di trattative.

¹¹ Sotto questo profilo, non ha tardato ad affermarsi un orientamento che pone in evidenza tutti i limiti di un metodo ricostruttivo delle fattispecie di nuova emersione che pretenda di fare esclusivo riferimento allo schema offerta-accettazione. In tal senso ed efficacemente si vedano J.KLEIN-C.BACHECHI in “*Precontractual liability and the duty of good faith negotiations in International transactions*”, *Houston Journal of International Law*, Fall 1994, volume 17, n.1, p. 4: «*The law governing contract is typically analyzed in terms of the traditional common and civil law rules of offer and acceptance. Yet, the complex processes that lead to modern contracts are typically articulated in documents that seldom lend themselves to these classical rules. International transactions are frequently completed without clearly discernable offers, counteroffers, or acceptances; instead, agreements usually result from numerous rounds of negotiations and successions of draft agreements.*».

Per una più ampia e complessa rappresentazione dei termini della questione, sempre in tale prospettiva si veda, altresì, l'autorevole contributo di E.A.FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, *Columbia Law Review*, March 1987, n.2, pp. 217-220.

¹² Può essere utile aprire, in questa sede, una brevissima parentesi atta a chiarire la specificità della terminologia impiegata e, dunque, la non fungibilità tra di loro delle diverse espressioni “*precontractual*”

Non è da escludersi che, in molti casi, essi non si fossero nemmeno resi conto di aver stipulato un vero e proprio “*agreement*” di tal fatta e, ciò, costituisce il riflesso di un altro importante rilievo: determinante è, senza dubbio, l’individuazione del regime normativo applicabile ad una determinata trattativa, soprattutto nelle ipotesi in cui si ponga un problema di esistenza o meno di un contratto preliminare. Gli ordinamenti giuridici, infatti, soprattutto se appartenenti alle contrapposte famiglie di “*civil law*” e di “*common law*”, tendono ad accordare una diversa rilevanza alle fasi in cui si articolano le trattative. Può darsi il caso, pertanto, che i “*negotiators*” abbiano dato vita ad un “*preliminary contract*” ma non ne siano affatto consapevoli¹³.

Si rende opportuna, a questo punto, un esame delle differenti soluzioni adottate nei principali sistemi di *civil law* ed in quelli di *common law*, in ordine alla qualificazione delle fattispecie cui le parti possono dar vita e, soprattutto, in merito alla vincolatività che, ad esse, può essere riconosciuta o meno, a seconda che vi si attribuisca natura contrattuale o pre(e, dunque, extra)-contrattuale.

Preliminare a tale studio comparatistico appare, però, una preventiva analisi volta a chiarire, per quanto possibile, cosa debba intendersi per “*precontractual agreements*” e quali siano le tipologie maggiormente in uso nella prassi del commercio internazionale.

agreement”, “*precontractual document*” o “*instrument*” e “*preliminary agreement*”. Con riferimento alla prima, “precontrattuale” implica un riferimento ad un successivo contratto, e sta ad indicare un documento scritto da cui discendono obbligazioni e responsabilità contrattuali. Quando invece viene impiegato il termine “*precontractual document*” o “*instrument*”, esso vale ad indicare un documento scritto che è semplicemente precontrattuale ma non dà vita ad alcuna obbligazione o responsabilità. L’espressione “*preliminary agreements*” può indicare, allo stesso tempo, documenti dell’una come dell’altra tra le tipologie appena descritte.

¹³ J.SCHMIDT, in *Preliminary agreements in International contract negotiations*, in *Houston Journal of International Law*, 1983, n. 6, 38, in tal senso: «[...]Such will be the case, for instance, under French law, where the principle of consensualism implies that a contract is concluded when a party demonstrates the existence of a meeting of minds, without any further condition being required. This rule applies to any contract including preliminary agreements, and may thus lead to the imposition of contractually binding obligations upon the negotiators simply because, in the course of discussion, they have expressed an agreement on certain points».

Capitolo II

LE FATTISPECIE PRE-CONTRATTUALI PIU' RICORRENTI NELLA PRASSI: TASSONOMIA, TERMINOLOGIA E NATURA GIURIDICA.

1. I cc.dd. “*Precontractual agreements*”, tra molteplicità di istanze pratiche e carenza di strumenti specifici.

Si è già avuto modo di anticipare che l'espressione, pur abitualmente in uso, “*precontractual agreements*” non vale ad identificare una specifica categoria giuridica, unitariamente definibile, ma deve intendersi, piuttosto, come una sorta di grande “contenitore” entro cui far confluire una variegata moltitudine di fattispecie concrete, espressione dell'autonomia negoziale degli operatori economici.

In essa vi rientrano, normalmente, tutte le ipotesi di “intese” intervenute tra le potenziali parti di un contratto nella fase che precede la formalizzazione dello stesso.

Queste ultime non di rado, infatti, dinanzi alla complessità ed alla notevole durata delle negoziazioni attraverso cui prende definitivamente forma l'operazione economica pianificata, si determinano per la “cristallizzazione” di alcuni aspetti del futuro contratto che non intendono più mettere in discussione, o stabiliscono delle regole attinenti al prosieguo delle trattative o, comunque, assumono reciprocamente degli obblighi.

È evidente che, attraverso tali iniziative, si cerchi di trovare il giusto temperamento tra i due contrapposti interessi che sottendono l'intero svolgimento dei negoziati: da un lato, vi è la ferma intenzione di ciascun operatore di preservare fino all'ultimo la propria libertà contrattuale e, dunque, di addivenire alla stipulazione del contratto solo allorché esso risulti effettivamente conveniente e concluso alle condizioni desiderate. Dall'altro, si pone il desiderio di non vanificare gli sforzi comunque compiuti e di fissare gli assetti, ancorché parziali, della fattispecie in preparazione, sì da poter considerare, almeno quelli, non più suscettibili di modifica.

In aggiunta, si tenga conto che la necessità di “blindare” in forma scritta alcune intese, nasce anche dal nuovo tipo di comunicazione che caratterizza i rapporti tra gli operatori economici: le transazioni “faccia a faccia” sono, ormai, a dir poco infrequenti ed il lento processo di costruzione della fattispecie contrattuale definitiva viene condotto attraverso lo scambio, a distanza, di documentazioni di vario genere che, di certo, non possono dirsi altrettanto efficaci quanto alla instaurazione di una relazione di fiducia tra

possibili *partners* commerciali¹⁴. Per non dire dei canali di interazione del tutto peculiari impiegati da *businessmen* che, per lo svolgimento dei propri affari, ricorrono all'*e-commerce*, in cui l'esigenza di munirsi di adeguate cautele si fa, comprensibilmente, ancora più accentuata.

Al bisogno di trovare il giusto equilibrio tra tutte le su esposte istanze si aggiunge, poi, la netta percezione di una serie di profili problematici, che notoriamente contraddistinguono la fase antecedente il momento strettamente genetico delle relazioni contrattuali avute di mira e che tanto più sembrano acuirsi allorché il contesto in cui queste vanno ad instaurarsi abbia una dimensione transfrontaliera.

Si pensi, anzitutto, ai problemi attinenti l'esatta individuazione della normativa applicabile o, qualora questa sia stata identificata, all'incertezza che comunque persiste in ordine al fondamento giuridico della medesima e, di riflesso, in relazione alla sussistenza di un efficace sistema rimediale¹⁵.

Onde ridurre al minimo il margine di pregiudizio che può scaturire da tutte le menzionate incognite, i privati preferiscono regolare da sé la fase delle negoziazioni anzi, non di rado accade che essi decidano di non avvalersi neppure dell'ausilio di "tecnici" del diritto nella predisposizione di tali accordi, allo scopo di esprimere quanto più liberamente possibile la propria volontà (di vincolarsi o meno) senza dover necessariamente far ricorso a categorie giuridiche talvolta ritenute troppo restrittive.

In tali ultime ipotesi, in cui i *businessmen* provvedono da sé a scambiarsi o a sottoscrivere documentazione "preparatoria" del vero e proprio contratto, può accadere (come già anticipato sopra) che finiscano con l'assumere reciproci impegni senza nemmeno avere chiara contezza dell'effettivo grado di vincolatività degli stessi, a prescindere dalle dichiarazioni all'uopo inserite nel testo degli accordi stessi.

La prassi del commercio internazionale offre, invero, un vasto e variegato campionario che, come detto, non consente la ricostruzione di una fattispecie astratta unitaria ma, al più, si presta ad un raggruppamento di alcune di esse per tipologie, pur senza alcuna pretesa di esaustività e per soli fini di praticità espositiva.

¹⁴ In tale senso, anche J.KLEIN e C.BACHECHI, *cit.*, p.8. Per un approfondimento di tale profilo, si veda anche J.KLEIN, *Good faith in International transactions*, XV(2) *Liverpool Law Review*, 1993, 115.

¹⁵ In tal senso, si veda A.FRIGNANI-M.TORSELLO, *cit.*, p.170.

2. Le fattispecie più ricorrenti nella prassi ed i principali profili problematici ad esse connessi.

Una tipologia di accordo, in vero, molto in uso tra gli “addetti ai lavori” delle transazioni commerciali sono i cc.dd. “*lockout agreements*”.

È questa la denominazione solitamente impiegata per le ipotesi in cui le parti si siano accordate nel senso di “chiudersi verso l'esterno”, vale a dire di non avviare alcuna negoziazione, evidentemente concorrente, con altri interlocutori parimenti interessati all'operazione economica avuta di mira, fin tanto che le trattative tra di loro siano in corso.

Non sempre, anzi piuttosto infrequentemente, capita che entrambe riescano a mantenere fede a questo “impegno di esclusiva” e finiscano non solo con intraprendere le negoziazioni con altri, quanto ad addivenire alla conclusione del contratto definitivo con terzi.

È accaduto allora che, dinanzi alle iniziative giudiziali adottate dalla parte che lamenta la violazione dell'accordo ad opera dell'altra, le corti si siano trovate a dover stabilire quale sia l'esatta portata dell'impegno reciprocamente assunto dagli operatori del commercio che stipulano un “*lockout agreement*” e, cioè, fino a che punto la loro “*freedom of contract*” possa tollerare di essere compromessa o, comunque, limitata da intese di tal fatta. In altre e più esplicite parole, si è trattato di chiarire se tali intese possano, o meno, considerarsi vincolanti e, dunque, idonee a far sorgere una qualche responsabilità in capo alla parte che disattenda le statuizioni ivi espresse.

In *Walford v. Miles*¹⁶, ad esempio, le parti non avevano circoscritto il proprio impegno entro specifici limiti temporali e, pertanto, un accordo in tal senso non poteva considerarsi

¹⁶ *Leading case* sul tema, caposaldo della letteratura inglese di cui peraltro sono state offerte letture a volte contrastanti tra di loro è, senz'altro, la vicenda *Walford v. Miles* (1992) su cui si è pronunciata la *House of Lords*, elaborando in vero una serie di considerazioni di ampia portata e di valenza generale sul tema dei *lockout agreements* e sulla effettiva idoneità dei medesimi, o di accordi similari, a porre dei freni alla libera iniziativa dei privati e alla piena supremazia, nelle relazioni commerciali, delle leggi della concorrenza e del mercato che, probabilmente, poco o male tollerano limiti e preclusioni nella ricerca dell'operazione economica più vantaggiosa possibile.

Nel caso specifico, una delle parti aveva disatteso gli accordi presi con la controparte intraprendendo contemporaneamente trattative anche con un altro interlocutore e giungendo, poi, alla stipulazione del contratto definitivo con quest'ultimo.

Dinanzi alle doglianze dell'attore, articolate sotto il duplice profilo di “*breach of agreement*” e di “*misrepresentation*” la *House of Lords* replicò che «*an agreement whereby one party agrees for consideration and for specified period of time not to negotiate with anyone else in relation to a sale of property can be enforceable, but an agreement that is open-ended in terms of time is not enforceable*» così S.BANAKAS, in *Liability for contractual*

“enforceable” secondo l’opinione dei giudici. Oltretutto, dall’accordo non derivava, in capo al convenuto “inadempiente”, alcun obbligo di concludere un contratto e questi non poteva sapere con precisione fino a quale stadio delle trattative avrebbe avuto il diritto di ritirarsi; né, del resto – secondo il rilievo operato dalla *House of Lords* – ci si potrebbe aspettare, in genere, che siano i giudici a stabilire se, nel caso concreto, esista o meno un fondato motivo per recedere dalle trattative.

Dalla vicenda in esame ed, in particolare, dalla “lettura” della fattispecie concreta offerta da *Lord Ackner* emerse il principio, di carattere generale, per cui non vi è alcun motivo di dubitare che un “*lockout agreement*” possa essere vincolante e suscettibile di aprire la via ad una piena tutela giurisdizionale, ma è necessario (almeno secondo la ricostruzione operata dai giudici di *common law* inglese) che esso sia puntualmente munito dell’elemento della *consideration* e che, al contempo, non sia invalido per *uncertainty*¹⁷.

negotiations in English Law: looking for the Litmus Test, p.8, cui si rinvia per un’interessante riflessione sul tema).

¹⁷ Così S.BANAKAS, *cit.*, p.10-11, il quale richiama espressamente il caso *Global Container Lines Ltd v. Black Sea Shipping Co.* per una lettura ulteriormente chiarificatrice delle tipologie di accordi in esame. L’Autore, a ben guardare, pur aderendo pienamente all’orientamento generale descritto, evidenzia come i numerosi fattori operanti nella contrattazione commerciale meglio (ed ancor più in quella transazionale) possano imprimere particolare connotazione alla stessa *consideration* o dar vita a formulazioni tali per cui alcune previsioni, lungi dall’essere esplicitate, emergono dall’accordo sotto forma di “*implied terms*”. Testualmente: «[...]commercial contracts, supported by consideration but without any agreement as to the time when the contract is terminable, are subject to an implied term that the contract is terminable on reasonable notice; and consideration may sometimes be something feather light and not difficult to find in the slightest benefit/detriment for either party. Both of these facts do not help legal certainty, and allow a lot of actual discretion of the courts in deciding the binding effect of “lock out” agreements on a case-to-case basis.»

Altri, poi, si spingono addirittura oltre l’enunciato principio generale: M.ANDERSON-V.WARNER in *Drafting and negotiating Commercial Contracts*, Haywards Heath (UK), 2007, p. 154-155, «[...]Even if this type of agreement contains no express duration provisions it may be enforceable as a contract terminable on reasonable notice».

È appena il caso di precisare, con specifico riguardo a tali ultimi rilievi, che probabilmente essi si riferiscono ad una particolare tipologia di intese, meglio definibili come “*symbiotic arrangements*”, la cui particolarità è quella di inserirsi all’interno di relazioni commerciali cc.dd. “*long term*” che, inevitabilmente, consentono di individuare comportamenti, prestazioni e condotte ricorrenti, sì che la reale intenzione delle parti, pur dinanzi a clausole contrattuali non particolarmente puntuali e dettagliate (ivi inclusa la mancata previsione della durata dell’accordo stesso), possa essere agevolmente desunta dal comportamento lungamente e sistematicamente tenuto dalle stesse.

Detto altrimenti, con riguardo a questa tipologia di accordi, non vi è dubbio che essi creino *certainty*, nella misura in cui le promesse tra le parti sono vincolanti proprio in virtù di una “*reasonable expectation*” che alberga in ciascuna di esse e che trae la propria ragion d’essere negli scambi commerciali precedentemente intervenuti tra le medesime.

Le fattispecie sin qui descritte esulano, però, dall’oggetto della presente indagine, nella quale si è scelto di focalizzare l’attenzione sugli “*agreements*” che, eventualmente, possono connotare la fase delle negoziazioni anteriormente alla formalizzazione di contratti singoli, tra operatori che non abbiano già precedentemente intrattenuto relazioni economiche e che, pertanto, devono esplicitare nella maniera

Tale *uncertainty*¹⁸ è ravvisabile, appunto, in una fattispecie il cui contenuto sia sprovvisto di elementi espressamente indicativi o, altrimenti, idonei a rendere la Corte in grado di desumere la durata dell'obbligazione.

In altri casi, le volontà delle parti convergono verso l'assunzione di un reciproco impegno a negoziare soltanto l'una con l'altra. Si parla, per tali fattispecie, dei cc.dd. “*lock-in agreements*”.

Non molto distanti da quelle su esposte sono le problematiche sorte con specifico riferimento anche a queste ultime e, ancora una volta, esse afferiscono alla sfera della vincolatività, o meno, delle medesime¹⁹.

Sotto il profilo squisitamente oggettivo e, precipuamente, con riguardo al fatto che l'intesa raggiunta dalle parti attiene pur sempre all'adozione di una condotta commissiva²⁰, viene in rilievo un'altra categoria elaborata, altresì, dal formante giurisprudenziale e volta a descrivere le ipotesi in cui, in vista della conclusione di un futuro contratto, le parti si

più chiara ed esaustiva possibile, i termini dell'accordo raggiunto anche, e soprattutto, “*in terms or being binding or not*”.

Per un approfondimento sul concetto di “*symbiotic arrangements*”, si veda la relativa voce in *The New Palgrave Dictionary of Economic and The Law*, edited by Peter Newman, Londra, 1998, pp. 554-559.

Per una accurata riflessione in chiave giuridico-economica sul medesimo tema, si veda, poi E.SCHANZE, *Beyond Contract and Corporation: The Law and Economics of Symbiotic Arrangements*, in T.RIIS-R.NIELSEN, *Law and Economics – Methodology and Application*, Copenhagen, 1998, 113-130.

¹⁸ Si avrà modo, più avanti nella trattazione di esaminare accuratamente i requisiti che, secondo il *common law* inglese rendono determinate obbligazioni “*binding*”. In questa sede, è appena il caso di richiamare, a proposito della centralità del ruolo della “*certainty*”, J.BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2002.

¹⁹ Pur costituendo espressione dell'approccio adottato dalle Corti inglesi nel giudicare su tali fattispecie, particolarmente significativa appare la ricostruzione delle stesse offerta da *Lord Ackner* nel menzionato *case Walford v. Miles*, in cui le argomentazioni ivi esposte sembrano anzitutto confluire verso una strenua, ancorché silente, difesa del principio della *freedom of contract*, che consente alle parti di recedere dalle trattative in qualsiasi momento fintanto che l'accordo definitivo non sia stato raggiunto nonché, sull'imprescindibile requisito della “*certainty*”: «[...] *The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty, the same does not apply to an agreement to use best endeavours. This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined “in good faith”.*»

Il principio generale enunciato, poi, in tema di trattative non lascia spazio a fraintendimenti: «[...] *while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason [...]*».

²⁰ A differenza dei “*lockout agreements*”, in virtù dei quali, come visto, ci si impegna all'adozione di comportamenti omissivi.

impegnino a condurre le trattative o, più specificamente, a condurle “*in good faith*”. Si tratta dei cc.dd. “*agreements to negotiate*” e, in taluni casi, dei cc.dd. “*agreements to negotiate in good faith*”.

È noto il differente approccio al tema della buona fede adottato dai vari ordinamenti giuridici²¹, alcuni dei quali (quelli appartenenti alla c.d. “*civil law*”) ne riconoscono espressamente la valenza di principio generale che permea l’intera “vita” di un contratto ed altri (soprattutto il *common law* inglese²²) che negano ad esso qualsiasi rilevanza, sotto il profilo dei doveri esistenti in capo alle parti che si accingono a dar vita ad una fattispecie negoziale vincolante.

Coerentemente con tali impostazioni, tra di loro in netto contrasto, si è potuto riscontrare che, soprattutto con riguardo alle fattispecie contrattuali sottoposte al *common law*²³, le parti abbiano sovente, in maniera più o meno esplicita, convenuto di orientare al paradigma della buona fede la propria condotta antecedente alla conclusione dell’affare definitivo.

Il riscontro ottenuto da tali pattuizioni, una volta giunte al vaglio delle Corti richieste, di volta in volta, di provvedimenti in grado di offrire ristoro al danno lamentato dall’attore, non può dirsi certo particolarmente positivo.

La strenua difesa del principio della *freedom of contract*, l’irrinunciabile componente di rischio insito nelle contrattazioni, tanto più in quelle particolarmente complesse, la necessità per il *businessman* di muoversi liberamente nel mercato alla costante ricerca delle migliori condizioni possibili per concludere un affare, anche allorché si renda necessaria una brusca interruzione di trattative già avviate in vista di un più ampio margine negoziale con un nuovo interlocutore, si pongono alla base di un atteggiamento particolarmente rigido, fortemente restio ad attribuire una minima rilevanza contrattuale alla buona fede²⁴.

²¹ Sul punto si veda M.FURMSTON, *Letters of intent*, in A.BURROWS and E.PELL, “*Contract formation and parties*”, Oxford, 2010, p. 19 il quale sottolinea come il differente rilievo assunto dal paradigma della buona fede in ciascun ordinamento risulta a tal punto condizionante da far sì che dinanzi a problematiche identiche si pervenga a soluzioni diametralmente opposte nei vari sistemi normativi.

²² “*In England, it has been traditionally thought that there is no general requirement of good faith in contracts, except in certain special cases (eg the requirement for “utmost good faith” in insurance contracts)*»; così M.ANDERSON-V.WARNER, *cit.*, p.154.

²³ È implicito, infatti, che l’espressa previsione della buona fede quale principio ispiratore sotteso alla disciplina contrattuale ad opera di alcuni ordinamenti è, di per sé, in grado di garantire ad esse una protezione sufficientemente ampia da rendere superflua qualsiasi, apposita previsione negoziale.

²⁴ Ancora una volta, particolarmente indicative possono dirsi le considerazioni generali elaborate da Lord Ackner nel, più volte citato, case *Walford v Miles*, con specifico riguardo ad un obbligo di negoziare

Non molto distante da quelle su esposte possono dirsi le argomentazioni elaborate con specifico riguardo ad un'altra categoria, la quale può intendersi come una sorta di specifica declinazione degli “*agreements to negotiate*” o, quantomeno, in questi termini è stata intesa dalla giurisprudenza²⁵ che, direttamente, se ne è occupata: trattasi dei cc.dd. “*agreements to use best endeavours*”.

Ne è derivata una pressoché totale inidoneità di tali accordi ad essere considerati “*enforceable*”, almeno in linea di principio.

Ciò non di meno, talvolta si è dato riscontrare, nella formulazione adottata dalle parti, una “traccia” della precisa intenzione delle stesse di favorire la progressione delle trattative attraverso il compimento di concreti “*steps*” (l’ottenimento di un prestito dalla banca, la concessione di un’autorizzazione da parte dell’Autorità competente, etc.) e non, semplicemente, accordandosi per la generica, corretta negoziazione del contenuto del contratto. Ecco, allora, che la formula “*best endeavours*”, proprio perché riferita a condotte specificamente individuate e teleologicamente orientate al conseguimento di obiettivi precisamente definiti, ha potuto imprimere alle fattispecie considerate un connotato di *certainty*, foriero di un minimo grado di vincolatività²⁶.

in buona fede: «*However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton [counsel for claimants] of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But he still leaves the vital question: How is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the Court to police such an agreement? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of negotiating party; it is that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason. There can thus no obligation to continue to negotiate until there is a “proper reason” to withdraw. Accordingly a bare agreement to negotiate has no legal content [...]*».

²⁵ *Little v Courage* [1995] 70 P&CR 469; *London & Regional Investments Ltd v TBI plc Belfast International Airport LTD* [2002] EWCA Civ 355 at [39]; *Multiplex Constructions UK Ltd v Cleveland Bridge UK Ltd* [2006] EWHC 1341 (TCC).

²⁶ Finanche nell’ormai nota dissertazione di Lord Ackner (*Walford v Miles*), sembrerebbe potersi cogliere forse uno spiraglio di luce, nel senso di accordare una qualche forma di vincolatività ad un “*agreement to use best endeavours*”. Una rilettura in tal senso viene proposta da S.BANAKAS, cit. 11, ed argomentata in questi termini: «*So they should be, of course, if limited in time and supported by consideration. This is, however, bound to be true with any agreements to negotiate, including agreements to negotiate in good faith, provided they were made clearly limited in time and backed by consideration. It is not, therefore, the notion of negotiating in good faith that is so unacceptable to English Law, but that of negotiating in good faith without consideration. [...] Indeed, if the duty to negotiate in good faith is agreed as reciprocal this would offer enough consideration for both parties to one another, the only*

In particolare, a ricevere tutela sono le cc.dd. “*reasonable expectations*” derivate, in capo a ciascuna delle parti, proprio dalle menzionate pattuizioni che, concretamente, scandiscono l’avanzamento del processo di negoziazione.

Dinanzi a statuizioni di tal fatta, allora, persino in *English Common Law*, ad onta del tradizionale approccio restrittivo, può essere accordata protezione alle “*reasonable expectations*” delle parti²⁷.

Ulteriori, rispetto alle tipologie di accordi sin qui esaminate, *last but not least*, si pongono poi le cc.dd. “lettere di intenti”, categoria elaborata per esprimere il fenomeno senz’altro più rappresentativo in tema di formazione dei contratti commerciali, costituito essenzialmente da documenti che le parti contestualmente sottoscrivono o, più spesso, si scambiano reciprocamente.

In realtà, le denominazioni di volta in volta adoperate dalle stesse parti per connotare i documenti²⁸ contenenti tali svariate dichiarazioni sono molteplici e mutano a seconda dei contesti²⁹: “*letter of intent*”, “*heads of agreement*”, “*memorandum of understanding*”, “*protocol d’accord*”,

remaining issues being that the agreement to negotiate must have a clearly agreed duration, and that the parties must have agreed some basic aspects of the good faith they would be expected to show.»

²⁷ Così, ancora, S.BANAKAS, *cit.*, p.11 il quale, in proposito, richiama alcuni significativi *cases*: «*As Millett LJ put it “ [...]An undertaking to use one’s best endeavours to obtain planning permission or an export licence is sufficiently certain and is capable of being enforced: an undertaking to use one’s best endeavours to agree, however, is no different from an undertaking agree, to try to agree, or to negotiate with a view to reaching agreement; all are equally uncertain and incapable of living rise to an enforceable obligation [...]”.* Accordingly, in *Multiplex Constructions UK Ltd v Cleveland Bridge Uk Ltd [2006]EWHC 1341 (TCC)*, a case that arose from the long delayed construction of the new Wembley Stadium in London, Jackson J. held unenforceable a provision in an interim settlement agreement that “*the parties shall use reasonable endeavours to agree to re-programme the completion of the subcontract works and to agree a fixed lump sum and/or reimbursable subcontract sum for the completion of subcontract works.*».

Si veda, altresì, E.PEEL, “*Agreements to Negotiate in Good Faith*” in A.BURROWS and E.PEEL, *Contract formation and parties*, Oxford, 2010, p.39: l’Autore, muovendo una critica agli orientamenti emersi in *Walford v Miles* (di cui, peraltro, non disconosce l’indiscutibile autorevolezza), ravvisa il principale limite degli stessi nella loro eccessiva restrittività, nella parte in cui nessun appiglio viene offerto ad una qualche forma di vincolatività o, per altro verso, di tutela della parte che subisca gli effetti di una condotta difforme dalle statuizioni negoziali ad opera dell’altra. In particolare, egli richiama l’opinione di quanti, tra cui *Lord Steyn*, ritengono che la famosa pronuncia sembri ignorare del tutto il principio generale che, pure, permea di sé la disciplina dei contratti nel Common Law inglese, secondo cui “*effects must be given to the reasonable expectations of honest men*”. Sul punto, prosegue poi affermando: «*This is a view recently echoed in the obiter dictum of Longmore LJ in the Petromec case who observed that: ‘it would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered’.*».

²⁸ Ancorché nella maggior parte dei casi si predilige la forma scritta allo scopo di soddisfare anzitutto esigenze probatorie, non possono escludersi espressioni di intenti, pure largamente adoperate, puramente verbali.

²⁹ Molto efficacemente R.B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms*, Salem, New Hampshire, 1994, p.9: «[...] “*terminological anarchy*” still seems to be the

“protocol”, “letter of understanding”, “memorandum of intent”, “term sheet”, “instruction to proceed”, “agreement in principle”³⁰.

Esse sono, invero, tutte quante adoperate, ma l’espressione “letter of intent”³¹ può dirsi, senz’altro, quella di maggiore impiego che, a lungo andare, è andata pian piano sostituendosi alle altre, acquisendo un valore essenzialmente metonimico³²; più che descrivere un peculiare contenuto, essa è ormai volta ad indicare il documento, vale a dire il contenitore che racchiude le dichiarazioni formulate dalle parti.

La notevole varietà dei possibili contenuti di tali lettere non consente, invero, di riferirsi ad esse con un discorso unitario ed, anzi, un’efficace (ancorché non esaustiva) analisi delle manifestazioni più ricorrenti e rappresentative di tale fenomeno, esige una trattazione a sé stante.

3. Le lettere di intenti: una pluralità di contenuti tra problemi pratici e difficoltà di classificazione.

Prima di inoltrarsi nell’analisi delle possibili fisionomie che, nella pratica del commercio internazionale, le cc.dd. “lettere di intenti”³³ possono assumere, nonché nella

prevailing situation, and we feel comfortable in using the term as a collective phrase for precontractual instruments in general.»

³⁰ Per un’accurata disamina delle diverse finalità cui tali denominazioni specificamente ottemperano, si veda: M.FURMSTON-T.NORISADA-J.POOLE, *Contract formation and letters of intent*, Chichester (England), 1998, 143-145.

³¹ Per un’accurata analisi in chiave comparatistica dell’espressione “letter of intent” si veda R.B.LAKE-U.DRAETTA, *cit.*, p.5.

³² Così, R.SPECIALE, *cit.*, p.215.

Non mancano, ad ogni buon conto, coloro i quali si premurano di distinguere specificamente i *Memorandum of Understanding* e gli *Heads of Agreement* rispetto a tutte le altre menzionate tipologie, affermando che essi costituiscono la più nitida ed efficace esemplificazione delle cc.dd. “lettere di intenti”, documenti atti a siglare assetti negozialmente già definiti e non bisognosi di ulteriori discussioni. In tal senso, si veda R. Schlosser, *Les lettres d’intention: portée et sanction des accords précontractuels*, in *Responsabilité civile et assurance, Etudes en l’honneur de Baptiste Rusconi*, Losanna, ed. bis e ter, 2000, pp. 347-348.

Sul punto, molto efficacemente, in M.FONTAINE-F.DE LY, *La redazione dei contratti internazionali a partire dall’analisi delle clausole*, a cura di R.M.MORRESI, Milano, 2008, p.4 (nota 3) viene suggerita un’analogia con i *Term Sheets* utilizzati nel settore finanziario, allo scopo di condensare in poche pagine i termini principali di una transazione. Nella prassi bancaria, invero, si tende ad attribuire a tali *Term Sheets* contenuto meramente indicativo e non vincolante.

³³ La letteratura in tema di lettere di intenti può dirsi, ormai, particolarmente ricca. Si richiamano, di seguito ed in ordine cronologico pur senza alcuna pretesa di esaustività, alcune tra le più autorevoli pubblicazioni: S.MACAULAY, *Non contractual Relations in Business: a preliminary study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963,

valutazione dei differenti effetti che, dalle previsioni ivi contenute, possono discendere in capo alle parti, sembra quanto mai utile soffermarsi su alcune considerazioni di carattere generale, volte a descrivere i possibili contesti e, soprattutto, l'articolata rete di problematiche in cui esse prendono forma.

Risulterà, così, in maniera ancora più evidente la natura poliedrica e complessa del fenomeno in esame rispetto al quale, a ragione, taluno ha coniato il principio generale secondo cui, parlando di lettere di intenti, la regola generale è che non ci sono regole³⁴.

Anzitutto, si tenga presente che, non di rado, un solo affare coinvolge numerose parti ed esige la stipulazione di molteplici contratti.

Si pensi, ad esempio, alla realizzazione di un'opera edilizia.

Il committente provvede, di norma, a contattare una ditta appaltatrice ma, ben di rado, accade che quest'ultima, da sola, provveda all'esecuzione del lavoro. Solitamente, l'incarico ottenuto viene "condiviso" con altre ditte subappaltatrici, ciascuna deputata al compimento di una parte del lavoro, secondo le proprie specifiche competenze.

In situazioni di tal fatta, invero, è assolutamente impensabile che tutti i contratti coinvolti nella complessa operazione possano venire ad esistenza nello stesso momento. Il c.d. "main contractor", infatti, dopo aver ottenuto un preventivo di spesa da ciascuno dei sub-

pp. 55 ss; R. PENNINGTON, *Letters of intent, in Int. Trade an Practice*, 1977, pp. 519 ss.; M.FONTAINE, *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, in *Dr. et prat. comm. int.*, 1977, p.73 ss; M.LUTTER, *Der Letter of Intent*, 2^e ed., Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 1983; R.M. LAKE, *Letters of intent: a comparative examination under English, U.S., French and West German Law*, in *Geo. Wash. J. Int. Law and Econ.*, 1984, pp. 331 ss.; F. T'KINT, *Négociation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau (ed.), Bruxell, 1984, No. 36-38bis (*Les "accords de principe"*); G.SCHRANS, *De progressive totstandkoming der contracten*, T.P.R., 1984, pp. 1-32; U.DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti.*, Padova, 1984, pp. 47-80; U.DRAETTA, *Ancora sull'efficacia delle lettere di intento nella prassi del commercio internazionale*, in *Riv. Dir. Int, priv. e proc.*, 1985, p. 763 ss.; ID., *Gli usi del commercio internazionale nella formazione dei contratti internazionali*, in *Gli usi del commercio internazionale nella negoziazione ed esecuzione dei contratti internazionali*, Milano, 1985, pp. 37-52; *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC Publishing, 1990, 354 pp; U.DRAETTA & R.LAKE, *Letters of intent and other precontractual documents*, 2nd ed., Salem, N.H., Butterworths, 1994, p.330; M.FURMSTON, T.NORISADA & J.POOLE, *Contract formation and letters of intent*, Chichester, Wiley, 1998, pp. 322 ss; G.CAPECCHI, *Il valore giuridico delle lettere di intenti*, in *Dir. Comm. int.*, 2001, pp. 383-394; J.M.Mousseron, M. GUIBAL & D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, Paris, F.Lefebvre, 2001, pp.379 ss; G.CAPECCHI, *Nature and enforceability of a letter of intent under Italian Law*, I.B.L.J., 2004, pp. 151-160; M.FURMSTON, *Letters of intent*, in A.BURROWS and E.PELL, *Contract formation and parties*, Oxford, 2010, pp. 17 ss.

³⁴Precisamente, in tal senso si veda M.FURMSTON, *Letters of intent*, in A.BURROWS and E.PELL, *cit.*, 19, in cui si legge:«Perhaps the only general rule is that there is no general rule, that is that one cannot say in advance that a letter of intent has or has not legal effect and, if it does, what the effect would be. Everything must depend on a objective analysis of what the parties have said and done.»

contractors (qualora non vi siano anche *sub-sub-contractors*) si limita a formulare, a sua volta, un'offerta di spesa alla committenza.

Poiché, però, difficilmente il contraente principale è disposto a vincolarsi ai subcontraenti senza essersi prima “garantito”, ossia “legato” alla committenza attraverso un *binding contract*, nella pratica accade spesso che si insista per l'inizio dei lavori prima ancora che tutti i contratti siano stati puntualmente posti in essere. Proprio da quest'ultima tendenza si originano, come si avrà modo di vedere, una serie di rilevanti problematiche.

In alcuni casi, poi, il perfezionamento del contratto è subordinato all'ottenimento di una specifica autorizzazione governativa oppure alla ricezione di un finanziamento o, più semplicemente, di un prestito da un istituto di credito. Ebbene, è quantomeno improbabile se non, addirittura, impossibile che si riesca ad ottenere l'autorizzazione o le risorse economiche necessarie se, intanto, il processo di formazione del contratto non sia stato ampiamente avviato.

Anche nei casi in cui la contrattazione coinvolga due sole parti, la realizzazione di operazioni economiche, tanto più se inerenti al commercio internazionale, può richiedere, come si è già avuto modo di evidenziare a più riprese, una tempistica piuttosto lunga che può tradursi in svariate settimane, se non mesi, di contatti, tentativi di mediazione e trattative.

Non di rado, in circostanze di tal fatta, i potenziali contraenti “spezzano” il lungo percorso compiuto, fissando i risultati conseguiti in singoli *steps* e non è affatto escluso che essi possano considerarsi vincolati alle intese raggiunte su determinati aspetti, ad un determinato *stage* della trattativa. Ciò che appare lineare in teoria, però, si rivela di difficile attuazione nella pratica ed, invero, non poche difficoltà incontra l'applicazione concreta di questo assunto, atteso che non è facile stabilire in che termini tale vincolatività debba essere intesa e fino a che punto essa si estenda.

Non va sottaciuto, poi, un altro fondamentale aspetto che tiene conto del differente approccio ai contratti adottato dai *businessman*, rispetto a quello proprio dei *lawyers*.

Mentre questi ultimi, infatti, restano ancorati ad una visione dello strumento negoziale quale insieme di obbligazioni, prestazioni e, soprattutto, rimedi esperibili in caso di violazione delle previsioni ivi contenute e gli riconoscono un ruolo preminente, anzi

indispensabile³⁵, ai fini dello svolgimento dei traffici internazionali, gli operatori economici tendono a considerare il contratto come uno (ma, di certo, non l'unico) dei possibili strumenti attraverso cui conseguire gli obiettivi prefissati.

In altri termini, se mediante il ricorso a differenti meccanismi è comunque possibile dar vita alle molteplici operazioni attraverso cui si snoda il ciclo economico³⁶, non vi è necessità – secondo la prospettiva di un uomo d'affari – di “ingabbiarsi” entro i rigidi schemi diritti-doveri connessi alle relazioni contrattuali. Oltretutto, va detto che all'interno del mondo dei traffici economici vige un codice deontologico che, sotto certi profili, può rivelarsi molto più vincolante di qualsiasi statuizione negozialmente fissata: l'esigenza di guadagnarsi (e di conservare) una solida reputazione in termini di affidabilità e serietà quale potenziale *partner* commerciale o possibile interlocutore sul mercato dovrebbe, di per sé, indurre un *businessman* a mantener fede agli impegni presi, a prescindere da se (e quali) possano essere le conseguenze legali negative connesse alla sua condotta.

Ed è con questo spirito che gli operatori economici fanno ricorso, spesso, alla pratica delle lettere di intenti, documenti talora del tutto inidonei a spiegare qualsivoglia, se pur minimo, effetto giuridicamente vincolante. Essi sono persuasi del fatto che, se non legalmente, la propria controparte si riterrà comunque obbligata ad onorare gli impegni assunti sotto un profilo di etica professionale³⁷.

Tale approccio marcatamente atecnico si riflette, del resto, sulle formulazioni impiegate nelle lettere d'intenti che, spesso, si presentano molto vaghe ed approssimative³⁸.

³⁵ In tal senso si veda A.FRIGNANI-M.TORSELLO, cit., 3 i quali, precisamente riconoscono che: «Il commercio internazionale, nella poliformità delle sue realizzazioni, di uno strumento non può mai fare a meno: il contratto». Sul punto, ed in prospettiva comparatistica, gli A. richiamano gli orientamenti sviluppati in tal senso da: J-M.JACQUET, *Le contrat international*, 2^a ed., Parigi, 1998, p.8; S.SANCHEZ LORENZO, *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, Pamplona, 2009, HERBORTZ (a cura di), *Contracts (International Encyclopedia of Laws)*, 7 voll., The Hague, dal 1994 (a fogli mobili).

³⁶ S.MACAULAY, in “*Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*” (1963), in *Am. Soc. Rev.* 28, 55-61 le individua, a titolo esemplificativo, in: «[...] *The acquisition of materials, the productions of finished goods, marketing and sales, finance and payments*».

³⁷ Così anche M.FURMSTON, cit., 20-21.

³⁸ Molti sono gli Autori che, proprio rimarcando tali caratteristiche, hanno collocato le lettere di intenti in una non meglio definita “zona grigia”, allorché ci si voglia cimentare in una qualche opera di classificazione, partendo proprio dal contenuto delle medesime. R.B.LAKE-U.DRAETTA, cit., 11 parlano di “*unclear gray zone*” richiamando, a loro volta M.LUTTER, *Der Letter of Intent*, Köln, 1982, 3, il quale individua una “*graue Zone des Ungeklärten*”.

Nella maggior parte dei casi, infatti, tali documenti non sono predisposti da “tecnici” del diritto e ciò lascia intendere come mai essi contengano spesso previsioni generiche se non proprio, in alcuni casi, oscure.

Si tenga presente, infatti, che i legali di proposito non vengono coinvolti dalle parti³⁹ nella stesura dei testi atteso che esse, in una fase assolutamente incipiente quale quella delle negoziazioni, preferiscono assecondare quanto più possibile le spontanee dinamiche di mercato e non “costringere” le possibili evoluzioni del dialogo tra operatori entro le rigide intelaiature di schemi contrattuali.

Durante la fase delle trattative, momento in cui le parti possono decidere di scambiarsi o sottoscrivere lettere di intenti, sembrerebbe di prioritario interesse discutere e fissare le rispettive prestazioni, piuttosto che preoccuparsi di stabilire quali possano essere i rimedi esperibili in caso di responsabilità legale.

È con questi propositi del resto che, piuttosto frequentemente, gli operatori del commercio hanno consapevolmente prediletto formulazioni ambigue e non eccessivamente dettagliate, in quanto ritenute più funzionali al perseguimento di finalità inesprese, differenti ed ulteriori rispetto a quelle palesate nelle intese poi effettivamente sottoscritte.

La sensazione, anzi, emersa dalla lettura di svariati testi di lettere di intenti rinvenibili nella prassi è che, non di rado, questi stessi “intenti” perseguiti dalle parti siano, tra di loro, assai divergenti. Ciascuna parte, cioè, sembra quasi esclusivamente intenzionata a “vincolare”⁴⁰ la controparte a non rimettere in discussione le concessioni fatte nel corso delle trattative, ma non a “sentirsi vincolata” e, anzi, a restare pienamente libera di riconsiderare, in qualsiasi momento e con qualunque esito, la propria posizione.

In sostanza, se in qualche ipotesi una lettera di intenti può dirsi “*binding*” ciò sembrerebbe valere, nella prospettiva di taluni operatori economici, soltanto per la propria controparte.

³⁹ Sul punto, R.B.LAKE-U.DRAETTA, *cit.*, p.11: «[...]In this respect the use of letters of intent provides a convenient excuse to leave lawyers out of the negotiating process, and letters of intent are sometimes used to separate the “commercial” terms of a negotiation from the purely “legal” terms (presumably the arcane “boilerplate” clauses found in the last few pages of a contract)».

⁴⁰ Così anche M.FURMSTON, *op.cit.*, p. 20, il quale rileva che «[...]In many instances businessmen wish to obtain the other party's acceptance before binding themselves to conclude the contract. They seek to achieve this by inserting a clause such as, “This offer is subject to formal approval by our Board of Directors” into the offer. Letters of intent can therefore seek to bind one party whilst leaving the other free. For example, some drafters of letters of intent do not allow the other party a right to negotiate in parallel with a third party but expressly reserve their own right to do so[...]».

4. Le tipologie di lettere di intenti di più frequente impiego nella prassi del commercio internazionale.

Nonostante le menzionate difficoltà connesse alla varietà delle possibili configurazioni che, nelle relazioni commerciali transnazionali, le cc.dd. “lettere di intenti” possono assumere, al *Working Group on International Contracts*⁴¹, guidato dal Prof. Marcel Fontaine, deve riconoscersi il grande merito di aver tentato un’opera di sostanziale razionalizzazione di una materia che, per lungo tempo, ha rappresentato un terreno del tutto inesplorato, sia da parte del formante legislativo che della speculazione scientifica.

Con riguardo al primo profilo, è agevole rilevare che ciascun sistema normativo (così come, del resto, gli strumenti di diritto internazionale uniforme) sia stato concepito avendo riguardo a modelli contrattuali particolarmente semplificati, in quanto impiegati per lo più nella vita quotidiana e, dunque, connotati da un celere processo di genesi.

Quanto, poi, agli sforzi compiuti dalla dottrina al fine di coniare nuove soluzioni e fattispecie sempre più rispondenti alle istanze emerse nella prassi, nonostante gli indubbi passi in avanti che hanno portato all’emanazione delle norme applicabili ai contratti conclusi a distanza, nonché all’elaborazione della teoria della *culpa in contrabando* e ad altre, nuove, categorie giuridiche, essa è rimasta a lungo sostanzialmente impreparata e non effettivamente in grado di “leggere” la fenomenologia che può connotare le negoziazioni più complesse.

Soltanto in tempi più recenti, le lettere di intenti (così come altri documenti progressivamente “comparsi” nella fase delle negoziazioni) sono state oggetto di maggiore attenzione ad opera dell’analisi giuridica delle negoziazioni precontrattuali ed, invero, alcune significative pronunce giurisprudenziali⁴² si sono spinte fino alla enunciazione di principi generali valevoli per l’intera materia.

⁴¹ Tale gruppo fu incaricato, per la prima volta, nel 1979 di elaborare principi dei contratti commerciali internazionali (PICC), da applicarsi ai contratti in generale. L’obiettivo era quello di dar vita a regole di *soft law* che consentissero di travalicare le barriere del diritto statale nel commercio internazionale, agevolandone lo sviluppo.

⁴² La casistica, invero, non risulta particolarmente nutrita ma, almeno in questa sede, non può prescindere dal riferimento anzitutto ai *leading cases SME* e *PENNZOIL*. Un’accurata disamina degli stessi, tesa alla ricostruzione delle problematiche più tipicamente giuridiche (talora, invero, oscure

L'operazione compiuta dal *Working Group* è stata, dunque, quella di esaminare una serie⁴³ di documenti redatti e sottoscritti in occasione di trattative negoziali, a diversi stadi di avanzamento delle stesse ma pur sempre tali da costituire parte della progressiva elaborazione del contratto finale.

L'intento è stato quello di selezionare, all'interno di questa complessa congerie, le fattispecie che potessero effettivamente essere ricondotte alla categoria in esame, a prescindere dalla caratterizzazione e denominazione loro impressa dalle parti interessate e, soprattutto, con tutte le difficoltà connesse all'intento di ricavare una qualificazione unitaria nelle ipotesi in cui si profilano molteplici, possibili, inquadramenti a seconda della legge nazionale che si intenda applicare⁴⁴.

All'esito di una tale operazione, sono emerse ben ventisei esemplificazioni di lettere di intenti, a loro volta riconducibili a tre ulteriori raggruppamenti, a seconda dei possibili effetti giuridici che possono discendere da tali documenti e, più specificamente, in base alla possibilità, o meno, che da essi si generi un vero e proprio vincolo contrattuale o che, in ogni caso, un qualche effetto legale possa pur sempre ravvisarsi.

Ai risultati conseguiti dal *Working Group* vanno, poi, ad aggiungersi ulteriori *cases* attinti alla prassi più recente.

4.1. L'ipotesi più comune: quando la lettera di intenti non dà vita ad un contratto.

Rispecchiano più fedelmente la natura propria delle cc.dd "lettere di intenti", quali meri strumenti di "iniziazione" di una relazione contrattuale vera e propria, foriera di un complesso di implicazioni vincolanti in capo alle parti interessate, le esemplificazioni

dalla ridondanza della abnormità delle condanne risarcitorie pronunciate dalle Corti, soprattutto nel caso "PENNZOIL"), può rinvenirsi in U.DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi PENNZOIL e SME*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, p.239 ss., ove si trovano riportati anche i testi originali delle "intese" in commento.

⁴³ Esattamente, si è trattato di esaminare e discutere più di cento lettere di intenti e documenti equipollenti.

⁴⁴ I principali sistemi normativi di riferimento per il *Working Group* sono stati, prevalentemente, quello francese e quello belga. In questa sede, però, si ha riguardo altresì agli ulteriori rilievi compiuti da Marcel Fontaine e Filip De Ly nell'opera *Drafting International Contracts – an analysis of contract clauses* – alla luce degli ordinamenti giuridici americano, olandese, tedesco, italiano e svizzero, nonché delle pertinenti disposizioni di *uniform law*.

collocate dal *Working Group* nel terzo gruppo: *letters without binding effect and clauses excluding liability (examples 14-19)*⁴⁵.

Si tratta di ipotesi accomunate, almeno in linea di principio, dall'inserimento di una apposita clausola o anche, più semplicemente, di un "passaggio" del testo, attraverso cui le parti manifestano espressamente la propria volontà di escludere l'insorgere di un qualsiasi vincolo contrattuale.

Nell'esempio 14, la formula adoperata è tanto stringata quanto efficace. Nel dare conferma, per iscritto, dei termini di un accordo già in parte discussi telefonicamente, l'agente di un potenziale acquirente di un immobile ne delimita la portata mediante il ricorso alla formula "*subject to contract*"⁴⁶ che, nel diritto inglese, viene solitamente impiegata proprio per porre al di fuori del "giuridicamente vincolante" l'accordo stipulato.

In altri casi⁴⁷, invece, le parti chiariscono apertamente che le intese raggiunte si collocano pur sempre in uno stadio di trattative e che, pertanto, molti aspetti del futuro accordo sono ancora tutti da definire.

Altre volte, poi, l'intenzione di non sentirsi vincolati passa attraverso l'espressa esclusione di una qualunque forma di responsabilità conseguente al mancato raggiungimento dell'accordo definitivo, che induca le parti stesse a sentirsi completamente libere da qualsiasi obbligazione.

Nell'esempio 16, dopo aver precisato che nessun accordo può ancora considerarsi sorto, il testo si spinge sino a chiarire l'effetto pienamente liberatorio di un eventuale fallimento delle trattative⁴⁸: «[...] *In case no agreement is reached on all terms and no contract is signed before ... we reserve the right to cancel this award, without any right for indemnification from your parts.*

⁴⁵ Tale classificazione è scrupolosamente riproposta da M.FONTAINE-F.DE LY, *Drafting International Contracts – an analysis of contract clauses* – Ardley, New York, 2006, p. 20 ss.

⁴⁶ La formulazione completa era la seguente: "*The freehold of the entire property is to be purchased at a price of £125,000, subject to contract*". Si veda, per un più ampio commento, M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, 20 ss.

⁴⁷ L'esempio 15 costituisce una valida riprova di tale tendenza: «*We shall of course need to discuss the details of all these documents...; but if our proposal seems to you to be a starting point for negotiations, we should be glad if you would return to us the enclosed copy of this letter with your signature, which should be preceded by the remark, "valid as a letter of intent only, without being contractual"*». In realtà il testo originale è in francese ed è sottoposto alla legge transalpina, per cui nel commento redatto dal *Working Group* si sottolinea proprio come mediante una dizione di tal fatta si cerchi di conseguire lo stesso risultato connesso all'impiego della formula "*subject to contract*", senz'altro congeniale all'ordinamento inglese.

⁴⁸ Resta inteso che una clausola di tal fatta non possa trovare applicazione e, dunque, non valga a tenere indenne dal dovere di risarcire il danno provocato alla controparte, nel caso in cui il potenziale contraente interrompa le trattative in corso in maniera fraudolenta.

L'acquisizione di una partecipazione societaria di maggioranza appare ancora tutta da decidersi nell'esempio 17, in quanto sostanzialmente subordinata ad una complessa serie di considerazioni ulteriori ma, ad ogni buon conto, le parti reputano opportuno sancire preventivamente la loro reciproca libertà da qualsiasi forma di obbligazione qualora l'affare non dovesse volgere a buon fine: «[...]It is clearly understood that so far as concerns our company, no decision has been taken about this acquisition, any such decision being subject to various considerations about the prospects... It is further understood that in the event that we should not proceed with these proposals ... we would be free of any obligations to you ...»⁴⁹.

Se, poi, a sottoscrivere un documento precontrattuale per conto di una società provvede un soggetto sprovvisto dei poteri necessari a farle assumere impegni negoziali, l'assenza della necessaria "autorità" in capo al sottoscrivente, fattore esimente di qualsiasi forma di responsabilità o di vincolo per la persona giuridica, viene rimarcata dalla dichiarazione di voler sottoporre i termini della questione, sì come approntati, all'approvazione definitiva dell'organo societario a ciò appositamente preposto⁵⁰.

Non dovrebbe dare adito ad alcun dubbio, almeno in linea teorica, l'ipotesi in cui le trattative siano condotte in maniera consapevolmente fittizia da tutte le parti coinvolte purché, ovviamente, tale reale intenzione sia manifestata nella maniera più chiara ed esplicita possibile⁵¹.

⁴⁹ In maniera molto efficace, il commento elaborato dal *Working Group* per l'ipotesi qui presa in esame rileva che: «*This letter brings together the two methods that appeared above limiting the legal effect of a pre-contractual document: a statement of absence of all and any obligation is reinforced by a clause excluding liability. This clause is not superfluous since the exclusion of any contractual commitment does not prevent an action for tort damages in the event of an improper breach. One should remember, as well, that the clause excluding liability does not permit evading the consequences of fraudulent conduct [...]*». *Amplius*, si veda M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, p.22-23.

⁵⁰ Nell'esempio 19 (*Absence of Authority*) si rinviene la formula "*Subject to the approval of the Board of Directors of Company A*".

⁵¹ La disamina completa del "terzo gruppo" si conclude con la considerazione dell'esempio numero 18, il quale si riferisce al caso in cui il progetto di concludere un affare alquanto complesso venga improvvisamente abbandonato da entrambe le parti (giunte, peraltro, ad uno stadio anche abbastanza avanzato delle trattative), essendo insorta una serie di problematiche apparentemente di difficile soluzione. La singolarità dell'iniziativa degli interessati risiede, per l'appunto, nel proposito di far proseguire ugualmente le trattative, non come adempimento propedeutico alla stipulazione del contratto definitivo ma, piuttosto, come mero "*exercise in method*", "*business game*".

A ben guardare, una volontà chiaramente manifestata in tal senso desta pur sempre qualche perplessità e, soprattutto, lascia inevaso un interrogativo di fondo, concernente il reale valore da riconoscere ai risultati comunque conseguiti nel corso del protratto dialogo. Detto altrimenti, potranno questi ultimi essere poi impiegati per la stipulazione di un contratto definitivo con terzi? O, comunque, anche qualora le parti stesse dovessero proseguire l'originario progetto di affari, sarebbero (ed, eventualmente, in quale misura) vincolate ai risultati conseguiti durante le negoziazioni fittizie?

Ad ogni buon conto e ferma restando la validità delle considerazioni compiute dal *Working Group* in merito alle menzionate esemplificazioni, la casistica più recente induce a prediligere un atteggiamento di tendenziale prudenza rispetto alle fattispecie in esame, poco incline alle generalizzazioni e agli assiomi onnicomprensivi e, piuttosto, saldamente ancorato ad un'attenta valutazione di tutte le circostanze contingenti che possono connotare la singola ipotesi.

Fondamentale, anzi, nell'indagare la reale portata vincolante degli intenti reciprocamente manifestati dalle parti si rivela l'analisi, quanto più obiettiva possibile, delle parole impiegate, mai disgiunta dalla considerazione del contesto in cui vanno ad inserirsi.

Particolarmente esemplificativa in tal senso, tanto da essere considerato uno dei principali *leading cases* in *English Law* in tema di *letters of intent*, è la vicenda *British Steel Corp [BSC] v. Cleveland Bridge Engineering Co. [CBE]*

La vicenda inerisce alla fornitura, ad opera della BSC, di una certa quantità di *cast-steel nodes* per la realizzazione di un progetto in Arabia Saudita.

Tra le parti, nel corso di lunghe trattative, era intervenuto lo scambio di una lettera di intenti, attraverso cui si richiedeva alla BSC di avviare immediatamente la produzione e la fornitura dei *nodes*, salvo poi provvedere successivamente alla sottoscrizione di un *sub-contract* i cui termini principali erano ancora in piena fase di negoziazione. Restavano, infatti, ancora da definire quantomeno il prezzo da pagare, i tempi di consegna e le condizioni applicabili e sarebbe stato impossibile stabilire, con un qualsiasi grado di certezza, quali sarebbero stati i termini materiali del futuro contratto.

Il documento in questione presentava, in un certo passaggio, la seguente dizione: «[...] *The form of sub-contract to be entered into will be our standard form of sub-contract for use in conjunction with the ICE General Conditions of contract, a copy of which is enclosed for your consideration ... We understand that you are already in possession of a complete set of our node details drawings and we request that you proceed immediately with the works pending the preparation and issuing to you of the official form of sub-contract.*».

Anche quando venne, poi, raggiunto un accordo tra le parti in punto di prezzo da corrispondere, restavano ancora non definite esattamente le modalità dei pagamenti di seguito realizzati e, soprattutto, nulla mai si era convenuto in tema di responsabilità per eventuali ritardi nella consegna degli “elementi” commissionati alla BSC.

Ad un certo punto, però, la committente CBE reclamò la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento per i danni derivati dalla asserita “ritardata” consegna dei *nodes*, facendo leva anzitutto sulla “avviata” esecuzione delle prestazioni e, soprattutto, sulla possibilità di rinvenire, nella copiosa documentazione oggetto di scambio tra le parti, ivi inclusa la lettera di intenti, gli elementi costitutivi di un contratto vincolante.

Rilevando, nel caso specifico, l’assoluta mancanza di un qualsiasi vincolo contrattuale in capo alla BSC proprio per il fatto che le prestazioni erano state realizzate ancora in piena fase di trattative, *Robert Goff J* colse l’occasione per enucleare una considerazione generale in tema di effetti delle lettere di intenti: “*There can be no hard and fast answer to the question whether a letter of intent will give rise to a binding agreement: everything must depend on the circumstances of the particular case*” e la considerazione, appunto, di tali contingenti circostanze lo indusse a rigettare, senza alcuna titubanza, l’assunto proposto dalla CBE che voleva la BSC vincolata contrattualmente e responsabile dei danni arrecati per un ritardo nella consegna⁵².

Altra, più recente, casistica ha offerto l’occasione di verificare la piena validità del metodo di valutazione fondato sulla considerazione del comportamento concretamente adottato dalle parti in aggiunta e, talora anche a dispetto, di ciò che esse apertamente dichiarano.

Nel caso *RTS Flexible Systems Ltd v Mookerei Alois Muller GMBH & Co KG*⁵³, i giudici della *Supreme Court*, facendo leva sul comportamento concretamente adottato dalle parti, ebbero modo di verificare la discordanza delle loro reali intenzioni rispetto a quanto dichiarato in una lettera di intenti e di rintracciare, anzi, proprio nella condotta concludente⁵⁴ il proposito delle medesime di sentirsi contrattualmente vincolate.

⁵² Pur condividendo, in sostanza, l’impianto argomentativo appena descritto, non è mancato chi ha manifestato qualche perplessità in ordine alla assoluta impossibilità, nell’ipotesi specifica, di ravvisare un qualche contratto. Particolarmente interessante è la riflessione condotta da M.FURMSTON, *op.cit.*, p. 24: «*Let us change the facts a little. Suppose that after the nodes had been delivered and incorporated in the building, one of them proved defective and the building collapsed. The owner of the building would certainly have had a claim against the builder, who would have had a claim against Cleveland Bridge. It is very hard to believe that on such facts Cleveland Bridge would not have an action against British Steel. There is a conceivable action in tort but this would require proof of negligence. The essence of any claim is that the nodes were not as they had been agreed to be. This is in its nature a contract claim.*»

⁵³ [2009] EWCA Civ 26; (2009) 123 Con LR 130.

⁵⁴ Nel caso specifico, si era trattato di iniziare e, soprattutto, di proseguire nell’esecuzione delle prestazioni pur senza aver mai sottoscritto un alcun contratto.

È chiaro, infatti, che in fase di trattativa si possa stabilire che non c'è alcun contratto fino a quando non si sia provveduto a sottoscrivere un documento, ma è altrettanto possibile (ed è quanto puntualmente accaduto nel caso di specie) che, avviando anzitempo l'esecuzione delle prestazioni e proseguendo lungamente in esse, le parti finiscano col ritrovarsi sostanzialmente implicate in un rapporto in tutto e per tutto vincolante.

Ecco l'interpretazione offerta dal giudice dello scambio di e-mail intervenuto tra i soci di una società⁵⁵, orientata nel senso di ravvisare in esso un vero e proprio contratto: «*Where parties are proceeding in anticipation of execution of a formal document then the normal inference will be that the parties will not be bound unless and until both of them sign the document. However, that inference will change if the facts change so that it can be objectively ascertained, on a balance of probabilities, that the continuing intention of the parties is, now, to be contractually bound immediately and not following execution of the document*».

4.2. Quando dietro la lettera di intenti si cela un vero e proprio contratto: oltre il caso *Pennzoil v Texaco*.

Come sin qui anticipato, le ipotesi in cui le parti si rivolgono reciprocamente manifestazioni di intenti senza rendersi conto che, in sostanza, tra di esse è già intervenuto un vero e proprio *agreement*, dal quale scaturiscono reciproci impegni vincolanti, sono alquanto numerose.

Un'efficace esemplificazione di tale diffusa tendenza non può prescindere da un richiamo a quello che, senz'altro, può dirsi uno dei principali *leading cases* in tema di lettere di intenti, ovvero sia la vicenda *Pennzoil vs Texaco*, che ha offerto lo spunto per affrontare molteplici profili problematici, non ultimo quello della efficacia vincolante o meno di tali particolari fattispecie.

La vicenda si caratterizza per la particolare brevità dell'arco di tempo in cui si sono svolti i fatti. In una sola settimana, la prima dell'anno 1984, tre grosse società petrolifere statunitensi, la *Pennzoil*, la *Getty* e la *Texaco*, si trovarono coinvolte in una intricata operazione economica.

⁵⁵ Si tratta del caso *Grant v Bragg* [2009] EWHC 74 (Ch) (*decision reserved on other grounds*: [2009] EWCA Civ 1228; [2009]1 All ER (Comm) 674).

Al centro delle numerose discussioni, affrontate in sede giudiziaria come anche dottrinale, si colloca un *Memorandum of Agreement*, alla cui redazione le prime due società addivennero in data 2 gennaio 1984, all'esito di una serie di incontri al tavolo delle trattative.

All'origine dei fatti, vi era stato il lancio – il 28 dicembre 1983 - di un'o.p.a. (cento dollari ad azione) da parte della *Pennzoil* sulle azioni della *Getty*, nel chiaro proposito di acquisirne il controllo.

Da subito, i due principali azionisti⁵⁶ della *Getty* si erano mobilitati, invitando la *Pennzoil* a ricercare soluzioni concordate, in base alle quali le sarebbe stato comunque garantito l'ingresso nella società, ma soltanto a fronte del ritiro dell'o.p.a. lanciata.

Nel *Memorandum* tali intenti furono esplicitati e, tra le altre cose, venne stabilito il prezzo di acquisto delle partecipazioni degli azionisti di minoranza ad opera della *Pennzoil*. Le parti, inoltre, si impegnarono a predisporre in *good faith*, entro il 1984, un piano di ristrutturazione della *Getty* che risultasse compatibile con la nuova gestione⁵⁷.

Diversi sono, invero, gli elementi contenuti in tale documentazione che, di per sé, inducono a negare, per esse, il valore di pattuizioni definitive. Anzitutto, lo stesso preambolo definiva il contenuto del documento come un mero *Plan*; di poi, ognuno dei paragrafi, faceva precedere l'enunciazione degli obblighi assunti dalle parti con la seguente dicitura: «*Subject to the approval of the Plan by the Board of Directors of the Company [Getty] as provided in paragraph 6 hereof ...*».

Addirittura, nel paragrafo 6 era contenuta un'ulteriore precisazione temporale: «*This Plan is subject to approval by the Board of Directors of the Company [Getty] at the meeting of the Board being held on January 2, 1984 and will expire if not approved by the Board*»⁵⁸.

Ad ogni buon conto, i successivi accadimenti rispettarono a grandi linee l'evolversi degli eventi, sì come era stato pianificato dalle parti; quantomeno, il Consiglio di amministrazione della *Getty*, dopo aver superato alcune iniziali reticenze, approvò il *Memorandum of agreement* e, a tale approvazione, fece seguito un comunicato stampa, emesso

⁵⁶ Si trattava di *Gordon P. Getty*, rappresentante fiduciario del *Sarah C. Getty Trust*, detentore del 40.2% delle azioni della *Getty* ed il *J.Paul Getty Museum*, fondazione detentrica dell'11.8% di tali azioni.

⁵⁷ Si decise che al termine di una complessa operazione azionaria *Pennzoil* e *Sarah C. Getty Trust*, rappresentata da *Gordon P. Getty*, sarebbero rimasti gli unici azionisti della *Getty*, con un pacchetto azionario rispettivamente pari 43% e 57%.

⁵⁸ Per una lettura approfondita del testo originale della documentazione in esame, si veda M.FURMSTON, *op.cit.*, p. 28-31.

congiuntamente dalle parti, con il quale oltre a definire l'accordo raggiunto un «*agreement in principle*», esse subordinavano il completamento dell'intera operazione azionaria economica alla firma di un accordo definitivo. La *Pennzoil*, peraltro, nella medesima circostanza tenne a precisare che soltanto «*upon execution of a definitive merger agreement*» avrebbe ritirato l'o.p.a. lanciata il 28 dicembre 1983.

Chiave di volta della questione che, di lì a poco, sarebbe stata sottoposta all'attenzione delle Corti, è proprio l'esatta determinazione della “portata” di questo contratto definitivo, alla cui stesura invero i legali delle parti si misero a lavorare all'indomani dell'assenso del Consiglio di Amministrazione della *Getty*.

In altri termini parve, da subito, importante accertare se tale contratto costituisse soltanto la “nuova veste” di un accordo già esistente e, dunque, già vincolante oppure se, residuando ancora alcuni *material terms* da concordare, tutti gli obblighi giuridici sarebbero nati per le parti solo all'esito della sottoscrizione del testo contrattuale definitivo⁵⁹.

Ad ogni buon conto, la vicenda subì ulteriori decisivi sviluppi allorché dal 5 gennaio dello stesso anno gli azionisti della *Getty* decisero di avviare segretamente una trattativa concorrente con la società *Texaco* e, all'esito della stessa, concordarono di cedere a quest'ultima le proprie azioni ad un prezzo superiore⁶⁰ rispetto a quello precedentemente pattuito con la *Pennzoil*.

Immediata giunse la reazione di quest'ultima, che vide improvvisamente sfumare una consistente operazione finanziaria, giunta peraltro ad uno stadio di quasi completa realizzazione.

Singolare fu, a quel punto, la scelta compiuta dalla *Pennzoil*: anziché agire direttamente contro la società sua diretta interlocutrice nell'affare sfumato, preferì chiedere la condanna della *Texaco* per “*intentional interference with contractual relations*”. Con una tale condotta –

⁵⁹ Chiarisce efficacemente i termini della questione U.DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e SME*, in *Dir. del comm. int.*, 1987, p.245: «A favore della prima alternativa militava il testo del *Memorandum of Agreement*, che – complessivamente considerato – sembrava essere sufficientemente dettagliato e sottoposto al solo condizionamento dell'approvazione da parte del Consiglio di Amministrazione della *Getty*, successivamente intervenuta.

A favore della seconda alternativa militava il testo del comunicato stampa, specie nella parte in cui l'impegno di *Pennzoil* di ritirare la propria offerta pubblica di acquisto del 28 dicembre 1983 era condizionato alla firma di un contratto definitivo. [...]».

⁶⁰ Le parti concordarono il pagamento di 128 dollari per ogni singola azione.

sostenne la società attrice – quest’ultima aveva infatti indotto la *Getty* ad un vero e proprio *breach of contract*.

Si trattava, evidentemente, di un’azione *in tort* per responsabilità aquiliana ma presupponeva l’accertamento dell’esistenza di un valido impegno di natura contrattuale tra gli azionisti della *Getty* e la *Pennzoil*.

Va detto che la vicenda balzò immediatamente agli onori della cronaca per l’enormità del risarcimento cui fu condannata la *Texaco*, sia in primo grado che in appello⁶¹ e ciò, in parte, distolse l’attenzione dalla rilevanza dei profili problematici emersi in relazione al tema delle lettere di intenti. La stessa decisione adottata dai giudici in ordine alla vincolatività o meno del *Memorandum of Agreement* fu concepita come strettamente funzionale all’accertamento del suddetto illecito aquiliano⁶².

La sentenza di appello⁶³, confermando la posizione espressa dai giudici di primo grado nel riconoscere l’esistenza di un valido accordo perfettamente vincolante tra *Pennzoil* e *Getty*, precisò ulteriormente che il condizionamento ad un accordo definitivo, incluso nel comunicato stampa del 4 gennaio 1984, «[...] *did not so clearly express the intent of the parties to be bound to conclusively resolve that issue, as Texaco asserts*». All’interno del *Memorandum of Agreement* era possibile, ad avviso dei giudici di appello, rinvenire tutti gli *essentialia negotii*: dalla mera analisi oggettiva dei “*terms*” contenuti nel documento stesso, interpretati sempre

⁶¹ La sentenza di primo grado condannò la *Texaco* a pagare alla *Pennzoil* sette miliardi di dollari come risarcimento danni, oltre a tre miliardi di dollari a titolo di *punitive damages*. La corte d’appello texana, due anni dopo (1987) confermò la condanna della *Texaco* limitandosi, quanto ai danni, a ridurre i *punitive damages* da tre miliardi ad un miliardo di dollari.

⁶² Va da sé che la stessa scelta della *Pennzoil* di porre in essere un’azione *in tort law* ha automaticamente precluso la possibilità che la questione discussa dai giudici venisse formulata (come invece sarebbe stato interessante) in termini di buona fede precontrattuale e, magari, conducesse ad una pronuncia più vicina al tema della *culpa in contrahendo*, quale fattispecie astratta cui ricondurre la condotta posta in essere dagli azionisti della *Getty*.

⁶³ Per una completa e dettagliata disamina della vicenda *Pennzoil-Texaco*, si veda R.B.LAKE-U.DRAETTA, *cit.*, pp. 143 ss., in cui sono sapientemente ricostruiti i passaggi essenziali attraverso cui la Corte giunse a confermare la sentenza di condanna della *Texaco*, ravvisando *in toto* gli elementi identificativi di un chiaro impegno ad assumere impegni giuridicamente vincolanti. In realtà «[...] *The opinion discussed virtually all of the theories that American courts have used to validate or invalidate letters of intent as final agreements – completeness, partial performance, the language of the letter of intent, the words “subject to”, the captioning of a preliminary agreement, negation of contractual intention, and magnitude of the transaction*». La valutazione del caso, compiuta dalla Corte, si articola attraverso la considerazione dei quattro “fattori” individuati dalla giurisprudenza come i sintomi inequivocabili, dai quali desumere la reale intenzione delle parti, ovverosia: «1. *Whether the parties expressly reserve the right to be bound only when a written agreement was signed. [...] 2. Whether there was partial performance by one party that the party disclaiming the contract accepted. [...] 3. Whether was agreement on all essential terms. [...] 4. What was the size and complexity of the transaction. [...]*».

congiuntamente a tutte le circostanze del caso concreto, emergeva, chiara ed inequivocabile, l'*intention to be bound* delle parti stesse. La tesi, pur prospettata dalla *Texaco*⁶⁴, secondo cui alla luce degli usi del mercato azionario e della prassi di *Wall Street*, appariva poco credibile che la dizione “*agreement in principle*” fosse atta ad esprimere un serio proposito di impegnarsi contrattualmente, non trovò ingresso alcuno e, soprattutto, non riuscì a superare l’opinione dei giudici, secondo la quale, invece, il documento in esame era munito di un sufficiente grado di determinatezza da impegnare immediatamente i suoi sottoscrittori, non appena ottenuta l’approvazione del Consiglio di amministrazione della *Getty*.

Ad onta del pur menzionato contratto definitivo, alla cui sottoscrizione si sarebbe dovuto procedere una volta ottenuta l’approvazione del Consiglio di Amministrazione della *Getty*, i giudici non attribuirono a tale adempimento la portata di *condicio juris* per il prodursi degli effetti giuridici vincolanti, ma fecero “arretrare” il sorgere di un tale rapporto contrattuale allo scambio di documentazione (ivi incluso il *Memorandum*) intervenuto tra le parti, che solo apparentemente si presentava come mera manifestazione di intenti, scevra da qualunque proposito negoziale.

Anche nella giurisprudenza di *English common law* è dato rinvenire alcune significative esemplificazioni di casi in cui, ad onta della specifica previsione, ad opera delle parti, di un apposito contratto formale ancora da sottoscrivere, esse abbiano in sostanza (talora anche

⁶⁴ Particolarmente interessanti si presentano, poi, le argomentazioni difensive articolate dall’*Attorney General* dello Stato di *New York* nella memoria presentata in appello.

In esse si afferma, innanzitutto, la presunta erronea interpretazione, in primo grado, delle leggi dello stato di *New York*.

U.DRAETTA, *op. cit.*, a p.247 ne sintetizza efficacemente il contenuto in un passaggio:«[...]In particolare, se le norme sulla formazione dei contratti fossero state accuratamente prospettate ai giurati, questi avrebbero potuto decidere ... per l’inesistenza di un valido vincolo contrattuale tra *Pennzoil* e gli azionisti della *Getty*, soprattutto sulla base del peso che tali norme attribuiscono in materia agli usi; tali usi – in tema di compravendite di pacchetti azionari – sarebbero nel senso dell’imprescindibilità di un accordo finale dettagliato [...]».

Alla giuria di primo grado, l’*Attorney* mosse, altresì, la critica di aver dato per presupposto e, dunque, per scontato un dato che, al contrario, essa avrebbe dovuto accertare: la circostanza che il *Memorial of Agreement* contenesse tutti i *material terms* della trattativa.

In ultimo, il procuratore generale sostenne che, anche qualora, fosse effettivamente esistito un accordo vincolante tra le parti, la *Texaco* non avrebbe potuto/dovuto esserne a conoscenza ed, in ogni caso, era nel pieno diritto degli azionisti della *Getty* prediligere, coerentemente con le regole del libero mercato, un acquirente disposto a pagare le singole azioni ad un prezzo più elevato, rispetto a quello pattuito originariamente con la *Pennzoil*.

senza esserne effettivamente consapevoli⁶⁵) già raggiunto un vero e proprio accordo, in tutto e per tutto vincolante.

È del 1985 il caso *Damon Cia SA v Hapag-Lloyd International SA, The Blankerstein*⁶⁶.

Al fine di procedere alla vendita di tre navi, la società venditrice aveva concordato già con il *broker* (e senza, dunque, ancora conoscere l'identità del reale acquirente!) i termini essenziali dell'affare, ivi incluso il prezzo complessivo da pagare e la percentuale di deposito. La società venditrice trasfuse, dunque, in un *Memorandum of agreement* i suddetti "terms", inclusa la statuizione secondo cui il deposito sarebbe stato pagato all'atto della firma del contratto. Allorché una società panamense si palesò quale diretta interessata all'acquisto quest'ultima, a dimostrazione delle proprie serie intenzioni, richiese alla società venditrice di predisporre un nuovo *Memorandum of agreement* sulla base di quello originario.

Il nuovo accordo non fu mai sottoscritto, né tantomeno predisposto ma, di lì a poco, la società venditrice pretese la firma del contratto originario e, soprattutto, il deposito pattuito, pena la rescissione del contratto. Di fronte alla mancanza di alcuna reazione da parte della società acquirente, la compagnia venditrice reclamò il proprio diritto alla somma pattuita a titolo di deposito, sul presupposto della avvenuta rescissione ad iniziativa degli acquirenti.

Investita della questione cruciale in ordine all'esistenza, o meno, di un contratto tra le parti, la Corte di Appello, rilevò che i termini essenziali dell'affare erano stati già definiti

⁶⁵ Soprattutto nelle ipotesi in cui le negoziazioni sono condotte esclusivamente da "non giuristi", è facile che essi possano incorrere nell'equivoco per cui, fino a quando non si sia provveduto alla completa redazione e sottoscrizione di un documento formale, il contratto non possa dirsi concluso e, come tale, effettivamente in grado di produrre conseguenze vincolanti in capo alle parti.

Accade così, dunque, che molti dei documenti denominati "lettere di intenti" celino, in realtà, veri e propri accordi con cui le parti hanno già determinato, in maniera definitiva, l'assetto preciso dei loro rapporti in ordine al compimento di una determinata operazione economica. Esse sono, cioè, già legate da un vero e proprio contratto. A questo fine, ovviamente, è necessario che le trattative siano state condotte da soggetti muniti dei necessari poteri di rappresentanza, sì da poter validamente esprimere la volontà di vincolarsi.

⁶⁶ [1985] 1 All ER 475. Si veda, inoltre, il case *AC Controls v British Broadcasting Corp*, (2002) 89 Con LR 52.

Alle ipotesi menzionate nel testo, come nella presente nota, si aggiungano (come, peraltro, emerso anche dagli studi compiuti dal Gruppo di lavoro) i casi di documenti riepilogativi dei vari elementi di un accordo raggiunto durante le trattative, la cui piena efficacia viene subordinata al rilascio di un'apposita autorizzazione ad opera delle autorità competenti. Trattasi, evidentemente, di fattispecie contrattuali la cui efficacia sia sottoposta a condizione sospensiva, ancorché contrassegnate da una denominazione fuorviante quale quella di "lettere di intenti". Si veda, in proposito, M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, pp. 11-12.

prima ancora che venisse inviato il primo *memorandum* e che mai, in nessuna occasione, le parti avevano subordinato l'efficacia dell'accordo alla esecuzione del *memorandum*; di conseguenza, il fatto che quest'ultimo non fosse mai stato firmato non poteva, in alcun modo, considerarsi preclusivo dell'insorgere di un rapporto vincolante.

A suffragio di tale orientamento, i giudici richiamarono poi anche la prassi del commercio navale che mai avrebbe negato all'accordo inizialmente intervenuto tra le parti la forza vincolante di un vero e proprio contratto, pur senza che si fosse mai proceduto alla sottoscrizione di alcun *memorandum*.

4.3. Ipotesi in cui da una lettera di intenti scaturiscano alcuni effetti legali. Le “*letters of comfort*”: una tipologia a se stante.

Procedendo nella descrizione, ancorché non esaustiva, della casistica più rappresentativa della tipologia di documentazione in esame, non si può prescindere dalla considerazione delle ipotesi in cui, ancorché le parti non addivengano mai alla sottoscrizione del contratto finale, attraverso lo scambio di una o più lettere di intenti esse finiscono, ciò nondimeno, con il regolare in maniera vincolante alcuni rapporti, accordandosi sulle reciproche prestazioni.

In *Emcor Drake & Scull v Sir Robert McAlpine*⁶⁷ vi è una prima lettera di intenti contenente l'invito, che l'una parte rivolgeva all'altra, a dare inizio allo svolgimento di una determinata prestazione, a fronte della “promessa” di pagare un determinato compenso. La ricevente avrebbe dovuto, secondo le previsioni ivi contenute, provvedere a sottoscrivere la lettera stessa; di fatto, tale sottoscrizione non fu mai compiuta. Nonostante ciò, la parte che ne era stata richiesta diede effettivamente inizio ai lavori e, di lì in poi, lo scambio di ulteriori lettere scandì la prosecuzione delle opere intraprese, nonché la fissazione di compensi anche diversi ed ulteriori rispetto a quelli originariamente pattuiti.

È evidente, dunque, che in tale vicenda, nonostante le negoziazioni non abbiano dato il prevedibile ed auspicato esito rappresentato dalla stipulazione di un contratto relativo all'intero affare, esse risultino “costellate” da tutta una serie di singoli contratti, in ciascuno dei quali il lavoro da svolgere si presentava scrupolosamente definito ed un certo prezzo

⁶⁷ [2004]EWCA Civ 1733.

costituiva il corrispettivo concordato per la realizzazione dello stesso; un contenuto sufficiente, insomma, per far sorgere obblighi in capo ad ambo le parti.

In altri casi, le lettere di intenti sono impiegate dalle parti, impegnate in complesse e durature trattative, per assumere reciprocamente obblighi rispetto ad alcuni limitati aspetti, relativi proprio allo svolgimento della fase di negoziazione.

A tali ipotesi si riferisce, invero, nella “classificazione” realizzata dal *Working Group*, il “quarto gruppo” (20-26)⁶⁸ di esempi di lettere di intenti.

Nell'esempio 20 viene richiamata la c.d. “*exclusivity*”⁶⁹ (peraltro già sopra menzionata parlando di fattispecie negoziali che possono presentarsi nella fase precontrattuale): trattasi dell'impegno, unilateralmente o bilateralmente assunto, di non avviare trattative con altri possibili interlocutori per tutta la durata delle negoziazioni già in corso tra le parti.

L'esempio 21, invece, fa menzione dell'ipotesi in cui le parti intendano “mettere al sicuro” le informazioni scambiate durante le trattative, assumendo reciprocamente l'impegno di non divulgarle, soprattutto in caso di interruzione delle medesime prima di giungere alla stipulazione di un vero e proprio contratto.

Un altro possibile contenuto delle lettere di intenti attiene alla scansione dei tempi di durata e, soprattutto, di conclusione della fase negoziale, i cui risultati dovrebbero trovare espressione nella stesura del contratto definitivo che le parti si accingono a sottoscrivere. All'uopo, può essere prevista nella lettera di intenti una clausola recante la seguente dizione: «*Considering the urgency of this project ... the contract will be signed as soon as possible after the initial discussions, and every effort will be made to make this possible within 30 days of the beginning of the initial discussions*» (esempi 22-23)⁷⁰.

Anche la ripartizione dei costi relativi al processo di negoziazione può essere fatta oggetto di un'apposita previsione negoziale che, in circostanze particolari, deroghi alla regola generale, secondo cui ciascuna parte si fa carico delle spese necessarie allo svolgimento delle trattative.

⁶⁸ All'uopo, si veda M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, p. 24 ss.

⁶⁹ Questa, l'esatta formulazione del documento esaminato dal *Working Group*: «[...] nous prenons conjointement et solidairement l'engagement irrévocable vis-à-vis de votre group de ne procéder à aucune négociation quelle qu'elle soit ni de vendre à un acheteur éventuel tout ou partie des titres des sociétés ou marques énumérées ci-dessus, et ce jusqu'au [...]»

⁷⁰ M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, p. 26.

Ciò avviene, ad esempio, allorché la discussione delle condizioni contrattuali debba essere necessariamente preceduta da uno studio di fattibilità dell'intero progetto avuto di mira dagli interessati e, pertanto, le parti si accordano sui termini esatti di tali accertamenti preventivi, affidando ad una di esse il compito di realizzarli e includendo nelle loro previsioni negoziali un'apposita clausola inerente i costi da affrontare; preferibilmente tale clausola dovrebbe specificamente individuare le spese da prendere in considerazione, o prevedere il rimborso delle spese su cui le parti si siano accordate o, altresì, stabilire dei parametri in base ai quali valutare se, e quando, un esborso possa considerarsi ragionevole.

Accordi vincolanti di questo tipo dovrebbero scongiurare un rischio ben preciso, ossia quello che una parte anticipi le spese relative allo studio di fattibilità dell'operazione da compiere e che poi, improvvisamente, le trattative si interrompano. È evidente che solo una clausola espressa, previamente sottoscritta da entrambe le parti, possa garantire l'indennità dalle conseguenze pregiudizievoli di un esito negativo della negoziazione.

Si è visto, dunque, che una delle caratteristiche principali delle lettere di intenti è la vaghezza, molto spesso “voluta”, della dizione impiegata dai redattori, la quale contribuisce senz'altro ad accrescere le difficoltà, ampiamente descritte, di accertare se e quali siano gli effetti legali che da esse possono scaturire.

Analoghe problematiche, invero, sorgono anche con riguardo ad altre tipologie di documenti e ciò accade proprio a causa della formulazione per essi adoperata, che spesso non si presta ad indicare, in maniera univoca, se le parti abbiano inteso, o meno, assumere impegni vincolanti.

La considerazione di questo (solo!) aspetto comune ha indotto, in alcuni casi, ad operare indebite sovrapposizioni di fattispecie tra di loro completamente distinte, sia per contenuti che per funzioni.

È quanto accaduto con riferimento alle cc.dd. “*letters of confort*” o “lettere di *patronage*” che, talora, sono state indebitamente ricondotte alla categoria delle lettere di intenti, nonostante le prime costituiscano una fattispecie ontologicamente distinta che, solo occasionalmente, può inerire alla fase delle negoziazioni, ancorché nel limitato senso di agevolarne lo svolgimento.

Più specificamente, esse consistono in documenti con i quali un soggetto (di solito una società controllante) “garantisce” l'affidabilità e la solvibilità di un altro soggetto (il più

delle volte, la sua controllata), a beneficio di una parte che ha intenzione di stipulare un contratto con quest'ultimo.

Il richiamo di un *leading case* attinto all'esperienza inglese può essere utile a chiarire i termini dell'equivoco.

In *Keinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd*⁷¹, la società convenuta aveva sottoscritto una *letter of comfort* del seguente tenore: «*It is our policy to ensure that the business [of the subsidiary company] is at all times in a position to meet its liabilities to you [under the loan agreement]*»⁷².

Allorché la controllata venne meno agli impegni contrattualmente assunti, la sua controparte adì l'autorità giudiziaria allo scopo di ottenere una condanna della società-madre a "coprire" l'insolvenza, proprio in virtù della lettera da essa sottoscritta.

Si trattò, a quel punto, di stabilire se tale documento dovesse considerarsi vincolante o meno, a seconda che potesse riscontrarsi al suo interno, oppure no, una reale intenzione di dar vita ad un rapporto giuridico; un problema analogo, insomma a quello che spesso si pone con riguardo alle lettere di intenti.

Nell'occasione, ci fu chi⁷³ rilevò che, in materia commerciale, vi fosse una presunzione di vincolatività di tutti gli accordi stipulati e che, peraltro, proprio nella circostanza presa in esame non vi fosse alcun elemento che consentisse di confutare o, comunque, di superare tale presunzione.

La *Court of Appeal*, invece, replicò a tale orientamento, sostenendo che l'asserita presunzione potesse configurarsi solo nel caso in cui essa stessa trapelasse chiaramente dalle parole impiegate nel documento. I giudici di secondo grado, in altri termini, suggerirono di prediligere pur sempre un approccio che non desse nulla per scontato ma, partendo dall'analisi delle parole impiegate, andasse alla ricerca di una dizione atta ad esprimere, in maniera non equivoca, la precisa intenzione del sottoscrittore di dar vita ad un vincolo giuridico.

Applicando un criterio di tal fatta al caso di specie, la Corte rilevò che non fossero ravvisabili i presupposti per attribuire al documento sottoscritto dalla società madre, la valenza di un impegno volto a sopperire all'eventuale (poi puntualmente verificatasi) insolvenza della società controllata.

⁷¹ [1989]1 *WLR* 379.

⁷² Per un'accurata disamina del caso, si veda M.FURMSTON, *op.cit.*, p. 33 ss.

⁷³ Questa, la posizione espressa da *Hirst J*, ampiamente esposta in [1988] *All ER* 714.

Più precisamente, si disse che le espressioni impiegate fossero solamente idonee ad esprimere «*a statement of current policy and intention and that the words used did not amount to a promise to abide by this statement of policy*».

Non è questa la sede per ripercorrere l'intero dibattito che, a partire da tale caso e attraverso l'elaborazione di orientamenti tra di loro profondamente discordanti⁷⁴, si sviluppò al fine di individuare un criterio chiave, unitario, di risoluzione della su esposta questione.

Ciò che più conta rilevare è che, in taluni casi, proprio il descritto profilo problematico costituì terreno fertile per operare quell'inappropriata e forzata sovrapposizione di fattispecie, tra di loro invece profondamente divergenti, cui si accennava.

L'esperienza francese, in particolar modo, va segnalata in tal senso⁷⁵. Ad essa si richiama l'esempio 2⁷⁶, ricompreso nell'opera di organizzazione sistematica della materia realizzata dal *Working Group*.

È interessante notare che nel *Commentary* all'ipotesi esaminata, dopo aver posto in evidenza alcuni aspetti che, senz'altro, accomunano le *confort letters* (*in primis*, la vaghezza delle formulazioni per esse adoperate, che ne rende difficilmente individuabili gli effetti legali⁷⁷) alle lettere di intenti, viene immediatamente sancita la necessità di mantenere ben distinte le due figure, attesa la loro diversità ontologica.

⁷⁴ Si veda [1989] 21 *NSWLR* 502 per un'esemplificazione dell'esperienza australiana. La decisione sul caso *Banque Brussels Lambert v Australian National Industries Ltd* costituì l'occasione propizia per criticare aspramente l'approccio "caso per caso" che suggeriva (come precisato nel testo) di superare la presunzione di vincolatività connessa alla natura commerciale degli accordi in questione, attraverso una verifica preventiva, imprescindibile, della esatta portata delle parole impiegate nel testo stesso. Nell'opinione di *Rogers CJ*, tale criterio interpretativo avrebbe sottratto rigore e certezza alla materia dei contratti commerciali, "trascinandoli" opinabilmente nell'alveo di operatività delle clausole "*binding in honour only*".

Altre opinioni sul tema, parzialmente divergenti, possono rinvenirsi in *Bank of New Zealand v Ginivan*, per il quale si veda [1991]1 *NZLR* 178.

⁷⁵ Si veda, ad esempio, in dottrina: B. OPPETT, *L'engagement d'honneur*, Parigi, 1979, pp. 109-110. In giurisprudenza, poi, si veda Cass. fran., 21 *déc.* 1987, *Jur. Cl. Pér.*, 1988, No. 21113, concl. M. Montanier, Parigi, 1989, J, 112, nota J.P. Brill.

⁷⁶ A tale proposito, si veda M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, pp. 6-8

⁷⁷ Tale peculiarità si accentua, tanto più, allorché esse siano volte ad assicurare il supporto finanziario da parte di una società madre o di un istituto di credito. Quanto alla natura giuridica, peraltro, si riscontrano gli elementi di una fattispecie contrattuale, a volte mal celata dietro l'apparente struttura unilaterale della "lettera", atteso che è evidente che essa sia stata implicitamente accettata anche dalla controparte la quale, anzi, ne ha espressamente richiesto la redazione.

Nonostante, infatti, la società controllante non garantisce un debito determinato ma la solvibilità, in termini generici, della propria controllata, essa assume una vera e propria obbligazione giuridica, sì come è stato evidenziato dal Gruppo di lavoro.

Mentre le prime costituiscono una forma di garanzia personale usata nella prassi, da cui possono discendere molteplici effetti legali, le lettere di intenti rappresentano dei documenti relativi alla fase delle negoziazioni, scambiati tra le parti in vista della conclusione di un contratto.

Detto altrimenti, non è escluso che alle une possa farsi ricorso durante la fase delle trattative, per esempio per agevolarne lo svolgimento, ma si tratterebbe pur sempre di un fatto eccezionale che, in ogni caso, non legittimerebbe una inclusione delle medesime nel novero della serie di documenti che possono apparire nella fase antecedente la conclusione del contratto vero e proprio.

La differente terminologia riflette, dunque, differenti finalità.

4.3.1. Le lettere di intenti che scandiscono le fasi di un lungo negoziato.

Nonostante vi si sia già fatto parziale riferimento, un breve cenno meritano, da ultimo, le lettere di intenti impiegate nelle diverse fasi in cui può essere articolata una trattativa commerciale particolarmente impegnativa.

Si richiama, a questo proposito, il raggruppamento opportunamente suggerito dal Gruppo di lavoro⁷⁸, allo scopo di descrivere i possibili, diversi, contenuti che caratterizzano tali documentazioni a seconda dello stadio cui sono giunte le trattative.

In alcuni casi, le parti possono ritenere opportuno suggellare in un apposito documento le proprie intenzioni in ordine al successivo svolgimento delle negoziazioni e, soprattutto, alle modalità con cui si addiverrà alla conclusione dell'affare definitivo.

Nell'esempio di cui al numero 8⁷⁹, si trova riportato il contenuto di una lettera di mero intento, del tutto priva di qualsiasi portata o implicazione vincolante, sotto il profilo squisitamente giuridico.

Rispetto all'interrogativo su quale possa essere, allora, l'utilità pratica di un documento di tal fatta, nello stesso commento si precisa che di esso si sia, probabilmente,

Ad onor del vero, il requisito della vaghezza non costituisce un connotato indefettibile della fattispecie in esame. Dalla prassi emerge, infatti, un non infrequente impiego di veri e propri contratti, i cc.dd. "*working capital agreements*", con cui la società controllante si impegna nei confronti del terzo a mantenere la propria partecipazione nonché a garantire l'esatta esecuzione dell'obbligazione della controllata, non prima, però, di aver genericamente certificato la correttezza e la veridicità del bilancio di quest'ultima.

⁷⁸ Il riferimento, specificamente, è al secondo gruppo: casi 8-13.

⁷⁹ M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, pp. 13-14.

potuto avvalere il soggetto incaricato da una delle due parti di condurre le trattative per offrire una dimostrazione tangibile, ai propri superiori, dell'efficacia dell'opera svolta quanto all'aver suscitato il vivo interesse dei suoi interlocutori alla conclusione dell'affare.

A fronte della posizione drastica assunta dai membri inglesi del Gruppo nel negare qualsivoglia effetto giuridico ad una lettera di tal fatta, qualora la si sottoponesse alla loro legge, più possibilista si presenta l'approccio – pur da taluni suggerito – ispirato alle disposizioni di un ordinamento di *civil law* quale quello francese.

Gli intenti esplicitati nel documento, infatti, costituiscono chiaro sintomo di serietà delle trattative e, pertanto, non potrebbe che considerarsi illecito un eventuale recesso ingiustificato dalle medesime.

Altre volte, poi, il documento esaminato assume i connotati di un protocollo, attraverso cui le parti, nel fermo intento di assicurare il buon esito delle negoziazioni, individuano le condizioni di un futuro contratto (o di più contratti, come nell'esempio di cui al caso n.9, il quale, specificamente, si riferisce a contratti di licenza e di collaborazione industriale⁸⁰), oppure, scindendo il piano economico da quello più squisitamente giuridico, si limitano a delineare il “quadro” delle previsioni del primo tipo, entro cui andranno in seguito ad inserirsi statuizioni più strettamente “normative”, convenzionalmente individuate (a tale tipologia è, invece, riconducibile, il caso di cui al n. 10⁸¹).

Nell'un caso, una rilevanza a tali documenti scambiati reciprocamente dalle parti deve attribuirsi, anzitutto, nel senso che essi costituiscono inconfutabile attestazione di uno stato di considerevole avanzamento delle trattative, che potrebbe contribuire alla qualificazione, in termini di illiceità, del comportamento della parte che, in maniera del tutto ingiustificata, receda dalle trattative.

In aggiunta, potrebbe forse ravvisarsi in essi una fattispecie contrattuale, contenente l'accordo intervenuto sugli elementi essenziali delle future intese definitive, atto a far assumere alle parti l'impegno a non rimettere in discussione quanto già, ivi, stabilito.

Oppure potrebbe darsi il caso che la lettera di intenti accompagni la conclusione di accordi-quadro, entro cui si predeterminano alcune condizioni, secondo le quali dovranno

⁸⁰ Si veda, *amplius*, M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, pp. 14-16.

⁸¹ Per una dettagliata descrizione ed un esaustivo commento, si veda ancora M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, pp. 17-18.

essere stipulati accordi futuri, aventi ad oggetto prestazioni ulteriori rispetto ad una prima già pattuita ed eseguita tra le parti⁸².

Sarebbe come ammettere che, per tale via (ed in entrambe le ipotesi considerate), gli operatori economici si vincolino reciprocamente a proseguire il negoziato in buona fede ai fini della positiva conclusione dello stesso.

Detto altrimenti, una condotta improntata ai parametri della correttezza fino al perfezionamento del contratto definitivo, dovrebbe costituire il contenuto dell'obbligo assunto dalle parti con lo scambio di una lettera di intenti.

Tanto più vincolante potrebbe, allora, dirsi l'impegno assunto, quanto maggiore sia lo stato di avanzamento delle trattative.

In definitiva, se tutte quelle sin qui descritte costituiscono, come detto, le fattispecie che, più di altre, hanno trovato impiego nella prassi del commercio internazionale, è particolarmente interessante, ed è quanto si cercherà di fare nel prosieguo della trattazione, esaminare il modo in cui esse sono state, di volta in volta, variamente valutate in termini di "portata vincolante", a seconda del regime normativo ad esse applicabile, onde desumerne l'idoneità a configurare ipotesi di responsabilità in capo alla parte che ne abbia disatteso il contenuto e ricollegarvi la possibilità del ricorso ad eventuali strumenti rimediali.

⁸² È questa l'ipotesi descritta nel caso numero 12, al quale si rimanda per un approfondimento, in M.FONTAINE-F.DE LY, *cit.*, 18-19.

Capitolo III

NATIONAL LEGAL SOURCES

1. Gli strumenti offerti dalle fonti nazionali.

Operazione preliminare ad un'indagine efficace e completa sulla natura e sulla portata che la prassi del commercio internazionale tende ad attribuire agli accordi o, più in generale, alle intese eventualmente raggiunte dalle parti durante le trattative negoziali, è senz'altro quella di provare a ricostruire, pur senza alcuna pretesa di completezza, il quadro delle disposizioni normative, anzitutto di matrice nazionale che, inevitabilmente, ed almeno in linea teorica, entrano in gioco, allorché ci si interroghi sulla effettiva idoneità delle fattispecie in esame a vincolare i soggetti che le abbiano poste in essere e a far scaturire, dunque, una serie di rilevanti conseguenze dall'eventuale inadempimento di quanto si sia, in esse, stabilito.

Trattandosi di figure negoziali emerse nell'ambito di operazioni commerciali internazionali, al di là delle problematiche connesse all'individuazione della disciplina nazionale applicabile, assumono notevole rilevanza le fonti normative di tipo sovranazionale o internazionale. Non solo. Ancora più interessanti, ed è su di esse che si finirà con il rivolgere l'attenzione, possono dirsi le fonti normative appartenenti alla c.d. "*soft law*", la quale proprio grazie alla sua derivazione "dal basso" ed alla più spiccata attitudine a veicolare istanze di matrice marcatamente economica, più che giuridica in senso stretto, ha trovato largo impiego ad opera, prima ed esclusivamente, ad opera dei *businessmen* e, più recentemente, anche da parte dei tecnici del diritto.

Attingendo alla prassi del commercio internazionale, in effetti, si cercherà proprio di verificare, non senza averle prima astrattamente poste a confronto, quali siano, tra quelle offerte dalla "*hard law*" e quelle proposte invece dalla "*soft law*", le soluzioni sino ad ora predilette e se esse siano sempre in grado di offrire la giusta risposta alle istanze, sempre nuove, promananti dal commercio internazionale o, piuttosto, non sia il caso per il futuro di sostituirle con altre, senz'altro preferibili.

A questo punto, appare imprescindibile un preliminare riferimento al contesto normativo alla luce del quale, all'interno dei singoli ordinamenti, le fattispecie precontrattuali (comunque le si voglia definire: *agreements*, *acts* o *declarations*) in genere vengono ricostruite, nella loro esatta portata e, soprattutto nella loro astratta idoneità ad essere *binding* per le parti che le pongono in essere.

Una più attenta disamina riguarderà, poi, specificamente le lettere di intenti che, come già più volte si è avuto modo di sottolineare, ricevono largo impiego.

La prospettiva prescelta, a tal fine, è quella privilegiata della comparazione, improntata alla tradizionale contrapposizione tra ordinamenti di *civil law* ed ordinamenti di *common law*.

I profili presi in esame, ineriscono precipuamente alla formazione del contratto, all'esatta individuazione degli elementi di una fattispecie che possa dirsi effettivamente vincolante, alle possibili qualificazioni delle "intese" intervenute tra le potenziali parti di un contratto durante le relative negoziazioni e alle ipotesi di responsabilità precontrattuale.

2. Formazione del contratto e ruolo della c.d. "intention".

2.1. *Anglo-american Common Law: offer and acceptance.*

La ricostruzione della fattispecie contrattuale, l'inquadramento della stessa e gli elementi che ne racchiudono l'essenza, riflettono inevitabilmente la matrice accentuatamente pragmatica che caratterizza il *common law*, soprattutto quello inglese, sviluppatosi essenzialmente in risposta alle più ricorrenti problematiche riscontrate dai mercanti, nello svolgimento dei propri affari.

Il contratto stesso viene concepito come un *bargain* e ciò rivela la non accentuata propensione del *common law* inglese, più ancora che americano, ad attribuire particolare rilievo alle vicende precontrattuali.

Ciò non dimeno, pur essendo alquanto radicata la convinzione secondo cui "*the history of any contractual transaction is merely the narration of a series of events*"⁸³, il momento formativo viene comunque considerato l'evento più importante degli altri, in considerazione della gamma di diritti e doveri che possono, da esso, originarsi.

Diversa è, per tradizione ed evoluzione storica, l'impostazione riscontrabile in *civil law*, laddove la genesi del contratto viene concepita in prospettiva dinamica, alla stregua di un vero e proprio procedimento, in cui è possibile che le potenziali parti si trovino ad essere reciprocamente vincolate sin dallo stadio iniziale delle trattative condotte.

⁸³ Così, L.A. CORBIN, *Corbin on contracts.*, Rev. ed. by J. Perillo, West Publish. Co., 2001, Vol. I., § 2.1

Le corti di *common law*, invece, si sono nel tempo dimostrate più restie a riconoscere il configurarsi di reciproci impegni, muniti di *legal enforceability*⁸⁴, quale connotato peculiare del c.d. *contract*.

Con specifico riguardo a tale ultima nozione, il cui esame si rende a questo punto di preliminare importanza è noto che, sia nell'esperienza giuridica inglese che in quella americana, non è dato rinvenire disposizioni codicistiche contenenti una puntuale definizione.

Di certo, in entrambi i contesti giuridici, le ricostruzioni dottrinali hanno fatto perno sulla nozione di *promise*, quale componente fondamentale ed indefettibile ai fini della azionabilità⁸⁵ del contratto, ponendosi pertanto in contrapposizione alle teorie elaborate dal *civil law* continentale che, invece, non sembrano poter prescindere dal c.d. *agreement of the parties*.

Specificamente, autorevoli esponenti della tradizione dottrinale inglese condividono, in linea generale, l'opinione secondo cui “*a contract is a promise or set of promises which the law will*

⁸⁴ Particolarmente interessante, soprattutto in considerazione dei profili problematici prescelti nella presente indagine, si rivela la ricostruzione del fenomeno formativo del contratto, secondo gli ordinamenti di *common law*, che si rinviene in “*Remedies for breach of contract, Int. Enc. Comp.L. VII ch. 16 (1976) s. 13, p.5* in cui vengono poste in luce due possibili prospettive in cui può essere concepito il requisito della *legal enforceability* dei *contracts*: una “*in terms of the individual as a moral and spiritual entity*” e l'altra “*in terms of social and economic life*”. In realtà, si tratta (come ARTHUR T. VON MEHREN ha messo in evidenza) delle due facce di un'unica realtà. Semplicemente, la prima porta ad enfatizzare il ruolo della *party intention and choice* nel processo di formazione del *contract*, mentre la seconda tende a valorizzare il peculiare contesto fattuale in cui la fattispecie trova origine. Nonostante entrambe le impostazioni abbiano trovato ampia applicazione, andando a costituire il fondamento teorico della disciplina dei contratti in molti ordinamenti contemporanei, è pur vero che «*the tendency to analyze contract formation in terms of party intention and choice rather than socio-economic considerations remains very strong*».

Per un'attenta ricostruzione delle evoluzioni teoriche che hanno seguito entrambe le impostazioni, si rimanda, per l'appunto, all'opera citata.

⁸⁵ Tale azionabilità viene tradizionalmente intesa, in *Common Law*, come idoneità a determinare un diritto al risarcimento del danno per l'ipotesi di inadempimento o ritardo nell'adempimento della promessa. Molteplici sono le teorie emerse dalle elaborazioni degli *scholars*, allo scopo di spiegare tale fenomeno e, di esse, si rinviene una completa enunciazione in K.ZWEIGERT-H.KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato-Istituti*, Milano 1995, pp. 7-8. Gli Autori mettono, peraltro, in evidenza la stretta correlazione tra il meccanismo dello scambio reciproco di promesse e le esigenze del mercato che fanno, del contratto, lo strumento privilegiato per garantire il conseguimento di obiettivi di giustizia (contrattuale, per l'appunto) tra gli operatori economici.

A tale ultimo proposito, è appena il caso di sottolineare che la “indispensabilità” o, comunque, la idoneità pressoché “unica” del contratto a conciliare componenti giuridiche ed economiche nella realizzazione di un affare ha rappresentato, per lungo tempo, un assunto diffusamente condiviso ed incontestato. Nel prosieguo della trattazione si cercherà di verificare se, nel corso del tempo, alla luce anche della più accentuata e capillare diffusione dei principi e degli strumenti di *soft law*, tale impostazione abbia mantenuto inalterata la propria validità.

*enforce*⁸⁶ che, di fatto, coincide pressoché completamente con le previsioni dell'*American Restatement of Contracts*, tra le quali rileva la seguente: “*A contract is a promise or set of promises for the breach of which the law in some way recognizes a duty*”⁸⁷.

Se la *promise* può considerarsi la cellula base, il nucleo fondante della fattispecie contrattuale, è anche vero che la sua sola sussistenza, ancorché necessaria, non può dirsi di certo in grado di esaurirne il contenuto. Da differenti ed ulteriori definizioni, che pure trovano largo impiego, è possibile ricavare altri elementi che devono sussistere affinché un rapporto possa dirsi contrattuale.

Tra di essi, frequente menzione riceve anzitutto il *mutual assent*⁸⁸ che, tradizionalmente, si accompagna ad un *mutual agreement*, tale per cui la *promise* promanante dall'offerente possa considerarsi pienamente accettata dal destinatario.

Emblema della *law of contract* può dirsi senza dubbio la *consideration*, indice preferenziale della serietà del contratto sprovvisto di un requisito formale, da intendersi quale sacrificio corrispettivo rispetto alla prestazione della controparte⁸⁹.

⁸⁶ Questa opinione è, specificamente, contenuta in P.JAMES, *Introduction to English Law*, 1979, p.273.

⁸⁷ *Restatement (Second) of Contracts* § 1 (1981). Tale definizione è stata fortemente criticata, «*for ignoring the bargain element in the common law theory of contract formation*»; così B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of Intent and Other Precontractual Documents – Comparative Analysis and Forms*, Butterworth 1989, 27 il quale a tale ultimo proposito richiama autorevoli autori, tra cui P.ATTYAH, *An introduction to the Law of contract* Oxford 1989, p.42.

⁸⁸ Nel *Restatement (Second) of Contracts*, al §22 (2) si legge, più ampiamente che «*Manifestation of mutual assent may be made even though neither offer nor acceptance can be identified and even though the moment of formation cannot be determined*».

È appena il caso di precisare, in questa sede, che il *mutual assent* non va confuso con il *meeting of the minds* sul quale, soprattutto durante il diciannovesimo secolo, in Inghilterra, si è ampiamente teorizzato a proposito delle componenti che concorrono a caratterizzare la vicenda genetica di un contratto. Ben presto alcune considerazioni di ordine squisitamente pragmatico hanno indotto al superamento definitivo di tale teoria, ritenuta assolutamente incompatibile con l'esigenza di conseguire risultati che potessero risultare convenienti dal punto di vista strettamente commerciale. Per la verità, nelle dissertazioni dottrinali più recenti non vi è traccia di tale concetto che, pertanto, potrebbe considerarsi quasi caduto nell'oblio se non fosse per la circostanza, pur frequentemente riscontrata nella prassi, che vede le corti di *common law* farvi frequentemente richiamo nelle ipotesi in cui si discute di lettere di intenti, al precipuo scopo di individuare un “sintomo” dell'intento di vincolarsi giuridicamente, presente in capo alle parti. Il *meeting of the minds* non ha perso dunque, completamente, il proprio diritto di cittadinanza ma risulta decontestualizzato dall'originario ambito di applicazione, rappresentato dalla formazione del contratto. Tale nuovo impiego ha, invero, prestato il fianco a non poche critiche, non ultima quella per cui tale richiamo si risolverebbe in un impiego di vuote formule contraddetto dalla sostanziale applicazione dei dogmi della teoria delle *reasonable expectations*, perno centrale del *contract law*.

⁸⁹ È appena il caso di rimarcare una differenza che può cogliersi tra *american* e *english common law*, con specifico riguardo all'elemento della *consideration*. Quest'ultima può ancora considerarsi pienamente un presupposto indefettibile di *enforceability of a promise in english common law*. Quanto, invece, al

Molti⁹⁰, poi, annoverano espressamente la *intention to make a contract*.

Sotto un profilo strettamente soggettivo, le parti devono essere munite della capacità giuridica di dar vita a *legal relations* mentre, da un punto di vista oggettivo, il contenuto o la forma del *contract* non deve potersi dire contrario a specifiche disposizioni di legge oppure a previsioni di matrice statutaria atte ad inficiarne, *ab initio*, la validità⁹¹.

Un'attenta disamina del fenomeno formativo della fattispecie contrattuale non può, del resto, prescindere dalle nozioni di offerta ed accettazione, elementi ontologicamente distinti ma, senza dubbio, complementari e parimenti concorrenti nel caratterizzare la vicenda genetica.

Con specifico riferimento alla prima, le definizioni⁹² adottate dal diritto inglese e da quello americano possono dirsi sostanzialmente coincidenti nell'indicare una manifestazione di volontà negoziale, formulata in modo tale che la parte alla quale si rivolge possa, a ragione, ritenere che dal proprio assenso, del tutto conforme alla proposta ricevuta, sorgerà un vero e proprio vincolo contrattuale, il cui contenuto viene esaustivamente enunciato dall'atto di iniziativa adottato dal proponente⁹³.

corrispondente regime nell'esperienza americana, l'unicità della *consideration* viene meno grazie all'affiancamento ad essa della *promissory stoppel*. Detto altrimenti, in presenza alternativamente di uno dei due richiamati presupposti, è possibile riconoscere una *enforceability* della *promise*.

La previsione contenuta nel *Restatement Contracts 2nd*, al § 90 completano la riflessione proposta: «*A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.*».

⁹⁰ Tra questi, si veda J.CHITTY, *On contracts*, vol. I, §§ 129-139, Sweet and Maxwell, London 1989.

⁹¹ G.GRISMORE, *Principles of the Law of Contracts*, J.E.Murray ed., 1969, p.9.

⁹² Nel *Restatement (Second) of Contracts* § 24, l'offerta viene definita “*the manifestation of willingness to enter into a bargain, so made as to justify another person in understanding that his assent to that bargain is invited and will conclude it*”. Simile, evidentemente le definizioni fornite con riferimento all'esperienza inglese. Tra le più esaustive, si veda J.CHITTY, *cit.*, §42: “*The offer is an expression of willingness to contract made with the intention (actual or apparent) that it shall become binding on the person making it as soon as it is accepted by the person to whom it is addressed*” oppure L.A. CORBIN, *cit.*, §1.11, il quale ne evidenzia i necessari requisiti di definitività e certezza: “*An expression of willingness to make a contract is not an operative offer unless it is made in such a manner as justifies another person in thinking that it is directed to him or her for acceptance*”.

Per un esaustivo approfondimento sui profili di maggiore interesse che riguardano l'offerta si veda, tra gli altri, G.CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova 1990, pp. 79 ss..

In prospettiva comparatistica, si veda altresì P.OWSIA, *The Notion and Function of Offer and Acceptance Under French and English Law*, in *Tul. L. Rev.*, 1992, *passim*.

⁹³ Per un approfondimento metodico ed analitico sul tema dell'*agreement* ed, in generale, sul processo di formazione di un *contract*, si vedano (oltre la tradizionale e ben conosciuta letteratura) i più recenti: M.CHEN-WISHART, *Contract Law*, Oxford, 2010, pp.65 ss.; R.DUXBURY, *Contract Law*, London, 2008, pp.43 ss.; A.BURROWS, *A casebook on Contract*, Oxford, 2011, pp. 79 ss.; J.BEATSON-A.BURROWS and J.CARTWRIGHT, *Anson's Law of contract*, Oxford, 2010, pp. 61-73.

Il profilo problematico che, soprattutto in questa sede, acquista maggiore rilevanza attiene essenzialmente alla revocabilità, o meno, della proposta avanzata dall'offerente. Detto altrimenti, è di primaria importanza stabilire il momento esatto a partire dal quale l'offerente debba dirsi vincolato dalla proposta rivolta al proprio interlocutore.

Ebbene, il principio generalmente accolto dal diritto angloamericano è quello che consente una revoca *ad libitum* fino a quando la volontà di accettare la proposta non sia stata espressamente manifestata e, nelle ipotesi in cui il proponente si sia impegnato a “non tornare sui propri passi” per un tempo determinato, un’iniziativa in senso contrario risulta ammessa, anche prima della scadenza del termine stesso⁹⁴ e senza che alcun rimedio sia azionabile da chi ne subisca gli effetti.

Quanto, poi, alla determinazione del momento preciso in cui l'accettazione consegue l'obiettivo di perfezionamento della fattispecie contrattuale, è ben nota la “teoria della buca delle lettere”, con la quale si è cercato di offrire un temperamento alla generale regola della revocabilità “anticipando” il più possibile, nell'interesse dell'accettante, la fase – evidentemente preclusiva di qualsiasi ripensamento – di perfezionamento del contratto⁹⁵.

⁹⁴ In questo senso K.ZWEIGERT-H.KÖTZ, *cit.*, p.47, che rinviengono il fondamento teorico di un siffatto orientamento direttamente nella dottrina della *consideration*, salvo poi dare atto di una diffusa tendenza della giurisprudenza americana a sovvertire tale regola tradizionale e ad indulgere ad una sostanziale irrevocabilità dell'offerta, allo scopo di salvaguardare l'affidamento che, a ragione, la controparte abbia fatto sulla serietà e permanenza della medesima. Data la molteplicità delle decisioni che hanno espresso a chiare lettere tale posizione, il *Restatement Contracts 2nd* (1981) ha, poi, definitivamente enucleato un vero e proprio principio per cui deve «essere considerata irrevocabile la proposta, il cui autore dovrebbe sapere che il destinatario si è altrimenti impegnato confidando nella stessa, sempreché il destinatario abbia effettivamente assunto impegni non irrilevanti».

Come esplicitato dai pregiatissimi Autori, invero, l'esigenza ultima cui si è cercato di garantire pieno soddisfacimento è rappresentata dall'intento di evitare conseguenze inique ed, invero, tale ultima premura si è avvertita, in maniera molto più decisa, nell'ambito dei traffici commerciali. È appena il caso di anticipare, in questa sede, il contenuto delle previsioni, sul tema, contenute nello *Uniform Commercial Code*, il cui § 2-205 dispone espressamente che nella vendita commerciale la proposta definita vincolante per iscritto è irrevocabile per il periodo di tempo indicato o, qualora non si sia provveduto in tal senso, per un periodo congruo, comunque non superiore a tre mesi.

La Convenzione di Vienna sui contratti per la vendita internazionale di beni, sulla quale si avrà modo di soffermarsi con maggiore attenzione, rigetta, con previsioni analoghe, l'idea della revocabilità assoluta dell'offerta.

⁹⁵ Le pur valide ragioni che si pongono alla base della elaborazione della regola in esame, non valgono però a sottrarla ad alcune critiche, nel senso della sua sostanziale incompatibilità con la natura consensuale del contratto, da sempre accolta in *Common Law*. L'applicazione di tale principio, in altri termini, consentirebbe sì di tutelare l'interesse dell'accettante a rendere irrevocabile la proposta nel più breve tempo possibile ma, al tempo stesso, potrebbe anche determinare la situazione paradossale per cui, una volta imbucata la lettera contenente l'accettazione, l'offerente si ritrovi vincolato ad un

L'elemento dell'accettazione viene definito⁹⁶, al pari di quanto evidenziato per l'offerta, in maniera sostanzialmente uniforme in *english* come in *american common law*. Ciò che emerge quale requisito indefettibile, in entrambe le esperienze, è che si tratti di un'adesione incondizionata ed assoluta ai termini dell'accordo sì come delineati nell'offerta, che non aggiunga ulteriori prescrizioni rispetto a quanto in essa contenuto e che, soprattutto, venga opportunamente comunicata al proponente⁹⁷.

Qualunque modifica rispetto alle condizioni incluse nell'assetto del costituendo rapporto, sì come determinato dall'offerente, assume valore di rigetto dell'offerta o, quantomeno, di controproposta⁹⁸.

2.2. L'elemento della *intention* ed il suo ruolo nelle differenti categorie di accordi.

Nel ricostruire i passaggi essenziali attraverso cui si snoda il processo di formazione di un *contract*, in tutte le sue componenti fondamentali, non si può di certo prescindere dal riferimento alla c.d. *intention* (o *intent*) *to create legal relations*⁹⁹, non solo perché la trattatistica tradizionale e la maggioranza dei più autorevoli teorici tende ad attribuirle il valore di requisito-sintomo della serietà del vincolo contrattuale, fattore atto ad imprimere ad un

contratto senza neanche rendersene conto, almeno fino a quando non gli venga recapitata la corrispondenza.

Si veda, in tal senso, K.ZWEIGERT-H.KÖTZ, *cit.*, p.49.

⁹⁶ L'*American Restatement (Second) of Contract*, al § 50 definisce l'accettazione "*a manifestation of assent to the terms thereof made by offeree in a manner invited or required by the offer.*" Quanto all'esperienza inglese in CHITTY, *cit.* §54 si legge: "*An acceptance is a final and unqualified expression of assent to the terms of an offer.*"

⁹⁷ Sotto il profilo della necessaria comunicazione espressa dell'accettazione della proposta all'offerente, quale presupposto di validità ed efficacia della stessa, è possibile cogliere un sostanziale parallelismo tra approccio di *civil law* ed impostazione anglo-americana. In linea di principio, si tende a negare qualsiasi efficacia ad una accettazione silente, fatte salve alcune rare eccezioni contemplate dal *common law* americano, che si ricollegano a precise circostanze specificamente individuate dalle disposizioni normative. Si veda, a tale ultimo proposito, *Restatement (Second) of Contract*, § 69. Anche dal *case law* è possibile ricavare alcune valide esemplificazioni della menzionata tendenza. Tra gli altri si veda, ad es., *Tannenbaum Textile Co. v. Schlanger*, 287 N.Y. 400, 40 N.E.2nd 225 (N.Y. 1942), rispetto al quale si è puntualizzato che "*Where a party is under a duty to speak, or where his failure to speak is inconsistent with honest dealings, and misleads another, then his silence may be deemed to be acquiescence or assent.*"

⁹⁸ Persiste, anche su questo punto, la suddetta unanimità di previsioni in *english* come in *american Common Law*: CHITTY, *cit.* § 56 e *American Restatement (Second) of Contract*, §59.

⁹⁹ Per un'accurata ed illuminante disamina dell'*intention to create legal relations* si veda S.SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, *passim*.

mero *agreement* la forza vincolante del contratto, ma anche perché essa può rivelarsi particolarmente utile ai fini della presente indagine, tesa alla esatta determinazione degli effetti legali che possono scaturire dalle fattispecie (tra cui, atteso il loro frequente impiego, le lettere di intenti) emerse durante il processo di negoziazione.

Addirittura vi è, nei Paesi di *common law*, chi¹⁰⁰ definisce l'*intention to enter into a legal relationship* un necessario elemento contrattuale, non senza con ciò prestare il fianco a numerose critiche o, comunque, opinioni nettamente contrarie. È soprattutto dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa¹⁰¹ americana che emerge, infatti, in maniera progressivamente chiara, una certa insofferenza verso un inquadramento così rigido (*necessity*) dell'elemento in esame. In buona sostanza, si obietta che la legge non lascia spazio alla discrezionalità delle parti quanto alla determinazione degli effetti del proprio accordo, ma preferisce fissare *a priori* i requisiti di un'obbligazione legale¹⁰².

¹⁰⁰ È, questo, un approccio caratteristico dell'esperienza inglese.

Si legge, ad esempio, in CHITTY, *cit.*, § 123, «*An agreement, even though it is supported by consideration, is not binding as a contract if it was made without any intention of creating legal relations.*».

Ai §§ 2 e 41, nell'opera citata si rinviene ancora quanto segue: «... *any transaction between two or more parties can ... only result in a contract between them if they enter into that transaction with an intention to create binding contractual obligations.*».

Si veda, altresì, A.DE MOOR, *Intention in the Law of Contract: Elusive or Illusory*, *L.Q.Rev.*, 1990, 106, p.632.

Con specifico riguardo al diritto scozzese, poi, si veda W.J.STEWART, *Of the Purpose to Oblige: A note on Stair I*, x, 13, 1991, *Jur. Rev.*, 216 (1991); W.W.McBRYDE, *The intention to Create Legal Relations*, 1992, *Jur. Rev.* 274.

¹⁰¹ Si confrontino, ad esempio, *Restatement (Second) of Contracts* § 21 (1981) con *Restatement (Second) of Contracts* § 20 (1932).

Tra gli Autori che, più accesamente, hanno osteggiato la ricostruzione in termini di *third contractual element*, si consideri anzitutto S.WILLISTON, *On contracts*, St.Paul – Minnesota – (USA), 1989, p. 37 ss., il quale sottolinea come, in *common law*, non sia richiesta *any positive intention to create legal relations* che, invero, risulterebbe superflua rispetto alla esaustività delle previsioni che la legge stessa detta, allorché si tratti di delineare i connotati di un'obbligazione che possa dirsi legale.

L'unico "apporto" necessario delle parti si esaurirebbe nell'adottare esattamente quella condotta atta ad esplicitare il proprio assenso.

La denominazione "*positive intention*" vale a rimarcare la distinzione esistente tra essa e la cosiddetta "*negative intention*", spesso esplicitata attraverso l'inserimento di un'apposita clausola con cui le parti intendono escludere che, dalle proprie pattuizioni, possano scaturire *legal obligations*. Nella misura in cui l'accordo (nel suo contenuto), oppure la stipulazione di esso, sia pienamente conforme alla legge, non vi è motivo per cui l'ordinamento debba disattendere la volontà espressa dalle parti nel senso sopra chiarito.

¹⁰² Di certo, il contegno in cui si esteriorizza la volontà delle parti assume una sua rilevanza, nella misura in cui esso è atto ad ingenerare un certo affidamento nel destinatario della proposta contrattuale e, a seconda dell'intensità di tale affidamento, concorre variamente ad influenzare la valutazione della fattispecie in termini di vincolatività.

Al di là di tali dispute, è indubitabile che la componente in esame svolga un suo ruolo nel processo di formazione di un contratto e finisca con il generare interessanti implicazioni, ogni qualvolta (come, appunto, in questo contesto) si cerchi di stabilire se le parti abbiano dato vita, o meno, ad un contratto e debbano pertanto soggiacere, nell'un caso, al regime ad esso applicabile.

È altrettanto vero, però, che la materia tutta dell'*intention* è fortemente connotata da un elevato grado di ambiguità che ne investe la stessa nozione, fino ad interessarne i profili funzionali ed applicativi; ciò accade soprattutto in ambito di *english common law*, dove la rilevanza di tale componente ha faticato molto, nella ricostruzione delle fattispecie pratiche, a trovare un'esatta collocazione, attesa la continua, confusa sovrapposizione¹⁰³ dei piani del *legal* e del *contractual*.

Eppure, netta sembrerebbe la differenza ontologica tra la più generale *willingness to be bound*, che sorregge qualsiasi offerta, imprimendole serietà, ogni qual volta il suo autore si dichiara pronto a dare esecuzione alla prestazione, previa accettazione del proprio interlocutore, e la più specifica *intention to contract*. Tale ultimo elemento soggettivo "copre" tutte le conseguenze che la legge ricollega alla fattispecie contrattuale posta in essere, in particolare quelle derivanti dall'inadempimento della prestazione dedotta¹⁰⁴.

A dire il vero, i su esposti orientamenti di matrice americana, lungi dal rimanere lettera morta, hanno influenzato non poco le teorizzazioni elaborate con riferimento all'*english common law* e se c'è chi¹⁰⁵ ha negato a tal punto la rilevanza della *intention* da giungere a definirla «fittizia» e, dunque, non in grado di concorrere a determinare il contenuto necessario di un contratto, altri ha preferito sottrarla ad un regime di piena autonomia e collocarne il profilo funzionale in una posizione di completamento, quasi complementarietà, con l'elemento della *consideration*.

Tale ultimo collegamento si innesta, anzitutto, su di una piena adesione al modello del *bargain* ed implica che, purché una determinata fattispecie presenti tutti gli elementi che

¹⁰³ In tal senso si veda S.Sica, cit., p.74, in cui viene efficacemente rappresentato il rischio insito in un approccio di tal fatta, vale a dire il paradosso di negare qualsiasi rilevanza, per l'ordinamento giuridico, a quelle fattispecie che dovessero risultare sprovviste di *intention*. Eppure, *non contractual* non equivale a dire *non legal*. Moltissime, infatti, sono le esemplificazioni di ipotesi in cui, negata la natura contrattuale di un vincolo, le corti hanno comunque attribuito ad una certa relazione instaurata tra due o più parti determinate conseguenze giuridiche.

¹⁰⁴ Così S.Sica, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit.,p.74.

¹⁰⁵ In tal senso P.ATYAH, *An introduction to the Law of contract*, Oxford, 1989, p. 162

ne soddisfano la forma (*offer, acceptance, consideration*), non è necessario fornire alcuna prova dell'esistenza dell'*intention*, giacché la sua sussistenza è, a quel punto, data per scontata.

In questo senso, si riconferma la perdurante efficacia¹⁰⁶ della teoria della *consideration*, quale «originario test»¹⁰⁷ per spiegare il fondamento della *enforceability* di un *agreement*.

Tale impostazione, del resto, trova il pieno favore anche degli economisti che ne apprezzano, evidentemente, la spiccata attitudine al soddisfacimento delle istanze degli operatori del mercato¹⁰⁸.

Se si eccettuano, però, le *donative promises*¹⁰⁹ le cui peculiarità sono completamente estranee alle logiche di mercato e, pertanto, non rientrano tra le “transazioni” vere e proprie, vi sono alcune categorie di “assetti di rapporti” che non tollerano di essere avvinti da un vincolo giuridico, in quanto attengono più strettamente alla vita di relazione o, comunque, alla sfera personale dei singoli.

Ebbene, rispetto a tali *arrangements*, il ricorso al test della *consideration*, intesa nella sua tradizionale accezione di sacrificio reciproco, di *mutuality*, fatica non poco a trovare applicazione ed ecco, allora, che l'*intention*¹¹⁰ si pone come la categoria ideale per imprimere (o, anche, per escludere) il crisma della giuridicità alla fattispecie considerata.

¹⁰⁶ È appena il caso di ribadire che la validità di tale teoria affonda le proprie radici in ragioni di carattere culturale, prima ancora che giuridico, che vedono la proprietà tradizionalmente collocata al centro di un intero sistema giuridico, capace di attribuire vincolatività giuridica soltanto a quegli accordi, attraverso i quali si realizza uno scambio.

¹⁰⁷ Così S.SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., p. 123.

¹⁰⁸ Sulla piena sinergia esistente tra esigenze di mercato e dottrina classica della *consideration*, si veda, tra gli altri, H.COLLINS, *The Law of contract*, London, 1986, p. 31; P.S.ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, p. 294.

Le elaborazioni in tema di analisi economica del diritto sono numerose ed implicano riflessioni di ben più ampio respiro. Tra le più recenti pubblicazioni, si vedano: *Contract Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics*, second edition (vol. 6), edited by GERRIT DE GEEST, Cheltenham, 2011, *passim*; D.G.BAIRD, *Economics of Contract Law*, Cheltenham, 2007, *passim*; E.RØSÆG, *Law and Economics*, Oslo, 2010, *passim*. In chiave critica, si veda altresì ERIC A. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, in *Yale Law Journal*, 2003, 112, p.829.

Con specifico riferimento, poi, al contesto europeo si veda L.ANTONIOLLI, *A factual assessment of the draft common frame of reference*, Munchen, 2011, *passim*.

¹⁰⁹ Si veda, per un efficace inquadramento di tali fattispecie, K.ZWEIGERT-H.KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato – Istituti*, cit., p.90.

¹¹⁰ In R.B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual agreements*, cit., p. 34 (nota 55) gli Autori, dopo aver sottolineato il ruolo fondamentale che l'*intention* ha rivestito soprattutto con riguardo alla interpretazione e qualificazione di documenti precontrattuali ed accordi incompleti, forniscono una ricca elencazione di fattispecie concrete che, altresì, hanno costituito un'occasione propizia, per il formante giurisdizionale, di tratteggiare, progressivamente ed almeno per grandi linee, la fisionomia di

Nella distinzione, tradizionalmente adottata, tra *social and domestic arrangements*, da un lato, e *commercial agreements*, dall'altro, soltanto in questi ultimi, l'*intention* è fatta oggetto di una presunzione, relativa certo, ma difficilmente ribaltabile¹¹¹.

Con specifico riguardo alla prima tipologia di rapporti, invece, essendo essi tradizionalmente considerati come non connotati da *intention to create contractual relations*, possono divenire *enforceable* soltanto nelle ipotesi in cui le parti “*sufficiently express an intention that they shall be ... enforceable*”¹¹².

La trattatistica classica è solita richiamare, allo scopo di offrire una efficace esemplificazione di tale ultima categoria di *arrangements*, il ben noto caso *Balfour v. Balfour*,¹¹³ che attiene per l'appunto ad un accordo intervenuto, in costanza di matrimonio, tra due coniugi, temporaneamente costretti a vivere lontani. Specificamente, i due avevano convenuto verbalmente, che il marito versasse un determinato importo mensile alla moglie, per consentirle di provvedere al proprio mantenimento, oltre che alle spese mediche necessarie a curare il proprio precario stato di salute. Due anni più tardi (era il 1918), nonostante le parti continuassero a vivere separate, il marito smise di onorare le proprie promesse e, pertanto, la moglie adì l'autorità giudiziaria allo scopo di «*enforce the promise of £30 a month*», oltre che di recuperare le somme arretrate.

La *Court of Appeal*, capovolgendo la sentenza di primo grado, affermò l'impossibilità di ravvisare, nel caso di specie, un *binding contract*, attesa l'assenza di *intention to create legal relations* in capo alle parti¹¹⁴.

tale categoria. Si tratta, specificamente, di situazioni «*involving (1) statements including contract, Weeks v. Tybald, Noy 11 (1605); (2) social agreements, Lens v. Devonshire Club, The Times, December 4, 1914; (3) domestic situations, Balfour v. Balfour [1919] 2 K.B. 571; (4) agreements giving wide discretion to a party, Taylor v. Brewer, 1 M.&S. 290 (1813); (5) collective agreements between unions and employers, Ford Motor Co. Ltd v. A.E.F. [1969] 2 Q.B. 303; (6) free travel passes, Wilkie v. L.P.T.B. [1974] 1 All E.R. 258; (7) statements of government policy, Rederiaktiebolaget Amphitrite v. R. [1921] 2 K.B.*»

¹¹¹ In A.BURROWS, *A casebook on contract*, cit., p. 79, si legge infatti: «*In contrast, it is presumed that parties to a social or domestic agreement do not intend to create legal relations so that a party wishing to enforce such an agreement must rebut that presumption.*»

¹¹² Così A.L.CORBIN, *On contracts*, cit., § 2.13.

¹¹³ [1919] 2 KB 571, Court of Appeal. Oltre all'analitico ed illuminato commento del caso che si rinviene in S.SICA, *Gentlemen's agreements* e intento giuridico, cit., pp.79 ss, si veda tra i commenti più recenti, E.MCKNDRICK, *Contract Law*, Oxford, 2011, capitolo 6.

¹¹⁴ L'argomento della mancanza di *intention to be bound* come elemento prediletto da cui ricavare la non *enforceability* dell'accordo intervenuto tra le parti, effettivamente ritorna nella gran parte dei *cases* in cui siano coinvolte relazioni familiari; non solo gli accordi tra coniugi, ma anche quelli tra madre e figlia, rientrano nella generale presupposizione di cui si è più volte detto nel testo. In *Jones v Padavatton* [1969]

La quasi totalità dei commentatori, al fine di illustrare le modalità operative della nuova categoria e di esaltarne il ruolo pregnante ai fini della qualificazione in termini contrattuali di un accordo, è solita richiamare alcuni passaggi salienti del giudizio espresso da uno dei membri del collegio, Lord Atkin. In *primis*, questi afferma che: «[...]such arrangements ... are no contracts because the parties did not intend that they should be attended by legal consequences», per poi aggiungere, più avanti, che «[...]these arrangements ... they are not sued upon, not because the parties are reluctant to enforce their legal rights when the agreement is broken, but because the parties, in the inception of the arrangement, never intended that they should be sued upon».

È indubbio, certo, che i coniugi accordandosi nel senso sopra descritto al solo scopo di fronteggiare una contingente situazione di malattia della moglie, che le impediva di ricongiungersi al consorte, non intendessero fare altro che fissare di conseguenza il normale assetto dei loro rapporti, alla luce delle circostanze sopravvenute. Dunque, è senz'altro calzante, il rilievo teso a negare qualsiasi *intention to be bound* in capo agli interessati.

A ben guardare, però, non è soltanto questo l'aspetto su cui far leva per escludere la natura contrattuale della fattispecie cui essi hanno dato vita.

Non di poco conto devono, infatti, considerarsi altri fattori che caratterizzano la vicenda in esame, che pure hanno concorso a determinare il convincimento della Corte.

La loro valutazione, parimenti emersa in maniera chiara dalla dissertazione di *Lord Atkin*, consente infatti di comprendere come, pur volendo riconoscere il “peso” avuto dall'elemento della *intention* nella ricostruzione della portata esatta dell'accordo raggiunto dai due coniugi, deve concludersi che altri aspetti hanno concorso con essa, con eguale incisività, ad influenzare il convincimento dei giudici nel senso sopra chiarito.

1 *Weekly Law Review* 328, *Court of Appeal*, nelle parole del giudice *Danckwerts* si rinviene anzitutto un richiamo a *Balfour v Balfour*, ancorché si trattasse di un «*case of husband and wife, but there is no doubt that the same principles apply to dealings between other relations, such as father and son and daughter and mother*». Nelle parole, poi, del giudice *Atkinson*, altre considerazioni, ulteriori rispetto a quella che tiene conto della sola *intention*, concorrono a formare il convincimento conclusivo della Corte, nel senso che non ci fosse nel caso di specie alcun *valid contract*. Tra di esse, ad esempio: «*The whole arrangement was, in my view, far too vague and uncertain to be itself enforceable as a contract*». Dalla stessa testimonianza resa da una delle due parti in causa, la figlia, dalle parole da lei pronunciate, i giudici ricavano ulteriori elementi atti a rafforzare il loro convincimento: «*Those answers and the daughter's conduct on that occasion provide a strong indication that she had never for a moment contemplated the possibility of her mother or herself going to court to enforce legal obligations, and that she felt it quite intolerable that a purely family arrangement should become the subject of proceedings in a court of law*».

Anzitutto, trattasi di un accordo teso a regolare i normali rapporti di coniugio, notoriamente contrassegnati da un reciproco dovere – tra gli altri – di assistenza morale e, soprattutto, materiale.

Ciò basta ad attrarlo nell'area di operatività della *family law*, branca del diritto tesa a regolare le relazioni tra i membri di una famiglia, *in primis* tra marito e moglie, sottraendole pressoché completamente all'esercizio dell'autonomia privata attraverso il ricorso allo strumento contrattuale: «*Agreements such as these are outside the realm of contracts altogether. The common law does not regulate the form of agreements between spouses.*».

Lord Atkin così, efficacemente, prosegue: «*Their promises are not sealed with seals and sealing wax. The consideration that really obtains for them is that natural love and affection which counts for so little in these cold Courts. The terms may be repudiated, varied or renewed as performance proceeds or as disagreements develop, and the principles of the common law as to exoneration and discharge and accord and satisfaction are such as find no place in the domestic code.[...] In respect of these promises each house is a domain into which the King's writ does not seek to run, and to which his officers do not seek to be admitted.*».

Tutt'altro discorso vale, invece, per gli accordi riguardanti la gestione dei rapporti nel caso in cui il matrimonio sia interessato da una vicenda patologica: qualora, nel caso *Balfour v. Balfour* si fosse trattato di un *agreement for separation*, infatti, nulla avrebbe impedito di configurare un vero e proprio contratto, atteso che rispetto a tali tipologie di rapporti, ormai estranei ad un normale ménage familiare, l'autonomia privata si riespande pienamente e consente un'ampia autodeterminazione agli interessati, quanto alla vincolatività delle intese raggiunte per risolvere o, anche, inibire una situazione conflittuale.

Ecco, allora, che il richiamo alla disciplina dettata dal legislatore per la regolamentazione delle relazioni parentali, all'amore coniugale ed alla naturale affezione quale unica "*consideration*" che "sorregge" le promesse eventualmente intervenute tra i coniugi e – in un ulteriore passaggio – all'insufficienza numerica delle corti esistenti ad offrire *remedies* sulla base di tali tipologie di accordi qualora li si finisse con il considerare *enforceable*, sono tutte ragioni – rispettivamente – di *law*, di *policy* e di *efficiency* che, a ben guardare, i giudici sono spinti a considerare nella loro valutazione della *intention to be bound*, rispetto ad una fattispecie concreta.

In altre e più esplicite parole, soprattutto nelle ipotesi in cui manca un'espressa dichiarazione delle parti, le *courts* sono tenute a ricostruire l'eventuale *intention to be bound* o ad

accertarne la mancanza; nel compiere tale operazione, oltre che avere riguardo alla volontà oggettivata¹¹⁵ nel contegno assunto dalle parti stesse, esse tengono conto di tutta una serie di rilevanti problematiche (*policy, public morality, efficiency* etc.) che, a ben guardare, hanno forse un peso ben maggiore del mero intento soggettivo avuto di mira da chi ha posto in essere la fattispecie.

Ne consegue, in via generale, che la *intention* ha rappresentato, e rappresenta, spesso il viatico attraverso cui considerazioni di più ampio respiro, di carattere assolutamente extrasoggettivo, hanno trovato ingresso, nel processo di formazione del convincimento degli organi giudicanti, esercitando invero un ruolo tutt'altro che secondario¹¹⁶.

Ora, se il caso *Balfour v Balfour* ha costituito (e costituisce ancora)¹¹⁷ il *leading case* in materia di *intention to be bound* per ciò che concerne i *cc.dd. domestic agreements*, interessanti spunti di riflessione offre una recente pronuncia delle *Supreme Court* inglese.

In *Radmacher v Granatino*,¹¹⁸ viene sottoposto al vaglio dei giudicanti un *ante-nuptial agreement*, con riferimento al quale la Corte giunge ad affermare la piena possibilità che,

¹¹⁵ Non è questa la sede per approfondire, come meriterebbe, un aspetto comunque rilevante allorché si parli di *intention*. Per ovvie ragioni logistiche si dà, in questa sede, per scontato che l'espressione va intesa in senso assolutamente oggettivo. Alcuni Autori hanno efficacemente chiarito tale concetto. Tra di essi, R.B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual agreements*, cit., p. 40, letteralmente: «*At least in theory, in both English and U.S. law requires that courts observe the external manifestations of party intention and not inquire as to their inner or hidden intention. [...]The objective theory is in contrast with the rules of interpretation and construction found in civil law codes, where a desire for "theoretical consistency" causes courts to seek out the real intention of the parties to an agreement and not necessarily their writings and other external manifestations of intention*». Anche la casistica ha offerto un significativo contributo. In *Smith v Lucas*, 18 Ch.D. (1888) 531, 542., si legge: «*One must consider the meaning of the words used, not what one may guess to be the intention of the parties*». Similmente, in *Oscar Chess Ltd. v Williams* [1957] 1 W.L.R. 370, 375:«*Some misunderstanding has arisen as to the word "intended". It is sometimes supposed that the tribunal must look into the minds of the parties to see what they themselves intended. This is a mistake ... The question whether a warranty was intended depends on the conduct of the parties, on their words and behavior, rather than on their thoughts*».

¹¹⁶ Ulteriori interessanti sviluppi di tale considerazione sono contenuti in S.SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., p.128, dove l'Autore, riferendosi ancora una volta al ben noto *case*, mette in rilievo:«[...]l'irrilevanza dell'*arrangement*, atteso che esso era intervenuto tra coniugi non separati e, dunque, i relativi profili erano regolati in *law*. È evidente che, al riguardo, utilizzare la carenza di *intention* è un mero artificio diretto a riaffermare il principio della *family privacy*»

¹¹⁷ In realtà, non sono mancati i rilievi critici di quanti hanno riscontrato un sopraggiunto anacronismo dell'orientamento affermato, e tradizionalmente richiamato, in *Balfour v Balfour*. Si veda, ad esempio, M.FREEMAN, "Contracting in the Haven: *Balfour v Balfour* Revisited" in *Exploring the Boundaries of Contract*, Dartmouth, Aldershot, 1996, p.68, dove l'Autore sottolinea come, nella prospettiva di un *family lawyer*, la decisione adottata nel noto *case* debba considerarsi ormai superata. Essa non sembrerebbe più in grado di rispecchiare la realtà e non si porrebbe in linea con gli sviluppi che hanno, nel tempo, interessato il diritto di famiglia.

¹¹⁸ [2010], UKSC 42, [2010] 3 *Weekly Law Reports*, 1367.

attraverso di esso, le parti abbiano inteso vincolarsi seriamente; può ben accadere, cioè, che pur trattandosi di rapporti di carattere personale, anzi familiare, taluni accordi che li regolano (nello specifico, accordi pre-nuziali) possano essere sorretti da una *intention* atta ad imprimergli il crisma della contrattualità¹¹⁹.

Ebbene, nel caso di specie, ciò che rileva non è tanto se ci si trovi, o meno, di fronte ad una fattispecie contrattuale (e, nello specifico, tale eventualità si realizza), quanto piuttosto il fatto che la Corte non sia vincolata a tale qualificazione, almeno fino a quando la legge non disponga espressamente che gli *ante-nuptial agreements are binding*.

Verrebbe allora da chiedersi se tale pronuncia, realizzando uno sdoganamento della presupposizione di *non enforceability* dei *social and domestic agreements*, non possa considerarsi come il segno di un nuovo approccio, più liberale, delle corti inglesi al tema dei *binding effects* dei *pre-contractual agreements* anche in contesti diversi rispetto a quelli delle relazioni familiari, per esempio nell'alveo dei contesti commerciali. Di certo, esso non sarebbe mai in grado di incidere propriamente sul diritto ma potrebbe, forse, mostrare i segni di un nuovo *trend* in *English Law*, in grado di superare gli angusti confini della tradizionale dottrina della *consideration*.

2.3. La presupposizione di *intention* nei *commercial agreements*.

Si è detto che, almeno con specifico riguardo ai *commercial agreements*, il *Common Law* stabilisce una generale presupposizione di vincolatività¹²⁰, coerentemente con l'idea di fondo che tende a collocare in un regime di impegnatività *in law*¹²¹ l'intero traffico commerciale.

Ciò nondimeno, come ampiamente sottolineato dalla trattatistica tradizionale ed in ossequio alle argomentazioni sviluppate in molte delle decisioni delle corti inglesi ed americane, è perfettamente ammissibile che le parti esercitino un'ampia discrezionalità nello stabilire quale sia il valore che desiderano attribuire agli *agreements* tra di esse intervenuti, ivi inclusa la possibilità di sottrarli alle *legal consequences*.

¹¹⁹ È bene precisare che il passaggio centrale della pronuncia in esame è quello nel quale viene puntualizzata l'effettiva portata di una decisione di tal fatta ad opera delle parti: anche qualora esse abbiano effettivamente inteso imprimere il crisma della contrattualità al proprio accordo pre-nuziale (o anche post-nuziale) la Corte non è assolutamente vincolata a tale qualificazione, ma può discrezionalmente valutare l'opportunità, o meno, di accordare i *remedies* richiesti dall'attore.

¹²⁰ In tal senso e per un'ampia disamina del tema, si veda R.DUXBURY, *Contract Law*, Oxford 2011, pp. 43 ss.

¹²¹ Così S.SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., p. 128.

La possibilità di concludere affari confidando, per la buona riuscita degli stessi, esclusivamente nella buona fede e nel senso dell'onore del proprio interlocutore, senza doversi ingabbiare (o, secondo un diverso punto di vista, tutelare) in rigidi schemi contrattuali, viene motivata anzitutto facendo leva sulla natura del rapporto (*business*) e, poi, evocando considerazioni di *policy* che, di certo, non si frapporterebbero in alcun modo al rispetto della volontà delle parti, allorché questa sia manifestata in maniera chiara e non equivocabile.

Tali percorsi argomentativi offrono, a ben guardare, un'ulteriore conferma del fatto che la categoria dell'*intention*, anche qualora le si voglia, per ipotesi, riconoscere un pieno affrancamento dall'orbita gravitazionale della *consideration*, non gode effettivamente di un proprio esclusivo ambito di operatività, ma finisce con il ridursi sempre a schermo attraverso cui far filtrare ragioni di *policy*.

Sono proprio queste valutazioni di carattere latamente politico che, come visto, giocano un ruolo di primo piano nella complessa ma fondamentale opera di qualificazione delle fattispecie, compiuta dalle Corti¹²², soprattutto nelle ipotesi contrassegnate dal silenzio delle parti.

Appare di particolare interesse, attesa la sostanziale afferenza della presente indagine al tema dei contratti internazionali, che proprio con riguardo a tali tipologie si sia, peraltro, registrata una certa disponibilità delle Corti ad accettare le statuizioni delle parti, tese a sottrarre un determinato rapporto alle previsioni di diritto sostanziale¹²³, in particolar modo quando le stesse abbiano omesso di indicare la disciplina nazionale applicabile¹²⁴.

Ad ogni buon conto e ritornando alla presupposizione di vincolatività che caratterizza i *commercial agreements*, è pur vero che, nella nutrita casistica di *common law*,

¹²² S.SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, cit., p. 93 sottolinea come, da parte di alcuna dottrina, sarebbe stato preferibile un atteggiamento più prudente, allorché si è trattato di descrivere la categoria della *intention*; un'eccessiva generalizzazione di quest'ultima ha finito con il porre la questione su di un piano sbagliato, quello della esclusiva volontà delle parti, laddove invece fondamentale è il ruolo svolto dalle Corti, allorché si tratti di colmare il vuoto lasciato dalle mancate dichiarazioni delle parti.

¹²³ Molteplici sono, invero, gli esempi in cui l'esclusione riguarda non soltanto il diritto sostanziale ma anche quello processuale. Sono questi i casi, numerosissimi, in cui la problematica in esame si sovrappone, quasi a confondersi, con quella dell'arbitrato.

¹²⁴ Nella pur nutrita casistica, da sempre coloro i quali considerano l'intenzione un requisito essenziale ai fini della formazione di un *contract*, sono soliti richiamare, quale esempio emblematico, *Rose e Frank Co. v. J.R. Crompton e Brothers Ltd*, in (1925) A.C., L.R., p.445 ss.

numerosi sono stati i casi in cui le corti si sono trovate dinanzi al problema di stabilire se le parti avessero inteso, o meno, vincolarsi giuridicamente.

Ciò è accaduto, in particolar modo, nelle ipotesi in cui l'accordo non conteneva un'espressa negazione di *legal effects* ed allora la non *enforceability* di un *agreement* si è posta come una circostanza tutta da dimostrare, ad opera della parte che intendeva sottrarsi agli impegni dedotti nelle dichiarazioni rese al proprio interlocutore. La questione, cioè, si è spostata sul piano dell'*onus probandi*, peraltro abbastanza gravoso, considerando il fatto che la presupposizione accolta in *business law* risulta alquanto difficile da sovvertire.

A tale ultimo proposito, tradizionalmente considerato emblematico è il caso *Edwards v Skyways*¹²⁵ dove, peraltro, la valutazione cui è chiamata la Corte passa anche attraverso l'interpretazione di un'espressione impiegata nell'accordo, "*ex gratia*" *payment*, che sebbene non ne escluda apertamente gli effetti legali, evoca evidentemente intenti non molto dissimili.

L'accordo in questione era intervenuto tra la *Skyways Ltd*, una società aeronautica, e le organizzazioni sindacali dei lavoratori dipendenti della medesima e, con esso, si è convenuto che ai piloti *declared redundants* e, pertanto, raggiunti da lettera di licenziamento, sarebbe stato corrisposto un *payment "ex gratia"*, di importo più o meno pari all'ammontare dei contributi da ciascuno versati al fondo pensionistico durante tutto il periodo lavorativo. Il signor *Edwards*, uno dei dipendenti della società, già precedentemente avvisato dell'imminente licenziamento a causa dell'esubero del numero dei piloti, appreso dell'accordo, decise di dimettersi volontariamente rivendicando, tra le altre spettanze, la somma "*ex gratia*" promessa nel summenzionato accordo.

La *Queen's Bench*, investita della decisione sul caso, si accinse ad una ricostruzione dell'intenzione delle parti, sì come essa si era oggettivata nel contegno delle medesime, non senza tenere in debito conto le circostanze tutte della vicenda.

L'impossibilità di negare, sì come la convenuta società avrebbe voluto, la serietà (ossia vincolatività) dell'impegno a corrispondere la somma "*ex gratia*" pretesa dall'attore (e da chiunque altro, ricorrendone i presupposti, ne avesse fatto richiesta) fu ricollegata anzitutto al contesto, quanto mai ufficiale e qualificato (un apposito *meeting* con i sindacati), in cui venne raggiunto l'accordo. Di certo sarebbe stato poco credibile che l'accordo

¹²⁵ In (1964), 1, *All. E. R.*, p. 494 ss., cui si rimanda per una dettagliata ricostruzione dell'intera vicenda.

concluso con le rappresentanze sindacali avesse avuto il valore di una pattuizione raggiunta *in honour only*.

In secondo luogo, pur volendo attribuire rilevanza alla formula ambigua “*ex gratia*”, solitamente impiegata allo scopo di sottrarre l'importo erogato alle imposizioni fiscali, questo intento e, in generale, tutto quanto presente «*in the minds of some of the persons*» che avevano preso parte al *meeting*, «*is far*» - queste le parole del giudice *Megan*¹²⁶ - «*from sufficient to establish that the parties – both of them – affirmatively intended not to enter into legal relations*».

Il caso *Edwards v Skyways*¹²⁷, insomma, dimostra anzitutto quanto difficile sia “demolire” la presupposizione di vincolatività di un accordo intervenuto a suggellare una transazione commerciale ma, ancor più, illustra tutte le componenti che, concretamente, entrano in gioco allorché, in assenza di una espressa dichiarazione di volontà delle parti, spetti alla Corte valutare la portata dell'impegno da esse assunto. La complessa operazione compiuta dai giudicanti non si limita ad indagare semplicemente quanto i partecipanti all'accordo avessero in mente, ma si spinge a considerare tutte le circostanze del caso ed, in particolare, come giungono a combinarsi i diversi interessi in gioco, al precipuo scopo di accertare che dall'assetto fissato derivi un'equa ripartizione di vantaggi e sacrifici. Ancora una volta vengono ad intrecciarsi, fino quasi a confondersi, i due piani della *consideration* e della *intention*.

In *Edwards v Skyways* non sfuggì, infatti, alla Corte uno sbilanciamento ad esclusivo vantaggio della società: «a dispetto dell'intento dichiarato, “*ex gratia*”, il pagamento della somma aggiuntiva corrispondeva al vantaggio per l'azienda di avviare a soluzione, senza contenzioso, ... la questione dell'esodo del personale per esubero»¹²⁸.

¹²⁶ A conferma delle osservazioni generali sopra riportate, è appena il caso di richiamare il passaggio in cui lo stesso *Megan* sottolinea che: «*In the present case, the subject matter of the agreement is business relations, not social or domestic matters ... I accept the propositions ... that in a case of this nature the onus is on the party who asserts that no legal effect was intended, and the onus is a heavy one.*»

¹²⁷ È indubbio che trattasi di un vero e proprio *leading case*, più e più volte richiamato nelle successive ipotesi in cui sono emerse problematiche analoghe in tema di *intention*. In questa sede, è appena il caso di fare almeno menzione dei più significativi tra essi: *Esso Petroleum Co Ltd v Commissioners of Customs and Excise*, [1976] 1 WLR 1, *House of Lords* in cui, parimenti, emerge che il banco di prova, nell'opera di qualificazione immancabilmente spettante alla Corte, è rappresentato dal bilanciamento degli interessi e delle esigenze avuti di mira dalle parti; *Kleinwort Benson Ltd. V. Malaysia Mining Corp. Bhd*, [1989] 1 w.l.r. 379 (C.A.), peraltro già richiamato in tema di *confort letters* in cui il *leading case* viene richiamato “in negativo”, nel senso di negare l'applicabilità, alla fattispecie esaminata, della famosa “presupposizione”, attesa l'impossibilità di configurare un vero e proprio *agreement* e, dunque, un requisito indefettibile.

¹²⁸ S.SICA, *Gentlement's agreements* e intento giuridico, *cit.*, p. 103.

Ancorché sporadici, non sono comunque mancati casi in cui la presunzione di vincolatività connessa alla natura commerciale di un accordo è stata, nel caso concreto, superata.

In alcune ipotesi, ciò si deve all'operato stesso delle parti, che hanno espressamente affermato la natura *not legally binding*¹²⁹ dell'accordo raggiunto.

Altra utile esemplificazione è rappresentata dagli accordi collettivi stipulati da *trade unions and employers*.¹³⁰

In via di estrema sintesi, dunque, alla luce dell'analisi sin qui svolta, sembra potersi concludere che il *common law* non concepisce la "intenzione" come un elemento indispensabile affinché possa sorgere un contratto.

Un ruolo di primo piano è, senz'altro, svolto dalla classificazione degli accordi ed in particolare, come visto, dalla loro suddivisione in *social and domestic agreements*, da un lato, e *commercial agreements*, dall'altro.

Tenendo conto di questa basilare distinzione, se una *promise* è del tipo di quelle normalmente non considerate vincolanti dalla legge, è evidente che quest'ultima *will not enforce it*, a meno che le parti coinvolte non manifestino una ferma intenzione di segno contrario.

Parimenti, la legge considererà *enforceable* quelle fattispecie appartenenti alla tipologia tradizionalmente intesa come *binding* a meno che, anche in questo caso, la volontà degli interessati non sia orientata (ed esternata) in senso opposto.

Di certo, in entrambi i casi, appare indispensabile la sussistenza di un *agreement* e, anche qualora si verta in materia di traffici commerciali, nulla impedisce che da esso non sorga alcuna *contractual obligation*.

¹²⁹ All'uopo, sembra potersi richiamare il già menzionato caso *Rose e Frank Co. v. J.R. Crompton e Brothers Ltd*, in cui le parti inserirono direttamente una c.d. "honour clause".

¹³⁰ Secondo il *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, section 79*: «1. *A collective agreement shall be conclusively presumed not to have been intended by the parties to be a legally enforceable contract unless the agreement a) is in writing and b) contains a provision which (however expressed) states that the parties intend that the agreement shall be a legally enforceable contract.*

2. A collective agreement which does satisfy those conditions shall be conclusively presumed to have been intended by the parties to be a legally enforceable contract.

Per una più approfondita riflessione sul *domain of contract* e su quali fattispecie tradizionalmente, ormai, fuoriescono dai relativi confini, si veda B.RUDDEN, *The domain of contract-1:English Report*, in *Contract Law Today*, by D.R.HARRIS-D.TALLON,1989, pp.81-113.

Quanto, infine, alla *intention to make a contract*, da tutto quanto sin qui esposto, emerge chiaramente che essa possa essere definita come uno degli “*indicia of seriousness*” che ciascun ordinamento esige si configurino affinché un *agreement* possa dirsi *enforceable*.

Non sembra, però, che essa sia riuscita a guadagnarsi effettivamente il proprio posto al sole nel panorama della teoria del contratto, quantomeno nel senso di riservarsi un proprio esclusivo margine di operatività che non la riconduca costantemente nello spazio gravitazionale della *consideration*.

L’esperienza finora maturata dimostra, semmai, il contrario: l’*intention* si colloca in una posizione, se non proprio ancillare, quantomeno di complementarità rispetto alla ben più nota categoria, della quale provvede a colmare le lacune, oltre ad attutire le numerose incongruenze insite nell’applicazione di un rigido modello di *bargain*, di per sé incapace di calibrare la qualificazione delle fattispecie concrete secondo i parametri di *policy*, *morality* ed *efficiency* cui specificamente si aggiunge, allorché si tratti di relazioni commerciali, l’ulteriore riferimento alla c.d. *business efficacy*¹³¹.

3. Elementi costitutivi della formazione dei contratti nei principali sistemi di *civil law*.

Al fine di offrire una ricostruzione più completa, ancorché non esaustiva, della cornice normativa entro cui vanno ad inserirsi le fattispecie contrattuali attraverso cui si intesse la maggior parte delle relazioni che animano il commercio internazionale, non ci si può esimere dal rivolgere lo sguardo anche alla famiglia di *civil law* e agli ordinamenti che, al

¹³¹ Più avanti, nella trattazione, si avrà modo di soffermarsi in maniera più approfondita su questo importante concetto che tanto peso riveste nella disciplina delle relazioni commerciali, al punto da indurre talora la *hard law* a cedere il passo dinanzi alla maggiore funzionalità delle soluzioni proposte in *soft law*. In questa sede è appena il caso di dare il giusto rilievo alla nozione in esame, richiamando il caso *Moorcock*, (1889) 14 P.D. 64, attinto alla giurisprudenza inglese, in cui si rinviene peraltro il più famoso *judgment* di Lord Justice Bowen. Quest’ultimo, ivi, molto chiaramente afferma che le corti sono tenute a considerare implicitamente inseriti (cc.dd. “*implied terms*”) nel contratto quegli elementi, quelle condizioni che imprimono al contratto stesso “*business efficacy*”, perché è a sua volta implicito che le parti “debbano volere” che l’assetto impresso ai propri rapporti soddisfi tale fondamentale requisito economico. A tale ultimo proposito si parla anche di “*officious bystander test*”, per il quale si rinvia a *Shirlaw v Southern Foundaries Ltd.*, [1939] 2 K.B 206.

suo interno, possono dirsi maggiormente rappresentativi: quello francese, quello italiano ed, infine, quello tedesco¹³².

È appena il caso di sottolineare che, per differente impostazione e tradizione rispetto ai sistemi di *common law*, pur non volendo negare il notevole contributo offerto dalla giurisprudenza, allorché si è trattato di colmare le lacune lasciate dal legislatore, prevalente è il ruolo svolto, nei richiamati ordinamenti continentali, dal formante normativo al quale, dunque, deve anzitutto farsi riferimento allorché si intenda indagare quale sia il modello contrattuale proposto da ciascuno di essi e su quali presupposti sia fondato il suo essere “*binding*”.

3.1. Ordinamento francese.

Il *contrat*¹³³, nel diritto francese, costituisce una *species* della più generale categoria delle *conventions* dalle quali, oltre che obbligazioni, possono scaturire ulteriori conseguenze come, ad esempio, il trasferimento di un’obbligazione.

Il *contrat* costituisce, poi, la principale fonte di obbligazione. La norma di cui all’art. 1101 del *Code Civil* lo definisce, specificamente, l’accordo dal quale sorge l’obbligo, di una o più persone, di dare, fare o non fare qualsiasi cosa, nei confronti di altrettante persone.

L’accordo, dunque, sembra essere il nucleo centrale della nozione, su cui vanno poi ad innestarsi le altre componenti fondamentali, affinché possa ravvisarsi una fattispecie contrattuale. La norma di cui all’art. 1108 del *Code Civil*, dopo aver richiamato il necessario consenso della parte che si obbliga, annovera la capacità di contrarre del medesimo, la certezza dell’oggetto che forma la materia del contratto stesso ed, infine, la sussistenza di un causa lecita.

Evidentemente, affinché possa ritenersi formato un contratto valido non è richiesto, dall’ordinamento francese, che le parti intendano darvi origine¹³⁴.

¹³² Per una interessantissima analisi del tema della formazione dei contratti all’interno dell’annoso progetto di formazione di un *European Civil Code*, si veda R.SACCO, *Formation of contracts* in AA.VV., *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 483 ss.

¹³³ La letteratura in tema di contratti nel diritto francese è, comprensibilmente, vastissima. In questa sede ci si limita a richiamarne una minima parte, alla quale si rimanda per una trattazione che vada ben oltre i pochi cenni essenziali che soli, per ragioni logistiche, possono trovare spazio nella presente sede: L.JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Parigi, 1932-36, *passim*; M.PLANIOL-G.RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Parigi, 1925-1934, *passim*; C.AUBRY-C.RAU-A.PONSARD, *Droit civil français*, Parigi, 1989, *passim*;

Sin da questi pochi dati essenziali, è possibile cogliere la profonda distanza che si pone tra l'ordinamento in esame ed il già descritto modello di *common law*, imperniato su una nozione di contratto inteso come “*a promise in return for good consideration*”¹³⁵.

Non desta alcuna meraviglia, dunque, la completa estraneità al modello francese (e, del resto, alla gran parte degli ordinamenti di *civil law*) della dottrina della *consideration* la quale, come sopra ampiamente chiarito, svolge sia in maniera diretta che mediata, un ruolo di primo piano nell'imprimere *seriousness* all'impegno assunto dalle parti, tra cui sia intervenuto un accordo.

Come di consueto, anche nell'esperienza francese il processo formativo di un *contrat* si snoda attraverso l'operatività del meccanismo offerta-accettazione.

Per offerta, si intende una dichiarazione unilaterale di volontà, attraverso cui una persona propone ad una o ad altre persone, o anche al pubblico, di concludere un contratto, opportunamente individuato nei suoi elementi essenziali.

Va da sé che una mera proposta di entrare in trattative non possa considerarsi un'offerta.

Quando, invece, l'offerta si presenta corredata di tutte le componenti identificative di una determinata fattispecie contrattuale quest'ultima, per venire ad esistenza, avrà bisogno della mera accettazione della parte cui essa si rivolge.

Il principio generale da cui risulta sorretto il regime dell'offerta è quello per cui, fino a quando non venga accettata dal destinatario, essa non vincola affatto il suo autore che, pertanto, può ritenersi libero di revocarla in qualsiasi momento¹³⁶.

Una parziale deroga a tale regola è prevista per l'ipotesi in cui sia l'offerente stesso a limitare l'esercizio *ad libitum* della propria facoltà di revoca. Ciò accade, ad esempio, attraverso la precisa assegnazione di un termine¹³⁷ per l'accettazione, cosa che può avvenire

¹³⁴ Così A.DE MOOR, *Contract and Agreement in French and English law*, 6 Oxford J. Legal Studies, (1986), pp.275-278.

¹³⁵ Così, B.NICHOLAS, *French Law of Contract*, Oxford, 1992, p. 144.

¹³⁶ Tale orientamento affonda le proprie radici nelle pronunce giurisprudenziali risalenti agli inizi del ventesimo secolo. A mero titolo esemplificativo, si richiamano: *Cass. civ.* 9 Mai, 1904; *Cass. civ.* 3 Février, 1919.

¹³⁷ Solitamente è lo stesso offerente a stabilire il termine di validità (ed immodificabilità) dell'offerta anche se, la giurisprudenza ha ormai da tempo optato, soprattutto allorché si verta in materia di rapporti sorti all'interno di traffici commerciali, per una presupposizione, in favore del destinatario di un offerta, che questi disponga pur sempre di un ragionevole margine entro cui poter valutare le

attraverso una espressa previsione in tal senso, oppure può desumersi dalle concrete circostanze del caso o, anche, dagli usi invalsi nel commercio.

In queste ultime ipotesi, invero, sono le corti ad esigere che l'offerta sia mantenuta ferma almeno per il tempo necessario, a chi ne sia destinatario, di valutarla compiutamente.

In ogni caso, prima del decorso di tale termine, l'offerta deve essere tenuta ferma da chi l'abbia avanzata, salva l'insorgenza di un obbligo di risarcimento¹³⁸ qualora l'offerente disattenda questa limitazione.

Attesa la già richiamata assenza del requisito della *consideration*, il diritto francese ricollega al mero incontro di offerta ed accettazione il sorgere del vincolo contrattuale¹³⁹.

Ovviamente, l'accettazione deve essere perfettamente coincidente con il contenuto dell'offerta o, detto altrimenti, essa non può prevedere condizioni, statuizioni o, comunque, elementi differenti o aggiuntivi, altrimenti equivarrebbe ad un rifiuto, accompagnato ad una controproposta¹⁴⁰.

condizioni dell'affare e comunicare, poi, alla controparte le proprie determinazioni in merito ad un'eventuale accettazione o meno.

¹³⁸ Per un approfondimento circa il fondamento giuridico di tale obbligo di risarcimento, si veda K.ZWEIGERT-H.KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato – Istituti*, cit., p.50 ss.

¹³⁹ Quanto alla determinazione esatta del momento in cui un contratto può dirsi concluso, la annosa diatriba tra i sostenitori dei due principali orientamenti, rispettivamente detti della “*expedition*” e della “*reception*”, sembra potersi ritenere tendenzialmente sbilanciata in favore del secondo, per cui le parti possono dirsi vincolate alle prestazioni rispettivamente dedotte soltanto allorché l'offerente abbia ricevuto notizia dell'altrui accettazione. Si veda, tra i tanti, J.L.AUBERT, *Notions èt roles de l'offre et de la acceptation dans la formation du contrat*, Parigi, 1970, *passim*; R.RODIERE, *La formation du contrat*, Parigi, 1979, *passim*; più recentemente, poi, si consideri M.FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, 2002, *passim*.

Se quella sopra descritta è la posizione nel tempo assunta dalla dottrina, in K.ZWEIGERT-H.KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato – Istituti*, cit., p.52 gli Autori sottolineano che la giurisprudenza della *Suprema Cour de Cassation* ha sempre ritenuto di poter individuare il momento esatto in cui la dichiarazione di accettazione produce i suoi effetti, sia avendo riguardo alle circostanze oggettive che caratterizzano la fattispecie, sia provando a ricostruire ed interpretare la precisa volontà delle parti. Il tutto, non senza destare non poche perplessità circa l'effettiva efficacia di un tale metodo in quegli ordinamenti che affidano la determinazione esatta di tale momento elusivamente alle previsioni normative. Gli Autori, pur riferendo di tale “sguardo critico” ad opera delle differenti esperienze maturate in altri ordinamenti, non possono fare a meno di riferire che l'operato dei tribunali di merito, avallato dal descritto orientamento della *Cour de Cassation*, ha generato soluzioni pregevoli e oggettivamente eque.

¹⁴⁰ È pur vero che le corti, in alcuni casi, hanno riconosciuto la sussistenza di una fattispecie contrattuale a tutti gli effetti, nonostante non tutti gli elementi in essa contenuti fossero coperti da un assenso di entrambe le parti. Evidentemente, dalla complessiva valutazione delle circostanze emergeva in maniera inequivocabile che il pieno accordo anche su questi elementi non fosse inteso dalle parti come *conditio sine qua non* per la formazione del contratto stesso.

In linea di principio, gli effetti dell'accettazione si ricollegano soltanto ad una espressa manifestazione di volontà, giacché si tende a negare qualsiasi rilevanza, sotto questo profilo, ad una condotta concludente.

Soltanto in presenza di particolari circostanze – questo, almeno, l'orientamento diffuso dal formante giurisprudenziale da tempo ormai risalente – potrebbe riconoscersi al silenzio un'efficacia equivalente rispetto a quella di un'accettazione espressa.

Una di esse potrebbe essere la preesistenza di una lunga relazione di affari tra le parti coinvolte in una nuova contrattazione¹⁴¹; altre volte, la portata significativa del silenzio può derivare dalle regole d'uso che trovano largo, per non dire prevalente, impiego nell'alveo delle relazioni commerciali¹⁴².

Deve comunque, ed in linea generale, riconoscersi alle corti francesi un approccio tendenzialmente incline ad indagare la reale intenzione delle parti, ogni qualvolta ciò si sia rivelato particolarmente illuminante ed utile ai fini di una adeguata qualificazione delle fattispecie più complesse.

Ad ogni buon conto, fino a quando il contratto non può dirsi concluso e si versi ancora nella fase di negoziazione (*pourparles*), non sorge alcuna obbligazione; ciò non di meno, può accadere che una interruzione delle trattative faccia incorrere in responsabilità la parte che vi abbia dato luogo, adottando una condotta dolosa o perpetrando una grave negligenza.

Si tende, invece, a riconoscere piena vincolatività alle cc.dd. *promesses de contrat* ed agli *avant-contrats*. Su entrambi si avrà modo di ritornare più avanti.

3.2. Ordinamento italiano.

Se confrontata col dettato normativo di cui all'art. 1101 del *Code Civil*, sopra esaminato, la disposizione codicistica contenuta nel nostro art. 1321 lascia emergere la fisionomia di una fattispecie ancora più dettagliatamente definita.

¹⁴¹ Si veda, ad esempio, *Trib. Comm. Nantes, May 19, 1906; Cour de Paris, November 25, 1920.*

¹⁴² Talvolta, anche un'offerta formulata nell'esclusivo interesse del suo destinatario ha indotto la giurisprudenza francese a configurare un silenzio concludente, idoneo dunque a far sorgere un contratto: *Cass. req., June 11, 1925, and June 17, 1938, Sirey I, 386.*

Il nucleo fondamentale è pur sempre rappresentato dall'accordo¹⁴³ però, sotto un profilo squisitamente soggettivo si può notare che al termine "persona" si preferisce quello di "parte", notoriamente inteso come centro di interessi.

Quanto, poi, all'aspetto oggettivo si richiede, affinché possa parlarsi di contratto, il requisito della patrimonialità del rapporto giuridico che le parti vanno a costituire, modificare o estinguere.

Non sussistono grandi differenze, rispetto al descritto modello francese, in ordine alle componenti essenziali che governano la vicenda genetica di un contratto: molto similmente, infatti, la proposta¹⁴⁴ consiste in una dichiarazione di volontà, formulata da un soggetto legalmente capace e munita di un contenuto dispositivo in grado di prefigurare quello contrattuale, che viene rivolta ad altro (o altri) soggetto capace.

L'eventuale accettazione¹⁴⁵, perfettamente conforme alla proposta sotto il profilo sostanziale e munita del requisito formale, quando richiesto, "chiude il cerchio" e determina la nascita del contratto vero e proprio.

¹⁴³ Celebre, la definizione che ne dà il Gazzoni: parlare di accordo equivarrebbe a dire "*in idem placitum*", ossia «incontro delle volontà dei contraenti su un assetto disciplinare che realizza i loro interessi». Così, per l'appunto, F.GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, pp. 841 ss.

¹⁴⁴ Attesa l'importanza dell'argomento, qualsiasi elencazione delle innumerevoli opere in cui la dottrina si è occupata del tema, finirebbe con il risultare inevitabilmente riduttiva. È appena il caso, pertanto, in questa sede di richiamare, almeno, le differenti opinioni facenti a capo a due fra i più autorevoli rappresentanti della scienza giuridica italiana, Gazzoni e Bianca, in merito alla diversa natura giuridica che deve attribuirsi alla proposta contrattuale.

¹⁴⁵ Fatta eccezione per le ipotesi in cui è un silenzio concludente (pur ammissibile in presenza di determinate circostanze) a determinare l'instaurarsi di un rapporto contrattuale, in linea di principio, è l'accettazione che si realizza attraverso una espressa manifestazione di volontà. Quanto al momento esatto in cui il contratto stesso può finalmente dirsi concluso, lo stesso codice civile, nella norma di cui all'art. 1326, al comma 1, detta la regola generale, secondo cui la nuova fattispecie viene ad esistenza quando il proponente viene a conoscenza dell'accettazione ad opera dell'altra parte. È lui per primo ad acquistare consapevolezza della nascita del contratto e degli effetti giuridici che immediatamente ne conseguono ed è, pertanto, tenuto a liberare l'accettante dalla situazione di dubbio in cui versa, dandogli comunicazione dell'eventuale tardività dell'accettazione.

Come sopra accennato, l'accettazione è ammessa, dall'ordinamento italiano, anche in forma tacita. L'art. 1327 c.c. contempla l'ipotesi in cui, o perché così ha richiesto lo stesso proponente o perché è la natura stessa dell'affare a renderlo opportuno, la prestazione deve essere eseguita direttamente, ossia senza alcuna preventiva risposta. In tal caso, il contratto si considera concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione e spetterà all'accettante comunicare prontamente all'altra parte l'avvenuto inizio dell'esecuzione, pena l'onere di risarcire il danno a questa cagionato.

È interessante notare, in prospettiva comparatistica, la peculiare disposizione dettata, sul punto, dal Codice civile generale austriaco. Il §864, al comma 1, così recita: «*A seconda della natura del negozio o degli usi commerciali non ci si deve aspettare una dichiarazione espressa di accettazione, quando, nel rispetto del termine stabilito o in ogni caso adatto alle circostanze, il contratto viene di fatto concluso in modo conforme alla proposta*» (testo tradotto in F.CARINGELLA-S.BENETTI-M.GALLETTI, *Codice di Diritto Civile Comparato*, Roma, 2008, p.305).

Per l'ipotesi in cui l'accettazione differisca, anche parzialmente, dalla proposta si come formulata, per cui alcuni punti non sono coperti dall'accordo delle parti, non necessariamente questa circostanza vale ad inibire il sorgere del vincolo contrattuale. Può ben darsi, infatti, che le parti forniscano la prova che si tratti di aspetti "secondari" del rapporto costituendo e che su di essi ci si possa accordare anche dopo che il contratto sia stato formalmente concluso¹⁴⁶.

Di notevole interesse, ai fini dell'indagine che qui si sta conducendo, è la netta distinzione, più nitida nell'ordinamento italiano rispetto ad altri ordinamenti, tra la fase precontrattuale e quella propriamente contrattuale che caratterizzano la conclusione di un determinato affare.

Come si è già avuto modo di chiarire a più riprese, la fase precontrattuale è caratterizzata dallo svolgimento delle trattative, ovverossia da tutti quei contatti, quei confronti, quelle discussioni tra gli interessati, volti a creare i presupposti per una cristallizzazione dell'assetto pianificato, attraverso l'apposizione del crisma della contrattualità.

Fino a quando, perciò, le circostanze non possono dirsi ancora "mature", non è configurabile una vera e propria proposta.

Ciò, principalmente, è dovuto al fatto che, come visto, l'offerta contrattuale, oltre ad individuare con precisione tutti i termini del futuro contratto è sorretta dalla ferma, seria intenzione delle parti di vincolarsi contrattualmente.

Quando, invece, le parti indugiano ancora sulla definizione di condizioni, termini ed, in generale, elementi del futuro contratto non è detto, anzi è fortemente improbabile, che essi abbiano già maturato tale intimo proposito.

Va da sé, allora che la proposta non vada intesa come una fase delle trattative ma possa, al contrario, costituire il fisiologico epilogo di una comunicazione negoziale (più o meno prolungata) oppure possa essa stessa determinare l'apertura delle trattative, allorché scaturisca da una controfferta.

¹⁴⁶ Nulla esclude che, al medesimo scopo, si renda necessario che siano le Corti a dover indagare la reale intenzione delle parti. Così è stato, per l'appunto, rilevato in F.MESSINEO, *Contratti, Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, p.45.

La promessa, ad ogni buon conto, si considera efficace sin dal momento in cui il destinatario ne abbia conoscenza e, in linea di principio, fino a quando il contratto non sia venuto ad esistenza¹⁴⁷ essa può essere sempre revocata (cfr. art. 1328, comma 1, c.c.).

Può essere lo stesso proponente a limitare la generale facoltà di revoca che, come visto, l'ordinamento gli accorda, obbligandosi a mantenere ferma la proposta per un certo tempo. Ai sensi dell'art. 1329 c.c.¹⁴⁸, se egli stesso, poi, disattende questo obbligo, la revoca è senza effetto.

Ciò che più rileva notare, per la sua stretta attinenza con la presente indagine, è che il generale principio della revocabilità della proposta è soggetto a due sostanziali limitazioni. La prima deriva dalla norma di cui all'art. 1337 c.c. che codifica espressamente – come in pochi ordinamenti giuridici accade e, di certo, non in ambito di *common law* – il principio generale che pone a carico delle parti che si trovino in trattative, e che si accingano alla formazione di un contratto, un generale dovere di orientare sempre la propria condotta ai canoni della buona fede¹⁴⁹. La violazione di tale ultimo dogma durante la fase delle negoziazioni, realizzata specificamente attraverso una revoca in mala fede della proposta, integra gli estremi della complessa fattispecie della *culpa in contrahendo* cui viene

¹⁴⁷ Si noti, invece, la rigida previsione dettata, dal codice civile portoghese, in tema di proposta.

Art. 230 - Irrevocabilità della proposta -«1. Salvo che sia previsto diversamente nella dichiarazione, la proposta contrattuale è irrevocabile dal momento in cui è stata ricevuta dal destinatario o è stata da lui conosciuta. 2. Se, ad ogni modo, prima della proposta o contemporaneamente ad essa, il destinatario riceve la revoca del proponente o ne abbia comunque conoscenza, la proposta perde efficacia. 3. La revoca della proposta, qualora sia rivolta al pubblico, è efficace se venga fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma ad essa equipollente». (testo tradotto in F.CARINGELLA-S.BENETTI-M.GALLETTI, *Codice di Diritto Civile Comparato*, Roma, 2008, p.306).

Ad ogni buon conto, si avrà modo di notare più avanti che il regime quiivi accolto si avvicina profondamente alla perentorietà delle previsioni del codice tedesco che, sostanzialmente, anticipano – rispetto alle statuizioni del nostro codice – il momento in cui la proposta acquista il requisito della irrevocabilità.

¹⁴⁸ Tale disposizione viene, poi, richiamata e trova dunque applicazione anche nell'ipotesi contemplata dalla norma di cui all'art. 1331 c.c. che, dunque, costituisce un ulteriore esemplificazione di eccezionale irrevocabilità della proposta.

¹⁴⁹ In aggiunta alla copiosa e ben nota produzione dottrinale sul tema della buona fede, per una scrupolosa ed illuminante indagine specificamente concentrata sulla fase precontrattuale (peraltro analizzato in un'interessante prospettiva comparatistica che coinvolge l'ordinamento francese) e sulle conseguenze in cui possono incorrere le parti, già impegnate in una trattativa negoziale, qualora disattendano tale principio cardine, si veda G.PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, *passim*.

tradizionalmente ricollegato, un diritto al risarcimento del *c.d. interesse negativo*¹⁵⁰ in capo alla parte che abbia subito le conseguenze di tale condotta sleale.

La seconda limitazione alla revocabilità è rappresentata, poi, dalla previsione di cui al già menzionato art. 1328 c.c., nella parte in cui contempla l'ipotesi in cui «*l'accettante*» abbia «*intrapreso in buona fede l'esecuzione*» della proposta «*prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto*».

3.3. ordinamento tedesco.

“*Vertrag*” e “*Vereinbarung*” sono i termini impiegati, nell'ordinamento giuridico tedesco¹⁵¹, per indicare, rispettivamente, i concetti di contratto e accordo.

Il contratto viene, anche in questo contesto, inteso come l'accordo intervenuto tra due o più parti, in ordine ad una materia che abbia rilevanza giuridica. Ciò vale ad escludere dal novero dei contratti in senso stretto, dunque, tutte quelle relazioni che siano fondate su legami di amicizia o di mera cortesia.

Il contratto, sotto un profilo sostanziale, costituisce anche nell'ordinamento giuridico tedesco (nonostante non esista alcuna disposizione del BGB che espressamente statuisca

¹⁵⁰ Come è noto, per interesse negativo deve intendersi l'interesse a non dare inizio ad un'inutile trattativa, composto dal danno emergente, consistente nelle spese sopportate in funzione del negoziato, e dal lucro cessante, ovvero nella perdita di altre *chance* vantaggiose. Così, G.PIGNATARO, *opera da ult.cit.*, p. 228.

È appena il caso di fare un semplice accenno, in questa sede, alla profonda evoluzione che il tema della misura del risarcimento del danno derivante dal recesso ingiustificato dalle trattative negoziali (cui, per l'appunto la nozione di interesse negativo specificamente inerisce) ha subito, soprattutto nell'ambito dei rapporti soggetti, per vari motivi, a regimi normativi differenti o, anche regolati da strumenti normativi rivolti alla disciplina di contratti transnazionali. Si avrà modo di notare ad esempio come, se i Principi *Unidroit* e i cc.dd. Principi Lando accolgono, come si evince dal commento alle disposizioni che vi si trovano contenute, la nozione di interesse negativo, già il *Draft Common frame of Reference*, oltre a non fare più impiego di tale ultima espressione, non pone alcuna limitazione al risarcimento del danno subito a seguito dell'adozione di una condotta contraria a buona fede.

¹⁵¹ La disciplina dei contratti può essere ricostruita non solo avendo riguardo al più importante codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB*), ma anche al codice del commercio (*Handelsgesetzbuch/HGB*), alla normativa sul credito al consumo (*Verbraucher Kreditgesetz*) e a quella dettata in tema di assicurazioni (*Gesetz über den Versicherungsvertrag/VVG*). Importanti sono, altresì, gli interventi normativi realizzati nel corso del tempo, come la disciplina dettata nel 1976 in tema di contratti standard (*Gesetz zur Regelung des Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen/AGBG*). Nonostante non possa ravvisarsi, nell'esperienza tedesca, una applicazione della regola del precedente vincolante minimamente equiparabile a quella che ha, a lungo, caratterizzato in maniera singolare gli ordinamenti di common law, è innegabile che un ruolo importante vada riconosciuto anche alla giurisprudenza, le cui pronunce si presentano tutte connotate da un elevato grado di tecnicismo che tende a renderle profondamente diverse rispetto a quelle emanate dalle corti italiane e da quelle francesi, senz'altro più corpose e digressive.

questo principio) la sintesi di una proposta e di una accettazione che devono essere tra di loro congruenti, cioè devono corrispondere perfettamente¹⁵².

Il regime adottato in tema di proposta contrattuale fa, dell'esperienza tedesca, sicuramente quella connotata dal sistema più rigido in assoluto, quanto alla determinazione degli effetti ad essa connessi, rispetto alle corrispondenti previsioni vigenti negli ordinamenti di matrice romanistica ed, ancor più, in quelli di *common law*.

Essa viene concepita, infatti, come assolutamente irrevocabile: a meno che il proponente ne abbia espressamente escluso l'efficacia vincolante, la dichiarazione di revoca è destinata a non produrre alcun effetto.

Un tale principio fondamentale si spiega adeguatamente qualora si abbia riguardo al rilievo che viene, dalle stesse disposizioni codicistiche, attribuito all'intento, quale elemento psicologico che sostiene e caratterizza le manifestazioni di volontà.

Qualora taluno rivolga ad altri una proposta contrattuale, ai sensi del § 118 BGB, egli palesa la propria ferma intenzione di vincolarsi a quanto dedotto nella proposta stessa.

Da ciò deriva, dunque, che tutte le proposte contrattuali producono immediatamente effetti vincolanti in capo a chi ne sia l'autore.

Tale previsione, si ricollega poi con il disposto di cui al § 116 che va a combinare il principio in esame con la necessità, pur profondamente avvertita nel sistema tedesco di regolamentazione dei rapporti giuridicamente rilevanti, di salvaguardare il legittimo affidamento della parte che abbia, senza sua colpa, confidato nella serietà della proposta contrattuale allorché questa, invece, ne sia del tutto sprovvista. La richiamata norma riconosce infatti alla proposta comunque una piena validità, anche qualora, dalle circostanze, emerga chiaramente che il destinatario della stessa non avrebbe, in alcun modo, potuto percepire l'assenza totale di serietà¹⁵³.

L'intenzione di vincolarsi costituisce, dunque, un elemento qualificante di una proposta contrattuale, inequivocabile indizio di serietà, non contemplando, la tradizione

¹⁵² Così, N.HORN-H.KÖTZ-H.LESER, *German Private and Commercial Law: an Introduction*, Oxford, 1982, p.74. Per un approfondimento sul tema dei contratti, nella vastissima trattatistica esistente, si veda ad esempio: H.J.SONNENBERGER-H.JURGEN-M.STEFANI, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*, Padova, 1991, *passim*.

¹⁵³ Tale ultima previsione, ritornerà di particolare utilità allorché, più avanti, si cercherà di ricostruire il regime adottato dal diritto tedesco per le c.c.d.d. lettere di intenti.

tedesca, una dottrina identica o, quantomeno, equipollente rispetto a quella della *consideration*.

Non può destare alcuna meraviglia, pertanto, il fatto che tutte le proposte che risultino sprovviste di tale fondamentale requisito abbiano finito con l'essere sempre "declassate" a null'altro che meri inviti ad entrare in trattative¹⁵⁴.

Dalla natura immediatamente vincolante della proposta contrattuale discende, quale inevitabile corollario, che il proponente non possa ritornare sui suoi passi dopo che la sua offerta abbia raggiunto il destinatario¹⁵⁵.

Qualunque sia la condotta adottata dal proponente, ormai vincolato, fino a quando la sua proposta contrattuale resta in piedi, questa non potrà determinare alcun condizionamento di sorta, quanto meno nel senso di impedire la effettiva venuta ad esistenza del contratto.

L'unico effetto che potrebbe ricollegarsi, ad esempio, ad un'iniziativa volta a distruggere i beni cui fa riferimento la proposta contrattuale oppure a rivendere i medesimi ad altri interlocutori, sarebbe quello di dar vita ad un onere, a carico del proponente, di risarcire i *negatives Vertrauensinteresse* oppure, i danni arrecati per inadempimento contrattuale.

È proprio per evitare di incorrere in tali spiacevoli conseguenze ogni qual volta le esigenze del mercato rendano opportune scelte alquanto incompatibili con i rigidi dettami dell'esaminata disciplina dei contratti, che si è progressivamente diffusa la tendenza ad inserire, soprattutto nei contratti commerciali, clausole *ad hoc* per lasciare libero l'offerente di revocare la proposta già precedentemente avanzata¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Si veda, da un lato, BGB § 145 e sentenza 3 giugno 1921, *Reichsgericht* [RGZ] 102, 227.

¹⁵⁵ Così BGB § 130.

Una previsione parzialmente difforme riguarda l'ipotesi della compresenza di proponente ed accettante al momento della formulazione dell'offerta contrattuale: in quest'ultimo caso, il proponente è vincolato alla proposta soltanto nel caso in cui l'accettazione è immediata.

In R.B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms*, cit., p.54 viene messo, opportunamente, in luce come, l'assenza di una *mail box rule* quale quella vigente in *common law* anticipa nettamente il momento in cui il contratto può considerarsi concluso.

¹⁵⁶ È tutt'altro che infrequente rinvenire, soprattutto nel contenuto dei contratti internazionali e di quelli conclusi su larga scala, l'impiego di espressioni del seguente tenore: "*freibleibend*", "*ohne Obligo*", "*widerruflich*".

Se questo è, quanto all'elemento dell'offerta, spunti forse più interessanti possono emergere da una disamina della disciplina dettata, con specifico riguardo al suo complementare, l'accettazione¹⁵⁷.

Ciò è vero non solo, e non tanto, se si abbia riguardo alla manifestazione espressa della volontà di accettare i termini contrattuali sì come puntualmente descritti nella proposta ricevuta quanto, piuttosto, andando a considerare l'eccezionale rilevanza che la legge, in maniera più o meno esplicita, talora attribuisce al silenzio.

Grazie ad una rilettura, in tale ultimo senso orientata, ad opera delle corti, la disposizione contenuta nella sezione §151 *BGB* è stata frequentemente richiamata, come fondamento normativo, da cui far discendere l'ammissibilità dell'accettazione attraverso il silenzio. Ciò avverrebbe, appunto, quando il rapporto giuridico costituendo si inserisce all'interno di una preesistente e duratura relazione contrattuale¹⁵⁸, atta a far sorgere in capo all'offerente la ragionevole aspettativa che, qualora controparte intendesse opporre un rifiuto, non potrebbe che farlo in maniera espressa.

A legittimare maggiormente tale lettura della richiamata disposizione, sembrerebbe concorrere, altresì, una disposizione (precisamente § 362 *HGB*, par.1) contenuta nel codice del commercio che, in una prospettiva analoga, indurrebbe ad individuare in una già consolidata "*business relation*" tra gli interlocutori di un nuovo possibile affare, la condizione sufficiente a rendere non necessaria un'accettazione espressa della proposta contrattuale.

Se ne desume, insomma, che gli usi del commercio¹⁵⁹ (soprattutto quello internazionale) e le esigenze di maggiore celerità nel dar vita a nuovi rapporti, che da essi

¹⁵⁷ La regola generale, vigente nell'ordinamento giuridico tedesco, che lascia emergere peraltro una non lieve differenza rispetto a quanto previsto dal codice civile nazionale, fa coincidere il momento della formazione del contratto con quello in cui l'offerente riceve l'accettazione della propria proposta contrattuale. Un regime di tal fatta dispiega, infatti, tutta la propria coerenza se posto a confronto con la disciplina dettata dal *BGB* con riferimento a qualsiasi dichiarazione di volontà: nel § 130 (1) è specificamente chiarito che essa produce i suoi effetti solo nel momento in cui viene ricevuto da colui, o coloro, ai quali è indirizzata.

Eccezioni a quanto appena descritto sono ammesse, ai sensi del § 151, soltanto nell'ipotesi in cui l'offerente abbia espressamente rinunciato agli effetti "protettivi" derivanti dall'applicazione del regime ordinario (1), oppure quando siano la prassi e gli usi del commercio ad esercitare un forte condizionamento in questa direzione (2).

¹⁵⁸ È appena il caso di richiamare in questa sede la nozione, già ampiamente descritta in nota 16, dei cc.dd. *symbiotic arrangements*, la cui caratteristica è proprio quella di inserirsi all'interno di stabili e durature relazioni d'affari tra due o più operatori determinati.

¹⁵⁹ In R.B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms*, cit., p. 55, gli Autori richiamano un caso che, più di altri, ha contribuito a far acquisire, finalmente, una

chiaramente emergono, possono incidere profondamente, come visto, anche sullo stesso processo di formazione dei contratti, determinando parziali deroghe alle modalità fissate dal legislatore, essenzialmente basate sullo scambio di espresse manifestazioni di volontà.

Da ultimo, con specifico riferimento al contenuto del contratto, al pari di quanto già rilevato per gli ordinamenti francese ed italiano, anche il *BGB* (§ 154 -1-) detta la regola generale per cui è necessario che l'accordo copra tutte gli elementi dello stesso perché una fattispecie possa considerarsi venuta ad esistenza.

Ciò non dimeno, anche nell'esperienza tedesca, è data la possibilità alle parti di attribuire convenzionalmente efficacia ad un contratto, per il quale residuino ancora degli elementi da discutere e definire. In ipotesi di tal fatta, è sufficiente che sia stato quantomeno definito il contenuto minimo dal quale poter chiaramente identificare la fattispecie legale, attraverso cui le parti intendono regolare i propri rapporti.

4. Nuovi *trend* nella disciplina della formazione dei contratti: oltre la *mirror-image rule*.

Dalla sommaria ricostruzione, sin qui compiuta, della disciplina vigente in alcuni dei più rappresentativi ordinamenti di *civil law* come di *common law*, emerge con sufficiente chiarezza la centralità rivestita dagli elementi dell'offerta e dell'accettazione nel processo, a volte lungo e complesso, di formazione dei contratti.

Si è visto, in particolare, che la relazione tra le due componenti deve necessariamente specificarsi in un rapporto di specularità quasi perfetta, onde evitare che la previsione, nell'accettazione, di ulteriori termini rispetto a quelli contenuti nella proposta contrattuale

certa rilevanza al silenzio e, come visto, alla sua idoneità talora a determinare la conclusione di un contratto pur senza che vi sia un'accettazione espressa. Il caso richiamato evoca, peraltro, un fenomeno particolarmente diffuso nella prassi del commercio, ossia quello delle *cc.dd. letters of confirmation* (*Kaufmännisches Bestätigungsschreiben*), documenti abitualmente inviati, all'esito di lunghe trattative, da una parte all'altra, allorché la prima sia persuasa del fatto che le negoziazioni siano effettivamente sfociate nell'accordo sì come da essa ivi descritto puntualmente, in ogni sua parte. Ebbene, qualora la parte che riceve la lettera non si attivi per contestare i termini e le condizioni contrattuali in un tempo ragionevole (solitamente, da uno a tre giorni), le corti sono solite conferire (non senza destare il disappunto della dottrina maggioritaria) al documento trasmesso un'efficacia costitutiva del contratto che, a quel punto, resterà cristallizzato nel suo contenuto. Ciò accadrebbe anche nell'ipotesi in cui nessun accordo sia mai intervenuto tra le parti durante le trattative, nemmeno solo oralmente.

Nonostante esista una netta differenza ontologica e concettuale tra *letters of comfort* e *letters of intent* (attenendo, soltanto queste ultime alla fase di negoziazioni mentre la prima lascia intendere che esse si siano già concluse) è appena il caso di notare che, nelle ipotesi in cui una lettera di intenti non sia scritta in maniera chiara, le due tipologie possono anche essere confuse.

possa essere intesa come rigetto della medesima e controfferta, inibendo quindi la genesi del contratto, sì come originariamente concepito.

La regola, dunque, della *c.d. mirror-image* sembra caratterizzare uniformemente l'approccio adottato in *common law* come in *civil law* ma, l'esperienza maturata negli ordinamenti afferenti all'una come all'altra famiglia, rivela il progressivo affermarsi, nel corso degli ultimi decenni, di una certa tendenza ad attenuare la tradizionale rigidità nell'applicazione della medesima.

In occasione della stipulazione di numerosi accordi, contratti e convenzioni realizzati in *civil law*, così come dal contenuto di alcune, significative decisioni adottate altresì dalle corti di *common law*, si è avuto modo di notare come una più attenta disamina ed una più mirata valutazione degli elementi caratterizzanti una determinata fattispecie concreta, hanno finito con il prevalere sul tradizionale, restrittivo atteggiamento legato all'applicazione della su menzionata regola.

Il mutato atteggiamento si è sostanzialmente tradotto in una più attenta valutazione della effettiva rilevanza delle discrepanze eventualmente emerse nell'incontro tra offerta e accettazione. Una volta accertato, infatti, che a non combaciare perfettamente sono aspetti, o elementi, che possono essere lasciati temporaneamente irrisolti dalle parti o, almeno, solo parzialmente definiti perché, di fatto, essi non contribuiscono in maniera decisiva a determinare la fisionomia del costituendo contratto, ecco che il processo di formazione della nuova fattispecie, lungi dal subire una battuta d'arresto, avanza regolarmente verso il suo naturale epilogo.

Il presupposto su cui, poi, fa leva tale mutato orientamento è costituito dalla considerazione della effettiva volontà delle parti coinvolte nell'affare ed, in particolar modo, dall'accertamento della circostanza per cui nessuna di esse avrebbe mai subordinato la venuta ad esistenza del contratto all'accordo su tali elementi minori, ancora oggetto di discussione.

La diffusione di tale fenomeno si coglie, senz'altro, con maggiore immediatezza e forse anche maggiore intensità nell'ambito degli ordinamenti di *civil law*¹⁶⁰.

¹⁶⁰ In una sentenza del 17 luglio 1967 la *Cour de Cassation* francese stabilì che allorché le discrepanze tra offerta ed accettazione siano di minore entità o, meglio ancora, riguardino aspetti dell'accordo di non notevole rilevanza, l'intervenuta accettazione determina regolarmente la formazione del contratto.

Anche gli orientamenti diffusisi nell'esperienza italiana rivelano una certa inclinazione ad una valutazione oggettiva della effettiva natura degli elementi su cui le parti non abbiano ancora raggiunto l'accordo, onde evitare infruttuosi atteggiamenti di ostinazione che, alla lunga e, soprattutto, se perpetrati su larga scala, possono ostacolare non poco il fluido svolgimento delle relazioni commerciali.

Le particolari esigenze di speditezza e di celerità nelle relazioni commerciali ne hanno però, ben presto, reso indispensabile il formale recepimento anche all'interno dei nuovi strumenti di disciplina convenzionale posti a presidio del buon funzionamento delle regole di mercato.

Non è un caso, allora, che la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci¹⁶¹ nella parte (II) dedicata alla formazione dei contratti, all'art. 19, dopo aver enunciato formalmente la piena vigenza della *mirror-image rule*, al secondo comma definisce accettazione anche una risposta che contenga, rispetto all'offerta, aggiunte o modifiche tali da non alterarne sostanzialmente i termini, vale a dire che non riguardino il prezzo, il pagamento, la qualità e la quantità della merce, il luogo ed il tempo della consegna, l'estensione della responsabilità di una parte nei confronti dell'altra e la risoluzione delle controversie.

Una disposizione di contenuto non molto difforme è, invero, contenuta nell'*American Uniform Commercial Code*, a dimostrazione dell'accentuata diffusione anche in *Common Law* del *trend* sopra descritto.

La sezione 2-207 (1) contiene, infatti, la seguente disposizione: «*a definite and seasonable expression of acceptance ... 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*». Tale ultima previsione è stata spesso richiamata nelle decisioni delle Corti, che ne hanno accolto un'interpretazione tale da consentire la nascita di un contratto, anche a costo di sacrificare la regola della *mirror-image rule*, almeno se concepita in maniera rigida.

I rilievi sin qui esposti aprono la via ad almeno un paio di considerazioni rilevanti.

Anzitutto, sotto il profilo descritto, è possibile cogliere in *Common Law* (soprattutto sul versante americano), come in *Civil Law*, un atteggiamento sostanzialmente uniforme

¹⁶¹ Anche nota come Convenzione di Vienna, 11 aprile 1980. Più ampiamente, sul tema, si veda A. LEETE, *Contract Formation Under the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary*, 6 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 193 (1992).

nell'applicare il menzionato principio cardine in maniera flessibile e, comunque, sempre funzionale alle prevalenti esigenze del mercato.

Risvolto immediato di tale mutato approccio è stata, senz'altro ed in molti casi, la nascita di contratti pur in presenza di difformità, relative ad alcuni elementi secondari, tra offerta ed accettazione.

Da ultimo, tale ricostruzione ha offerto un valido supporto argomentativo allorché le corti, giudiziali¹⁶² come arbitrali, hanno inteso conferire a documenti precontrattuali, quali le lettere di intenti, la piena validità dei contratti allorché esse si presentavano munite di tutti gli elementi richiesti per imprimere completezza ad una determinata relazione transattiva.

5. *Precontractual stage in hard law: disciplina applicabile.*

Si è già avuto modo, nei precedenti capitoli, di descrivere le possibili, differenti, fisionomie e caratterizzazioni che possono connotare le fattispecie emerse durante la fase immediatamente precedente la nascita del contratto vero e proprio, quello con cui l'operazione economica avuta di mira dalle parti può dirsi finalmente compiuto.

Si è altresì provveduto ad indicare quale sia il significato che debba specificamente essere attribuito ad espressioni quali “*precontractual agreements*”, “*precontractual documents*” e “*preliminary agreements*”, evidentemente non sinonimiche e pertanto non suscettibili di un impiego che le renda fungibili.

In questa sede si intende concentrare l'attenzione sui cc.dd. “*precontractual agreements*”, al precipuo scopo di verificare se, ed in che modo, essi siano effettivamente contemplati all'interno dei diversi ordinamenti giuridici, quale sia il valore ad essi attribuito, se e fino a che punto possano considerarsi *binding* e, per tale ultima via, quale sia la disciplina applicabile.

In via di prima approssimazione e richiamando la tradizionale suddivisione, cui peraltro già più volte ci si è ampiamente riferiti, tra *Civil Law* e *Common Law*, è indubitabile che la prima delle due famiglie si presenti ontologicamente più funzionale al conseguimento degli obiettivi avuti di mira nella presente indagine.

¹⁶² Si vedano, a titolo esemplificativo, *A.B. Small Co. v. American Sugar Ref. Co.*, 267 U.S. 233 (1929); *Farmers' produce Co. v. McAlester Storage & Com. Co.*, 48 Okla. 488, 150 P. 483 (1915).

Di certo, tutti i sistemi giuridici vigenti riconoscono la nozione di *precontractual agreement* collegandola, più o meno uniformemente, alla stipulazione di un successivo contratto.

Ora, è evidente che gli ordinamenti caratterizzati dalla organizzazione sistematica delle norme giuridiche all'interno dei codici e da una spiccata tendenza a coniare, attraverso una florida attività dottrinale, categorie giuridiche generali ed astratte, si prestano meglio ad offrire formale riconoscimento giuridico ad una determinata fattispecie.

Lo stesso non può dirsi certo per i sistemi di *Common Law*, storicamente legati ad una produzione giudiziale del diritto ed inclini a consentirne lo sviluppo e le evoluzioni in una maniera meno teorica e più saldamente ancorata ai profili problematici emergenti dalla pratica.

Ad ogni buon conto, ciascuno secondo le proprie tradizioni e modalità, i sistemi giuridici esistenti tendono a riconoscere la legittimità di alcuni accordi sorti in fase pre-contrattuale (da cui prendono anche la denominazione), il cui contenuto può essere asservito a molteplici finalità di carattere pratico, spesso in stretto collegamento con la stipula del definitivo.

In linea di principio, si tratta di *agreements* attraverso i quali le parti si obbligano reciprocamente a stipulare un futuro contratto, il cui contenuto è costituito da un assetto di rapporti già determinato in un certo modo.

Evidentemente, il complesso delle circostanze in cui si inserisce la vicenda contrattuale non consente alle parti di addivenire direttamente alla stipulazione del contratto definitivo: come si è già in precedenza rilevato, sussiste una condizione (temporaneamente) preclusiva¹⁶³ che, al momento della fase precontrattuale, sfugge al controllo degli interessati.

Ecco, allora, che l'effetto connesso alla stipulazione di un accordo di tal fatta può essere duplice: o le parti si obbligano reciprocamente a stipulare il contratto definitivo, attribuendogli lo stesso contenuto che esse hanno già predeterminato oppure si vincolano soltanto al rispetto dell'assetto dei rapporti già fissato, riservandosi invece ampia libertà di scelta in ordine alla conclusione, o meno, del contratto definitivo.

¹⁶³ Come si è già avuto modo di chiarire sopra, a più riprese, tale condizione può essere, ad esempio, rappresentata dalla necessaria autorizzazione da parte dell'autorità competente.

Nulla esclude però, come del resto si è già avuto modo di precisare, che tale strumento trovi impiego anche per fissare i termini di negoziazione di un futuro contratto, oppure anche per cristallizzare i risultati della medesima mano a mano che le parti, impegnate in lunghe e complesse trattative, raggiungano parziali accordi.

Non sfugge allora come, soprattutto in quest'ultima ipotesi, la categoria in esame ottemperi proprio alla funzione tradizionalmente attribuita alle lettere di intenti e, pertanto, non desta alcuna meraviglia che tale sovrapposizione di fattispecie possa, talvolta, dar luogo a notevole confusione.

6. Le fattispecie precontrattuali in *common law*: analogie e diversità tra esperienza americana ed inglese.

Guardando all'ampia casistica prodottasi nel corso degli ultimi decenni, non sembra di sbagliare se si afferma che, almeno in linea di principio, nessuno degli ordinamenti di *common law* ha mai negato cittadinanza ai cc.dd. *precontractual agreements* ma, anzi, ciascuno di essi ne ha assicurato la piena *enforceability*, una volta accertato che ve ne fossero i presupposti.

Le corti americane, in particolare, hanno avuto modo di occuparsi della categoria in esame soprattutto nel campo del *lease* in quanto molto frequentemente i relativi contratti, riguardanti edifici ancora da costruire, vengono preceduti da *contracts to lease*, nei quali vengono già predeterminati i *terms* dell'accordo definitivo.

La maggiore difficoltà dinanzi alla quale i giudici si sono trovati non ha interessato tanto la qualificazione dell'accordo alla stregua di semplice *agreement to agree* o di vero e proprio *contract* quanto, piuttosto, lo scioglimento del seguente nodo problematico: se un *contract to lease* potesse, o meno, considerarsi già di per sé un *lease*.

Non si trattava, infatti, di superare un *impasse* meramente formale ma di trovare una risposta plausibile ad esigenze di ordine pratico riconducibili alla sfera dei *remedies*. Specificamente, era necessario individuare con chiarezza quali sarebbero state, in termini di quantificazione dei danni risarcibili, le conseguenze connesse ad un inadempimento contrattuale, verosimilmente molto più gravi allorché si trattasse di un vero e proprio *lease*.

I parametri di valutazione dai quali le corti si lasciarono guidare nella propria indagine atenevano anzitutto al contesto delle circostanze oggettive, quali la denominazione attribuita dalle parti stesse alla fattispecie, la statuizione dei principali termini del *lease*

(descrizione della proprietà e simili), la verifica dell'eventuale previsione delle modalità di esecuzione del futuro contratto ed, inoltre, l'indicazione dell'avvenuto trasferimento di un interesse possessorio¹⁶⁴.

Su tutti i richiamati elementi, però, uno in particolare fungeva poi, in definitiva, da ago della bilancia tra le due possibili alternative *enforceable/not enforceable*: la già più volte menzionata *intention* delle parti. Quest'ultima, pur se elemento, di per sé, concettualmente distinto, ha finito poi per perdere la propria identità distinta, in quanto da sempre è stata intesa nella sua proiezione oggettiva, rappresentata proprio dalle circostanze del caso concreto.

Nelle ipotesi in cui, poi, un determinato *agreement* contemplasse l'esecuzione di un futuro contratto¹⁶⁵ quale condizione per la conclusione di un affare, le corti inglesi statuivano, in maniera ancora più decisa di quelle americane, che esso fosse riconducibile alla categoria degli *agreements to agree*, come tali notoriamente *not enforceable*.

A non dissimili conclusioni giungevano, del resto, allorché le fattispecie venivano qualificate come *agreements to negotiate*¹⁶⁶.

In definitiva, dunque, sotto un duplice profilo non è dato scorgere enormi differenze quanto all'approccio adottato in *American* e in *English Common Law*, relativamente al tema dei *precontractual agreements*.

Anzitutto, affinché un accordo precontrattuale possa dirsi vincolante, è necessario che esso abbia già predeterminato il contenuto materiale che costituirà, poi, il corpo del futuro contratto¹⁶⁷. Ne deriva che l'espressione *agreement to agree* debba essere impiegata per

¹⁶⁴In R.B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms*, cit., p. 60, in note, gli Autori richiamano efficacemente una ricca casistica afferente alla problematica descritta nel testo: *Feeley v. Michigan Ave. Nat'l Bank*, 141 Ill. App. 3rd 187, 49 N.E.2d 15 (1986); *Bird Companies, Inc. v. Birmingham Trust Nat'l Bank*, 482 So. 2d 247 (Ala. 1985); *Wonderfair Stores, Inc.*, 511 F2d 1206, 1211 (9th Cir. 1975).

¹⁶⁵In *Van Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander*, la corte si è espressa in maniera assolutamente chiara ed inequivocabile: «*If the execution of a further contract is a condition of term of the bargain*», *there is no contract, because <the law does not recognize a contract to enter into a contract>*.

¹⁶⁶In *Hillas & Co. v. Arcos Ltd*, viene esplicitato il sillogismo tra il *contract to enter into a contract* (caratterizzato dal fatto che un determinato termine resta ancora da concordare) ed il *contract to negotiate*, nel senso che la negazione di *enforceability* della seconda tipologia si spiega quasi come logica conseguenza, come sviluppo argomentativo della assenza di vincolatività che riguarda il primo.

¹⁶⁷Esemplificativo della rigidità con cui viene concepito questo orientamento è il caso *May & Butcher v. The King*, [1934] 2 K.B. 17, in cui l'esatta previsione dei termini (prezzo, modalità di consegna, pagamento) di un contratto di compravendita di beni veniva espressamente rinviata ad un successivo accordo. A ben guardare, la lacunosità lasciata dai diretti interessati avrebbe potuto essere colmata da

indicare proprio quelle fattispecie precontrattuali che, a causa della loro incompletezza, non sarebbero da considerarsi vincolanti.

Se ciò è vero e vale almeno in linea di principio, è pur vero che in entrambe le esperienze prese in esame, si registra un discreto sforzo del formante giurisprudenziale nel senso di superare sul piano interpretativo le lacunosità ostative insite in una fattispecie sprovvista di *non-essential terms*, provando a ricercare l'effettiva sussistenza di una *intention to be bound* e, laddove ne si ravvisi l'esistenza, valorizzandone il più possibile la capacità di imprimere il crisma della contrattualità.

Nelle ipotesi di compravendita, spesso¹⁶⁸ finanche il prezzo è stato considerato alla stregua di elemento non essenziale, alla cui mancata determinazione ad opera delle parti le corti hanno potuto ovviare in via ermeneutica, ovvero attraverso l'applicazione dei criteri di *fairness e reasonableness*.

Questa tendenza, peraltro, rivela una perfetta coerenza con le previsioni contenute nei testi normativi, così inglesi (*Section 8-2-* dell'*English Sale of Goods Act*) come americani (*Restatement Second of Contracts § 204 – 1981*)¹⁶⁹.

Anche la disciplina di settore dei contratti commerciali contiene, del resto, disposizioni analoghe¹⁷⁰.

Si è già avuto modo di sottolineare in precedenza come l'intervento delle Corti si renda necessario ed "invasivo" soprattutto quando l'intenzione delle parti debba essere completamente ricostruita in via interpretativa, mancando in proposito esplicite dichiarazioni delle parti.

Si è visto, però, che la volontà delle parti viene pienamente presa in considerazione e, soprattutto, rispettata, allorché si traduca in apposite clausole attraverso cui precisare il carattere "*in honour only*" dell'accordo, o più genericamente, della documentazione scambiata o sottoscritta dagli interessati.

un intervento dei giudici, attraverso il ricorso al criterio di ragionevolezza, ed avrebbe probabilmente garantito la piena *enforceability* del contratto stesso. Tale risultato però non poté essere conseguito proprio a causa dell'espressa previsione di un successivo accordo, attraverso il quale tutti i termini omessi sarebbero stati puntualmente definiti.

¹⁶⁸ Si considerino, tra gli altri, i casi *Didymi Corp. V. Atalantic Lines and Navigation Co.*, [1987] 2 *Lloyd's Rep.* 167; *Foley v. Classique Coaches Ltd.*, [1934] 2 *K.B.* 1.

¹⁶⁹ Questa la dizione esatta della norma: «*When the parties to a bargain sufficiently defined to be a contract have not agreed with respect to a term which is essential to a determination of their rights and duties, a term which is reasonable in the circumstances is supplied by the courts.*»

¹⁷⁰ In particolar modo, ci si riferisce a *U.C.C. §§ 2-204 (3), 2-309 (1)* (1978).

Detto altrimenti, con specifico riguardo agli accordi intervenuti durante lo svolgimento delle trattative, ben può darsi che le parti superino la presunzione di vincolatività della fattispecie, discendente dalla sussistenza di tutti i presupposti oggettivi, dichiarando di non volersi vincolare e che, pertanto, nessuna di esse adotterà mai alcuna iniziativa per assicurare la *enforceability* del contratto¹⁷¹.

In entrambi gli ordinamenti il riconoscimento in astratto della ammissibilità, almeno in linea di principio, di una iniziativa delle parti tesa ad evitare che l'accordo raggiunto debba considerarsi necessariamente vincolante non è andato disgiunto da un atteggiamento comunque molto prudente, derivante dalla consapevolezza dei risvolti pratici che, da tali, clausole, possono discendere. È indubbio, infatti, che esse limitino in modo irragionevole il ricorso all'autorità giudiziaria o, comunque, l'attuabilità della gamma di *remedies* offerti a tutela di chi si trovi a subire un *breach of contract* imputabile alla controparte.

In forza di tali considerazioni sia in *English* che in *American Common Law* si è finito con il circoscrivere il riconoscimento di una piena efficacia alle menzionate clausole nelle sole ipotesi in cui sia ravvisabile un assetto impresso dei rapporti tra le parti eccessivamente sbilanciato, in termini di *unfairness*, a sfavore di una sola di esse.

Come pure, tale atteggiamento restrittivo ha fatto salve molte delle pattuizioni conseguite in tema di *employment*¹⁷² e, per ciò che concerne le *business situations*, l'*intention not to be bound* non dovrebbe essere contraddetta da circostanze oggettive da cui si evince che un contratto si sia già, nella sostanza, formato.

Ad ogni buon conto, pur nel rispetto delle linee-guida da ultimo descritte, soprattutto in *American business law* è stata applicata la regola per cui dinanzi ad una espressa statuizione chiara ed inequivocabile, ad opera delle parti di un *commercial precontractual document*, per la quale il documento stesso è privo di efficacia vincolante, le corti non hanno che da

¹⁷¹ Emblematici sono i seguenti casi, già ampiamente analizzati: *Rose & Frank Co. v. Crompton & Bros.*; *Edward v. Skyways*. In quest'ultimo caso, si è visto, la frequente, inevitabile sovrapposizione dei piani della *intention* e della *consideration* ha indotto le corti a negare validità alla clausola apposta dalle parti atteso che avrebbe provocato un ingiustificato sbilanciamento del *bargain* a favore della società, con evidente compromissione dell'ineludibile meccanismo della mutualità dell'impegno assunto da tutti i centri di interesse coinvolti.

¹⁷² *Restatement (Second) of Contracts* § 21 e § 21 *comment b* (1981).

prenderne atto, a meno che la fattispecie concreta non lasci emergere elementi inequivocabili di *bad faith*¹⁷³.

In altri casi e come del resto si è già avuto modo di anticipare, la volontà delle parti può esprimersi nel senso di esigere che l'efficacia di un accordo, di per sé munito di tutti i requisiti per dirsi contratto, sia subordinata all'esecuzione di successivi contratti.

In linea di principio, le corti di *Common Law* non hanno mai esitato ad avvalorare una tale iniziativa ad opera dei soggetti interessati ed hanno sempre commisurato al parametro della *intention* il grado di vincolatività degli accordi che contemplano la redazione di uno o più ulteriori accordi futuri. Nel far ciò, percorsi diversi hanno caratterizzato l'esperienza inglese, da un lato e quella americana, dall'altro.

Nel primo caso, dinanzi ad una lettera di intenti o ad un qualsiasi altro *precontractual instrument* indicato dalle parti stesse come recante quello che sarebbe stato poi "il corpo" di un successivo *agreement* i giudici, chiamati a pronunciarsi sul grado di vincolatività dello stesso hanno anzitutto considerato il grado di completezza della previsione ivi contenuta. Allorché, dunque, quest'ultimo fosse stato tale da rendere la stipulazione di un successivo accordo una mera formalità, una "registrazione solenne di una pattuizione già completa"¹⁷⁴, la fattispecie sorta in corso di trattative, veniva considerata in tutto idonea a far sorgere diritti ed obblighi in capo agli interessati.

Laddove, invece, il successivo *agreement* si rivelava necessario per definire il contenuto sostanziale del rapporto instaurato tra gli interessati, la documentazione sottoscritta in fase di trattative acquisiva i connotati di un mero *agreement to agree*, come tale assolutamente *unenforceable*, o anche di un contratto sottoposto a condizione (poi non verificatasi) oppure ancora un *incomplete agreement*.

¹⁷³ Si veda *Arcadian Phosphates, Inc. v. Arcadian Corp.*, 884 F.2d 69 (2d Cir. 1989).

È appena il caso di richiamare, in questa sede, il progressivo avvicinamento registratosi in *American Common Law*, più che in *English Common Law*, ad uno dei capisaldi della teoria dei contratti, sì come sviluppatasi in *Civil law*: l'ineludibile obbligo, gravante sulle parti impegnate nelle trattative negoziali, di orientare la propria condotta al principio di buona fede.

Con specifico riguardo al versante inglese del Common Law, si veda: R.GOOD, *The concept of "Good faith" in English Law*, edito da Centro di Studi e ricerche di diritto comparato diretto da M.J.Bonell, (Saggi, conferenze eseminari), Roma 1992, *passim*.

Quanto, invece, all'esperienza americana, si veda A.E.FARNSWORTH, *The Concept of good faith in American Law*, edito da Centro di Studi e ricerche di diritto comparato diretto da M.J.Bonell (Saggi, conferenze eseminari), Roma 1992, *passim*.

¹⁷⁴ Così si legge in J.CHITTY, *Chitty on Contracts, cit.*, §109.

Alle corti veniva richiesta, insomma, una cospicua opera interpretativa condotta eminentemente su due binari: da un lato, la verifica del grado di completezza delle previsioni contenute nella fattispecie precontrattuale e, dall'altro, l'accertamento del grado di chiarezza con cui veniva espressamente subordinata la validità dell'accordo stesso all'efficacia del contratto definitivo¹⁷⁵. A tale ultimo proposito, una prassi particolarmente invalsa si è rivelata quella dell'inserimento di specifiche parole, o clausole, che dovrebbero costituire un indizio di una ben precisa volontà. Tra queste, particolarmente diffuso è stato, da sempre l'impiego, dell'espressione “*subject to contract*”.

Senza volersi, in questa sede, dilungare sulla disamina dei più significativi casi¹⁷⁶ che hanno caratterizzato l'esperienza del *Common Law* inglese, è importante dar conto della tendenza che, con riguardo all'utilizzo della richiamata formula, è emersa dalle pronunce rese dalle corti.

Queste ultime, invero, si sono mostrate sostanzialmente riluttanti ad attribuire alla formula *subject to contract*, eventualmente inserita in un *precontractual document*, un significato diverso rispetto a quello, *prima facie*, stabilmente e diffusamente accolto: l'accordo che ne risulti munito non può che considerarsi *conditional* e, come tale, incapace di per se stesso di generare effetti vincolanti.

Tale considerazione a portata generale non pare, del resto, una forzatura soprattutto nella misura in cui essa risulta pienamente confermata dall'esiguità numerica dei casi¹⁷⁷ in cui le parti sono riuscite a vincere ogni resistenza dell'organo giudicante, fornendo la prova di un impiego dell'espressione stessa in un contesto eccezionale e, comunque, diverso.

La prassi che ha caratterizzato l'esperienza maturata nel continente americano e, segnatamente, negli Stati Uniti, consente di rilevare un approccio in buona sostanza simile a quello inglese, eccezion fatta per una maggiore attitudine, dimostrata dalle corti d'oltreoceano, a saper cogliere le principali esigenze del mercato e a volerne assicurare il

¹⁷⁵ In più punti, per tutto quanto sin qui affermato, può rivelarsi particolarmente interessante il caso *Von Hatzfeldt-wildenburg v. Alexander* [1912] 1 *Ch.* 284, 288-289.

¹⁷⁶ Il più frequente impiego di tale formula si è registrato soprattutto in tema di *real estate*, nulla impedisce che essa possa essere efficacemente inserita in contratti che esulino dall'ambito della proprietà.

¹⁷⁷ U.DRAETTA & R.LAKE, *Letters of intent and other precontractual documents*, *cit.*, p. 71, in cui gli Autori, fanno espressamente menzione dei più significativi esempi: *Michael Richards Properties Ltd v. St. Saviour's* in [1975] 3 *All E.R.* 416; *Alpenstow Ltd. V. Regalian Properties p.l.c.* in [1985] 2 *All E.R.* 545; 1 *W.L.R.* 721.

soddisfacimento anche a costo di “rivedere” alcune posizioni fortemente radicate, in tema di fattispecie precontrattuali.

Rispetto alle fattispecie che possono venire ad esistenza in fase precontrattuale, l'intenzione delle parti¹⁷⁸, sì come espressamente manifestata o come oggettivata nella condotta da esse concretamente assunta, costituisce il principale elemento rivelatore, di cui le corti americane sono solite tener conto, al fine di attribuire o meno, ad un accordo eventualmente intervenuto, natura vincolante.

La sola previsione, attraverso un *precontractual document*, della futura sottoscrizione di un contratto sebbene costituisca un segnale inequivocabile che quello già concluso non sia l'accordo definitivo, non esclude completamente che una qualche rilevanza possa comunque essere riconosciuta. Molto dipende – secondo l'impostazione normalmente adottata dalle corti americane – dal grado di completezza del documento stesso, in termini di sussistenza dei requisiti minimi per l'esistenza di un contratto. Dalla completezza medesima è, infatti, possibile intuire quale sia stato il proposito degli operatori coinvolti.

È evidente, infatti, che se le circostanze concrete sono tali per cui la stipula del contratto definitivo finisce con il rivelarsi un mero adempimento formale, nulla esclude che l'accordo frattanto intervenuto già vincoli le parti, in forma contrattuale, a tutto quanto in esso statuito.

Resta inteso che qualora le parti subordinino la validità del proprio accordo alla preventiva esecuzione di un successivo contratto scritto, lasciandosi peraltro aperta la possibilità di recedere dal primo, una volontà di tal fatta vada, in ogni caso, rispettata. Se, però, l'accordo stesso risulti già perfettamente munito degli *essential terms* di un *agreement*, le corti americane non sono affatto inclini a negare una vincolatività, alla stregua di *preliminary agreement*, all'accordo comunque sorto.

Una tendenza registrata nell'operato di entrambi i formanti giurisprudenziali, quello inglese come quello americano, consente di attribuire alla tradizione di *common law* in

¹⁷⁸ A.L.CORBIN, in *Corbin on contracts, cit.*, § 2.9 chiarisce la notevole influenza esercitata sull'opinione delle corti dall'elemento della *intention*, sia allorché esso si trovi ad essere direttamente espresso, sia quando trapeli dalle connotazioni peculiari della fattispecie concreta.

generale un largo impiego, come visto, dell'espressione *agreement to agree*¹⁷⁹ per indicare *unenforceable letters of intent*.

Ciò nondimeno è innegabile che in *american law*, la spigolosità di tale rigida posizione sia stata pian piano smussata e le previsioni normative si siano piegate alle sempre più insistenti esigenze del mercato, dalle quali possono scaturire significativi margini di utilità pratica dei cc.dd. “*agreements to negotiate*”¹⁸⁰. Taluni¹⁸¹ hanno riscontrato un vero e proprio “*commercial need*”, fortemente percepito dagli operatori economici, che avrebbe reso improcrastinabile l'adeguamento della disciplina cui attenersi per la cura dei propri affari.

Sia nel *Restatement (Second) of Contracts* che nello *Uniform Commercial Code*¹⁸² è dato rinvenire disposizioni che espressamente riconoscono che un *agreement to agree*, anche quando alcuni *material terms* restino ancora in attesa di definizione, possa presentarsi non indefinito a tal punto da doversi considerare assolutamente *unenforceable*.

Fino a che punto l'esperienza inglese sia connotata, invece, da una posizione diametralmente opposta ostinatamente restia ad accogliere istanze pur rilevanti, quali quelle emerse dalla pratica del commercio, viene efficacemente dimostrato da alcuni famosi *cases*.

¹⁷⁹ L'orientamento tradizionalmente adottato in *common law* si presenta efficacemente descritto in A.SCHWARTZ & R.E. SCOTT, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, in *Harvard Law Review*, January 2007, n.3., vol. 120 pp. 674 ss. Dove gli Autori, dopo aver definito “*agreements to agree*” quei “*preliminary agreements that settle some major terms but leave significant additional terms open for further negotiation*”, sottolineano che essi richiamano un fondamentale principio di *common law of contract*, secondo il quale: «*an enforceable contract requires promises that are sufficiently certain and definite that a court can ascertain the parties' intentions with a reasonable degree of certainty. This principle rests on the understanding that parties write contracts primarily to enable a party who feels herself unjustifiably disappointed to invoke the law's aid. It follows that parties do not intend to invoke the law — that is, they do not intend to be legally bound — when their agreement is so vague or lacks so many terms that a court cannot know what remedy to award*».

¹⁸⁰ Questa l'autorevole opinione di E. ALLAN FARNSWORTH in *Farnsworth on contracts*, Boston, 1990, § 3.26b.

¹⁸¹ H.L.TEMKIN, *When Does the “Fat Lady” Sing: An analysis of “Agreements in Principle” in Corporate Acquisitions*, 55 *Ford. L. Rev.* 125, 126 (1986).

¹⁸² *Restatement (Second) of Contracts* § 33 (1981); *U.C.C.* §§ 2.204 (3) e il commento, 2-305 (1)(b) (1978).

Può ben darsi l'eventualità, infatti, che una corte possa validamente dedurre dai *terms* che siano definiti in maniera sufficientemente specifica da potervi fondare dei *remedies* (che, come noto, rappresentano il risvolto pratico di maggiore rilevanza allorché si tratti di qualificare una fattispecie) che le parti intendessero dar vita ad un contratto che fosse effettivamente *legally enforceable*.

In particolare, in A.SCHWARTZ & R.E. SCOTT, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, *cit.*, vengono efficacemente richiamate alcune previsioni dello *Uniform Commercial Code* il quale «*provides that, even if the parties failed to agree on certain terms, an agreement is a fully binding contract if the parties intended to be legally bound and there is a sufficiently definite basis to permit the court to grant an appropriate remedy in case of breach*» [U.C.C. § 2-204(3) (2005)].

In primis, si consideri l'opinione espressa da Robert Goff J. nel già menzionato *British Steel v. Cleveland Bridge*¹⁸³, in cui la mancata determinazione dei *material terms* anzitutto precludeva la formazione di un vero e proprio *contract*, lasciando le parti ancora in pieno stadio di negoziazione e, aspetto ancor più rilevante, impediva l'applicazione dei rimedi tipici previsti dal regime contrattuale¹⁸⁴.

In *Jarvis Interiors Ltd v Galliard Homes*¹⁸⁵, in materia di appalti, tra la parti era intercorso dapprima lo scambio di un documento intitolato “*Contract Preliminaries*” in cui si faceva riferimento al contratto definitivo che sarebbe stato “*executed as a deed under seal*”; in seguito, interveniva una lettera di intenti in cui, oltre a menzionare la futura, possibile sottoscrizione di un *formal contract*, venivano al contempo già previste le conseguenze della eventuale mancanza di tale adempimento ulteriore¹⁸⁶. Nel periodo successivo *Jarvis* portò a compimento i lavori in alcuni appartamenti e, ad un certo punto, le parti *shook hands on a price of £2.325 million* ma, al di fuori del mero scambio di documenti aventi sempre carattere e contenuto preliminare, non vi fu mai la vera e propria sottoscrizione formale del contratto.

Dinanzi alle rimostranze che, ciascuna secondo le proprie ragioni, entrambe le parti fecero valere – *in primis*, *Galliard* asserì che la previsione riguardante la stipula di un contratto formale era stata, di fatto, superata dal “*handshake agreement*” comunque intervenuto tra le parti – la Corte di Appello valorizzò fortemente “*the broad disposition to find a contract if one can*”, facendone scaturire una posizione sostanzialmente rigida: dal tenore dei documenti preliminari, era evidente che alcun contratto potesse dirsi sorto fino a quando non fosse intervenuto tra le parti un vero e proprio *deed*¹⁸⁷.

¹⁸³ (1981) 24 BLR 94.

¹⁸⁴ «*Since the parties are still in a state of negotiations, it is impossible to say what the material terms of the contract will be, and by starting work the plaintiffs did not bind themselves to complete the work.[...] There is no “if” contract when, in a case such as the present one, the parties are still in the state of negotiation. It is impossible to predicate what liability (if any) would be assumed by the seller for, e.g. defective goods or late deliver if a formal contract should be entered into. Accordingly there is simply an obligation on the part of Cleveland Bridge to pay a reasonable price for the work done and materials delivered.*».

¹⁸⁵ [2000]BLR 33.

¹⁸⁶ Si legge espressamente, nel documento che *Galliard* si vide recapitare:«*In the event that we do not enter into a formal contract with you through no fault of Jarvis Interiors, you will be reimbursed all fair and reasonable costs incurred and these will be assessed on a quantum meruit basis.*»

¹⁸⁷ La fattispecie si presentava caratterizzata in maniera non molto dissimile dai casi in cui viene impiegata la clausola *subject to contract*, atteso che lo stesso *handshake agreement*, pur invocato da *Galliard* quale adempimento sostanzialmente equivalente alla stipula del contratto formale, si presentava esso stesso *subject to a formal contract* ancora da sottoscrivere.

In altri casi, è stato espressamente chiarito che affinché sorga un contratto (con tutto quanto ne consegue) è indispensabile, e al tempo stesso sufficiente, che le parti si siano accordate su “*all the material and necessary terms*”. A tale ultimo proposito non appaiono rilevanti, secondo le corti inglesi, le “etichette” apposte dagli interessati ai documenti che essi si scambiano, ma spetta pur sempre ai giudici valutarne il contenuto e desumerne la relativa portata¹⁸⁸.

Soltanto avendo riguardo al contenuto oggettivo degli stessi le corti possono rinvenire la soluzione più adeguata al caso concreto, muovendosi con estrema libertà su di un terreno, quale quello dei *precontractual documents*, sul quale peraltro la legge non ha impiantato rigide predeterminazioni in ordine al significato ed agli effetti delle fattispecie più ricorrenti¹⁸⁹.

7. L'inquadramento dei *precontractual documents* all'interno degli ordinamenti di *civil law*:

a) Ordinamento francese.

L'inquadramento delle fattispecie precontrattuali all'interno del modello francese ha costretto la giurisprudenza, in particolare, ad elaborare complessi percorsi argomentativi, allo scopo di aggirare non pochi ostacoli posti da alcune previsioni normative, dal tenore perentoriamente preclusivo.

La disposizione contenuta nella norma di cui all'art. 1589 del *code civil* ha svolto senz'altro, in tal senso, un ruolo determinante.

¹⁸⁸ In tal senso, i principi di diritto emersi in *Harvey Shopfitters Limited v ADI Limited* [2003] EWCA Civ 1757 (Judgment 13 November 2003). Si veda, altresì, il caso *Westminster Building Co Ltd v Beckingham* [2004] EWHC 138 (TCC) HHJ Thornton QC (judgment 20 February 2004) dal quale risulta chiaramente che allorché le prove dimostrino che le parti abbiano avuto l'intenzione di vincolarsi contrattualmente, il mero fatto che esse abbiano previsto *executing formal contracts* non inficia assolutamente tale volontà. Sulla stessa scia si colloca la decisione adottata in *Durabella Ltd v J. Jarvis & Sons Ltd* (2001) 83 Con LR 145.

¹⁸⁹ È questo uno dei passaggi più significativi della sentenza pronunciata nel caso *Twintec Limited v GSE Building and Civil Engineering Limited* [2002] EWHC 606, HHJ Kirkham, judgment 24 March 2003, in cui dopo aver richiamato l'autorevole opinione sul punto di Chitty, Hudson e Keating, coerentemente con la posizione descritta, i giudici affermano che: «*It was clear from the evidence that GSE was committed to Wates and needed to secure Twintec's service quickly. Mr Martin and Mr Parker both appear to have proceeded on the basis that a letter of intent would constitute commitment by GSE. It was capable of amounting to an acceptance of Twintec's offer. As a matter of fact, it did amount to such acceptances.*».

Da sempre considerata come l'unica norma di riferimento, attesa la mancanza di una specifica disciplina che regoli il contratto preliminare, essa stabilisce che la semplice promessa di vendita, munita del consenso delle parti sugli elementi essenziali del contratto stesso (cosa e prezzo), debba considerarsi vendita definitiva, senza necessità di alcun ulteriore intervento o adempimento formale atto ad imprimere completezza all'accordo¹⁹⁰, evidentemente considerato già perfetto.

In via generale, ne è derivato l'orientamento fondamentale per cui i contratti consensuali si considerano formati allorché vi sia l'accordo delle parti su tutti gli elementi qualificati come essenziali dalle discipline di settore.

Il diritto francese dei contratti è, infatti, pervaso dall'idea che l'accordo sia l'elemento necessario e sufficiente affinché sorga un contratto; non vi è traccia infatti in esso, come in altri ordinamenti di *civil law*, dell'elemento della *consideration*.

Ecco allora che un'impostazione di tal fatta ha finito con il reprimere sul nascere qualsiasi velleità, in termini di autonoma configurabilità, delle promesse sinallagmatiche¹⁹¹ che, in base alla regola su richiamata, finiscono con il coincidere, nella gran parte dei casi, con il contratto definitivo vero e proprio.

Nell'intento di travalicare gli angusti confini entro cui la normativa codicistica ne aveva relegato l'ambito di operatività, peraltro condannandola ad una posizione ancillare rispetto al contratto definitivo, il formante giurisprudenziale ha inteso valorizzare al massimo le potenzialità della promessa sinallagmatica, consentendole di rappresentare effettivamente, in presenza di determinate circostanze, una fase preliminare rispetto alla nascita del contratto vero e proprio.

Dallo sforzo profuso in tale direzione è derivata la figura dell'*avant-contrat*¹⁹², quale autonoma promessa bilaterale.

¹⁹⁰ In tal senso U.MORELLO, *Culpa in contraendo, accordi ed intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, vol. II, Milano, 1986, pp. 109 ss.

¹⁹¹ Sotto questo profilo, deve darsi conto della profonda diversità che sussiste rispetto alle promesse unilaterali (che l'ordinamento francese provvede a mantenere nettamente distinte da quelle bilaterali accordandovi anche un regime diverso) le quali, invece, ricevono grande impiego nella prassi e, presentando caratteristiche precise e confini ben delineati, si sono viste da sempre riconoscere una completa autonomia.

¹⁹² Nella consapevolezza della pregnanza (invero non disgiunta da una certa complessità) del tema in esame e dei numerosi profili problematici che vi si ricollegano, si rinvia per un approfondimento a: J.M.MOUSSEON, *L'avant-contrat*, Parigi, 2001, *passim*; O.DESHAYES, *L'avant-contrat*, Parigi, 2008, *passim*.

In particolare, con tale espressione ci si riferisce ad una promessa bilaterale che non solo contenga l'accordo delle parti sugli elementi essenziali del contratto prescelto, ma che subordini, altresì, la conclusione del negozio stesso all'adempimento di una forma particolare, non richiesta dalla legge.

È proprio facendo leva sul principio dell'autonomia dei privati che l'*avant-contrat* cerca di recuperare terreno, rispetto all'ambito di operatività del contratto definitivo, attribuendo ad un espletamento ulteriore un effetto costitutivo, da cui discenda il perfezionamento della fattispecie posta in essere.

Dinanzi ad una espressa manifestazione di volontà ad opera degli interessati, è stato opportunamente messo in luce come l'atteggiamento assunto dalle corti francesi non si sia discostato di molto – almeno sotto questo profilo – da quello, già ampiamente descritto, dei giudici di *Common Law*¹⁹³: a meno che la finalità perseguita attraverso il compimento del successivo step¹⁹⁴ sia di carattere esclusivamente probatorio o pubblicistico, non vi sono ragioni plausibili per disattendere la volontà dei privati e vincolarli rigidamente al rispetto delle dichiarazioni contenute nella promessa bilaterale, rendendo quest'ultima *enforceable*.

La giurisprudenza francese non ha mancato di precisare che trattasi di un regime derogatorio e, dunque, eccezionale rispetto a quello normalmente applicato in base al quale,

In questa sede, pare almeno doveroso dar conto delle perplessità destinate, in taluni, dall'impiego della nuova categoria, nella misura in cui se ne è proposta, da subito, un'accezione ampia ed invero onnicomprensiva. Tale flessibilità concettuale, lungi dall'essere considerata un pregio, è stata piuttosto letta come inidoneità della stessa a consentire la doverosa distinzione tra le diverse fattispecie che possono originarsi dallo svolgimento delle trattative negoziali. In tal senso, si veda, M.PLANIOL-G.RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Parigi (1952-1957), vol. 6, p.144.

In R.SPECIALE, *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, cit., pp. 169 ss, l'Autore descrive in maniera concisa ma, al tempo stesso esaustiva, l'impiego che la figura stessa riceve nel settore delle vendite immobiliari, ponendone in luce i connotati per i quali essa tende a differenziarsi dalla figura di contratto preliminare, ben nota al nostro sistema giuridico.

¹⁹³ Un'efficace riflessione in chiave comparatistica da cui vengono posti in evidenza gli aspetti comuni alla disciplina di diversi sistemi giuridici, si rinviene in R.B. SCHLESINGER, *Formation of contracts, A study of the common core of the legal systems*, Dobbs Ferry – New York 1968, v. 1-2, *passim*.

¹⁹⁴ È appena il caso di precisare, in questa sede, che almeno in linea di principio non esiste, nel diritto francese, un equivalente della, più volte menzionata, clausola "*subject to contract*" che largo impiego trova in *common law*. Ciò nondimeno, a taluno è parso di poter ravvisare una vaga somiglianza con la clausola con la quale le parti prevedono la stipula di un successivo accordo ("*accord ultérieur*") allo scopo di fissare alcuni elementi del contratto. Tale clausola vale ad inibire il perfezionamento del contratto fino a quando non sia raggiunto l'accordo ulteriore, solo qualora le parti considerino realmente essenziali gli elementi su cui devono ancora pronunciarsi; in caso contrario, c'è già un contratto ogni qualvolta gli elementi essenziali sono già stati fatti oggetto di una precisa determinazione concordata dagli interessati. In tal senso, si veda J.SCHMIDT-SZALEWSKI, *France*, in *Formation of contracts and precontractual liability*, edited by International Chamber of Commerce, Parigi, 1990, p.94.

anzitutto, gli elementi costitutivi di un contratto, i soli che siano da ritenersi effettivamente indispensabili ai fini del perfezionamento di un contratto, sono stabiliti dalla legge; tutti gli altri elementi, tra cui il requisito formale, devono considerarsi accessori e, come tali, atti ad esprimere meramente una modalità di esecuzione di un contratto che si è già formato.

Affinché, dunque, l'adempimento formale possa, eccezionalmente, rivestire una importanza dirimente per la stessa venuta ad esistenza del contratto definitivo, è necessario che le parti esprimano in maniera chiara ed inequivocabile tale loro volontà o che, quantomeno, adottando una coerente condotta concludente possano spingere in tale ultima direzione il convincimento dell'organo giudicante, cui esclusivamente compete l'onere di valutare¹⁹⁵.

Parimenti, le corti francesi si mostrano, da sempre, profondamente rispettose della volontà di chi dichiara di non voler addivenire alla conclusione di un contratto¹⁹⁶.

Ciò che, a ben guardare, ha portato invece le corti francesi a differenziarsi progressivamente da quelle di *Common Law* è l'adozione di un particolare approccio nelle ipotesi in cui la volontà delle parti, quanto al ruolo effettivamente svolto dal contratto definitivo, non sia espressa o, comunque, desumibile per *facta concludentia*, in maniera chiara.

Ebbene, in ipotesi di tal fatta la valutazione dei giudici non risulta influenzata da alcun tipo di pregiudizio ma si forma avendo esclusivo riguardo alle circostanze del caso concreto in cui la effettiva *intention*, come già più volte sottolineato, si trovi oggettivata.

Le corti francesi, invece, si sono progressivamente allontanate da tale impostazione, finendo con il prediligere una posizione considerata senz'altro più coerente con la nozione di contratto accolta in *civil law* che, come già sottolineato, fa leva sull'elemento dell'accordo.

Peraltro, va detto che esse non tendono ad esigere la prova dell'esistenza di un contratto e, pertanto, ogni qual volta sussista un accordo, ancorché si versi in fase negoziale,

¹⁹⁵ Così R.SPECIALE, *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, cit., p. 169.

¹⁹⁶ Quale fattispecie particolarmente esemplificativa dell'atteggiamento sostanzialmente rispettoso, adottato dalle corti francesi, dinanzi alla volontà chiaramente esplicitata, di non volersi vincolare contrattualmente, viene tradizionalmente richiamata una pronuncia della *Cour de Cassation* (*Cass.*, 1 *March* 1, 1988: *Bull.* I. n.57) in cui i giudici dovettero valutare il caso in cui una donna, recatasi in un night club, aveva appeso il proprio soprabito ad un attaccapanni sul quale c'era scritto che il locale non si considerava "depositario" dei soprabiti dei propri clienti. In quella circostanza, la Corte attribuì a tal punto rilevanza a tale dichiarazione di volontà che statui non si fosse formato alcun contratto e che pertanto alcuna responsabilità avrebbe potuto essere imputata al proprietario del locale, a seguito del furto del soprabito stesso.

va da sé che la fattispecie debba considerarsi pienamente foriera di diritti ed obblighi in capo alle parti con tutto quanto possa conseguirne, per l'eventualità che l'assetto concordato venga violato da taluna di esse.

La conseguenza diretta di tale progressivo mutamento è rappresentata dal generale accoglimento di una presupposizione in base alla quale deve essere attribuita efficacia costitutiva a qualsiasi accordo intervenga in fase precontrattuale, per il solo fatto che il reciproco consenso delle parti si sia formato e gli elementi essenziali della fattispecie siano stati determinati¹⁹⁷.

Solo attraverso l'inserimento di una clausola espressa oppure attraverso l'adozione di una condotta coerente è possibile che le corti abbandonino tale presupposizione e si prestino ad assecondare una diversa volontà delle parti, volta a deferire il sorgere di reciproci obblighi al momento in cui, con un ulteriore atto di volontà, imprimeranno il carattere di vincolatività alle proprie dichiarazioni.

Non sussistono limiti quanto all'ambito di pertinenza delle obbligazioni assunte, eccettuata la necessità che esse non contrastino l'ordine pubblico.

Ben può darsi, dunque, che un soggetto assuma su di sé un obbligo (contrattuale) a negoziare oppure a concludere un contratto in futuro. Entrambe le fattispecie sono da considerarsi *binding*.

In una pronuncia del 1987¹⁹⁸ la Corte di Cassazione francese riconobbe la sussistenza di un accordo precontrattuale relativo alla costituzione di una società di capitali, a fronte della produzione in giudizio di un verbale relativo ad un incontro durante il quale le parti si accordavano sull'oggetto, sulla natura e sul "peso" delle varie partecipazioni azionarie, nonché sul compenso dell'amministratore. In particolare, stabilì che un accordo di tal fatta andava ben oltre la fase delle mere negoziazioni ed integrava, piuttosto, gli estremi di una promessa plurilaterale di dar vita ad una società ("*promesse de société*"). Allorché, dunque, una parte si rifiutò di partecipare effettivamente alla costituzione del futuro contratto, tale

¹⁹⁷ Non sono infrequenti casi in cui, la sostanza contrattuale di una fattispecie (vale a dire la previsione degli elementi essenziali del contratto) prevale nettamente sulla volontà, sì come espressamente dichiarata dalle parti, che si ritrovano vincolate ad un contratto definitivo nonostante dichiarino di voler soltanto assumere un reciproco impegno morale.

A tale ultimo proposito si riferisce la seguente sentenza della Cassazione francese: *Cass. Civ. 2, Nov. 27, 1985, Bull. II. n. 178; Rev. Tr. Dr. Civ., 1986: Bull. I. n.57*).

¹⁹⁸ *Cour de Cassation, com. April 28, 1987, Bull. IV. n. 104*.

condotta venne qualificata come un vero e proprio inadempimento, perpetrato in violazione di una *promesse* vincolante.

Al pari di quanto accaduto nel caso appena richiamato, qualsiasi documento precontrattuale, sia esso una lettera di intenti oppure un *memorandum of understanding*, può costituire, secondo l'ordinamento francese, prova della volontà delle parti di sentirsi vincolate da tutto quanto stabilito nell'accordo tra di esse intervenuto.

È evidente che la natura vincolante di una lettera di intenti sia innegabile allorché le dichiarazioni, all'uopo inserite dalle parti, risultino assolutamente chiare ed inequivocabili. Non è detto che tale condizione si verifichi sempre atteso che, durante la fase delle trattative, è altamente probabile che le formule impiegate dagli interessati possano presentarsi (volutamente?) imprecise¹⁹⁹.

b) ordinamento tedesco.

L'ordinamento giuridico tedesco non contempla espressamente alcuna specifica forma di accordo precontrattuale. Deve, pertanto, attribuirsi al formante giurisprudenziale il merito di aver coniato delle figure paradigmatiche, per descrivere alcuni dei fenomeni più significativi legati allo svolgimento delle trattative precontrattuali, dai quali talora possono sorgere obblighi in capo ad entrambe le parti.

Vorvertrag e *Option*²⁰⁰ costituiscono i concetti cui, per quanto in questa sede rileva, occorre fare anzitutto riferimento.

Con il primo termine, ci si riferisce al contratto obbligatorio con il quale una o entrambe le parti si impegnano a concludere, in futuro, un altro contratto obbligatorio, ogni qual volta ostacoli di ordine pratico (magari strettamente inerenti alle dinamiche del commercio) o giuridico impediscano loro di vincolarsi in via definitiva²⁰¹. Detto altrimenti,

¹⁹⁹ «The legal force of a letter of intent depends mainly on the precision of its wording. In fact, if the letter contains expressions such as “avoir l'intention de s'engager”, they are interpreted as expressing intention to be bound by a contractual obligation. This is the case with letters written by a parent company to its subsidiary's bank (lettres de confort) in order to reinforce the subsidiary's obligation to repay a loan. Such letters are usually interpreted as being a source of a contractual obligation to guarantee the subsidiary's debt (ex.: cass. com. Dec. 21, 1987, J.C.P. 1988.II.2113, concl. Montanier)»; così, J.SCHMIDT-SZALEWSKI, *France, cit.*, p.94.

²⁰⁰ Per una accurata disamina delle figure che, unitamente a quella del *Vorrechtsvertrag*, vengono analizzate anche nell'ambito di altri ordinamenti europei, si veda D.HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Berlin, 1965, *passim*.

²⁰¹ R.SPECIALE, in “*Contratti preliminari ed intese precontrattuali*”, cit., p. 146, offre alcune valide esemplificazioni in ordine ai diversi contesti da cui può originarsi l'esigenza di dar vita ad un *Vorvertrag*:

una volta che tale accordo sia intervenuto, non appena se ne vengano a creare i presupposti, le parti sono tenute a stipulare il contratto definitivo.

Una delle problematiche che, in dottrina, hanno alimentato annose diatribe può dirsi, senz'altro, quella del requisito formale richiesto per la stipula del preliminare.

Non è questa, certo, la sede per dilungarsi sulle diverse teorie elaborate sul tema; è sufficiente tener conto del fatto che, secondo l'opinione maggioritaria²⁰², in considerazione delle possibili finalità cui ottempera il requisito della forma scritta, allorché essa risulti strettamente funzionale a garantire la tutela delle parti rispetto al rischio del compimento di scelte avventate e, pertanto, sia prescritta per il contratto definitivo²⁰³, è necessario che anche il contratto preliminare ne sia munito.

L'aspetto che, però, maggiormente caratterizza tale figura e che ne costituisce al tempo stesso anche causa di profondo indebolimento rispetto alla concreta fruibilità della stessa in ordine al soddisfacimento delle esigenze pratiche del mercato è, senz'altro, il livello di determinatezza da cui deve essere connotato il suo contenuto.

Non può dirsi, invero, che questo profilo non sia stato ampiamente dibattuto in dottrina, anzi la discussione²⁰⁴ si è protratta per diverso tempo in un'alternanza di propositi di affermazione della eterogeneità del preliminare rispetto al definitivo e posizioni, poi in

«La prima situazione tipica prevista è quella in cui il contenuto dell'accordo non possa ancora determinarsi sufficientemente, in quanto dipendente da un successivo sviluppo degli avvenimenti: come esempio di scuola viene riportato quello di alcune imprese che vogliono costruire una società per poter dare corso in comune ad una commessa attesa, ma non ancora definita nella sua ampiezza.

Altra circostanza che potrebbe indurre alla conclusione di un *Vorvertrag* è quella conseguente ad una impossibilità di adempiere immediatamente nella forma determinata in via legislativa, unicamente per motivi tecnici.

Infine va segnalata l'ipotesi di *Jbering*, e spesso trascurata dalla dottrina tedesca, che prevede la stipulazione di un *Vorvertrag* tutte le volte in cui la conclusione di un contratto definitivo sia dipendente da una autorizzazione amministrativa, ancora da ottenere.»

²⁰² Tra gli altri, soprattutto A.BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 3° Aufl., Berlino-Francoforte, 1964, pp. 84 ss.

²⁰³ R.SPECIALE, in “*Contratti preliminari ed intese precontrattuali?*”, cit., p. 154 individua, tra le fattispecie contrattuali per le quali sembrerebbe necessaria la forma scritta e ciò, dunque, anche con riguardo all'accordo preliminare, i contratti di: fideiussione, donazione, trasferimento di immobili, contratti preliminari di costituzione di società a responsabilità limitata e di società per azioni.

²⁰⁴ Si richiama, ancora una volta, R.SPECIALE, *id.*, pp. 155 ss., il quale propone in maniera sintetica i termini essenziali della querelle, non mancando di attribuire il giusto rilievo anche i risvolti pratici che, sotto il profilo della disciplina applicabile, possono dirsi senz'altro notevoli.

definitiva prevalse, inclini invece a concepirne un contenuto sostanzialmente coincidente con il contratto definitivo, c.d. *Hauptvertrag*²⁰⁵.

In presenza di tali accordi preliminari, in ogni caso, le corti sono solite indagare l'intenzione avuta di mira dalle parti al momento della loro stipulazione. Soltanto nell'ipotesi in cui sia raggiunta la prova del fatto che entrambe le parti avevano avuto l'intenzione di vincolarsi reciprocamente e di concludere il contratto, allora la fattispecie viene solitamente qualificata dalle corti come un *Vorvertrag* e, dunque, come accordo in grado di vincolare le parti ossia pienamente *enforceable*.

Ad ogni buon conto, quello che qui più interessa sottolineare è proprio la circostanza per cui la rigidità connessa al necessario requisito della determinatezza del preliminare mostra, da un lato, una sostanziale superfluità dello stesso rispetto al contratto definitivo, o al contrario, di quest'ultimo rispetto al primo e, al contempo, un'incapacità di far fronte a mutamenti di circostanze, eventualmente sopraggiunti, che possano esigere un mutamento dell'assetto dei rapporti.

Ne deriva che tale figura, sì come concepita, non risulta munita del requisito di flessibilità richiesto ad uno strumento destinato a trovare impiego prima che le relazioni tra le parti vengano cristallizzate nel definitivo assetto previsto dal contratto vero e proprio e ciò spiega, del resto, lo scarso impiego che il *Vorvertrag* riceve solitamente nella pratica.

L'esigenza di una maggiore duttilità degli schemi applicabili alle relazioni precontrattuali ha trovato espressione attraverso la diffusione di differenti figure dalle seguenti denominazioni: *Neuerverhandlungspflicht*, *Baumeisterpflichtung* e *Absichtserklärung*. Tale ultima categoria, in particolare, viene impiegata per descrivere le fattispecie, invero piuttosto ricorrenti anche nella prassi del diritto tedesco, delle lettere di intenti²⁰⁶.

Tali ultime figure ricorrono, invero, allorché le parti intendano soltanto imprimere forma scritta ad un'intesa preliminare tra di esse intervenuta. Ciò nondimeno può ben accadere che le parti stesse abbiano raggiunto un accordo a tal punto avanzato da ritenersi, da un lato, reciprocamente vincolate nel senso che nessuna può disattendere quanto in esse statuito a meno che non ricorra una giusta causa ma, dall'altro, continuare a sentirsi libere di

²⁰⁵ Se quello della materiale assimilazione del contratto preliminare al definitivo costituisce la regola, una significativa eccezione emerge con riguardo ai contratti preliminari di società.

²⁰⁶ Uno studio accurato del tema è presente, invero, in M.LUTTER, "Der Letter of Intent", Köln, 1998, *passim*. Tra i più recenti contributi sul tema si veda, altresì: J.HOLGER, "Der Letter of Intent", Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2000, *passim*.

non subire alcuna costrizione all'adempimento nell'ipotesi in cui, poi, l'accordo vero e proprio non intervenga affatto. Le lettere d'intenti, cioè, valgono a fornire prova, cristallizzandola in un documento scritto, di quale fosse l'effettiva volontà delle parti allorché abbia cominciato a delinearsi tra di esse una prima intesa.

Se questo è, le lettere gli intenti e gli accordi che eventualmente diano ad esse seguito, devono essere tenuti ben distinti dalla figura della *Option* (*Optionsvereinbarung*), su menzionata, la quale costituisce l'altro concetto fondamentale che caratterizza l'esperienza tedesca, allorché ci si riferisca alla fase precontrattuale di una determinata transazione.

Si tratta, specificamente, dell'impegno assunto da una parte attraverso il quale essa attribuisca ad un'altra parte il diritto di dar vita, successivamente e per effetto della sua sola dichiarazione di volontà di esercitare l'opzione, ad un contratto i cui termini siano già stati fissati nel contratto di opzione stesso²⁰⁷.

Quanto alla natura giuridica dello stesso, ci si trova di fronte ad un contratto sottoposto ad una condizione che consiste, appunto, nell'esercizio della opzione.

Nulla esclude, invero, che un documento che sia stato denominato dalle parti lettera di intenti, contenendo già tutti i termini dell'accordo ma restando ancora soggetto all'approvazione di un'autorità da cui dipende una delle parti, possa essere più correttamente ricondotto alla categoria dell'*Option*²⁰⁸.

Un altro strumento che, pure, riceve frequente impiego nella prassi tedesca è il c.d. *Vorfeldvertrag*. Esso contiene pur sempre obblighi precontrattuali che, però, attengono specificamente al dovere di riservatezza o alla protezione dei marchi, durante lo svolgimento delle trattative.

Come si è già avuto modo di osservare con riguardo all'esperienza francese, si considerino, anche rispetto al diritto tedesco, le ipotesi in cui un accordo precontrattuale contenga la stipula di un successivo accordo definitivo.

È bene, con riguardo a tali fattispecie, prediligere la prospettiva offerta dal riferimento al requisito della forma che, secondo il diritto tedesco, costituisce un elemento

²⁰⁷ Così U.DRAETTA & R.LAKE, *Letters of intent and other precontractual documents*, cit., p.81.

²⁰⁸ Ciò è vero, altresì, per quelle fattispecie concrete che, ad onta dell'etichetta apposta dalle parti, in base al loro contenuto ed alle loro caratteristiche, integrino gli estremi di un vero e proprio *Vorvertrag*.

necessario delle fattispecie contrattuali, allorché sia prescritto espressamente dalla legge sotto pena di nullità²⁰⁹.

Nei casi in cui le parti abbiano statuito in merito al profilo formale del successivo contratto, condizionando la venuta ad esistenza dello stesso ad uno specifico adempimento formale, qualsiasi accordo precontrattuale tra di esse intervenuto, almeno in linea di principio, non potrebbe mai vedersi riconosciuta alcuna portata vincolante, qualunque ne sia il contenuto e quali le circostanze oggettive che lo caratterizzano.

Il requisito formale, proprio in quanto previsto, determina il sorgere di una presunzione di non vincolatività della fattispecie che ne risulti sprovvista.

Le ipotesi in cui ciò accade sono, invero, specificamente individuate in diverse sezioni del BGB ed esse costituiscono senz'altro un'eccezione alla generale regola della informalità²¹⁰ che permea di sé l'intera disciplina dei contratti.

c) ordinamento italiano.

A differenza dei codici francese e tedesco, il codice civile italiano nel dettare la disciplina generale dei contratti impiega, nel proprio testo, il termine “preliminare” per fare riferimento ad una fattispecie, specificamente caratterizzata, che precede la stipula del contratto vero e proprio.

Senza volersi dilungare, in questa sede, sulla disamina delle peculiarità di tale figura, dei risvolti problematici che vi si ricollegano e del considerevole numero di teorie la cui elaborazione ha mantenuto sempre acceso nel corso degli anni il dibattito sul tema, è appena il caso di sottolineare che, il contratto preliminare obbliga le parti alla stipula, entro un certo termine, di un contratto definitivo, il cui contenuto viene già sostanzialmente predeterminato.

Resta inteso che l'assetto dei rapporti determinato nel contratto preliminare diviene effettivo soltanto a seguito della stipula del contratto principale.

²⁰⁹ Per un'interessante trattazione del tema della nullità del contratto secondo il diritto tedesco, con specifico riferimento al mancato rispetto del requisito della forma, si veda D.MEDICUS, *Il ruolo centrale delle disposizioni relative al negozio giuridico*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002, pp. 170 ss.

²¹⁰ Per una compiuta disamina di questo profilo, unitamente alle disposizioni codicistiche che vi si ricollegano, si veda U.DRAETTA & R.LAKE, *Letters of intent and other precontractual documents*, cit., 82 ss.

Qualora le parti vengano meno all'impegno assunto, tale condotta integra gli estremi di un vero e proprio inadempimento contrattuale, a fronte del quale è possibile ottenere una pronuncia ad opera dell'autorità giudiziaria (ex art. 2932 c.c.), in grado di produrre l'effetto costitutivo evaso a causa della condotta di una delle parti. Si parla, infatti, di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto²¹¹.

Proprio la considerazione del particolare regime rimediabile cui risulta sottoposta tale fattispecie, consente di annoverarla a pieno titolo nell'ambito della categoria dei *precontractual agreements*. In quanto perfettamente vincolante, esso non può assolutamente dirsi un elemento che va ad inserirsi nel processo di formazione del contratto, ma piuttosto uno strumento contrattuale a sé stante²¹², in grado di far sorgere veri e propri effetti obbligatori in capo a chi vi abbia dato vita.

A tale ultimo proposito, occorre precisare che non necessariamente deve trattarsi di un impegno bilaterale. L'accordo può, infatti, prevedere che soltanto una delle parti si obblighi preliminarmente. Ad uno schema di tal fatta può, ad esempio, ricondursi la fattispecie del patto di prelazione,²¹³ in cui l'obbligo assunto da una soltanto delle parti non riguarda la stipula del successivo contratto, ma influisce (comprimendola) sulla libertà di scelta dell'interlocutore qualora essa si determini effettivamente a compiere questo passo.

²¹¹ Rispetto al concreto verificarsi di tale eventualità, l'indirizzo ormai prevalente in giurisprudenza sostiene che il giudice, che si per l'appunto chiamato a dare esecuzione specifica al preliminare, non incontri più quale ostacolo insormontabile il rispetto delle condizioni così come stabilite nel preliminare, ma possa tener conto delle sopravvenienze intervenute e, ad esse, adeguare la sentenza costitutiva. In concreto, nello svolgimento di tale operazione al giudice sarà concessa la facoltà di integrazione di lacune contrattuali secondo equità (art. 1374 c.c.) o di definizione delle modalità di adempimento secondo buona fede (art. 1375 c.c.) (per esempio consentendo il pagamento dilazionato del prezzo).

²¹² Tale orientamento non è stato, invero, accolto all'unanimità atteso che pur vi sono stati quanti hanno visto nel contratto definitivo un mero atto di adempimento dell'obbligo preesistente. Ciò non di meno, la posizione di chi propende per l'attribuzione di una natura contrattuale già al preliminare, è stata senz'altro rafforzata dalla recente previsione della possibilità di trascrivere il medesimo nei pubblici registri, con l'effetto di impedire al promittente venditore il compimento di atti di disposizione.

²¹³ Un altro esempio in cui soltanto una parte si vincola alla propria dichiarazione è l'opzione. In questa fattispecie, disciplinata nella norma di cui all'art. 1331 c.c., l'altra parte ha facoltà (opzione) di accettare o meno ed entro un certo termine tale ultima dichiarazione.

Per mere esigenze di completezza appare opportuno dar conto, altresì, delle previsioni (artt. 1987-1991 c.c.), rinvenibili nel codice civile, dettate con specifico riguardo alle promesse unilaterali, le quali circoscrivono ai soli modelli ivi espressamente regolamentati, le ipotesi in cui esse sono in grado di produrre effetti obbligatori.

Per ciò che concerne, invece, quelli che più specificamente possono definirsi *precontractual documents*, si è già più volte sottolineata la scarsa familiarità, quantomeno sotto il profilo genetico, del sistema giuridico italiano con le figure più emblematiche alle quali si è finora fatto riferimento.

Qualora si voglia descrivere l'atteggiamento di massima tradizionalmente assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane con riferimento alle lettere di intenti (come pure alle cc.dd. minute o punteggiature), si può dire, almeno in via di prima approssimazione, che l'esperienza nazionale non appare invero molto dissimile da quella francese che, come visto, da sempre ha preferito relegarne l'ambito di operatività nell'alveo delle relazioni commerciali internazionali, non mostrando particolare interesse al tema.

Eppure, la prassi degli ultimi decenni ha fatto registrare un atteggiamento sostanzialmente opposto degli operatori nazionali i quali, in maniera più o meno consapevole e più o meno appropriata, hanno sovente fatto impiego di tale strumento.

Sono diversi i settori commerciali in cui, ad esempio, lo svolgimento delle trattative è stato spesso scandito dallo scambio di lettere o dichiarazioni di intenti e la portata delle operazioni, di volta in volta condotte, quanto mai variegata²¹⁴. Non sempre, infatti, si è trattato di iniziative di particolare complessità o ingente valore commerciale (vendita di pacchetti azionari, costituzione di nuove società, *joint ventures*, etc.) ma evidentemente, le parti hanno sempre più frequentemente riscontrato una particolare utilità pratica, anche all'interno di meccanismi di scambio più immediati e di rapido svolgimento, nella predisposizione di protocolli di intesa, attraverso cui addivenire, in maniera più consapevole e partecipe, alla sottoscrizione del contratto avuto di mira²¹⁵.

²¹⁴ In R.SPECIALE, in "Contratti preliminari ed intese precontrattuali?", cit., p.252, in nota, si rimanda finanche ai contratti di categoria, quale ambito economico entro cui si è altresì registrato un discreto impiego dello strumento in esame. In particolare, ed a titolo, esemplificativo l'Autore annovera la lettera di intenti sottoscritta in relazione ai criteri di revisione del meccanismo del F.i.r.r. nell'ambito dell'accordo economico collettivo del rapporto di agenzia del settore commerciale del 9 giugno 1988, ed il protocollo d'intesa nel contesto del codice di autodisciplina della vendita a domicilio. Viene richiamato, altresì, la sottoscrizione dei «protocolli di intesa fra associazioni di produttori e commercianti da una parte, e consumatori dall'altra, volti a regolamentare modelli di comportamento sul rapporto di scambio e a ricercare prioritariamente soluzioni transattive delle controversie nascenti, per il tramite dell'istituzione di commissioni di conciliazione e collegi arbitrali».

²¹⁵ In verità, non si è sempre riscontrata altrettanta consapevolezza, in capo alle parti, circa le conseguenze giuridiche derivanti dal documento sottoscritto, tant'è che in alcuni casi, ad onta della denominazione con cui esso stesso veniva da esse "etichettato", mancava nei fatti un reale intento negoziale.

Ad ogni buon conto, allorché dottrina e giurisprudenza hanno dovuto occuparsi di tali fattispecie, la ricostruzione di esse è avvenuta, eminentemente, attraverso il riferimento alla problematica della conclusione del contratto e della determinazione del suo oggetto.

Il quesito principale cui, precipuamente, si è cercato di rispondere è quello teso ad individuare l'esatto confine tra quasi-contratto e contratto.

In prospettiva storica, può anzitutto rilevarsi che le risultanze dei percorsi argomentativi di volta in volta seguiti, nelle sentenze come nelle elaborazioni dottrinali, delineano i contorni di un quadro abbastanza eterogeneo, non scevro invero da alcuni aspetti fortemente contraddittori, all'interno del quale è comunque possibile scorgere una diffusa tendenza, non soltanto a negare natura contrattuale, quanto a negare qualsiasi valore alle intese con cui le parti si propongono di fissare i punti già discussi nel corso delle trattative, fatta eccezione per l'accertamento dei presupposti di applicabilità della responsabilità precontrattuale per violazione dell'art. 1337 c.c.²¹⁶

Ad ogni buon conto, è certo che un ruolo di primo piano, agli occhi dell'interprete, ha senz'altro svolto la volontà espressa dalle parti.

Come la Suprema Corte di Cassazione ha, del resto, recentemente confermato²¹⁷, affinché un contratto possa dirsi sorto, è necessario che le parti abbiano, anzitutto,

²¹⁶ Così, R.SPECIALE, in *“Contratti preliminari ed intese precontrattuali”*, cit., pp. 248-249.

In tal senso, si vedano altresì: AA.VV., *Istituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*, Torino, 2011, p. 547, sì come P.STANZIONE, *“Manuale di diritto privato”*, Torino, 2006, pp. 171 ss.

²¹⁷ Cass. civ., sent. n. 2561 del 2 febbraio 2009.

Tracce significative e coerenti con quest'ultimo orientamento sono, del resto, rinvenibili anche nella giurisprudenza di merito. Una valida esemplificazione a tale scopo, è rappresentata dalla sentenza 1771/2005 emanata dal Tribunale di Monza, in cui si legge che: «[...] Quanto al documento 20 lo stesso contiene un evidente intesa preparatoria, in cui le parti prefigurano i possibili esiti negoziali degli affari ivi trattati, ma senza esprimere alcuna volizione negoziale definitiva, attuale e vincolante.

In primo luogo, pur se il dato non è dirimente non essendo di per sé vincolante il nomen iuris utilizzato dalle parti, il documento è intitolato *“letter of intent”*, con ciò già segnalando sul piano lessicale la natura programmatica dell'accordo, non ancora definitivo e cogente.

[...] Ma nel caso di specie, lungi dall'esservi contrasto fra intitolazione del documento e suo contenuto negoziale, proprio quest'ultimo rafforza l'impressione suscitata dal nomen impiegato dalle parti che, come visto, pur vincolante non è neppure irrilevante.

[...] Alla fattispecie in esame pare pertanto applicabile il seguente principio giurisprudenziale (Cfr. Cass. 14/06/1999, n. 5830): *“Qualora i contatti intercorsi fra due soggetti non siano tali, per mancanza di univocità dei comportamenti, da determinare la conclusione del contratto, essi possono tuttavia configurare delle trattative giunte ad un tale punto di sviluppo da ingenerare in una parte un giustificato affidamento sulla conclusione del contratto; in tal caso, il recesso ingiustificato dà luogo solo a responsabilità pre-contrattuale, con conseguente obbligo di risarcire il danno. Del resto l'avvenuto perfezionarsi di intese su alcuni punti dello stipulando contratto o gli eventuali accordi parziali, per il loro*

chiaramente manifestato il proprio intento di vincolarsi ed abbiano, altresì, raggiunto un accordo sugli elementi essenziali della fattispecie contrattuale che intendono generare.

La dottrina²¹⁸ concepisce, invero, tali due componenti in un ordine consecutivo tale per cui la volontà appare l'elemento primario di cui l'interprete è tenuto a verificare la sussistenza, per poi poter valutare, solo in via sussidiaria, il grado di completezza della fattispecie sottoposta al suo esame.

La questione, detto altrimenti, si pone sui due diversi piani del perfezionamento e del contenuto del contratto.

La completezza, sotto il profilo oggettivo, di un'intesa raggiunta non implica necessariamente l'avvenuto perfezionamento di un contratto.

Può ben aversi nella pratica, infatti, una fattispecie rispetto alla quale le parti si siano già accordate sugli elementi essenziali del contratto ma non abbiano espresso, in maniera chiara o *per facta concludentia*, un'inequivocabile volontà di obbligarsi oppure abbiano dichiarato di voler rinviare il sorgere del vincolo contrattuale ad un momento successivo.

Allo stesso modo, la giurisprudenza di legittimità²¹⁹ non ha esitato ad attribuire efficacia probatoria, quanto all'esistenza di un preciso intento negoziale, alle ipotesi di minute o puntuazioni cc.dd. "complete di clausole" (distinguendole dunque dalle puntuazioni semplici), la cui caratteristica è quella di predisporre le clausole di un accordo negoziale ancora da concludersi. Ecco, rispetto a tali ultime ipotesi, la Suprema Corte ha addirittura ravvisato la sussistenza di una vera e propria presunzione semplice di avvenuto perfezionamento della fattispecie contrattuale, superabile dalla parte che provi la mancata sussistenza di un'attuale volontà di obbligarsi.

Le puntuazioni semplici sono, invece, tradizionalmente assistite da una presunzione di non definitività, nel senso che il rapporto non si ritiene già concluso in maniera definitiva, ma il documento ottempera ad una funzione esclusivamente preparatoria, a meno che la parte interessata non fornisca la prova di una precisa volontà orientata in senso contrario.

In definitiva, che si tratti di minute (o puntuazioni) oppure di lettere di intenti, ciò che consente ad una fattispecie di travalicare i confini del "precontrattuale" per accedere al

carattere provvisorio e la loro efficacia subordinata all'esito positivo delle trattative, non esulano dall'ambito della fase precontrattuale, e non provano certo la conclusione di un contratto.»».

²¹⁸ G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, p. 292.

²¹⁹ Cass. civ. 02/10276; Cass. civ. 97/7857.

contrattuale “*tout court*” è, anzitutto, l’intento espresso o comunque manifestato dalle parti in tal senso, in aggiunta all’avvenuta determinazione di tutti i punti oggetto del contratto stesso. Fino a quando tali condizioni non possono dirsi positivamente verificate, nessuno dei documenti considerati pare in grado di dar vita ad un contratto e pertanto la disciplina destinata a regolamentarne la fisiologica operatività e, soprattutto, gli eventuali risvolti patologici attraverso un adeguato sistema rimediale, resta pur sempre relegata entro i precisi confini del “precontrattuale”.

Capitolo IV

LA DISCIPLINA DEI *PRE-CONTRACTUAL STATEMENTS* TRA STRUMENTI DI *HARD LAW* E DI *SOFT LAW*.

1. Il diffuso impiego dei documenti precontrattuali nella prassi del commercio internazionale.

Lo svolgimento delle trattative negoziali nei processi formativi di contratti in qualsiasi modo contrassegnati dalla sussistenza di elementi di internazionalità, presenta senza dubbio profili di maggiore complessità, se paragonati alle corrispondenti vicende destinate a dispiegare la propria efficacia all'interno di un unico contesto ordinamentale.

Il coinvolgimento e, dunque, le possibili interferenze tra diversi sistemi normativi aprono infatti la via ad una serie di differenti problematiche, tra cui *in primis* quelle connesse alle eventuali difformità nella disciplina di un medesimo fenomeno giuridico.

Al di là del formale superamento dell'*empasse* relativo al diritto sostanziale applicabile alla fattispecie concreta, attraverso la scelta operata dalle parti o la designazione scaturente dall'operatività delle norme di conflitto, è indubbio che le peculiarità di una fattispecie contrattuale internazionale determinino, almeno nella prospettiva di un operatore economico, un inevitabile incremento del potenziale di incertezza e non prevedibilità normalmente connesso allo svolgimento dei propri affari.

La piena consapevolezza, ad opera dei *businessmen*, di muoversi su di un terreno non proprio familiare ogni qual volta i propri interessi economici li inducano ad avviare relazioni commerciali *transborder*, li spinge a cristallizzare in documenti scritti gli assetti parziali di volta in volta statuiti, mano a mano che le negoziazioni progrediscono, fino al raggiungimento dell'accordo definitivo.

Sul piano transnazionale si assiste, pertanto, ad un impiego degli strumenti tipici della fase precontrattuale ancor più accentuato di quanto ciò non avvenga nei singoli contesti nazionali. Di certo, la diversità con cui sovente le varie tipologie di documenti vengono inquadrare dai singoli ordinamenti giuridici può indurre le parti ad attribuire al proprio agire effetti tra di loro divergenti e a non raggiungere, nella pratica, un assetto effettivamente unitario e condiviso. Ciò spiega, del resto, perché alcune figure precontrattuali, tra cui anzitutto le lettere di intenti, abbiano non di rado dato vita a conflitti interpretativi cui soltanto la giurisprudenza, molto spesso rappresentata dai tribunali arbitrali, ha cercato di trovare soluzioni plausibili.

2. Le principali fonti normative dei contratti internazionali tra obiettivi di uniformazione e tentativi di armonizzazione.

Allorché vengano instaurate relazioni *cross borders* è evidente che la regolamentazione delle stesse travalichi i confini nazionali²²⁰ e si traduca nell'impiego di strumenti normativi ulteriori, alcuni dei quali tradizionalmente scaturiti da un processo formale di produzione legislativa, ad opera di organi investiti della relativa funzione (c.d. "*hard law*"), altri invece spontaneamente generatisi attraverso multiformi fenomeni di autoregolamentazione e muniti di una generale caratteristica di non diretta vincolatività (c.d. "*soft law*")²²¹. Tra questi

²²⁰ Ancorché non possa dirsi che siano state particolarmente efficaci, sono rinvenibili, in prospettiva di ricostruzione storica, alcuni esempi di norme di diritto positivo "interne" specificamente volte a disciplinare fattispecie contrattuali sorte a livello internazionale. Ci si riferisce, in particolare, ad alcuni codici e disposizioni normative adottati dai regimi socialisti con il precipuo intento di offrire una base regolamentare omogenea in tutte le ipotesi in cui le imprese (di Stato) si trovassero ad instaurare relazioni economiche con soggetti stranieri. In tal modo si cercava, da un lato, di garantire le imprese stesse dai rischi di trattamenti discriminatori o, comunque, difformi e, dall'altro, di fare in modo che i loro interlocutori stranieri vedessero adeguatamente tutelati i propri interessi.

A titolo di mera esemplificazione, si pensi al codice cecoslovacco del commercio internazionale del 1 aprile 1964, alla legge della Repubblica democratica tedesca sui contratti economici internazionali del 5 febbraio 1976, alla legge cinese sui contratti economici con l'estero del 21 marzo 1985, nonché al d.l. adottato in Ungheria nel 1978 per adeguare alcune disposizioni del codice civile alle specifiche esigenze dei contratti internazionali o alla legge sui contratti economici adottata in Romania nel 1979.

In linea di principio, al di là delle specifiche esperienze richiamate, i legislatori nazionali non hanno mostrato specifico interesse per le fattispecie internazionali, tanto da voler predisporre disposizioni ad esse specificamente applicabili, ma hanno sostanzialmente perpetrato in un atteggiamento ostinatamente anacronistico, sordo alle mutate esigenze di una realtà commerciale sempre più transfrontaliera e, soprattutto da ultimo, globalizzata.

Ciò, di certo, non impedisce che le disposizioni normalmente dettate con specifico riguardo alle fattispecie contrattuali di diritto interno possano trovare applicazione "estensiva" ma, anzitutto, è da verificare quali di esse possono essere interessate da questo processo e, soprattutto, è probabile che nella gran parte dei casi si renda necessaria l'adozione di un approccio interpretativo diverso, probabilmente più "liberale", rispetto a quello caratterizzante i contratti "domestici".

In A.FRIGNANI – M.TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., p. 14 si richiama, quale sintomo di un approccio necessariamente meno rigido allorché determinate disposizioni normative debbano applicarsi ai contratti internazionali, l'attenuazione del grado di imperatività di alcune norme che, tradizionalmente, pone un argine all'autonomia negoziale. Per un approfondimento di tale ultimo, interessante profilo, si rimanda a P.NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, *passim*. Si veda pure F.MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in N.Boschiero, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (RomaI)*, Torino, 2009, pp. 15 ss.

²²¹ In questa sede si è scelto di fare riferimento alla tradizionale distinzione tra *hard law* e *soft law*, non senza fare menzione peraltro della persistenza, in alcuni Autori, di un atteggiamento sostanzialmente ostile, teso a negare qualsiasi forma di dignità, e dunque di efficacia normativa, alle forme "alternative" di regolamentazione.

ultimi, si pensi ai codici di autoregolamentazione di singole imprese, ai codici di associazioni professionali e di categoria (ad esempio, i codici deontologici), nonché alle raccolte di principi e regole o, come visto, sorte spontaneamente (c.d. *lex mercatoria*), oppure predisposte da organismi determinati, con il precipuo intento di introdurre discipline uniformi in specifici ambiti (ad esempio, i Principi *Unidroit*).

Di certo, nell'era della globalizzazione e del libero mercato le relazioni transfrontaliere si fanno sempre più numerose e complesse rappresentando, evidentemente, la configurazione contrattuale più diffusa.

Non desta, pertanto, alcuna meraviglia il fatto che proprio tra gli operatori della *business community* si sia fatta largo, con sempre maggiore insistenza, l'esigenza di sottoporre i contratti stipulati ad una disciplina uniforme, composta di regole e principi comuni, allo scopo, senz'altro, di agevolare le attività del commercio in genere, ma anche di promuovere la certezza e la prevedibilità del diritto, soprattutto nei casi in cui si verificano vicende patologiche.

In realtà, in questa direzione, se si ha specifico riguardo alle Convenzioni Internazionali, si è registrato un impegno congiunto in tal senso anche ad opera degli Stati, che si sono posti un duplice obiettivo: quello della uniformazione²²² dei diritti nazionali

Pur senza voler aderire a posizioni così drastiche si ritiene, in realtà, che tale netta distinzione valga più a soddisfare esigenze esplicative che a descrivere fedelmente il quadro normativo di riferimento.

Oltretutto, il confine tra le due forme, *hard law* e *soft law*, lungi dal delineare nettamente due ambiti di operatività distinti per origine e per contenuto, tende ormai a presentarsi quanto mai labile e non in grado, evidentemente, di arginare il dilagante fenomeno di interazione-confusione tra le due fonti che emerge chiaramente dalla prassi.

²²² L'obiettivo della uniformazione interessa, invero, anche i sistemi di diritto internazionale privato (Dip), nel senso che la comunità internazionale degli operatori economici ha tentato di ovviare alle diversità, ravvisabili anche con riferimento ai criteri di collegamento adottati da ciascun ordinamento giuridico, cercando di promuovere la nascita di un Dip uniforme. Gli interventi a tal fine realizzati si caratterizzano, anzitutto, per la scelta operata in favore della settorialità, evidentemente vista come la via, almeno inizialmente, più facilmente percorribile. Tra i tanti, si pensi alla Convenzione di Ginevra del 1930 in tema di cambiale e vaglia cambiario, alla Convenzione dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile alla vendita internazionale o, ancora, alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Attesa la parzialità di tali iniziative normative è evidente come ancora molti siano gli ostacoli posti dalle norme (nazionali) di diritto internazionale privato rispetto a quelle che sono le esigenze del commercio internazionale.

Di certo, uno sforzo in più è stato compiuto in ambito comunitario, attraverso l'impegno profuso su due fronti e, cioè, sia ad opera dei singoli Stati (Austria, Francia, Germania, Italia, Svizzera), i quali hanno provveduto ad apportare significative modifiche ai propri sistemi nazionali, sia ad opera del legislatore Comunitario, che ha provveduto a trasformare la Convenzione di Roma in un Regolamento comunitario (c.d. "Regolamento Roma I"); per tale ultima via, i Paesi dell'Unione sono ora provvisti di

nonché quello della armonizzazione delle rispettive discipline interne, ovverossia il loro progressivo avvicinamento.

Il primo, evidentemente, richiede esclusivamente il recepimento delle norme convenzionali ad opera degli Stati ratificanti, senza alcun intervento modificativo o “creativo” della disciplina, già dettata, che pertanto risulterà assolutamente identica a come concepita, soltanto contenuta in una fonte di produzione nazionale.

In questa sede, si farà riferimento, in particolar modo alla Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci (firmata a Vienna l'11 aprile 1980 e ratificata dall'Italia con L. 11 dicembre 1985, n. 765 ed in vigore dal 1° gennaio 1998) che rappresenta una delle principali fonti normative della fattispecie contrattuali *cross border*.

Il secondo, invece, sembrerebbe essere quello più facilmente accessibile, atteso che è demandato ai singoli ordinamenti nazionali l'onere di predisporre disposizioni specifiche adeguate, all'interno di un comune quadro di riferimento, di cui siano state concordate le linee guida: il risultato sarebbe, pertanto, quello di ottenere regole tra di loro simili individuate dagli atti normativi che, in ciascuna esperienza ordinamentale, risultino meglio in grado di interpretare i valori avuti di mira.

Un significativo esempio di armonizzazione è rappresentato dallo *Uniform commercial code* (Ucc) americano, contenente norme comuni a livello federale destinate a regolamentare le più importanti transazioni commerciali.

Nel più vasto panorama della *community* internazionale dei traffici commerciali non sono mancati, invero, progetti concreti²²³, ad opera di organismi non statali, volti a realizzare – almeno stando alle intenzioni dichiarate – una codificazione in materia contrattuale, da applicarsi alle fattispecie transnazionali.

un *corpus* uniforme di norme (di fonte comunitaria, evidentemente) di diritto internazionale privato in materia contrattuale.

²²³ Sembra opportuno dare, almeno, conto del progetto sottoposto nel 1970, dal Segretariato dell'UNIDROIT del 1970, alla neo-costituita Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale (UNCITRAL), in cui venivano enunciate ed esplicate ampiamente le ragioni che rendevano opportuna, per non dire necessaria, una codificazione sopranazionale del diritto del commercio internazionale. Per un approfondimento si vada direttamente al testo integrale del documento: UNIDROIT, *Progressive Codification of the Law of the International Trade: Note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit)* in 1 U.N. Commission on Int'l Trade L. Y. B., 1968-1970, p. 285, U.N. Doc. A/CN.9/L.19.

Svariati ostacoli²²⁴ hanno, ben presto, palesato la portata troppo ambiziosa di tale aspirazione e la necessità di percorrere strade diverse, attraverso cui promuovere l'unificazione del diritto sovranazionale, destinato a regolare i traffici internazionali.

Sulla base dell'esempio americano²²⁵, il modello del *Restatement* ha ispirato i tentativi compiuti successivamente ed, in particolare, quello di raccogliere i principi generali che regolamentano la materia dei contratti commerciali²²⁶.

Tra di essi, in ogni caso, quello dall'esito più felice ha dato vita ai già menzionati Principi *UNIDROIT* ai quali, senza volersi in questa sede soffermare sulla effettiva capacità di ricevere compiuta applicazione e di inserirsi a pieno titolo nel sistema delle fonti di diritto del commercio internazionale, va attribuito senz'altro il merito di racchiudere un'articolata congerie di principi contrattuali, generali e non, nei quali più ordinamenti possono riconoscersi²²⁷.

Di certo, una notevole valenza unificante e, dunque, uno spiccato rilievo per i contratti commerciali internazionali deve, senza dubbio, riconoscersi alla c.d. *lex mercatoria*²²⁸,

²²⁴ In A.FRIGNANI – M.TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., pp.54 ss., si rinviene una approfondita esposizione delle principali condizioni, ravvisabili nell'attuale quadro normativo e fattuale della comunità internazionale, che rendono inevitabile l'accantonamento del progetto di costituzione di un codice unitario.

²²⁵ Il riferimento è soprattutto alla mirabile opera intrapresa dall'*American Law Institute (ALI)* nel 1923, al fine di imprimere una maggiore omogeneità ed armonia al *common law* americano, connotato da una certa imprecisione nel linguaggio normativo, dall'inadeguatezza della produzione legislativa e dalla prolissità delle decisioni giudiziarie. La finalità avuta di mira attraverso la realizzazione dei cc.dd. *Restatements* era quella di racchiudere in singole raccolte suddivise per materia il contenuto delle regole applicabili a ciascuna di esse. Da tale progetto sono scaturiti i *Restatements* in materia di *contracts*, di *torts*, di *agency*, di *conflict of laws*, etc.

²²⁶ Era il 1971 quando il Consiglio Direttivo di *UNIDROIT* incaricò illustri giuristi (tra cui *David*, *Schmitthoff* e *Popescu*) di svolgere un accurato studio, teso a verificare la fattibilità del progetto.

²²⁷ Tale mirabile risultato deve attribuirsi, probabilmente, alla scelta del metodo d'indagine comparatistico che ha consentito agli addetti ai lavori di porre a confronto le disposizioni dettate dai singoli ordinamenti nazionali in merito a specifici aspetti del contratto, estrapolandone principi in grado di valorizzare le similitudini esistenti tra i vari sistemi oppure anche di rappresentare scelte innovative nella disciplina dei contratti commerciali internazionali. È soprattutto quest'ultimo il maggior pregio riconosciuto agli *UNIDROIT* da coloro i quali ritengono che una qualificazione dei medesimi alla stregua di mero *Restatement* non sia fedele al contenuto, in molti casi innovativo, che ne caratterizza le previsioni.

²²⁸ La bibliografia sul tema è senz'altro vastissima. In questa sede ci si limita a richiamare una minima parte di essa, adottando un criterio di scelta cronologico, allo scopo di mostrare i più recenti sviluppi della discussione portata avanti dalla dottrina: S.KRÖLL-L.MISTELIS, *International arbitration and International commercial law*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 38 ss; K.P.BERGER, *The creeping codification of the new lex mercatoria*, Alphen aan den Rijn, 2011, *passim*; J.H. DALHUISEN, *Introduction-the new lex mercatoria and its sources*, in *Dalhuisen on Transnational comparative, commercial, financial and trade law*, Oxford, 2010,

da intendersi – secondo l’opinione più diffusa – come insieme di regole ed istituti comunemente applicati dai *mercatores*, non perché promanino da un qualche, determinato, potere legislativo sovranazionale, ma perché da essi stessi percepite come norme comportamentali condivise e perciò stesso uniformemente osservate.

Più specificamente, si tratta del diritto di formazione²²⁹ spontanea cui gli stessi operatori economici hanno dato vita.

Nell’ambito del contesto europeo, è stato da tempo avviato il processo di uniformazione o, comunque, volto a far convergere gli ordinamenti nazionali, sotto il profilo del diritto privato, allo scopo non solo di dettare precetti funzionali a prevenire distorsioni nei meccanismi fisiologici della concorrenza, ma anche di rimuovere gli ostacoli di carattere strettamente tecnico-giuridico che, di per sé, compromettono il fluido svolgimento dei traffici all’interno del mercato unico.

Lo strumento, all’uopo, prediletto dal legislatore comunitario, è rappresentato dalla direttiva che, invero, largo impiego ha trovato, in maniera predominante con riguardo alla

passim; F.GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, *passim*; C.P.BERGER, *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization*, in *Towards an European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp.55 ss.; F.GALGANO-F.MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, pp.266 ss.; P.G.MONATERI, *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, in *Soc. dir.*, 2005, p. 229.

La nozione di (nuova)*lex mercatoria* accolta in questa sede non costituisce, invero, l’unica ma viene prediletta da quanti ne apprezzano l’idoneità a valorizzare i caratteri di volontarietà e spontaneità, che maggiormente la distinguono dal regole dettate dal diritto nazionale o dalle convenzioni internazionali.

In prospettiva diametralmente opposta si colloca, invece, l’opinione di coloro i quali la riconducono nell’alveo della *law proper to International economic relations*, attribuendole dunque una vocazione onnicomprensiva, in grado di ricomprendere le convenzioni internazionali, così come le disposizioni normative nazionali, dettate con riferimento alle fattispecie contrattuali stipulate con operatori stranieri.

Con specifico riferimento a tale ultimo orientamento, si vedano: nel primo senso, I.DAVIES, *The new Lex Mercatoria: International interests in Mobile Equipment*, in *International Comparative Law Quarterly* (2003), p. 151; per quanto, invece, concerne il novero delle leggi nazionali che disciplinano il commercio con l’estero tra le possibili componenti della nuova *Lex Mercatoria*, si considerino: PHILIP C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956 e C.M. SCHMITTHOFF, *The Law of International Trade*, in CCI (a cura di), *Sources of the Law of International Trade*, Londra, 1964, p.3.

A questi, si aggiunga anche l’opinione espressa da U.DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, Padova, 1984, p.2, p.10, e *passim*, che la identifica con il «diritto transnazionale del commercio internazionale».

²²⁹ Quanto agli elementi di cui si compone la *lex mercatoria*, ancorché non possa ravvisarsi una vera e propria unanimità di vedute sul tema, l’opinione prevalente tende a suddividerle in tre categorie: principi generali di diritto; usi e consuetudini del commercio internazionale; principi emersi dalla giurisprudenza arbitrale internazionale.

Coloro (O.LANDO, *The Lex Mercatoria and International Commercial Arbitration*, in *ICLQ*, 1985, p.748; A.KAPPUS, «Conflict Avoidance» *durche* «Lex Mercatoria» *und UN-Kaufrecht 1980*, in *RWO* 1990, p.789) i quali propendono invece per la definizione più ampia, cui si è fatto cenno sopra, tendono ad includere nelle componenti della *lex mercatoria* anche le convenzioni internazionali e le leggi uniformi.

tutela del consumatore, nonché alla disciplina di specifici settori²³⁰. Per effetto delle disposizioni che vi si trovano contenute (poi puntualmente recepite dagli Stati membri) viene fortemente condizionata la libertà delle imprese, ogni qualvolta esse si trovino a stipulare contratti commerciali internazionali, almeno per ciò che concerne il duplice profilo della validità e del contenuto degli stessi.

Questo è quello che taluni autori²³¹ hanno definito diritto europeo “comunitario”, promanante dagli organi istituzionali dell’Unione attraverso processi burocratici ben determinati, per distinguerlo dal diritto comune europeo (*European Common Law*), da intendersi come complesso di regole, principi e categorie emersi dalla circolazione e progressiva condivisione dei modelli elaborati all’interno delle diverse esperienze nazionali.

La redazione di strumenti di *soft law* ha rappresentato, dunque, nell’ottica degli addetti ai lavori, una tappa obbligatoria per poi gettare le basi di un futuro Codice europeo dei contratti.

Dall’avvio dei lavori nel 1980, nel 2003 è stata completata l’opera di redazione dei *Principles of European Contract Law* (PECL), elaborati da una commissione di giuristi presieduta da Ole Lando (da cui la denominazione frequentemente impiegata di “principi Lando”) con il supporto del Parlamento Europeo.

Come espressamente dichiarato dai redattori del testo, hanno costituito fonte di ispirazione i diritti nazionali degli Stati membri, nonché l’*American Restatement on Contracts* e la CISG, partendo dai quali è stata compiuta un’opera di rielaborazione, se non a volte di vera e propria creazione, di principi e regole che fossero particolarmente funzionali al soddisfacimento delle esigenze degli operatori del mercato europeo, non disgiunte da esaustivi commenti e riferimenti comparativi²³².

²³⁰ A titolo di mera esemplificazione, si pensi a: materia societaria, OPA e prospetti; *antitrust*; fornitura di servizi; appalti e pubbliche forniture; materia bancaria, finanziaria ed assicurativa; alcuni aspetti specifici della disciplina dei contratti internazionali.

²³¹ Così, infatti, V.ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 277.

²³² Sotto il profilo contenutistico e per le caratteristiche che connotano entrambe le raccolte di principi, è indubbio possa riscontrarsi un vero e proprio parallelismo tra PUICC e PECL, dovuto probabilmente a tre ordini di motivazioni. Anzitutto il fattore temporale, che si specifica in una sostanziale contemporaneità della redazione di entrambe le raccolte di principi. A ciò si aggiunge la circostanza per cui alcuni membri dell’una come dell’altra commissione redattrice erano gli stessi. Da ultimo, entrambe le commissioni si erano poste l’obiettivo di non far proprie soluzioni adottate da specifici ordinamenti,

Visto il felice esito della prima iniziativa adottata, un nuovo gruppo di studiosi si è costituito a Pavia nel 1992, l'Accademia dei Giusprivatisti Europei, con l'obiettivo primario di redigere la bozza di un vero e proprio codice europeo dei contratti.

L'ultimo aggiornamento nel 2004, del testo finora predisposto, ha segnato l'ultimazione di una disciplina generale dei contratti²³³, alla quale dovrebbe seguire in futuro una raccolta di disposizioni dettate per i singoli contratti²³⁴.

È sempre l'unificazione l'obiettivo posto al proprio lavoro dallo *Study Group on a European Civil Code*, diretto da *Christian von Bar* e composto per gran parte dai membri della Commissione Lando. Il metodo prescelto risulta, ancora una volta, quello comparatistico ed è essenzialmente rivolto ai sistemi privatistici dei vari Paesi Membri. La finalità concretamente perseguita è rappresentata dalla predisposizione di un sistema comune di principi in materia patrimoniale, opportunamente commentati ed annotati, che spetterà ai

ma di prediligere scelte piuttosto equilibrate e, soprattutto, adatte alle mutevoli esigenze di relazioni transfrontaliere.

Quanto ai casi in cui i PECL possono trovare applicazione, valgono esattamente le medesime previsioni dettate per i PUICC. Almeno in linea teorica, dunque, si riscontra un perfetto parallelismo. Sul piano pratico, però, si registra uno scarso impiego dei PECL, soprattutto ad opera della giurisprudenza arbitrale (che, invero, si occupa di buona parte delle controversie in tema di contratti internazionali) anche in considerazione del fatto che essi si originano da una rilettura in chiave comparatistica delle norme vigenti nei soli Paesi dell'Unione Europea e, dunque, non si può riferire ad essi l'espressione *lex mercatoria*, fatta eccezione per quelle disposizioni che trovino un proprio equivalente all'interno dei PUICC.

Sotto un diverso profilo, può cogliersi invece una portata più ampia dei PECL, quantomeno nel senso che essi dettano regole di portata generale che, pertanto, non ne limitano l'applicazione ai soli contratti B2B, ma anche ai contratti B2C.

Per approfondire lo studio della comparazione tra PECL e PUICC e per un confronto dei medesimi anche con le disposizioni dettate dalla Convenzione di Vienna sulla vendita di beni (CESL), si veda O.LANDO, *Principles of European Contract Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1992, p. 579, nt. 229, nonché M.J.BONELL, *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, in *ULR*, 1996.

²³³ All'occorrenza viene, altresì, impiegata la denominazione codice Gandolfi, dal nome di Giuseppe Gandolfi, dal nome del giurista che ha svolto un ruolo di primo piano nella stesura del testo.

Tra i profili contrattuali disciplinati, si ricordano: formazione, forma, contenuto ed interpretazione dei contratti, nonché adempimento/inadempimento e scioglimento.

²³⁴ È interessante ricordare che un importante punto di riferimento per la stesura delle disposizioni dettate nel Codice Gandolfi è rappresentato dal libro IV del codice civile italiano, considerato come il mirabile modello di una soluzione di compromesso tra i due più significativi paradigmi codicistici esistenti nel panorama di *civil law* (quello francese e quello tedesco), al tempo stesso munito però anche di soluzioni assolutamente originali e pregevoli.

L'altro testo ugualmente preso come riferimento è il *Contract Code* predisposto da *Harvey McGregor* per la *English Law Commission*, allo scopo – invero mai realizzato – di predisporre una disciplina capace di riunire il diritto contrattuale scozzese, riconducibile al *civil law* e quello inglese, notoriamente esempio paradigmatico di *common law*.

singoli Stati implementare gradualmente e, alle Corti, di impiegare quale strumento ausiliario nell'attività ermeneutica.

Dal 2005, lo *Study Group* è stato direttamente coinvolto nell'opera di elaborazione e stesura del *Common Frame of Reference*, che costituisce il punto di approdo di un'opera concreta di armonizzazione dei diritti nazionali che, a partire dal 1989²³⁵, anno in cui si è avuta una prima risoluzione del Parlamento Europeo, ha subito finalmente un diretto coinvolgimento e, dunque, un sostegno degli organi istituzionali dell'Unione.

La predisposizione di un quadro comune di riferimento costituisce, in effetti, una delle strategie, individuate dalla Commissione Europea²³⁶ a seguito di una scrupolosa e articolata attività di consultazione e proposte in un apposito documento denominato “*Action Plan*”, teso ad imprimere una maggiore coerenza al diritto contrattuale europeo.

La cornice di principi è stata concepita con l'intento di individuare ancor più nel dettaglio e, al tempo stesso, consolidare l'*acquis communautaire* in materia contrattuale, lasciando emergere le *best solutions* elaborate nelle singole esperienze nazionali²³⁷.

Il *Common Frame of Reference*, la cui bozza definitiva (*draft*, da cui l'acronimo normalmente impiegato DCFR²³⁸), corredata da articolati commenti e lunghe annotazioni è

²³⁵ Una seconda risoluzione del Parlamento europeo si è avuta, poi, nel 1994 ma si è dovuto attendere fino al 1999 perché attraverso un proprio organismo interno, la Direzione generale per la ricerca, il Parlamento stesso desse effettivamente inizio ad uno studio preliminare rispetto al progetto di armonizzazione, dal titolo “*The Private Law Systems in EU: Discrimination on Grounds of Nationality and The Need for a European Civil Code*”.

²³⁶ L'intervento della Commissione è stato, a più riprese, sollecitato dal Parlamento come dal Consiglio Europeo.

²³⁷ In aggiunta, particolarmente funzionale è stata considerata l'eventuale predisposizione di clausole contrattuali *standard* applicabili in tutta l'Unione Europea.

²³⁸ Anche con specifico riguardo al c.d. DRAFT è rinvenibile una copiosa bibliografia nazionale ed internazionale, alla quale si rimanda per una compiuta ricostruzione del contenuto, non disgiunta dall'analisi (condotta spesso con metodo comparatistico) dei profili non solo giuridici, ma anche politici ed economici che vi si ricollegano, per non dire dell'efficacia delle disposizioni che vi si ritrovano contenute, in prospettiva della nascita dell'agognato Codice Europeo dei contratti. Tra i diversi contributi si vedano, ad esempio: L.ANTONIOLLI, *A factual assessment of the draft common frame of reference*, cit., *passim*; I.TANKOVA-M.GRAMATIKOV, *A Critical Note on Two EU Principles: A Proceduralist View on the Draft Common Frame of Reference(DCFR)*, in R.BROWNSWORD-H.W.MICKLITZ-L.NIGLIA, *The foundations of European private law*, Oxford, 2011, pp. 421 ss.; P.LAROUCHE-F.CHIRICO, *Economic analysis of the DCFR*, München, 2010, *passim*; H.W.MICKLITZ, *European private law after the common frame of reference*, Cheltenham, 2010, *passim*; C.JANSEN, *Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method*, in R.ZIMMERMANN, *Service contracts*, Tübingen, 2010, pp. 43 ss.; T.K.GRAZIANO, *Dienstleistungsverträge im Recht Der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference*, in R.ZIMMERMANN, *Service contracts*, cit., pp. 59 ss.; G.ALPA-G.IUDICA-U.PERFETTI, *Il draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, *passim*; C.VON BAR,

stata redatta nell'ottobre del 2009, è stato concepito come ulteriore strumento di *soft law*, come tale non vincolante.

Pur non avendo abbandonato il “sogno” di giungere all'elaborazione di un codice europeo in materia di contratti, la Commissione non ha attribuito al quadro comune di riferimento l'onere di rappresentarne la compiuta realizzazione e, pertanto, il DRAFT si presenta come un'opera attraverso cui realizzare una revisione della legislazione esistente ed uno strumento, come detto, che includa principi, definizioni e leggi modello ma, di certo, non disposizioni vincolanti.

L'ultimo, importantissimo, passo in avanti compiuto con un intervento dalla portata “politica” ancora più ampia rispetto a quelli che lo hanno preceduto, ha visto la Commissione Europea presentare (non senza aver compiuto, anche questa volta, una notevole opera di consultazione preventiva) una proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita, denominata *Common European Sales Law* (CESL).

Non è il caso, in questa sede, di soffermarsi su alcuni rilievi che rendono particolarmente acceso, all'indomani dell'emanazione della proposta di regolamento, il dibattito della dottrina sulla effettiva utilità dello stesso; su di essi si intende tornare, opportunamente, più avanti nella trattazione.

Qui è appena il caso di rimarcare che la proposta prevede un insieme completo di norme uniformi di diritto contrattuale che regolamentano l'intero ciclo di vita del contratto. Tale *corpus* di norme intende far parte del diritto nazionale di ciascuno Stato membro a titolo di “secondo regime” di diritto contrattuale, destinato specificamente a quei contratti che più ricorrono negli scambi transfrontalieri e in cui è maggiore il bisogno di trovare una soluzione agli ostacoli individuati negli studi preventivamente svolti²³⁹.

Principles, definitions and model rules of European Private Law, Monaco, 2009, *passim*; R.SCHULZE, *Common frame of reference and existing EC contract Law*, Monaco, 2009, *passim*; A.SOMMA, *The politics of the draft common frame of reference*, Alphen aan den Rijn, 2009, *passim*; G.WAGNER, *The common frame of reference*, Monaco, 2009, *passim*.

²³⁹ Per una ampia ed esaustiva presentazione delle tappe essenziali del percorso che ha portato all'emanazione della proposta di regolamento e, soprattutto, delle ragioni giuridico-politico che sembrerebbero aver reso improcrastinabile questo intervento, si veda la Comunicazione (Bruxelles, 11.10.2011) della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, dal titolo “Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico”.

Con il richiamo della proposta di regolamento si chiude il cerchio delle possibili fonti normative da cui emerge, o potrebbe emergere, la disciplina delle fattispecie contrattuali transfrontaliere, con specifico riguardo alla fase precontrattuale ed alla portata esatta che va attribuita agli *agreements* o, più in generale, agli *statements* intervenuti tra le parti stesse.

3. Le fattispecie precontrattuali in *soft law*. Uno sguardo comparativo ai principali strumenti: UNIDROIT, PECL e DCFR.

Ancorché siano stati concepiti con riferimento a contesti differenti (*world-wide* nel primo caso e, più strettamente, europeo, negli altri due) i *Principi UNIDROIT*, i *Principles of European Contract Law* ed il *Draft Common Frame of Reference* (di qui in poi, rispettivamente denominati *UNIDROIT*, *PECL*, *DCFR*) sono, senz'altro, accomunati dall'esigenza di fondo²⁴⁰ che ne ha ispirato l'elaborazione e che, del resto, trova puntualmente riflesso nella formulazione molto simile adoperata per alcune disposizioni contenute in ciascuna di esse: si tratta, essenzialmente, della necessità di dettare regole uniformi in materia contrattuale, destinate non soltanto a trovare impiego nella redazione di contratti *cross borders*, ma anche nelle qualificazioni e nei giudizi che, con riguardo a questi ultimi, sono chiamati ad elaborare i giudici e, più spesso ancora, i tribunali arbitrali.

²⁴⁰ Non sembra opportuno, in questa sede, spingersi sino a rimarcare alcune importanti differenze che, non solo sotto un profilo tecnico riferito alle formulazioni delle singole disposizioni ma anche in punto di *policy*, è dato riscontrare tra i menzionati testi.

Ponendo a confronto UNIDROIT e DCFR, ad esempio, la maggiore divergenza in *policy* tra di essi è riconducibile direttamente alle loro differenti natura e finalità. Infatti, mentre gli UNIDROIT, si presentano come uno strumento *non-binding*, predisposto da un gruppo indipendente di esperti sotto gli auspici di un'organizzazione intergovernativa, che non ambisce a diventare legge, il DCFR, nonostante costituisca in definitiva un "*academic text*", intende rappresentare una "bozza" su cui, poi, elaborare un *Common Frame of Reference*, politicamente rilevante, ovvero, tra le altre cose, in grado di costituire un modello cui ispirare la futura legislazione, sia a livello nazionale che europeo.

Per non dire del fatto che mentre gli UNIDROIT interessano i contratti commerciali internazionali, il DCFR si applica a tutte le tipologie di contratti, ivi incluse trattazioni di natura prettamente domestica oppure stipulate tra *merchants* e *consumers*.

Ad ogni modo, per una completa e analitica disamina delle più rilevanti divergenze, ma anche degli aspetti comuni ai due testi, si rinvia a M.J.BONELL-R.PELEGGI, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table*, in *Uniform Law Review*, Vol. XIV, 2009, *passim*.

Per ciò che concerne i *Principles of European Contract Law (PECL)*, non si dimentichi che la loro elaborazione ha tratto numerosi spunti dal testo dei *Principi Unidroit* ed è per questo motivo che molte disposizioni che vi si trovano contenute ne condividono, se non proprio l'esatta dizione, quantomeno il contenuto sostanziale.

Non sembra opportuno, almeno in questa sede, indugiare sui, pur interessanti e sempre attuali, profili problematici riguardanti l'effettiva applicazione che tali strumenti ricevono nella prassi né, tantomeno, su di una generale analisi comparativa delle disposizioni rinvenibili in tali strumenti di *soft law* e di quelle previste dai più significativi regimi riconducibili all'area dell'*hard law*, onde pretendere di stabilire con un improbabile margine di certezza in quale, delle menzionate fonti, siano rinvenibili le soluzioni più efficaci per il commercio internazionale: per il momento, ci si limiterà a verificare, anzitutto, se esistano o meno, in una delle suddette raccolte di principi, delle disposizioni specificamente volte a regolamentare le multiformi fattispecie cui le parti di un futuro contratto internazionale riescono a dar vita nel mentre sono impegnate nell'attività di negoziazione e, in caso negativo, si proverà a cercare altre previsioni, pur sempre all'interno dei suddetti documenti, in grado di consentire comunque una qualificazione delle stesse.

È bene chiarire da subito che, per ciò che concerne il primo profilo, non è dato rinvenire né nei *Principi Unidroit*, né tantomeno nel testo dei *PECL*, alcuna disciplina specificamente dedicata alla fase pre-contrattuale e, pertanto, nessuna disposizione è deputata a regolare il tenore e la portata delle dichiarazioni che le parti si scambiano vicendevolmente, allorché siano impegnate nella negoziazione dei termini del futuro contratto.

Una certa attenzione è stata, in effetti, rivolta al *pre-contractual stage* dai redattori del *DCFR*, ma non nel senso che più rileverebbe ai fini della presente indagine.

Nel capitolo III, sono infatti enunciati i doveri reciproci che sorgono in capo alle parti per il solo fatto di trovarsi in trattative (“*information duties*”, “*duty to prevent imput errors*” e “*negotiation and confidentiality duties*”) e la cui previsione è, in gran parte, riconducibile alla circostanza che la disciplina enunciata si riferisce non soltanto ai contratti tra *merchants* ma anche a quelli che coinvolgono i consumatori; va da sé, dunque, che soprattutto con riguardo a questi ultimi sia più fortemente avvertita la premura di dettare disposizioni particolarmente garantiste.

Ad ogni buon conto, il testo tace in merito ai profili che qui più interessano della fase precontrattuale e, dunque, essa non contiene, al pari delle altre due raccolte di principi, delle disposizioni volte a regolamentare espressamente gli *statements* intervenuti tra le parti, sì da agevolare l'interprete nella individuazione delle fattispecie atte a far sorgere veri e propri

vincoli contrattuali in capo alle parti (con tutto quanto ne consegue in termini di *enforceability* e di rimedi attuabili), che evidentemente vanno distinte da quelle che, invece, si riducono a mere comunicazioni di intenti.

Per ovviare a questa *lack of rules*, particolarmente utile può rivelarsi anzitutto il riferimento alle disposizioni che regolamentano la formazione del contratto sicché, avendo ben chiari i presupposti in presenza dei quali può dirsi che le parti si siano contrattualmente vincolate l'una all'altra, è ben possibile riconoscere le ipotesi in cui le fattispecie originatesi durante le trattative siano già di per sé in grado di far sorgere degli obblighi in capo alle parti, ovverossia impegni attivabili forzatamente qualora disattesi da chi avrebbe dovuto provvedere alla relativa attuazione.

A contrario, le stesse regole possono consentire di attribuire ad una dichiarazione di una parte all'altra il senso ed il “peso” di una mera manifestazione delle proprie intenzioni, negando pertanto che ci si trovi di fronte ad un vero e proprio contratto.

Avuto riguardo al fatto che i Principi *UNIDROIT*²⁴¹ hanno costituito, come sopra già chiarito, il testo normativo di riferimento al quale si sono ispirati anzitutto i redattori dei *PECL* ed, in seguito, quelli del *DCFR*, le disposizioni che vi si trovano contenute rappresenteranno il principale riferimento dell'analisi che si intende svolgere, fatta eccezione ovviamente per i casi in cui sussistano delle divergenze significative di disciplina con le altre due raccolte di principi, delle quali non si mancherà di dare adeguatamente conto.

Ebbene, con specifico riguardo al processo di formazione di un contratto, la lettura parallela degli articoli che, nei tre documenti, fanno ad esso riferimento (artt. 2:1:1 ss. *UNIDROIT*; artt. 4:101. ss. *DCFR*; 2:201. ss. *PECL*), lascia emergere la sostanziale adozione in tutti del tradizionale schema proposta-accettazione, quale meccanismo prediletto di formazione dell'accordo, laddove quest'ultimo viene uniformemente indicato come nucleo essenziale ed imprescindibile di una fattispecie che voglia dirsi contrattuale.

²⁴¹ Sembra quasi superfluo sottolineare che, ai fini della presente indagine, si fa riferimento al testo dei *Principi Unidroit*, sì come riformato nel 2010, ancorché va pur detto che per quanto qui è di interesse, nessuna delle disposizioni alle quali si intende far riferimento è stata interessata dal menzionato, recente, intervento. Le modifiche che sono state, infatti, apportate riguardano precisamente i seguenti temi: restituzioni in caso di dissoluzione del contratto, condizioni, pluralità di creditori e debitori, illiceità. Per un approfondimento, si veda M.J.BONELL, *I principi UNIDROIT 2010: le novità*, in Relazione tenuta durante il *Congresso celebrativo del 25° anniversario della fondazione della Rivista “Diritto del commercio Internazionale”* su *“I Principi UNIDROIT 2010: verso un diritto globale dei contratti del commercio internazionale”*, Roma 17-18 febbraio 2012, in pubblicazione.

A fronte di un'unica disposizione sul tema, per gli UNIDROIT (art. 2.1.1.-*Manner of formation*-) come per i PECL (art. 2:101:*Conditions for the Conclusion of a Contract*) vi sono diverse previsioni dettate nel DCFR²⁴²: II. - 4:101:*Requirements for the conclusion of a contract*; II. - 4:102: *How intention is determined*; II. - 4:103: *Sufficient agreement*; II. - 4: 211: *Contracts not concluded through offer and acceptance*; II. - 1:103: *Binding effect*.

Ad ogni buon conto, è evidente che quale in maniera espressa, quale in maniera tacita, tutte le menzionate raccolte di principi vincolano il sorgere di un *agreement* ad una felice combinazione di due dichiarazioni, rispettivamente di offerta ed accettazione, oppure ad una condotta concludente.

A prescindere dal requisito di completezza che deve connotare il contenuto dell'accordo, riveste un ruolo preminente ai fini della configurazione di una fattispecie contrattuale, l'intento di dar vita, con esso, ad un rapporto legalmente vincolante o, comunque, la ferma intenzione di «*bring about some other legal effects*»²⁴³.

Pressoché identiche sono, poi, le indicazioni offerte dal testo del DCFR, come dai PECL, per consentire di verificare la sussistenza o meno, nel caso concreto, della descritta *intention*: a tal fine, rivelatrici sono anzitutto le dichiarazioni rese dalle parti, oppure anche le loro rispettive condotte, sì come ciascuna di esse venga ragionevolmente intesa dall'altra parte.

Avere ben presenti queste “direttive” dovrebbe rivelarsi particolarmente utile per procedere ad una esatta qualificazione di un accordo che le future parti di un contratto abbiano raggiunto in fase di negoziazione.

Ben può darsi, infatti, che sussistendo nella pratica i termini essenziali di un contratto, anche a fronte di una denominazione impressa al documento dagli interessati stessi al solo scopo di rimarcare la genesi nell'ambito di un contesto pre-contrattuale, essi risultino vincolati alle dichiarazioni che vi si trovano contenute.

²⁴² Tale circostanza non desta, peraltro, alcuna meraviglia ma si presenta perfettamente coerente con le proporzioni ben più consistenti di un'opera, quella del DCFR, che rinviene nel notevole numero di articoli da cui è composta un punto di forza in termini di completezza delle previsioni ma che, non di rado, soprattutto in fase attuativa ha rivelato non pochi limiti, in termini di eccessiva farraginosità, che ne hanno reso necessaria un'opera di semplificazione e di riduzione numerica delle previsioni, alla quale peraltro si è recentemente provveduto.

²⁴³ Questa, testualmente, la previsione di cui all'art. (II) - 4:101 - *Requirements for the conclusion of a contract*.

Accordare una natura *binding* a tali *statements*, del resto, lungi dal costituire una mera opera di classificazione dogmatica, equivale a riconoscerne la piena *enforceability* e, pertanto, ad aprire la via ad un'ampia gamma di strumenti rimediali preposti a tenere indenne ciascuna parte da qualunque pregiudizio riconducibile all'inadempimento, ad opera dell'altra, degli impegni assunti.

L'accertamento dell'avvenuto raggiungimento di un contratto passa, in realtà, preliminarmente, attraverso il riscontro positivo della presenza di alcuni fondamentali componenti.

Ci si riferisce, *in primis*, alla caratterizzazione di un'offerta alla stregua di vera e propria proposta contrattuale.

Ancora una volta, il testo di *DCFR* (che, peraltro, si presenta quasi del tutto coincidente con la corrispondente previsione contenuta in *PECL*), si rifà ai Principi *UNIDROIT*, per poi elaborarne uno sviluppo ed un approfondimento puntualmente riflessi in una disciplina che risulta più ampia e dettagliata.

Se i principi *UNIDROIT*, nella norma di cui all'art. 2.1.2. – *Definition of offer* – si accontentano di esigere che la proposta sia sufficientemente definita e che indichi chiaramente l'intenzione del proponente di vincolarsi per effetto dell'accettazione, l'art. (II) 4:201(*Offer*) del *DCFR* (che, peraltro, riproduce quasi completamente il contenuto dell'art. 2:201: *Offer* dei *PECL*) aggiunge a tali presupposti, il dato ulteriore della destinazione della proposta stessa ad uno o più specifiche persone, oppure al pubblico.

Si rinviene, invece, una disciplina sostanzialmente uniforme nelle tre fonti (art. 2:1:6 – *Mode of acceptance* – *UNIDROIT*; art. 2:204 – *Acceptance* – in *DCRF*; art. 2:204 – *Acceptance* – in *PECL*) per ciò che concerne l'accettazione, nella misura in cui tutte richiedono che essa passi attraverso una dichiarazione espressa o, comunque, una condotta in grado di esprimere in maniera non equivoca l'assenso in ordine all'assetto delineato nella proposta²⁴⁴.

Ebbene, già sulla base dei dettami contenuti nelle richiamate disposizioni sembra possibile inquadrare le fattispecie precontrattuali intervenute prima della stipula del

²⁴⁴ Un regime parzialmente derogatorio rispetto al meccanismo classico di offerta e accettazione trova ingresso nei tre testi menzionati, nella misura in cui viene uniformemente consentito che un accordo si origini a fronte di un'accettazione non perfettamente speculare rispetto all'offerta, bensì foriera di alcuni elementi aggiuntivi. Questi ultimi non sono in grado, invero, di alterare il normale processo di perfezionamento in quanto non siano tali da modificare nella sostanza gli elementi essenziali che individuano la su menzionata offerta.

contratto definitivo e, qualora sussistano i presupposti sin qui esaminati, nulla preclude che le parti si trovino ad essere vincolate sin dallo svolgimento delle trattative.

A ben guardare, comunque, in ciascuno degli strumenti di *soft law* qui presi in considerazione si trovano contenute disposizioni particolarmente rilevanti, da cui è possibile trarre un intero regime per la disciplina delle fattispecie pre-contrattuali, sia che si tratti di veri e propri *agreements*, sia che si riveli appropriata una più generale denominazione in termini di *statements*.

Proprio con riguardo a questi ultimi, i principi Lando contengono una disposizione (art. 6:101: *Statements giving rise to Contractual Obligations*, per la quale, invero, non si riscontrano previsioni strettamente corrispondenti negli altri due testi²⁴⁵) la quale, accordando tutela al ragionevole affidamento ingeneratosi nella parte destinataria di una dichiarazione, sancisce l'attitudine di quest'ultima a dar vita ad obbligazioni contrattuali.

È, dunque, la necessità di salvaguardare gli interessi della parte che abbia confidato nella validità della dichiarazione ricevuta, a costituire il *discrimen* in base al quale distinguere una obbligazione contrattuale *enforceable* da una mera manifestazione di intenti, non idonea a vincolare giuridicamente chi ne sia autore.

²⁴⁵ A ben guardare, la tutela dell'affidamento ingeneratosi nel destinatario della dichiarazione costituisce, senz'altro, uno dei principi generalmente accolti negli *UNIDROIT*. Il suo sostanziale recepimento è, in effetti, desumibile dal contenuto della norma di cui all'art. 1.8. (*Inconsistent behaviour*) che, per l'appunto, enuncia il generale principio della tutela dell'affidamento ingenerato in una parte dalla dichiarazione o dalla condotta concludente di cui sia stata destinataria.

Questa norma si segnala, invero, per la sua notevole importanza sistematica in considerazione del fatto che, collocandosi subito dopo quella (art. 1.7) contenente il principio generale che impone alle parti di un futuro contratto di orientare il proprio comportamento al rispetto della buona fede, sottolinea inevitabilmente la stretta correlazione che esiste tra le due disposizioni. In effetti, tale collocazione, lungi dall'essere casuale, riflette il ben preciso intento del *Working Group* di offrire anche agli operatori giuridici (in realtà, non solo i *lawyers*, ma anche i *businessmen*) di formazione anglo-americana, notoriamente muniti di una minore familiarità con il principio di *good faith*, una norma che consentisse di regolare le ipotesi di *inconsistent behaviour*, senza dover necessariamente far ricorso ad un concetto sostanzialmente estraneo alla propria tradizione giuridica.

La norma di cui all'art. 1.8, dunque, rappresenta il giusto compromesso tra i sistemi di *common law* che sono soliti applicare, in via rimediatale, la dottrina dell'*estoppel* senza collegarla necessariamente al principio di buona fede e alcuni sistemi di *civil law*, che hanno sì elaborato diverse teorie per approcciare le suddette ipotesi ma, sul piano pratico, finiscono pur sempre col guardare ad esse come un'applicazione del più generale principio di buona fede.

La perfetta applicabilità del principio in esame anche allorché si tratti di garantire la parte che abbia, a ragion veduta, fatto affidamento sulla piena validità di una dichiarazione resa in fase precontrattuale la si desume proprio dal commento ufficiale annesso al testo dei Principi *UNIDROIT* che, nella prima delle esemplificazioni offerte, fa espressamente menzione della volontà manifestata da una delle parti in fase di negoziazione.

In altri casi, si è visto (e si avrà ancora modo di riscontrare ampiamente), che l'elemento qualificante afferisce più strettamente alla sfera soggettiva dell'autore della dichiarazione e si indentifica nella intenzione, manifestata in maniera espressa o *per facta concludentia*, di impegnarsi giuridicamente a mantener fede a quanto contenuto nella dichiarazione stessa.

In base a quanto emerge dalla lettera dell'art. 6:101, primo comma, non è il solo affidamento a determinare il descritto effetto qualificante ma anche una serie di circostanze, specificamente individuate, assumono a tal fine importanza dirimente. Sono, pertanto, da tenere altresì in debito conto: a) l'importanza che la dichiarazione sembra avere per l'altra parte; b) se la parte ha fatto la dichiarazione nell'esercizio di un'attività commerciale; e c) la rispettiva competenza delle parti.

La precisazione, contenuta nella dizione della richiamata norma, secondo cui ci si riferisce a qualsiasi *statement* promani da una parte «*before or when the contract is concluded*», consente di dare piena applicazione all'enunciato principio anche rispetto alle fattispecie prodotte prima della venuta ad esistenza del contratto definitivo.

Notevole interesse suscita, poi, ai fini della presente indagine, la previsione contenuta nel secondo comma. Vi si trova stabilito infatti che, la parte che sia un *professional supplier* atto a fornire informazioni sulla qualità o l'uso di beni o servizi o altro di cui sia titolare all'atto di metterli in commercio o pubblicizzarli o in altra maniera «*before the contract for them is concluded*», resti vincolato contrattualmente alle dichiarazioni all'uopo rese, salvo che si provi che l'altra parte sapeva o non avrebbe potuto non sapere che la dichiarazione era inesatta.

Tale ultima disposizione acquista tanto più importanza dirimente in quanto, attraverso il principio che vi si trova enunciato, è possibile attribuire una rilevanza concreta notevole alle dichiarazioni intervenute tra le parti in fase precontrattuale. Più avanti si avrà modo di verificare che attraverso la "lettura" della menzionata norma, sì come appena proposta, è possibile cogliere, ancorché in forma embrionale, i primi segnali di una tendenza che ha avuto modo di svilupparsi ampiamente e di esprimere a pieno il proprio potenziale nelle più recenti raccolte di principi²⁴⁶ dettati in tema di contratti transfrontalieri: il progressivo ingresso dei *precontractual statements* nell'ambito del contenuto vincolante del

²⁴⁶ L'argomento sarà ampiamente ripreso e sviluppato con specifico riferimento al recente progetto di *Common European Sales Law*.

contratto definitivo. Di questo, però, si avrà modo di tornare con maggiore attenzione più avanti nella trattazione.

Allo stesso modo di quanto si è visto con riferimento ai PECL che, come noto, hanno costituito uno dei più significativi paradigmi per le successive raccolte di principi relativi alla materia dei contratti transnazionali, anche nell'ambito dei Principi UNIDROIT (cui va riconosciuta una uguale, se non superiore, influenza) è dato rinvenire alcune disposizioni, particolarmente interessanti ai fini dell'inquadramento delle fattispecie precontrattuali.

Si prenda in esame, ad esempio, il disposto di cui all'art. 2.1.13.²⁴⁷ (*Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form*).

La previsione ivi contenuta trova, peraltro, parziale conferma nel disposto di cui all'art. 4:103, comma 2 (*Sufficient Agreement*) DCFR, dove si legge che: «*If one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached*». La dizione appena riportata, a sua volta, ha mutuato integralmente il disposto di cui all'art. 2:103, comma 2 (*Sufficient Agreement*) PECL e ciò consente di svolgere, in questa sede, una riflessione unitaria.

In realtà sono due, almeno nella prima delle menzionate disposizioni, le situazioni che si possono delineare nella pratica. L'una riguarda il caso in cui una delle parti «*insists*» affinché il contratto non si consideri concluso fino a quando non sia stato raggiunto un accordo anche su alcuni aspetti speciali del contratto; l'altra, invece, descrive l'ipotesi in cui l'insistenza della parte attiene alla necessità che l'accordo sia rivestito di una determinata forma.

L'adozione del verbo «*insist*» non è affatto casuale, ma risponde all'esigenza di inibire l'operatività, quasi automatica, del principio del *favor contractus*, adottato negli UNIDROIT. Quest'ultimo, infatti, consente che un contratto possa considerarsi venuto ad esistenza anche in una fase non ben determinata e, soprattutto, quando il contenuto del contratto sia ancora parzialmente incerto o, comunque, incompleto.

²⁴⁷ Questo, il contenuto della disposizione di cui all'art. 2.1.13. PICC: «*Where in the course of the negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form*».

La norma in esame fa in modo, invece, che la parte abbia la possibilità concreta di evitare di trovarsi contrattualmente vincolata fino a quando il contratto non sia, a suo parere, completo, sotto un profilo sostanziale o formale²⁴⁸.

Nella prassi del commercio internazionale in effetti, e per quanto qui maggiormente interessa, l'esigenza di contro-bilanciare la regola del *favor contractus*, che diversamente opererebbe indisturbata, sorge soprattutto con riguardo a quelle ipotesi in cui, nel corso di lunghe e complesse trattative, le parti addivengano alla stipula di documenti recanti denominazioni quali "*letters of intent*", "*memorandum of understanding*".

Laddove queste ultime, infatti, rechino un discreto contenuto almeno in ordine alla sussistenza di un accordo sugli elementi principali del futuro contratto è ben probabile che, ad onta della denominazione adoperata, un eventuale giudicante vi ravvisi a pieno titolo dei requisiti di contrattualità e vi ricollegli tutte le possibili conseguenze in tema di *enforceability* e di rimedi attivabili; consideri, cioè, un contratto già sorto.

In molti casi, peraltro, anche la mera previsione di un ulteriore adempimento formale quando i termini essenziali siano già stati fissati, non impedisce automaticamente al contratto di sortire un effetto pienamente vincolante.

Da un'analisi approfondita delle circostanze concrete del caso, alla quale tanto più in queste ipotesi l'interprete è tenuto, può risultare in maniera inequivocabile che il rispetto del requisito formale e l'adempimento all'uopo appositamente previsto, lungi dall'averne una portata effettivamente costitutiva si limitano ad attribuire sacralità, probabilmente a fini probatori, ad un accordo che nella sostanza è già venuto pienamente ad esistenza in tutto e per tutto.

Onde evitare, dunque, che in ipotesi di tal fatta ci si trovi già vincolati prima ancora che si sia provveduto al rispetto della forma, la parte che vi abbia maggiormente interesse e

²⁴⁸ L'aspetto interessante dal quale, invero, potrebbero trarsi delle considerazioni di più ampio respiro in ordine alla capacità di uno strumento di *soft law* (quale i Principi UNIDROIT) di non contrastare quanto, al contrario, di incoraggiare l'applicazione delle *mandatory rules* degli ordinamenti nazionali, riproducendone il contenuto oppure anche solo traendone ispirazione, è rappresentato dalla circostanza per cui la norma in esame presenta una dizione molto simile a quella di cui al § 154 del BGB.

Per un approfondimento ed una esaustiva rappresentazione di tutti i profili più interessanti che si ricollegano alla norma in esame, si veda S.VOGENAUER-J.KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2009, pp. 31 ss.

che voglia, nel senso sopra chiarito, avere il pieno controllo del momento in cui si verifichi il perfezionamento effettivo del contratto, deve manifestare la propria volontà in maniera chiara ed inequivocabile. Si spiega, in tal modo, il motivo per cui venga invocata la “insistenza”.

È ben noto e, del resto, se ne è fatta menzione a più riprese, il ricorso all’espressione “*subject to contract*”, caro al *common law*, che qui invero sembra sia stata presa come riferimento, nella misura in cui la norma contenuta nell’art. 2.1.13. in commento, collocandosi nel solco tracciato da tale tradizione giuridica, sembra far propria la stessa presunzione secondo la quale, in caso di dubbio, persino una manifestazione di assenso informale o preliminare può essere, di per sé, sufficiente a concludere un contratto, a prescindere dalla dichiarata volontà di procedere ad un ulteriore adempimento formale.

In altre parole, anche il ricorso alla menzionata clausola “*subject to contract*” non implica necessariamente l’attribuzione di un’efficacia costitutiva alla stipula del successivo contratto formale, ma può ben presupporre il già avvenuto perfezionamento del contratto, cui si intende soltanto conferire un aspetto formale.

Al contrario, laddove si intende fare in modo che l’accordo (comunque denominato) già concluso non produca alcun effetto prima che sia per esso intervenuto un preciso adempimento formale, esige una manifestazione chiara, precisa ed inequivocabile onde evitare che tutte le presunzioni descritte rinvengano un qualche margine di operatività.

Certo, può ben darsi l’ipotesi concreta che, in una lettera di intenti, sia stabilito che il contratto finale si considera sorto soltanto dopo che sia stato redatto un documento atto a contenerlo in una determinata forma solenne ma, al tempo stesso, che ad esso si possa incominciare a dare piena esecuzione; a ciò si aggiunga che il predetto documento preliminare può espressamente prevedere che, nell’ipotesi in cui fallisca il proposito di stipulare il contratto definitivo, l’unico ristoro previsto sarà volto a rimborsare la parte adempiente per tutte le spese che abbia sostenuto²⁴⁹.

²⁴⁹ Una efficace esemplificazione della fattispecie qui astrattamente contemplata, si rinviene in S.VOGENAUER-J.KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., p. 292, nota 380, dove viene richiamato il recente caso, attinto alla giurisprudenza inglese, *Bennet (Electrical) Services Ltd vs Inviron Ltd* [2007] EWHC 49, QB. In particolare, viene riproposto il testo di una lettera di intenti, corredata da una chiara intestazione “*subject to contract*”: «*On the basis of this letter of intent we instruct you to proceed with all works required to progress the proposed Secondary Sub-Contract and to meet the programme requirements noted above... In the event that a Secondary Sub-Contract is not concluded we shall*

Si è già fatto riferimento, a più riprese, all'ipotesi, molto frequente nella prassi, in cui lo svolgimento delle negoziazioni più complesse viene scandito dal raggiungimento di accordi intermedi (perché non coincidenti con quello definitivo destinato a suggellare il completamento dell'affare tutto), col precipuo intento delle parti che vi danno origine di segnare un punto di non ritorno rispetto ad alcuni profili (segnatamente, quelli essenziali per identificare l'operazione economica desiderata) che esse non intendono rimettere in discussione, una volta che ne siano stati concordati i termini.

Le fattispecie che, concretamente, ne risultano sono accordi, pienamente vincolanti in ordine agli elementi sui quali sia stato congiuntamente manifestato l'assenso delle parti, ma accompagnati dalla dichiarazione degli interessati di voler demandare a successive ed ulteriori negoziazioni la definizione dei profili dell'assetto contrattuale rimasti "scoperti" oppure, anche, di voler deputare un terzo al compimento di tale operazione integrativa.

Viene spontaneo, anche in questo caso, domandarsi quale sia (ammesso che ve ne sia una) la risposta eventualmente adottata dagli strumenti di *soft law* qui in esame, in ordine ai due interrogativi che, ipotesi quale quella su descritta, lasciano emergere con estrema naturalezza: in primo luogo, se il fatto che le parti abbiano lasciato in bianco alcuni elementi possa considerarsi di per sé preclusivo del perfezionamento del contratto e, in caso di risposta negativa a questo primo quesito, quale sarebbe la sorte del contratto stesso nell'ipotesi in cui le parti non siano poi in grado di raggiungere effettivamente un accordo sugli elementi lasciati in bianco, oppure anche il terzo non provveda all'onere assegnatogli.

Ebbene, rispetto all'ipotesi sopra descritta essa viene specificamente contemplata nell'art. 2.1.14 *PICC* che, già nell'enunciazione del primo comma, chiarisce che l'aver lasciato aperti alcuni termini del definitivo assetto dei rapporti non preclude la configurazione di una fattispecie contrattuale *strictu sensu* e che, addirittura, tale crisma di contrattualità continua ad interessare la figura cui le parti hanno dato vita, anche qualora esse stesse (o il terzo eventualmente incaricato) non ottemperino all'opera di

reimburse only your reasonable and substantiated direct costs of complying with with this instruction until it is revoked. We will not reimburse any other expenditure cost or loss whatsoever. This limitation includes without derogating from the generality of the foregoing any claim for breach of contract, loss of profit, loss of contract, loss of expectation or otherwise.»

È evidente, come può desumersi del resto dalla lettera stessa del documento scambiato tra le parti, che in ipotesi quale quella appena richiamata non opera il disposto di cui all'art. 1.8 *PICC*, atteso che la parte che abbia dato esecuzione al contratto non possa "ragionevolmente aspettarsi" di recuperare qualcosa in più dei soli *reliance interests*.

“completamento”; tale ultimo effetto viene, però, subordinato alla condizione che sussista, tenuto conto delle circostanze e conformemente all'intenzione delle parti, un altro metodo ragionevole per riuscire comunque a definire il contenuto delle clausole lasciate in bianco.

Questa insomma, nella sostanza, la previsione della menzionata norma.

Va subito sottolineato il carattere ardito (almeno nell'opinione di taluni)²⁵⁰, della previsione in esame, nella misura in cui l'affermazione (e l'applicazione) del principio del *favor contractus* sembrano aver spinto i redattori della menzionata disposizione al punto tale da garantire la sopravvivenza del contratto, sorto in presenza del duplice elemento della *intention to be bound* in capo alle parti e della astratta possibilità di colmare i vuoti lasciati volutamente col proposito di ricolmarli attraverso successive negoziazioni, anche quando tale ultimo proposito sia stato disatteso e le parti nulla abbiano stabilito *a priori* in ordine alle modalità con cui ovviare all'infruttuoso esito delle ulteriori negoziazioni.

Un'impostazione di tal fatta, se da un lato palesa una ispirazione chiaramente anglo-americana²⁵¹, si discosta nettamente sia dall'approccio adottato da gran parte degli ordinamenti nazionali²⁵² che dalle disposizioni, sul punto, previste da altri strumenti di *soft law*²⁵³.

²⁵⁰ Si veda, in tal senso, S.VOGENAUER-J.KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, cit., pp. 293 ss.

²⁵¹ All'uopo, si considerino il disposto del § 2-305 (1)(b) *UCC* (USA) il quale stabilisce che il prezzo (evidentemente lasciato indeterminato dalle parti) viene automaticamente a coincidere con un prezzo che sia “ragionevole” nelle ipotesi in cui gli interessati, alla fine, abbiano omesso di fissarne il contenuto. La stessa soluzione si rinviene adottata in § 8 *UK Sale of Goods Act* del 1979.

²⁵² L'approccio generalmente adottato dai regimi nazionali, infatti, tende a ritenere che accordi che demandino a successive negoziazioni la determinazione di termini essenziali del contratto sono, di regola, considerati non provvisti di un sufficiente grado di determinatezza e, pertanto, temporaneamente non vincolanti, almeno nell'ipotesi in cui le parti non abbiano quanto meno dato inizio alla esecuzione, ciascuna delle proprie obbligazioni, sì da mostrare il proprio affidamento sulla vigenza dell'assetto già (parzialmente) stabilito.

Diverso è, invece, il caso in cui venga demandata ad un terzo la fissazione di termini lasciati aperti, la cui piena liceità costituisce un principio generale di diritto diffusamente accolto; parimenti, persino accordi che lascino ancora aperti aspetti destinati ad essere fatti oggetto di discussione e di decisione definitiva nel corso di ulteriori negoziazioni, sono leciti e considerati pienamente *enforceable* se muniti di apposita clausola arbitrale, grazie alla quale sarebbe possibile rendere definiti gli elementi mancanti, qualora su di essi non venga raggiunto l'accordo.

La posizione accolta dal sistema inglese emerge in maniera molto chiara dal caso *May & Butcher v R* [1934] 2 KB 17, *HL*, dove si precisa che: “*To be a good contract there must be a concluded bargain and a concluded bargain is one which settles everything that is necessary to be settled and leaves nothing to be settled by agreement between the parties*”. In senso parzialmente difforme si veda, però, *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro Sa Petrobras* [2005] *EWCA Civ* 891, *CA*, in cui è stato ammesso un accordo relativo alla negoziazione in buona fede di questioni di minore rilevanza, a proposito di *extra costs*.

Di certo, il principio elaborato in *UNIDROIT*, al fine di garantire la formazione di un contratto e, dunque, di ben precisi vincoli giuridici supportati da un adeguato *range* di strumenti rimediali, ancorché tutte le negoziazioni non siano state del tutto completate, esige un duplice presupposto: da un lato, è necessario che le parti abbiano espressamente dichiarato di volersi vincolare contrattualmente oppure abbiano lasciato emergere questa *intention* in maniera inequivoca adottando una condotta, a tal fine, concludente (si pensi, ad esempio, all'aver compiuto investimenti in vista dell'esecuzione della prestazione, oppure anche, all'aver dato inizio all'esecuzione vera e propria); dall'altro, e non disgiuntamente dalla condizione appena descritta, si rende indispensabile la piena consapevolezza degli interessati di aver lasciato ancora aperti dei termini sui quali esse concordano nel ritenerli essenziali ai fini del proprio contratto e la loro ferma intenzione di provvedere a definirli in futuro attraverso un meccanismo che sia adeguato.

A ben guardare, dal tenore della disposizione in commento, sembra potersi desumere che in presenza dei menzionati presupposti, qualunque elemento del contratto è da considerarsi essenziale, a prescindere dalla rilevanza che oggettivamente esso assume nell'ambito della transazione.

Allo stesso modo, sebbene *a contrario*, si evince che la natura contrattuale dell'accordo parziale sin qui descritto è destinata ad essere caducata qualora, sfumata la possibilità di un completamento del suo contenuto in forma negoziata, non sia rinvenibile alcuna alternativa ragionevole per conseguire il medesimo risultato²⁵⁴.

Per la Germania, si abbia riguardo al § 154(1) BGB, ai sensi del quale, in caso di dubbio, nessun contratto può considerarsi concluso se le parti sono ben consapevoli che residuino degli *open terms*. Tale presunzione può, però essere superata, dimostrando che le parti abbiano, ciò nonostante, voluto essere vincolate da un contratto, sì come da un inizio di esecuzione.

A dimostrazione dell'orientamento maggiormente accolto in Francia, infine, si consideri la sentenza della *Suprema Court* (*Cass com 24 March 1965, Bull civ III no 232, D 1965.474*) ed, in particolar modo il seguente passaggio: “*The sales contract is only perfect if it allows, according to its terms, the determination of the price by elements that are not dependent any more on ... a subsequent agreement?*”.

²⁵³ Le uniche disposizioni presenti in *PECL* latamente riconducibili al tema qui in esame, quantomeno nel senso che dettano regole per la determinazione di termini lasciati aperti dalle parti, sono: la norma di cui all'art. 6:105: *Unilateral Determination by a Party*, quella di cui all'art. 6:106: *Determination By a Third Person* e, da ultimo, quella di cui all'art. 6:107: *Reference to a Non Existent Factor*.

²⁵⁴ L'ipotesi presa in considerazione sin qui, non va confusa con quella in cui le parti abbiano raggiunto il pieno accordo sugli elementi essenziali del contratto, rimanendo silenti su aspetti di natura secondaria. Nessun dubbio, infatti, sussisterebbe in questo caso riguardo al fatto che ci si trovi dinanzi ad un contratto.

Volendo provare ad inquadrare, anche alla luce delle classificazioni già, più volte, richiamate nel corso della trattazione, potrebbe dirsi che l'accordo recante efficacia vincolante in base alla presunzione elaborata dagli *UNIDROIT*, integri parzialmente gli estremi di un c.d. *agreement to negotiate*, nel senso che attraverso di esso le parti assumono *a duty of best efforts* nel negoziare i residui elementi dell'accordo, tuttavia senza obbligarsi a raggiungere un accordo ad ogni costo²⁵⁵.

Dalla lettura delle disposizioni attinte ai più esemplificativi ed importanti strumenti di *soft law* (*UNIDROIT* e *PECL* innanzitutto e, nei limiti in cui gli si voglia riconoscere un effettivo rilievo sul piano dell'applicazione pratica, il *DCFR*) è emerso chiaramente che, ad onta di un apparente disinteresse per la disciplina di tutta quella fase che precede la stipula del contratto definitivo, testimoniata dalla assenza di disposizioni specifiche, tali raccolte di principi contengono previsioni di così ampia portata o, comunque, di così generale formulazione da consentire di coprire anche le situazioni che, secondo quanto emerso dalla prassi, caratterizzano le relazioni commerciali transnazionali, ben prima del momento genetico della fattispecie contrattuale avuta di mira.

Anzitutto, come visto, la disciplina generale dettata in tema di formazione del contratto offre i criteri necessari per "riconoscere" i casi in cui, dietro l'apparente scambio di mere dichiarazioni di intenti, si celi già un accordo in tutto e per tutto vincolante, tale da far sorgere in capo a ciascuna delle parti obblighi totalmente *enforceable* e, dunque, assistiti da un valido sistema rimediale.

In secondo luogo, si è potuto notare che anche da altre disposizioni di portata senz'altro più generale è possibile cogliere principi regolatori anche delle fattispecie pre-contrattuali.

Ciò vale nei casi in cui la vincolatività di uno *statement* (anche inserito nel contesto di trattative negoziali) viene ancorata all'esigenza di tutelare un "ragionevole" affidamento (*reliance*) suscitato dalla dichiarazione presa in considerazione e vale anche qualora una

Così come può dirsi altrettanto certo che non possa considerarsi vincolante una fattispecie caratterizzata dal fatto che le parti non abbiano mai raggiunto un accordo sugli elementi essenziali, indipendentemente dalla eventuale inclusione di una clausola arbitrale.

²⁵⁵ Per un'approfondita ed ampia analisi della norma in esame si veda il commento richiamato in nota 250.

dichiarazione sia *binding* perché comprensiva degli elementi materiali del futuro contratto e, soprattutto, sorretta da una precisa *intention* in tal senso di chi ne sia l'autore.

Si avrà modo, ad ogni buon conto, di ritornare su queste prime considerazioni, con maggiore attenzione ed in maniera più approfondita, in fase di conclusione.

Quello che, in ultima analisi, si desidera ancora sottolineare è che, come all'occorrenza si è avuto modo di dimostrare concretamente, i menzionati strumenti e, nel caso degli *UNIDROIT* lo si è visto in maniera assolutamente palese, accolgono il principio del *favor contractus* in maniera molto più accentuata che altrove, dandovi espressione attraverso disposizioni che si discostano notevolmente da quelle, sul medesimo tema, dettate dagli ordinamenti nazionali.

Il punto è che, piuttosto che indulgere ad atteggiamenti ostinatamente critici tesi ad invocare un maggiore rigore ed un approccio meno permissivo allorchè si tratti di attribuire ad una fattispecie il crisma della contrattualità (con tutto quanto ne consegue), sarebbe forse più opportuno abbandonare il terreno delle discussioni dogmatiche e calarsi più a fondo nelle complesse dinamiche del commercio internazionale, onde verificare se le soluzioni offerte dal *soft law*, non possano rivelarsi maggiormente idonee al necessario contemperamento tra regole di diritto ed interessi economici.

Anche su questo secondo aspetto, ad ogni buon conto, si avrà modo di tornare a riflettere più avanti.

4. La disciplina delle “fattispecie precontrattuali” nella Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita di beni mobili (CISG).

L'obiettivo avuto di mira dai Paesi aderenti alla CISG è, almeno in linea di principio, chiaramente identificabile: rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo del commercio internazionale (almeno quello fondato sulla stipula di contratti di compravendita) derivanti dalle profonde differenze che caratterizzano la disciplina di questi ultimi, sì come dettata negli ordinamenti nazionali.

Tale esigenza di “globalizzare” il diritto sostanziale applicabile ai traffici transfrontalieri si è manifestata, peraltro, in maniera più accentuata con riguardo alla stipula dei contratti tra soli imprenditori ed è per questo motivo che sono stati espressamente

esclusi dall'applicabilità della disciplina in questione le fattispecie che coinvolgono consumatori.

Ancorché la Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita di beni mobili sia stata concepita per offrire ai Paesi aderenti una disciplina uniforme della specifica, menzionata, tipologia contrattuale, non sembra assolutamente inappropriato il riferimento ad essa in questa trattazione e, ciò, per un duplice ordine di motivi.

Da un lato, la compravendita rappresenta all'interno del mercato internazionale, come del resto nelle esperienze nazionali, la fattispecie contrattuale destinata a ricevere maggiore impiego e che, più di altre, contribuisce a tessere la fitta trama delle relazioni commerciali; dall'altro, essa si presenta intrisa e fortemente ispirata da una serie di principi generali, in gran parte comuni agli ordinamenti dei Paesi aderenti, che caratterizzano le diverse fasi in cui si snoda la vita del contratto e che, pertanto, ne legittimano un'ampia applicazione, alla stregua di fonte generale di diritto dei contratti internazionali, spesso peraltro congiuntamente alle altre, già menzionate, *transnational sources*.

In aggiunta a quanto sin qui evidenziato, *last but not least*, non si dimentichi il fatto che le parti stesse possono, mediante un espresso accordo, optare per la CISG, sottoponendo alla sua disciplina anche contratti che, in linea di principio, fuoriescono dallo specifico ambito di applicazione per essa previsto²⁵⁶.

Un elemento "sistematico", peraltro, caratterizza profondamente la disciplina dettata dalla CISG e, a ben guardare, costituisce un punto di netta divergenza rispetto alla gran parte dei regimi contrattuali dettati dai singoli ordinamenti statali: l'aver racchiuso in un unico testo normativo non soltanto le disposizioni tese a regolare i diritti e gli obblighi del venditore e dell'acquirente, ma anche le norme che si riferiscono alla formazione ed alla interpretazione del contratto di compravendita, laddove la maggior parte dei sistemi domestici demanda alla legislazione speciale la disciplina riferita alla fattispecie contrattuale

²⁵⁶ Ad esempio, contratti per realizzare un'acquisizione societaria, contratti di *barter-trade* etc. Per quanto concerne la possibilità di tale *opting-in* e le sue implicazioni nonché, soprattutto, gli effetti che si ricollegano ai diversi casi, si veda M.J.BONELL, in M.BIANCA-M.J.BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milano 1987, pp. 62-64.

in questione, mentre le norme generali sono racchiuse nel diritto, codificato o non codificato, dei contratti²⁵⁷ e delle obbligazioni.

Per quanto, più specificamente, concerne il tema oggetto del presente lavoro è bene evidenziare, anzitutto, che non è dato rinvenire, nel testo della Convenzione, alcuna disposizione che espressamente regolamenti i *precontractual documents*.

Questa circostanza, a ben guardare, ancorché sintomatica di una scarsa attitudine a descrivere fedelmente la realtà del commercio internazionale e a valorizzare i meccanismi (tra cui il fitto scambio di documenti tra le parti durante lo svolgimento delle trattative negoziali) che, nella gran parte dei casi, rendono le fattispecie contrattuali sensibilmente più complesse rispetto a quelle sorte nei contesti nazionali, presenta in ogni caso una certa coerenza con l'impostazione, come si vedrà altrettanto tradizionale, che caratterizza la disciplina della formazione del contratto, alla quale peraltro ci si dovrà rivolgere per provare a ricostruire un possibile regime al quale sottoporre le fattispecie emerse nella fase antecedente il perfezionamento del contratto.

In particolare, si cercherà di chiarire se, anche in assenza di una disciplina specifica, la “condotta” (ivi inclusi i documenti scritti che ne siano scaturiti, quale che sia la

²⁵⁷ Nella tradizione dei Paesi di *civil law*, è noto infatti che la disciplina relativa alla formazione del contratto e i criteri che regolamentano l'attività di interpretazione dello stesso sono solitamente inclusi nell'ambito delle disposizioni generali dettate in tema di obbligazioni e contratti.

Sul versante del *common law*, mancando una codificazione, le menzionate regole non possono definirsi statutarie ma restano, pur sempre, governate dai principi ordinari di *common law*: l'unica eccezione può scorgersi nell'esperienza americana rappresentata dallo *Uniform Commercial Code* che, all'art.2, rubricato “*Sales*”, contiene una serie di disposizioni generali e molto importanti sulla formazione del contratto. Questo, il testo del § 2-204 - *Formation in General*:

(1) *A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance, conduct by both parties which recognizes the existence of a contract, the interaction of electronic agents, and the interaction of an electronic agent and an individual.*

(2) *An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even if the moment of its making is undetermined.*

(3) *Even if one or more terms are left open, a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy.*

(4) *Except as otherwise provided in Sections 2-211 through 2-213, the following rules apply:*

(a) *A contract may be formed by the interaction of electronic agents of the parties, even if no individual was aware of or reviewed the electronic agents' actions or the resulting terms and agreements.*

(b) *A contract may be formed by the interaction of an electronic agent and an individual acting on the individual's own behalf or for another person. A contract is formed if the individual takes actions that the individual is free to refuse to take or makes a statement, and the individual has reason to know that the actions or statement will:*

(i) *cause the electronic agent to complete the transaction or performance; or*

(ii) *indicate acceptance of an offer, regardless of other expressions or actions by the individual to which the electronic agent cannot react.*

denominazione adottata) tenuta dalle parti durante la fase prenegoziale possa acquisire una qualche rilevanza rispetto al contratto stesso, qualora effettivamente venuto ad esistenza all'esito delle trattative, e quale che sia l'effettiva natura e la portata degli *statements* tra di esse intervenuti, se ad essi vada cioè riconosciuto, o meno, valore vincolante.

Questi interrogativi, tanto più in assenza di una disciplina specificamente dettata con riguardo alla fase precontrattuale, si ricollegano in un modo o nell'altro al processo di formazione del contratto²⁵⁸.

Si rende necessaria, a questo punto, una breve disamina delle disposizioni dettate in materia.

In via preliminare, è opportuno notare che la vicenda genetica di un contratto, sì come concepita dai redattori del testo della Convenzione, ruota intorno al meccanismo “offerta (di solito del *buyer*) e accettazione (ad opera, solitamente, del *seller*)”²⁵⁹.

Coerentemente, ai sensi dell'art. 23, il contratto è concluso nel momento in cui l'accettazione di una proposta diviene efficace in conformità a quanto previsto dalla Convenzione stessa.

Dal dettato di cui all'art. 14 si evincono gli elementi costitutivi di una proposta di concludere un contratto che possa dirsi “offerta”.

Essi sono: la determinatezza dei suoi destinatari²⁶⁰ (ma può essere anche uno solo), la puntuale individuazione di alcuni elementi (la merce, la quantità scambiata ed il prezzo²⁶¹ di

²⁵⁸ Ebbene è la stessa norma di cui al secondo comma dell'art. 7 della Convenzione a fornire il criterio guida per l'interprete che intenda ricercare la soluzione ad una delle questioni su sollevate. Secondo la lettera di questa disposizione, infatti, nelle ipotesi in cui alcune questioni, pur riguardando materie regolate dalla CISG, non rinvengano in essa espressa soluzione, è necessario avere riguardo ai principi generali cui la convenzione si ispira ovvero, in mancanza anche di questi ultimi, alla legge applicabile, sì come individuata attraverso le norme di diritto internazionale privato.

²⁵⁹ È interessante notare che già lo UCC, come si evince dall'art. 2 richiamato in nota 242, lungi dall'individuare uno schema unico ed esclusivo, annovera l'incontro di offerta e accettazione come una delle possibili *manners* che risultano sufficienti a mostrare la sussistenza di un *agreement*.

²⁶⁰ Il secondo comma, sul punto, così continua: «*A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal*».

Nei casi in cui, infatti, una proposta sia indirizzata a più persone indeterminate si ritiene che il proponente stesso non sia effettivamente in grado di valutare le conseguenze che ne possano derivare. In tal senso, si veda F.FERRARI, in S.KRÖLL-L.MISTELIS-M.PERALES VISCASILLAS, *UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Monaco, 2011, art. 14 (commentary), nonché F.FERRARI, *A comparative Overview of Offer and Acceptance Inter Absentes*, 10 *Boston University International Law Journal* (1992), 171, pp. 185 ss.

vendita) o, quantomeno, la previsione di dati che ne consentano un'agevole identificazione ed, infine, l'attitudine ad indicare la volontà del suo autore di essere vincolato in caso di accettazione.

In altri termini, per poter costituire un'offerta, la proposta di concludere un contratto deve presentarsi sufficientemente definita al punto tale che, se seguita da un'accettazione, sia idonea a dar vita ad un contratto *enforceable in the courts*²⁶².

L'art. 18 individua nella dichiarazione o in un qualsiasi altro comportamento del destinatario la modalità idonea a manifestare l'assenso rispetto all'offerta, sì come formulata dal proponente²⁶³.

Attraverso il disposto di cui all'art. 19, inoltre, il regime previsto nella Convenzione sembra consentire che possano esserci casi in cui la formazione del contratto, lungi dal conseguire semplicemente all'accettazione di un'offerta già predisposta dall'altra parte, possa

In alcune ipotesi eccezionali, comunque, anche quando una dichiarazione di volontà, nel senso già più volte chiarito, sia rivolta ad un ampio, specifico o indefinito gruppo di persone essa può essere qualificata non come un mero invito ad offrire, ma come una vera e propria proposta contrattuale.

In P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, Oxford, 2010, pp. 272 e 274-275, sono contenute specifiche esemplificazioni: «[...]a detailed communication which sets a time-limit for a reply may be understood to be an offer; an order form placed before the buyer by the seller's representative is not only an invitatio, but an offer, so that the buyer's signature immediately results in a contract being concluded» oppure, anche «[...]offers to regular or special offers made "as long as stocks last", internet websites which display how many goods remain in stock, offers setting a time-limit for answers, an invitation to make payments in respect of a particular proposal, or a promise to deliver at a particularly favourable price until a specific date».

²⁶¹ La determinazione esatta del prezzo costituisce uno degli aspetti che maggiormente possono incidere sulla idoneità del contenuto dell'offerta ad integrare il livello minimo per renderla proposta contrattuale. È pur vero che il prezzo può essere determinato direttamente, oppure anche in maniera implicita; può essere, altresì, indicato attraverso disposizioni che consentano di determinarlo immediatamente oppure in seguito. Le parti possono, legittimamente, anche accordarsi affinché un terzo, in seguito, determini il prezzo di vendita.

Ad ogni buon conto, per un'esauritiva trattazione del tema del contenuto minimo della proposta contrattuale, si veda M.J.BONELL, in M.BIANCA-M.J.BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit., pp. 140 ss.

²⁶² Sull'irrelevanza della denominazione adottata ai fini della configurabilità di una proposta contrattuale, si veda P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, cit., 2010, p. 258: «A proposal for concluding a contract does not have to be expressly designated as an "offer"; a declaration labelled "letter of confirmation", "pro forma invoice" o "invoice" may similarly constitute an offer under Article 14(1)».

²⁶³ La disposizione, dopo aver chiarito che il silenzio o l'inattività non sono considerati idonei ad una legittima manifestazione dell'assenso, contiene più specifiche previsioni che riguardano il momento esatto in cui l'accettazione diviene efficace, a seconda che per essa sia stato, o meno, fissato un termine preciso (art.18.2.).

L'articolo si completa attraverso la descrizione di specifiche condotte idonee a manifestare, per *facta concludentia*, l'assenso rispetto alla proposta ricevuta (art.18.3.).

costituire piuttosto, sotto il profilo squisitamente contenutistico, il risultato di proposte fatte da entrambe le parti.

È, questo, il caso che si determina allorché il destinatario della proposta apporti delle modifiche all'assetto rappresentato in essa ma, ciò non di meno, tali modifiche non alterino materialmente i termini dell'offerta stessa²⁶⁴.

Affinché, comunque, ad onta di tali modifiche il contratto possa ugualmente formarsi, è necessario che non ci sia alcuna obiezione, sollevata oralmente o comunicata per iscritto, ad opera del proponente.

Anche se con il correttivo descritto, comunque, la disposizione in esame costituisce un'ulteriore conferma della dinamica offerta-accettazione, quale meccanismo caratterizzante la vicenda genetica di un contratto sotto il regime CISG.

A ben guardare, però, nella Convenzione non è dato rinvenire alcuna disposizione che espressamente vieti ad un contratto di venire ad esistenza, nonostante l'impossibilità che si configuri esattamente ed in maniera chiaramente identificabile la richiamata sequenza.

All'uopo, si consideri il combinato disposto delle norme di cui agli articoli 6 ed 11 della CISG. La prima delle menzionate disposizioni, enunciando il principio di generale derogabilità della Convenzione, riconosce un'ampia autonomia alle parti che, peraltro, ai sensi di quanto sancito nell'art.11, sono libere da qualsiasi vincolo di carattere formale, sia ai fini della costituzione della fattispecie contrattuale che a fini probatori.

Tali disposizioni, atte a conferire una certa flessibilità al regime normativo in esame, aprono uno spiraglio in ordine alla possibilità di riuscire ad inquadrare all'interno della Convenzione di Vienna anche le diverse fattispecie che, con connotazioni variabili, possono prendere forma durante lo svolgimento delle trattative e rispetto alle quali, come già anticipato, si pone un problema di qualificazione e, dunque, di vincolatività.

Come si è già avuto modo di rimarcare, in vero a più riprese, nel corso della trattazione, l'evoluzione delle negoziazioni che precedono la stipula di contratti particolarmente complessi, può essere scandita da documenti, variamente denominati, che le parti si scambiano tra di loro.

²⁶⁴ Nel terzo comma della disposizione sono specificate le modifiche che, di fatto, alterano sostanzialmente l'offerta e la loro introduzione nell'originario assetto deve considerarsi come nuova proposta. Si tratta di previsioni riguardanti il prezzo, il pagamento, la quantità e la qualità dei beni, il luogo ed il tempo di consegna etc.

Come taluno²⁶⁵ ha messo in evidenza, l'aspetto che certamente accomuna “*letters of intent*”, “*agreement in principles*”, “*memoranda of understanding*” and “*heads of agreement*” etc. è che nessuno di essi rappresenta l'accordo definitivo nella sua completezza.

Al di là di questo, gli *statements* intervenuti tra le parti sono destinati ad espletare un ampio spettro di funzioni pratiche.

Si va dalla semplice manifestazione dell'intento di una delle parti di avviare delle trattative con un'altra parte allo scopo di raggiungere un accordo su particolari questioni senza alcun ulteriore impegno da parte sua, al c.d. contratto preliminare, da intendersi – come già ampiamente visto – come un accordo tra le due parti teso a concludere un contratto successivamente dopo che, però, i termini essenziali del relativo contenuto siano già stati definiti.

Tra queste due situazioni-limite si inseriscono, poi, una variegata congerie di possibili configurazioni che gli *statements* intervenuti tra le parti possono assumere.

Ad ogni modo, prendendo in considerazione la prima delle due situazioni descritte, dinanzi a quella che, apparentemente, si presenta come una mera dichiarazione di intenti, la principale questione da risolvere consiste nell'appurare come essa possa distinguersi da un'offerta contrattuale vera e propria.

A questo scopo, il combinato disposto delle norme di cui agli artt. 8 (in tema di interpretazione delle dichiarazioni rese dalle parti) e 14 (concernente, più specificamente, la proposta contrattuale) può offrire validi criteri-guida.

Secondo quanto previsto da quest'ultima disposizione, a prescindere dal grado di determinatezza e completezza che può corredare il contenuto della dichiarazione (che, come visto, deve però raggiungere comunque un livello minimo), l'elemento che funge da *discrimen*, che traccia la linea di confine tra «*non-binding preliminary negotiations and binding commitments*»²⁶⁶, è la *intention to be bound* del suo autore.

È bene chiarire, anzitutto, che con questa espressione ci si riferisce all'intenzione dell'offerente di concludere un contratto nel caso in cui sopraggiunga un'accettazione piena

²⁶⁵ Così E.A.FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, cit., p. 249, il quale definisce tali fattispecie “*the intermediate regimes*”.

²⁶⁶ Così si legge in P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, cit., p.270.

della proposta, sì come formulata. Altro è, invece, l'intenzione dell'autore della dichiarazione di ritenersi vincolato all'offerta fatta.

Né, del resto, la nozione in esame può essere in alcun modo ricollegata all'esistenza di precisi doveri che, secondo le previsioni contenute in alcuni regimi nazionali (*in primis*, l'ordinamento tedesco) sorgono, durante lo svolgimento delle negoziazioni, per effetto della formulazione di un'offerta e che possono fondare eventuali azioni di responsabilità per *culpa in contrabendo*.

La necessaria sussistenza di tale *intention* deve anzitutto potersi desumere dal significato oggettivo che, alla dichiarazione, può essere attribuito.

Questa, dunque, l'indicazione offerta dalla norma di cui all'art.14, comma 1 che, in tale prospettiva, consente di compiere una considerazione di più ampio respiro: se, ai fini della sussistenza di una proposta contrattuale *tout court*, è necessario che l'*intention to be bound* sia determinabile già solo in base al significato oggettivo della dichiarazione, ciò vuol dire che anche una dichiarazione resa attraverso un sistema completamente automatizzato può essere considerato, secondo le previsioni della Convenzione, una valida offerta.

Un esempio per tutti: si pensi alle peculiari modalità di contrattazione che caratterizzano il commercio elettronico²⁶⁷.

È evidente, allora, che già sotto questo profilo le regole poste dalla CISG²⁶⁸, nella misura in cui ammettono di individuare una proposta contrattuale anche là dove non sia facilmente identificabile un intento "umano", si presentano particolarmente idonee a soddisfare le esigenze sorte dalle nuove frontiere del commercio internazionale, tanto più se confrontate con le disposizioni contenute in larga parte degli ordinamenti nazionali.

Un'interpretazione del richiamato elemento soggettivo eventualmente divergente rispetto a quella estrinsecata nella formulazione adottata dal dichiarante, è ammissibile soltanto se la parte destinataria della dichiarazione stessa sia stata specificamente a conoscenza di tale difforme *animus*. Ovviamente, è il destinatario della proposta ad avere

²⁶⁷ In ossequio alle esigenze connesse alla sempre maggiore diffusione del commercio elettronico, i più recenti interventi normativi hanno ormai iniziato a dettare una disciplina, in materia di vendita internazionale, applicabile anche ai nuovi meccanismi ed alle diverse dinamiche che animano il mercato. Un esempio significativo è rappresentato proprio dalla proposta di Regolamento che è stata presentata nell'ottobre 2011 dalla Commissione Europea, destinato a contenere il *Common European Sales Law*. Su di esso, si avrà modo di soffermarsi in maniera più approfondita nel corso della trattazione.

²⁶⁸ Un approccio sostanzialmente analogo è possibile coglierlo nelle disposizioni contenute nello *UCC* (2003), al § 2-204, riportato in nota 242.

interesse a dimostrare che essa fosse sorretta da una *intention to be bound* ad onta della apparente formulazione *not binding* per essa adottata e, per ciò stesso, è su di lui che grava l'onere di provare tale diverso elemento soggettivo. Rispetto a tale ultima ricostruzione, comunque, la regola racchiusa nel primo comma dell'art. 8, invero, non lascia adito ad alcun dubbio nel suggerire tale soluzione.

Soltanto nell'ipotesi in cui il criterio interpretativo su esposto non possa trovare applicazione, ecco che la sussistenza o meno dell'*intention* dovrà desumersi esclusivamente dal significato oggettivo che una qualsiasi altra parte, trovandosi nella medesima posizione in cui versa quella realmente interessata, finirebbe con attribuire alla dichiarazione esaminanda (art. 8 comma 2). A tale precipuo scopo, particolarmente utile può rivelarsi avere riguardo a tutte le circostanze rilevanti e, tra queste, soprattutto alle pratiche ed agli usi già instauratisi tra le parti, al comportamento da queste assunto in seguito, nonché alle trattative tra di loro eventualmente intercorse (art. 8 comma 3)²⁶⁹.

È evidente che, in alcune circostanze, la lettera stessa del documento può presentarsi a tal punto chiara da offrire un'indicazione netta in un senso o nell'altro²⁷⁰.

Espressioni quali "*without obligation*", "*freibleibend*", "*sans engagement*", "senza impegno", "*sin mi compromiso*", "*salvo aceptación de la casa*"²⁷¹ interpretate, come suggerito in prima battuta dal menzionato art.8²⁷², secondo un criterio letterale, inducono necessariamente ad una

²⁶⁹ Per un'applicazione concreta del disposto di cui al terzo comma del menzionato art. 8, si rimanda ad una interessante, recente sentenza attinta alla casistica americana [U.S. District Court, Southern District of New York – Number: 09 Civ. 10559 (AKH) in www.comparazionedirittocivile.it].

²⁷⁰ In M.LUTTER, *Der Letter of Intent*, cit. p. 131, si rinviene un'utile esemplificazione di un'ipotesi in cui una lettera, se accettata dal destinatario, acquista i connotati (e gli effetti) di una vera e propria promessa vincolante ad opera di quest'ultimo. Questa la lettera del documento in questione: «*With the acceptance of this Letter, you commit yourself, in case we decide to build the (...) plant, to perform the construction of the plant according to the terms and conditions of this letter and documents referred to herein*».

In M.FONTAINE, *Les lettres d'intention dans le négociation des contrats internationaux*, in *Droit et pratique du commerce international*, Parigi, 1977, n.3, p. 85, si rinviene un esempio, altrettanto chiaro, che però si muove in direzione opposta: «*After an examination of the documents you sent us (...) we inform you of our intention to place an order with you for a telephone switchboard of the type (...). For clarity's sake we wish to make it clear that this letter is not to be understood as an order*». Soprattutto nell'ultima frase viene espressa in maniera assolutamente inequivocabile l'intenzione di non voler assumere impegni di alcun genere.

²⁷¹ Così, espressamente, P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, cit., p. 271.

²⁷² Per un commento accurato ed esaustivo del disposto della norma in esame si vedano, tra gli altri: P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, cit., pp. 145 ss.; M.BIANCA-M.J.BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit., pp. 95 ss.; S.KRÖLL-L.MISTELIS-M.PERALES VISCASILLAS, *UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, art. 8.

negazione di una qualsiasi *intention to be bound*, tale per cui alla dichiarazione che le contiene possa attribuirsi natura di proposta contrattuale vera e propria.

Nella pratica del commercio internazionale, effettivamente, si registra un largo impiego di tali clausole “liberatorie” da parte dei *businessmen*, i quali preferiscono inserirle nelle proprie dichiarazioni, allo scopo di tutelarsi in via preventiva da qualsiasi eventuale rivendicazione, con la quale si pretenda di invocare la nascita di un vincolo contrattuale.

Verrebbe da chiedersi, a questo punto, se proprio da tale diffusa prassi, la parte che intenda affermare l'avvenuta formazione di un contratto, non possa trarre un valido argomento a proprio favore, nell'ipotesi in cui nella dichiarazione ricevuta manchi l'impiego di una qualsiasi delle clausole su menzionate.

In altri casi, invece, è preferibile che l'interprete, pur dinanzi ad espressioni apparentemente chiarificatorie, adotti un atteggiamento di “prudente diffidenza”.

Ci si riferisce, in particolar modo, all'impiego di denominazioni quali “*letter of intent*”, “*letter of intention*”, “*memorandum of understanding*” o “*agreement in principle*” “*head of agreement*”, le quali, non di rado, possono non trovare rispondenza nel contenuto reale del documento cui si riferiscono.

Può darsi, infatti, l'ipotesi che tali dichiarazioni valgano ad identificare i punti che sono già stati discussi con buon esito dalle parti, senza con ciò vincolarle alla conclusione di un contratto definitivo²⁷³; oppure, anche, che lo scambio di tale documento si traduca, in fatto, nella stipula di un accordo preliminare intorno alle questioni contrattuali principali, destinato ad essere sostituito da un successivo contratto finale nel quale vengano decisi anche i profili secondari dell'assetto dei rapporti tra le parti; o, infine, può accadere che il documento sottoscritto da una parte, non contenga l'assunzione dell'obbligo di stipulare un contratto di vendita con la controparte ma abbia una portata molto meno ampia e si limiti, piuttosto, a consacrare l'impegno a risarcire il danno arrecato al proprio interlocutore in conseguenza della eventuale rottura delle trattative.

²⁷³ Secondo alcuni Autori, questa sarebbe la ricostruzione preferibile, se non proprio l'unica, per ciò che concerne le lettere di intenti. In questo senso si veda, tra gli altri, F.FERRARI, in S.KRÖLL-L.MISTELIS-M.PERALES VISCASILLAS, *UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., in cui si legge, testualmente: «*A letter of intent, which normally contains all the other elements referred to in Art. 14 and is usually addressed to a specific person, generally lacks the intention to be bound. The same is true for a memorandum of understanding*».

Si tratta, in altri termini, di una questione di interpretazione²⁷⁴.

È ovvio, però, che nelle fattispecie caratterizzate da un dato letterale già di per sé “rivelatore”, ovvero in grado di “dichiarare” apertamente l'*animus* della parte, qualsiasi attività interpretativa che pretenda di ricercare significati reconditi, meta testuali, risulti inutile e, soprattutto, non in grado di approdare a soluzioni plausibili.

In generale, dunque, è necessario che l'interprete, adotti un approccio flessibile e sospinga la propria indagine ben oltre quello che può emergere, in maniera immediata, dalla veste formale che ricopre la dichiarazione, nei casi in cui l'intenzione del suo autore non sia stata espressamente manifestata, in un senso o nell'altro.

Stando alle disposizioni contenute nella CISG, ad esempio, nulla impedisce di riscontrare un'intenzione di vincolarsi, nel senso già più volte chiarito, allorché l'assunzione di un vero e proprio *commitment* in capo al dichiarante sia stata, da questi, subordinata al verificarsi di un determinato evento. In altre parole, una scelta di tal fatta non legittima di per sé sola l'adozione di soluzioni negative ma esige che siano vagliate attentamente tutte le connotazioni concrete del caso.

Rimanendo ancora in tema di offerta e di *intention* idonea a determinarne, unitamente alle altre circostanze richieste, la qualificazione in termini di proposta contrattuale, una lettura delle altre disposizioni contenute nel testo della CISG, offre interessanti spunti di riflessione.

Tra di esse, particolarmente interessante si presenta la disposizione di cui all'art. 16²⁷⁵, in tema di revocabilità della proposta contrattuale, la quale al comma 2, lett. b), individua una delle due ipotesi in cui, eccezionalmente, la proposta contrattuale non può essere revocata.

Ai sensi della richiamata norma, tale ipotesi si verifica «[...] *if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer*».

²⁷⁴ Questa, ad esempio, l'autorevole opinione espressa da U.MAGNUS in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2005, Art. 14, par. 15.

²⁷⁵ Per un esaustivo commento di tale norma, soprattutto per gli spunti di riflessione da essa evocati in tema di *binding offer*, si veda P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, cit., pp. 306 ss.

Ebbene, attraverso questa previsione, la Convenzione detta una regola chiaramente evocativa del meccanismo della *promissory estoppel*²⁷⁶, di matrice anglo-americana, per ricollegare direttamente alla sussistenza di un chiaro intento di vincolarsi, il carattere irrevocabile della proposta.

In altre parole, allorché si configurino concretamente le circostanze descritte nella richiamata disposizione, non sussiste alcuna necessità di provare che l'offerta formulata fosse stata chiaramente intesa come irrevocabile.

A questo punto, verrebbe da chiedersi se la regola dettata nell'art. 16, comma 2, lett. b) è suscettibile di applicazione analogica nei casi in cui non è altrettanto lineare che vi sia una *intention to be bound*, ovvero sia non è palese che una dichiarazione sia considerata alla stregua di offerta vera e propria.

In altre e più esplicite parole, è ammissibile che in ipotesi di tal fatta, dunque in presenza di tutte le circostanze descritte dalla norma, il destinatario della dichiarazione faccia ragionevolmente affidamento sull'esistenza di una vera e propria proposta contrattuale, agisca in conseguenza di questo affidamento e, per tale via, dia origine ad un rapporto contrattuale vincolante tra le parti?²⁷⁷

Ebbene, considerato che la nozione di *intention* sottesa alla richiamata disposizione è volta ad indicare la volontà dell'offerente di ritenersi vincolato all'offerta fatta, tanto che essa possa dirsi irrevocabile, un'applicazione della stessa al fine di dimostrare la sussistenza, in un'ipotesi concreta, di un diverso tipo di *intention*, teso a vincolarsi contrattualmente per effetto dell'accettazione ad opera del proprio interlocutore, si pone, effettivamente, come una forzatura che travalica oltre misura l'ambito di pertinenza delineato dai redattori della CISG. Si conferma, tra le altre cose, la necessità di tenere ben distinti, nel senso appena

²⁷⁶ È molto interessante notare che la lettera a) della medesima disposizione costruisce l'eccezione di irrevocabilità della proposta applicando quelli che sono gli schemi tipicamente adottati negli ordinamenti civil law. Per una accurata ricostruzione storica – nel senso appena chiarito – della disposizione in esame, si veda M.BIANCA-M.J.BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit., pp. 156 ss. Parr. 2.2., in cui si pone a confronto la disposizione in esame anche con il principio *Treu und Glauben* enunciato nel BGB.

²⁷⁷ In prospettiva comparatistica, si noti il disposto del §90 del *Restatement Second of Contracts*, che in presenza di circostanze affini rispetto a quelle descritte nell' art. 16, comma 2, lett. b) del testo della CISG, sembra suggerire una risposta positiva: «*A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. [...]*».

chiarito le due possibili declinazioni in cui può essere concepita l'espressione intention to be bound.

Ritornando, ora, alle due esemplificazioni estreme, sopra anticipate, di fattispecie precontrattuale, resta da considerare quella del, già menzionato, contratto preliminare in senso stretto.

A ben guardare, questa fattispecie non si differenzia molto dai normali contratti di vendita, i soli ad essere espressamente disciplinati dalla Convenzione.

Semplicemente, racchiude l'impegno di una o più parti a concludere successivamente un contratto con cui si realizzerà l'effetto tipico dell'acquisto della proprietà su di un bene a fronte del pagamento di un prezzo.

Rispetto ad ipotesi concrete di tal fatta, la sostanziale identità con la compravendita legittima un'applicazione analogica delle disposizioni per essa espressamente previste dalla Convenzione e, dunque, riguardo ai contratti preliminari non sorgono problematiche di particolare complessità.

Un discorso a parte meritano gli accordi eventualmente intervenuti tra le parti durante lo svolgimento delle trattative, allorché esse risultino particolarmente lunghe, oppure si tratti delle conclusioni di operazioni economiche di consistente portata e complessità.

In linea di principio, ancorché gli schemi seguiti e le denominazioni di volta in volta utilizzate siano diversi, il profilo contenutistico di tali accordi può dirsi sostanzialmente coincidente: in ciascuno di essi, infatti, si trovano precisati e descritti i termini del contratto su cui le parti abbiano già fatto convergere il proprio assenso e si rinvia a successive negoziazioni la determinazione dei profili lasciati temporaneamente "aperti".

È evidente che laddove le trattative proseguano secondo le previsioni esplicitate in tal modo dalle parti sino a condurre alla nascita del nuovo contratto, *nulla quaestio*.

Se, invece, una delle parti si rifiuta di far proseguire le negoziazioni, sì come originariamente stabilito, oppure queste ultime non conducono al risultato sperato, ecco porsi un problema di qualificazione dell'*agreement* preliminarmente intervenuto tra le parti.

Si tratta di appurare, cioè, se all'accordo vada attribuita natura vincolante e, dunque, in assenza di una determinazione ad opera delle parti, i profili rimasti indefiniti debbano essere in qualsiasi altro modo fissati, oppure se la circostanza per cui le parti abbiano

disatteso le loro stesse intenzioni abbia irrimediabilmente privato di forza cogente il *preliminary agreement*.

Va subito messo in chiaro che, anche con riguardo a tali fattispecie, non è dato rinvenire disposizioni specifiche nella Convenzione ma che, ciò nondimeno, delle linee guida per la ricostruzione di tali fattispecie scaturiscono direttamente dai principi generali che vi sono sottesi e che hanno ispirano l'intero regime in essa contenuto.

In particolar modo, importanza dirimente sembrano assumere, per quanto specificamente interessa in questa sede, il primato del *parties' will* e del c.d. *favor contractus*²⁷⁸.

Ne consegue che, se le parti hanno inteso imprimere al *preliminary agreement* tra di esse intervenuto nei termini sopra chiariti efficacia vincolante, ciò vuol dire che anche nell'ipotesi in cui le trattative, per una qualsiasi ragione, non vadano a buon fine la volontà espressa deve essere comunque rispettata a condizione, ovviamente, che vi sia una plausibile modalità alternativa per giungere alla determinazione dei termini contrattuali lasciati aperti.

In mancanza di una chiara manifestazione dell'intento degli interessati, compito dell'interprete sarà quello di valutare le circostanze concrete che connotano la fattispecie.

Più specificamente, oltre a considerare la portata dell'operazione economica avuta di mira ed il grado di definitezza del parziale assetto sul quale sia intervenuto l'accordo, è necessario confrontare la rilevanza dei termini già fissati e di quelli non ancora definiti, nonché verificare che i profili che residuano da affrontare si prestino, per loro stessa natura, ad essere discussi soltanto in un momento successivo.

In tale ultimo senso, è facile che la Convenzione fornisca valide indicazioni, alle quali pertanto è opportuno fare riferimento ogni qualvolta ciò si renda possibile.

A titolo esemplificativo, gli artt. 31 e 33 possono orientare l'interprete, allorché siano rimasti indeterminati il tempo ed il luogo della consegna; in mancanza di un accordo sul prezzo, soccorre invece il dettato dell'art. 55.

²⁷⁸ La convenzione di Vienna, secondo l'opinione concorde di dottrina e giurisprudenza, accoglie senz'altro il criterio del *favor contractus*, ma la tendenza a favorire la sopravvivenza del contratto passa attraverso una complessa valutazione, nella quale entrano in gioco il carattere internazionale dell'accordo e tutti quei parametri in base ai quali è possibile valutare una fattispecie contrattuale sotto il profilo della "efficacia". La conservazione del negozio cui le parti hanno dato vita, detto altrimenti, si ricollega strettamente al fondamentale concetto di *business efficacy*, al quale si è già accennato e che si avrà modo di approfondire più avanti.

Il richiamo a tale ultima disposizione esige, invero ed in considerazione di quanto sopra asserito, qualche ulteriore chiarimento.

Non sfugge, infatti, anche al più superficiale dei lettori, l'apparente contrasto tra il disposto della norma da ultimo richiamata e quella, già evocata a proposito dell'offerta contrattuale, enunciata nell'art.14.

Mentre, infatti, quest'ultima annovera espressamente il prezzo tra gli elementi che devono già essere stati fissati dal proponente affinché la sua manifestazione di volontà acquisti il valore e la portata di una proposta contrattuale vera e propria, l'art. 55 contempla il caso in cui un contratto sia stato concluso senza determinazione del corrispettivo di scambio.

Tale ultima previsione, a ben guardare, non va a sottrarre rigore al criterio fissato nell'art. 14, anzitutto perché se ne distingue sotto il profilo dell'ambito di applicazione, in tal caso rappresentato da contratti già venuti ad esistenza e, poi, perché essa presuppone che le parti siano animate, sin dal principio, dall'intento di dar vita ad un contratto vincolante, pur omettendo la formale indicazione del prezzo di vendita²⁷⁹.

Se questo è, l'art. 55 offre copertura, evidentemente, proprio alle situazioni che in questa sede si stanno considerando e, cioè, quelle in cui le parti abbiano di proposito rinviato ad un momento successivo delle trattative la determinazione del prezzo di vendita ma poi, concretamente, non siano riuscite a tener fede a tale impegno.

Ebbene, ai sensi della richiamata norma, è ben possibile che il contratto sia venuto ad esistenza, ma tale risultato presuppone che sussista, sin dal principio, un preciso intento delle parti, espresso o desumibile dalle circostanze del caso, *to enter into a binding contract*.

In ogni caso, allorché la Convenzione non contenga delle disposizioni specifiche che agevolino l'accertamento della *intention to be bound*, l'interprete può sperare di ricavare soluzioni valide attraverso l'applicazione del criterio della ragionevolezza.

4.1. Precontractual agreements recanti la formula “*subject to contract*” o simili.

²⁷⁹ In tal senso, si veda quanto sottolineato da M.J.BONELL, in M.BIANCA-M.J.BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit., p. 141: «[...]if acceptance reaches the alleged offeror and he does not object promptly, then the contract is concluded. In such cases it becomes evident that the proposal indicated the intention to be bound in case of acceptance and that the proposal was regarded by the parties as an offer. In such cases Article 55 applies.»

Anche nelle ipotesi in cui trovi applicazione la CISG, sono pienamente ammissibili fattispecie precontrattuali contrassegnate dall'impiego di formule quali “*subject to contract*” o anche “*formal agreement to follow*” con cui le parti, dopo aver cristallizzato in un documento scritto²⁸⁰ i termini contrattuali dell'affare sui quali abbiano già raggiunto un accordo, prevedono il compimento, *at a later stage*, di uno specifico adempimento formale cui ricollegare il perfezionamento del contratto definitivo.

Né del resto tale rilievo desta alcuno stupore, giacché esso si coniuga perfettamente con il principio di libertà formale, accolto dalla Convenzione e specificamente enunciato all'art.11.

Al pari di quanto già visto, con specifico riferimento alle esperienze nazionali, anche con riguardo a tale fonte normativa sovranazionale, due sono i principali interrogativi sollevati da fattispecie del tipo di quelle appena descritte.

Anzitutto, è importante accertare quale sia l'effettivo valore dell'adempimento formale previsto dalle parti, specificamente se esso abbia efficacia costitutiva o se la sua rilevanza si espliciti (e si esaurisca) su di un piano meramente probatorio.

In secondo luogo, e qualora si accerti che le parti abbiano effettivamente inteso subordinare la piena efficacia della fattispecie creata al conferimento del previsto requisito formale, ci si chiede se attraverso la propria successiva condotta esse possano, *de facto*, contraddire le proprie intenzioni rinunciando ad esso.

Con riferimento al primo dei due interrogativi enunciati, un'approccio sostanzialmente omogeneo consente di accostare la CISG alla gran parte degli ordinamenti nazionali di cui, peraltro, si è già ampiamente detto: non esiste una regola generale in base alla quale accertare o smentire la natura costitutiva del requisito formale previsto dalle parti interessate²⁸¹.

Si rendono necessarie, infatti, una “lettura” ed un'attenta valutazione delle circostanze del singolo caso concreto onde verificare, anzitutto, se vi sia una chiara

²⁸⁰ Esso sarà denominato “*preliminary agreement*” o anche “*memorandum of understanding*”.

²⁸¹ E' appena il caso di dar conto della opinione espressa in maniera alquanto netta ed inequivocabile ad opera di alcuni autori che non mostrano alcuna esitazione nell'asserire che l'impiego della formula “*subject to contract*” sia sempre, inevitabilmente ed inconfondibilmente, sintomatica della mancanza assoluta di una *intention to be bound* in capo alle parti. In tal senso, tra gli altri, F.FERRARI in S.KRÖLL-L.MISTELIS-M.PERALES VISCASILLAS, *UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, cit., Art. 14, par. 14.

dichiarazione in un senso o in un altro e, in mancanza, considerare le peculiarità dell'accordo informalmente raggiunto, soprattutto per ciò che concerne la tipologia di forma speciale prevista, il grado di completezza del contenuto e il livello di complessità dell'intera operazione economica avuta di mira.

È chiaro che laddove si riscontri, nell'ambito di un affare non propriamente di immediata realizzazione, un accordo preliminare dal contenuto non particolarmente dettagliato e, nonostante ciò, una previsione dell'adempimento formale di stipula di un contratto definitivo, stabilita peraltro allorché le trattative possano dirsi giunte ad uno stadio tutt'altro che avanzato, è altamente probabile che soltanto in seguito al raggiungimento del suddetto *step* la fattispecie acquisti efficacia pienamente vincolante.

Ad opposte conclusioni si giungerà invece, probabilmente, allorché l'accordo raggiunto dalle parti copra già tutti i termini essenziali del contratto che esse intendono stipulare e la previsione di una speciale forma con cui rivestire il documento che lo contiene sopraggiunga, ormai al termine delle negoziazioni, quasi come un "eccesso di zelo" con cui ciascuno degli interessati intenda rafforzare, sotto un profilo squisitamente probatorio, la propria posizione sì come risultante dall'assetto già sostanzialmente fissato.

Ma quanto le parti sono vincolate a siffatte previsioni, inerenti la speciale forma che intendono imprimere al contratto definitivo? Possono, esse, adottare una condotta che di fatto contraddica, sovverta il regime formale autonomamente fissato?

Di primo acchito, dal testo della Convenzione sembrerebbe emergere un regime più rigido, sotto questo specifico profilo, rispetto a quello elaborato nella gran parte delle esperienze nazionali già ampiamente richiamate ed esaminate.

Ad indurre ad una prima, sommaria, conclusione in questi termini, contribuisce invero la disposizione di cui all'art. 29, secondo comma, della CISG, l'unica invero a contenere previsioni in tema di forma, oltre al richiamato art. 11.

Dal tenore della norma ivi dettata, sembra infatti doversi desumere che, in caso di un contratto scritto, non è ammessa una condotta concludente delle parti atta a disattendere le prescrizioni che, con riguardo alla forma, esse stesse hanno fissato.

Se ci si ferma a questa sola lettura, è evidente che le distanze tra il regime convenzionale e le scelte, sul punto, operate dalla maggior parte dei più rappresentativi

ordinamenti nazionali, si allungano notevolmente, per non dire proprio che l'applicazione dell'uno e l'attuazione delle altre condurrebbero a soluzioni diametralmente opposte.

Ebbene, qualche correttivo alla su esposta interpretazione, forse eccessivamente sommaria, della regola di cui all'art. 29 si rende a questo punto necessaria.

Anzitutto, a ben guardare, la disposizione si riferisce alle sole vicende modificative e risolutive espresse che, interessando contratti stipulati in forma scritta, non sono considerate ammissibili in forma orale o, comunque, mediante l'adozione di condotte concludenti.

Per ciò che concerne, dunque, accordi precontrattuali con cui, tra le altre previsioni, le parti abbiano espressamente optato per il requisito in questione allorché si tratti di formalizzare la nascita di un nuovo rapporto sorto all'esito delle trattative negoziali, nulla dice, la richiamata disposizione, in ordine alla necessità, o meno, che la condotta poi concretamente adottata rispetti fedelmente le intenzioni originarie.

Le uniche vicende della vita contrattuale espressamente contemplate sono, infatti, la modifica e la risoluzione espressa.

Resta, dunque, da accertare se la regola, sostanzialmente restrittiva, posta dall'articolo 29, comma 2, possa trovare applicazione, o meno, anche con specifico riguardo alla vicenda genetica del contratto principale.

Se poi si prosegue nella lettura dell'esaminanda disposizione, è forse possibile rinvenire in essa la definitiva chiave di volta per risolvere la questione originariamente posta.

La proposizione conclusiva del secondo comma dell'art. 29 pone, infatti, un significativo limite all'applicazione della disposizione appena enunciata, vietando che essa possa essere invocata a suo favore dalla parte che, proprio a causa della condotta adottata, abbia, comprensibilmente, ingenerato nella controparte il pieno affidamento sulla portata concludente di tale condotta.

Una disposizione di tal fatta apre, allora, la via ad una considerazione ulteriore: essa sembrerebbe costituire il riferimento normativo al quale ricondurre tutte quelle ipotesi in cui le parti, ad onta di quanto espressamente stabilito nel *preliminary agreement*, abbiano adottato una condotta dalla quale sembrerebbe emergere che esse non prestino più alcuna attenzione a quanto originariamente stabilito con specifico riferimento alla forma da dare al contratto definitivo e che, almeno una di loro, agisca facendo affidamento sulla natura vincolante dell'accordo informalmente raggiunto. Si pensi, ad esempio, al caso che essa avvii

l'esecuzione della prestazione dovuta, senza che la controparte accenni alla, benché minima, reazione²⁸².

4.2. *How far are they binding? L'incorporazione dei precontractual statements.*

A prescindere dalla portata vincolante che, in alcuni casi ed in presenza di particolari circostanze, le fattispecie precontrattuali possono evidentemente espletare per ciò che concerne il prosieguo delle trattative oppure le formalità eventualmente connesse alla stipula del contratto definitivo, un profilo molto interessante riguarda il rilievo che le statuizioni, spesso incluse al loro interno, possono assumere rispetto al contenuto specifico del contratto definitivo.

Tale prospettiva può, invero, offrire una più chiara percezione dell'effettiva portata degli accordi o, più in generale, delle comunicazioni che le (future) parti di un contratto si scambiano, allorché si accingono alla conclusione di un determinato affare.

Non di rado è proprio la reciproca rappresentazione dei propri intenti, delle proprie necessità e degli scopi che sottendono una determinata iniziativa economica a rendere piano piano possibile, la concreta realizzazione della stessa secondo l'assetto che, più di altri, rappresenta il giusto temperamento delle esigenze facenti capo ai vari soggetti coinvolti.

Anche il testo della Convenzione, invero, fa riferimento a questo importante profilo, ancorché in maniera implicita ed, invero, consente di delineare i contorni di una posizione ben precisa in ordine al fenomeno della incorporazione degli *statements* precontrattuali nel contratto definitivo.

La norma che, in proposito, viene in rilievo è quella di cui all'art. 35 che, di per sé, disciplina il requisito di conformità della merce venduta.

Dopo aver posto a carico del venditore un onere di consegnare una merce che sia pienamente rispondente ai multiformi requisiti (di quantità, qualità, tipo, confezione ed imballaggio) stabiliti dal contratto (comma 1), l'art. 35 offre una esemplificazione delle ipotesi in cui, salvo diverso accordo delle parti, il suddetto onere risulta disatteso.

²⁸² Questa, l'interpretazione adottata in numerosi commenti alla CISG. In particolare, si vedano: S.K.DATE in M.BIANCA-M.J.BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, cit., pp. 242-244 e P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, cit., pp. 471 ss.

Per ciò che più rileva in questa sede, l'ipotesi descritta nella lettera b) del secondo comma, si configura allorché la merce stessa non risulti idonea «*for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement*».

Dal dettato della norma, si coglie un atteggiamento piuttosto prudente dei redattori del testo della Convenzione ed una previsione molto equilibrata, ossia ben lungi dal propugnare sterili automatismi, poco compatibili con le esigenze della pratica del commercio internazionale, soprattutto con la stipulazione di contratti B2B.

Le precisazioni compiute dal *buyer* al momento (o, più probabilmente, prima) della conclusione del contratto, in ordine allo specifico impiego cui avrebbe destinato la merce acquistata non vengono, secondo il regime della CISG, automaticamente “travasate” nel contratto, contribuendo a determinarne il contenuto, ma costituiscono piuttosto soltanto un elemento per individuare le qualità del bene che, l'acquirente stesso, «*may reasonably expect*».

È evidente che qualora si prevedesse, invece, un automatico inserimento dei predetti *statements* nel *corpus* del contratto, le parti finirebbero con l'esserne perciò solo vincolate e ciò aprirebbe la via ad un'inevitabile responsabilità del *seller for precontractual statements*, ogni qual volta le caratteristiche della merce consegnata divergano, anche in minima parte, da tutto quanto sia stato precisato nella documentazione precontrattuale.

Tali considerazioni acquistano tanto più rilievo se confrontate con le disposizioni dettate, sul medesimo punto, in altri testi normativi sopranazionali²⁸³ che, in alcuni casi e come si avrà modo di mettere in luce più avanti nella trattazione, non hanno esitato a prevedere un automatico fenomeno di incorporazione dei *precontractual-statements* all'interno del contratto stesso, prestando il fianco a rilievi critici.

Almeno per ciò che concerne la CISG è evidente, allora, che ben ampie ed approfondite sono le indagini che spettano all'interprete per valutare fino a che punto, nella fattispecie concretamente esaminata, le parti risultino vincolate a quanto dichiarato in fase precontrattuale; per appurare, cioè, quanta parte degli eventuali *statements* tra di esse intervenuti sia confluita nel contenuto del contratto definitivo.

²⁸³ Il riferimento va soprattutto al testo della nuova proposta di regolamento, denominato “*Common European Sales Law*” (CESL) adottata dalla Commissione Europea lo scorso ottobre, della quale però non ci occupa compiutamente in questa sede ma più avanti.

5. La proposta di Regolamento “*Common European Sales Law*” (CESL): analogie e differenze con la CISG nella disciplina applicabile alle fattispecie precontrattuali.

La recente pubblicazione²⁸⁴, ad opera della Commissione Europea, di una proposta di Regolamento recante alcune disposizioni di diritto sostanziale in materia di *trans-national sales*²⁸⁵, rende opportuna un’analisi comparata della disciplina che vi si trova contenuta con quella, appena richiamata, della Convenzione di Vienna del 1980.

Prima, però, di inoltrarsi nell’esame delle disposizioni che, eventualmente, possono entrare in gioco allorché si tratti di regolare fattispecie emerse durante le trattative negoziali, è necessario svolgere alcune considerazioni di carattere più generale almeno per ciò che concerne gli obiettivi e la portata del nuovo strumento normativo ma, soprattutto, le esigenze alle quali esso si propone di venire incontro.

Se, con la Convenzione di Vienna, i Paesi sottoscrittori, appartenenti all’intera comunità internazionale, hanno inteso munirsi di un diritto sostanziale uniforme, globale, in tema di *professional international sales of moveable goods* (e, dunque, escludendo apertamente i contratti conclusi con i consumatori), sì da ovviare alle discrepanze tra i vari sistemi normativi nazionali²⁸⁶, la proposta di Regolamento CESL mira a «[...] *improve the conditions for the establishment and the functioning of the internal market by making available a uniform set of contract law rules*»²⁸⁷, avendo specifico riguardo, evidentemente, al solo contesto dell’Unione europea.

Mentre, nell’un caso, ci si trova di fronte ad un sistema di norme che intende sostituirsi ai regimi nazionali, spesso assai divergenti tra di loro, nel secondo caso invece

²⁸⁴ Come si è già avuto modo di precisare, la pubblicazione risale all’ 11 ottobre 2011.

²⁸⁵ La vocazione internazionale della proposta si desume dal fatto che il Regolamento intende dettare una disciplina rivolta alle ipotesi contrattuali in cui almeno una delle parti sia stabilita in uno Stato membro dell’Unione europea.

²⁸⁶ A ben guardare, non sembra opportuno parlare di veri e propri ostacoli, promananti dai diversi regimi nazionali, allo svolgimento dei traffici internazionali, atteso che i *merchants*, animati prevalentemente dai propri interessi economici, difficilmente si lasciano condizionare dalle previsioni normative anzi, non di rado, tendono proprio ad ignorarle.

Di certo, la diversità delle previsioni contenute nei vari ordinamenti, non favorisce la “promozione” delle *transactions across borders*.

²⁸⁷ Queste, almeno, quanto contenuto nell’ *explanatory memorandum* al quale si trova allegato il testo della proposta.

l'intento è quello di dar vita ad uno strumento opzionale, vale a dire ad un complesso di regole che le parti di un contratto *cross borders* possono scegliere²⁸⁸, in alternativa al diritto nazionale che risulti applicabile in base alle norme di diritto internazionale privato²⁸⁹.

Queste ultime, infatti, manterrebbero inalterata la loro operatività, consentendo l'individuazione del regime nazionale applicabile ma al tempo stesso, in ciascuno degli Stati membri dell'Unione, accanto alla disciplina ordinaria, chiara espressione della storia e della tradizione giuridica di un Paese, si collocherebbe il *Common European Sales Law*, comune ed uguale per tutti.

Detto in altri termini, per effetto dell'approvazione definitiva del regolamento di CESL, ciascuno Stato membro dell'Unione verrebbe a dotarsi di un secondo *contract law regime*, oltre quello già vigente secondo il diritto interno.

Su quest'ultimo fronte, infatti, l'obiettivo di favorire la compravendita internazionale non viene perseguito attraverso l'unificazione del relativo diritto in tutto il territorio dell'Unione, ma soltanto offrendo uno strumento aggiuntivo di cui gli interessati potranno avvalersi, soprattutto se "ammaliati" dalle seduzioni di una disciplina, percepita come più vantaggiosa o, comunque, foriera di maggiori garanzie.

In effetti, c'è da considerare che il principale obiettivo perseguito dai redattori della proposta di Regolamento è proprio quello di predisporre una disciplina speciale, ampiamente protettiva e garantista, riguardante esclusivamente i contratti²⁹⁰ stipulati con i

²⁸⁸ Altra differenza fondamentale tra CISG e CESL riguarda l'operatività delle stesse.

Con riferimento alla prima, nell'ipotesi in cui sussistano, nel caso concreto, le relative condizioni di applicabilità, le disposizioni che vi si trovano contenute operano automaticamente, fatto salvo il caso in cui le parti espressamente dichiarino di volerne escludere l'operatività o decidano di apportare modifiche alle relative previsioni (pur sempre nei termini ed entro i limiti in cui ciò gli sia consentito dalla norma di cui all'art. 6).

Per ciò che concerne CESL, invece, si rende sempre necessario un *opt-in agreement* ad opera degli interessati. Senza un accordo espresso tale testo normativo, CESL rimarrebbe inapplicabile.

²⁸⁹ Il *Memorandum*, richiama espressamente i due fondamentali Regolamenti, cc.dd. "RomaI" e "RomaII": «*In the field of private international law, the Union has adopted instruments on choice of law, in particular Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*11, and, in relation to pre-contractual information duties, Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)12. The first of those instruments sets out rules for determining the applicable law in the area of contractual obligations and the second in the field of non-contractual obligations, including those which arise from pre-contractual statements».

²⁹⁰ La disciplina contenuta nel CESL si caratterizza, altresì, per la sua applicabilità alle nuove forme di contrattazione tipiche dell'*e-commerce* e, dunque, molte delle disposizioni che vi si trovano contenute si

consumatori (B2C), nonché i contratti tra professionisti (B2B) e, tra questi ultimi, solo quelli in cui uno almeno di essi sia una piccola e o media impresa²⁹¹ (*small or medium-sized enterprise-SME*).

Nel disegno degli addetti ai lavori, la redazione di un testo normativo a vocazione internazionale, dovrebbe farlo assurgere a modello per la definizione degli *standards* nelle transazioni internazionali nel settore della compravendita.

Da qui, tanto più, l'opportunità della comparazione operata in questa sede.

Il punto è che gran parte del testo del Regolamento proposto è intriso di disposizioni dettate a tutela del consumatore. Vi si trova elencata una disciplina in grado di apprestare un livello di protezione del c.d. “contraente debole” anche più elevato di quello raggiunto dalle direttive comunitarie ed, in generale, da tutti gli interventi di armonizzazione in campo di *consumer law* realizzati dall'Unione.

Non altrettanta attenzione è stata, invero, riservata alla posizione dei *businessmen*, anzitutto di quelli che contraggono con i consumatori, ma anche di coloro i quali si trovino a stipulare contratti del tipo B2B.

Se questo è, considerata pure la natura *opt-in* dello strumento normativo in questione non appare del tutto privo di fondamento il timore che un'eccessiva attenzione agli interessi dei consumatori potrebbe inibire gli operatori economici, piuttosto che incentivarli alla scelta del *Common European Sales Law* e questo non potrebbe che avere delle ripercussioni anche sull'obiettivo perseguito, di incrementare lo sviluppo del mercato interno.

Avendo riguardo alla disciplina contenuta nel CESL, infatti, non appare chiaro quale possa essere, nella prospettiva di un operatore economico, l'*appeal*²⁹² del regime ivi proposto, quali i profili vantaggiosi che dovrebbero indurre costui a preferirlo ad un regime nazionale.

riferiscono specificamente a materiali digitali, quali oggetto della compravendita, nonché alle peculiari modalità con cui nascono e si sviluppano i relativi rapporti giuridici.

²⁹¹ L'articolo 7 chiarisce, al secondo comma, quando un *trader* costituisca una SME ai fini dell'applicazione del regolamento stesso. Si definisce piccolo-media impresa, un'impresa che:

« a) *employs fewer than 250 persons and*

b) has an annual turnover not exceeding EUR 50 million, or, or an annual balance sheet total not exceeding EUR 43 million, or, for an SME which has its habitual residence in a Member State whose currency is not the euro or in a third country, the equivalent amounts in the currency of that Member State or third country».

Non è da escludere, comunque, che gli Stati Membri, discostandosi dall'originaria previsione “limitativa”, possano rendere la disciplina CESL disponibile anche per le grandi imprese, ma resta inteso che dovrebbero farlo espressamente.

Stando così le cose, vale a dire dinanzi ad un regime che non presenta di per sé dei profili che possano, in qualche modo, attrarre i *businessmen*, un certo potere di persuasione potrebbe allora essere esercitato dalla stessa categoria dei consumatori.

Dinanzi alla possibilità di fruire delle garanzie e, in generale, della protezione accordata dal regime di CESL è facile, infatti, che essi tendano a preferire, quali interlocutori, imprese che accettino di sottoporre i contratti stipulati alla relativa disciplina.

Se, dunque, la disciplina contenuta nel CESL non presenta, di per sé, le caratteristiche e le previsioni che la rendano particolarmente appetibile per le piccole e medie imprese, è pur vero che i *traders* potrebbero vedersi costretti ad applicarla ai propri contratti, pur di non essere pian piano estromessi dal mercato, a causa di una domanda, da parte dei consumatori, sempre più ancorata all'opzione in favore del nuovo strumento.

Nulla esclude, dunque, che la Commissione europea, nel farsi promotrice di tale progetto, abbia avuto ben chiara la conseguenza, ad esso connessa, di una possibile, futura suddivisione del mercato dei traffici *cross-borders* tra imprese *pro-CESL* ed imprese *contra-CESL*, ed abbia confidato particolarmente, al fine di favorire una sempre maggiore crescita numerica delle prime, nella descritta capacità persuasiva della domanda da parte dei consumatori.

Ad ogni buon conto, la particolare attenzione riservata a quest'ultima categoria in CESL spiega la presenza in essa di diverse disposizioni assolutamente sconosciute alla CISG e dà conto di una struttura dell'una molto più complessa se paragonata a quella dell'altra²⁹³.

²⁹² Esprime forti riserve sulla efficacia del neo-elaborato strumento ed, in generale, sulla sua effettiva idoneità a trovare largo impiego nelle contrattazioni internazionali, U.MAGNUS, *CISG and CESL*, 2012, in pubblicazione: «*Probably a rather strong (economic) incentive would be necessary to persuade parties to choose CESL. Whether such incentive exists is however very doubtful. The CESL functions rather similar to standard contract terms or a set of Principles like the UNIDROIT Principles, however with exceptions that in consumer sales most of the CESL and in other sales parts of the CESL can neither be excluded nor varied. Since the CESL intends to maintain and does maintain a high level of consumer protection – partly even higher than the current EU level – and since it will regularly be the business that proposes the contract terms, it appears more than doubtful whether businesses will propose the CESL as their standard contract terms.[...] Whether this will provide a sufficient incentive for businesses to opt for CESL, remains to be seen. [...]*».

Un vivo ringraziamento va al Prof. Ulrich Magnus, Hemeritus presso l'Università di Amburgo e *Mitarbeiter* presso il *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, per aver acconsentito alla lettura del suo contributo, ancora in fase di pubblicazione.

²⁹³ Mentre il testo della CISG si presenta suddiviso in appena quattro parti (*sphere of application, formation, rights and obligations of parties, final provisions*) ben distinte e disposte secondo un chiaro ordine logico, non altrettanto può dirsi per le (ben) otto parti che compongono il contenuto del CESL. In alcuni casi non è ben chiara la relazione esistente tra alcune di esse.

Con specifico riferimento alla fase precontrattuale, che qui maggiormente interessa, ad esempio, la parte II – *Making a binding contract* – è chiaramente ispirata dall'intento di offrire la massima tutela possibile al consumatore, prima ancora che il contratto venga ad esistenza.

Lungi, infatti, dal prevedere disposizioni che enuncino chiaramente quali siano i presupposti e le condizioni in presenza dei quali un contratto venga ad esistenza e, per l'effetto, le parti si trovino ad essere pienamente vincolate (come, del resto ci si potrebbe attendere avendo riguardo al su menzionato titolo), il proposto regolamento CESL si limita ad enunciare, con riguardo sia alle relazioni B2B che a quelle B2C²⁹⁴, il dovere di informazione pre-contrattuale, non tralasciando alcuno dei profili ad esso connessi, ivi incluso quello rimediale in caso di sua violazione.

Nessuna traccia vi è invece, in tutto il testo, delle fattispecie pre-contrattuali emerse dallo svolgimento delle trattative, qualunque ne sia la configurazione concreta, vale a dire sia che si tratti di meri *statements*, di semplici dichiarazioni di intenti sia che ci si trovi di fronte a veri e propri accordi vincolanti.

Di certo, esse interessano pressoché esclusivamente le relazioni commerciali tra imprenditori laddove, come noto, i consumatori stipulano contratti limitandosi ad aderire a condizioni generali, già predisposte dalla controparte, senza vedersi accordato alcun margine di negoziazione.

Eppure, anche la realtà commerciale dell'Unione Europea, al pari di quanto si è detto con riferimento ai traffici che animano il mercato dell'intera comunità internazionale, si caratterizza per il frequente ricorso a documentazioni, variamente connotate sotto il profilo

Si veda, ad esempio, U.MAGNUS, *CISG and CESL*, *cit.*, il quale, sotto questo profilo, manifesta perplessità sulla collocazione sistematica di alcune specifiche parti: «[...]for instance, the relation between CESL's Part. II (*Making a binding contract*) and Part. III (*Assessing what is in the contract*) is not entirely clear nor the relation of Part VII (*Restitution*) to the other Parts» oppure, anche, sulla coerenza intrinseca di alcune disposizioni: «Another example is Art.8 CESL which defines termination but mainly regulates its consequences. It is easy to overlook this provision when dealing with the right of termination. The same is true for Art. 90 (2) CESL which contains the general rule on the parties' duty to preserve the goods in their possession although the other party is responsible for them. Again, this provision can only too easily be overlooked. [...]». L'Autore non omette, infine, di esprimere un chiaro apprezzamento a favore della CISG: «The structure of the CISG appears to be much more transparent and straightforward.»

²⁹⁴ È evidente, però, già dalla diversa ampiezza della disciplina rispettivamente dettata con riguardo ai due tipi di rapporti contrattuali, che il legislatore comunitario sia stato animato prevalentemente da un intento protettivo in favore dei consumatori.

contenutistico, con le quali i *businessmen* scandiscono il progredire di una negoziazione verso la definitiva conclusione di un affare.

Se, però, con riguardo a queste fattispecie, il testo della CESL si presenta assolutamente lacunoso, non resta che orientare l'indagine nella stessa direzione seguita con riferimento alla CISG e, dunque, considerare le disposizioni dettate in tema di formazione del contratto, da cui poter desumere criteri orientati allorché si tratti di "decifrare" le fattispecie concrete o, più precisamente, di valutarne il grado di vincolatività.

Tenuto conto, preliminarmente, del fatto che con riguardo al CESL è necessario selezionare le disposizioni che si riferiscono specificamente ai negozi stipulati tra soli *businessmen* mentre, in CISG, esse costituiscono l'unica disciplina dettata, va senz'altro riconosciuto che la sostanza delle previsioni contenute nell'una in tema di formazione del contratto corrisponde pressoché completamente a quella delle regole dettate nell'altra.

Eccezionalmente, in verità, in CESL si rinviene una norma (di cui manca un equivalente in CISG), quella di cui all'art. 30²⁹⁵, che elenca espressamente i requisiti in presenza dei quali può dirsi sorto un contratto. Ne emerge, tra gli altri aspetti, la centralità dell'accordo, formatosi dall'incontro di offerta e accettazione, nonché la necessità che le parti abbiano inteso dare ad esso *legal effect*.

La presenza di tale precipuo intento deve essere desunta avendo riguardo alle dichiarazioni delle parti, nonché alla condotta da esse adottata.

L'articolo 31²⁹⁶, invece, rinviene il proprio corrispettivo in CISG nella norma di cui all'art. 14, ancorché la disposizione contenuta in CESL descriva i requisiti dell'offerta contrattuale in maniera molto più sintetica e adottando una formulazione non

²⁹⁵ Ecco, di seguito, riportato il testo della norma in questione, rubricata "Requirements for the conclusion of a contract": « 1. A contract is concluded if:

a) the parties reach an agreement;
b) they intended the agreement to have legal effect; and
c) the agreement, supplemented if necessary by rules of the Common European Sales Law, has sufficient content and certainty to be given legal effect.
2. Agreement is reached by acceptance of an offer. Acceptance may be made explicitly or by other statements or conduct.
3. Whether the parties intend the agreement to have legal effect is to be determined from their statements and conduct.
4. Where one of the parties makes agreement on some specific matter a requirement for the conclusion of a contract, there is no contract unless agreement on that matter has been reached».

²⁹⁶ La norma di cui all'art. 31 (Offer) stabilisce che: « 1. A proposal is an offer if:

(a) it is intended to result in a contract if it is accepted; and
(b) it has sufficient content and certainty for there to be a contract.
2. An offer may be made to one or more specific persons.
3. A proposal made to the public is not an offer, unless the circumstances indicate otherwise».

particolarmente chiara o, comunque, sufficientemente in grado di dare il giusto rilievo ai singoli elementi, la cui presenza è in grado di imprimere, ad una semplice proposta, il crisma della potenziale contrattualità. Si pensi, ad esempio, alla *intention to be bound* oppure alla elencazione, rinvenibile invece nel testo di cui all'art.14 CISG, degli aspetti della compravendita che devono essere specificati affinché la proposta sia qualificabile nei termini sopra chiariti.

In tema di accettazione, poi, la norma di cui all'art. 34 CESL²⁹⁷ coincide quasi completamente con il primo comma dell'art. 18 CISG.

Al pari di quanto si è detto per CISG, anche la disciplina di CESL acconsente a che una fattispecie contrattuale tragga, eccezionalmente, origine da una proposta “combinata”, vale a dire risultante dalla partecipazione non solo dell'originario proponente ma anche dell'accettante che, anziché limitarsi ad esprimere il proprio assenso dinanzi ad un assetto predeterminato, vi apporti aggiunte o modifiche tali da non alterare sostanzialmente i termini della proposta.

Il tenore delle due disposizioni, art. 19 CISG e art. 38 CESL, è pressoché coincidente.

Ad ogni buon conto, a prescindere dalla lettera delle richiamate disposizioni, probabilmente non altrettanto chiara al pari delle corrispondenti norme dettate in CISG, è evidente che anche in CESL venga attribuita rilevanza notevole alla *intention to be bound*.

L'elemento soggettivo costituisce, in effetti, l'aspetto che in prima battuta l'interprete è chiamato a prendere in considerazione allorché intenda enucleare il significato e, soprattutto, l'esatta portata di una dichiarazione unilaterale.

Sotto questo profilo viene spontaneo porre a confronto la norma di cui all'art. 8 CISG e quella di cui all'art. 12 CESL²⁹⁸.

²⁹⁷ Questo, dunque, il testo della menzionata disposizione:

“1. *Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.*
2. *Silence or inactivity does not in itself constitute acceptance.*”

²⁹⁸ Article 12 (*Unilateral statements or conduct*):

«1. *A unilateral statement indicating intention is to be interpreted in the way in which the person to whom it is addressed could be expected to understand it.*

2. *Where the person making the statement intended an expression used in it to have a particular meaning and the other party was aware, or could be expected to have been aware, of that intention, the expression is to be interpreted in the way intended by the person making the statement.*

3. *Articles 59 to 65 apply with appropriate adaptations to the interpretation of unilateral statements indicating intention.*

Ciò che, ancora una volta, colpisce della disciplina di più recente formulazione, è l'esclusivo riferimento a parametri di carattere prettamente soggettivo («*the way in which the person to whom it is addressed could be expected to understand it*» oppure «*the expression is to be interpreted in the way intended by the person making the statement*») per decifrare l'*intention* di volta in volta sottesa a ciascuna singola dichiarazione.

Manca, ad esempio, il riferimento a parametri più strettamente oggettivi, in cui tale *intention*, esteriorizzandosi, abbia potuto lasciar traccia di sé e, quindi, costituire un valido supporto all'indagine condotta dall'interprete. L'art. 8 CISG, in questo senso, fa menzione delle circostanze oggettive in cui si inserisce la fattispecie esaminata e non solo; per quanto qui più strettamente interessa, l'*intention* può essere ricostruita anche attraverso al considerazione delle negoziazioni²⁹⁹ intervenute tra le parti, oltre che degli usi tra di esse da tempo instauratisi.

In definitiva, in base al quadro delle disposizioni, sin qui brevemente richiamate, che il testo del Regolamento CESL contiene in tema di formazione del contratto, è possibile provare a qualificare le diverse fattispecie precontrattuali eventualmente poste in essere in un caso concreto e ciò, sia che si tratti di dichiarazioni unilaterali apparentemente prive di intento vincolante, sia che si tratti di vere e proprie intese le quali risultino corredate di tutte le componenti necessarie affinché sia configurabile un vero e proprio contratto.

Attesa la sostanziale coincidenza delle disposizioni sul tema contenute in CISG come in CESL, della quale si è cercato sin qui di offrire valide esemplificazioni, ai fini dell'inquadramento degli *statements* o, eventualmente, dei veri e propri *agreements* sorti dallo svolgimento delle negoziazioni preliminari, si rinvia alle considerazioni sopra sviluppate, allorché si è esaminato il testo della Convenzione di Vienna.

Ciò che, invece, in questa sede merita qualche considerazione più puntuale è la disposizione contenuta nella norma di cui all'art. 69³⁰⁰, la quale disciplina il modo in cui

4. *The rules on defects in consent in Chapter 5 apply with appropriate adaptations to unilateral statements indicating intention.*

5. *Any reference to a statement referred to in this Article includes a reference to conduct which can be regarded as the equivalent of a statement.*».

²⁹⁹ In CESL è la norma di cui all'art. 59, in tema di interpretazione del contratto, ad attribuire rilevanza alle circostanze in cui esso sia stato concluso, ivi comprese le *preliminary negotiations*.

³⁰⁰ Ecco, di seguito, riportato il testo integrale della norma in esame:

Art. 69 (*Contract terms derived from certain pre-contractual statements*):

alcuni *statements*, intervenuti tra le parti in fase di trattativa, possono entrare a far parte, a pieno titolo, del contenuto del contratto definitivo.

Secondo quanto si apprende dal dettato normativo, si tratta delle dichiarazioni che il *trader* abbia eventualmente fatto, anteriormente alla conclusione del contratto definitivo, “*about the characteristics of what is to be supplied (...) under the contract*”.

A prescindere dalla circostanza concreta che tali *statements* siano stati specificamente rivolti a (quella che, una volta concluso il contratto, è diventata) la controparte oppure, in generale, al pubblico, in ogni caso essi sono automaticamente “riversati” nel contenuto dell’accordo definitivo, divenendo statuizioni vincolanti per i contraenti.

Due sono le uniche eccezioni a tale regola generale: “*the other party was aware, or could be expected to have been aware when the contract was concluded that the statement was incorrect or could not otherwise be relied on ... or the other party’s decision to conclude the contract could not have been influenced by the statement*”.

La disposizione appena richiamata, letta peraltro in combinato disposto con la norma di cui all’art. 100 (1)(f), delinea i contorni di un regime di responsabilità dei venditori incredibilmente ampio, direttamente derivante dalle dichiarazioni, del tipo di quello sopra descritto, eventualmente compiute in fase pre-contrattuale e, ciò, anche nelle ipotesi in cui si tratti di contratti B2B.

Alla fine di coprire il maggior numero di situazioni concretamente delineatesi nella prassi, il legislatore europeo ha, peraltro, optato per l’impiego di espressioni alquanto vaghe (*statements “about the characteristics” of the goods, a party “expected to have been aware”, the statement “could not otherwise be relied on”, the decision to contract “could not have been influenced”*); il risvolto

«1. Where the trader makes a statement before the contract is concluded, either to the other party or publicly, about the characteristics of what is to be supplied by that trader under the contract, the statement is incorporated as a term of the contract unless:

(a) the other party was aware, or could be expected to have been aware when the contract was concluded that the statement was incorrect or could not otherwise be relied on as such a term; or

(b) the other party’s decision to conclude the contract could not have been influenced by the statement.

2. For the purposes of paragraph 1, a statement made by a person engaged in advertising or marketing for the trader is regarded as being made by the trader.

3. Where the other party is a consumer then, for the purposes of paragraph 1, a public statement made by or on behalf of a producer or other person in earlier links of the chain of transactions leading to the contract is regarded as being made by the trader unless the trader, at the time of conclusion of the contract, did not know and could not be expected to have known of it.

4. In relations between a trader and a consumer the parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.»

negativo di tale voluta vaghezza potrebbe però essere un largo numero di dispute e liti, al fine di acclarare l'esatto significato delle suddette espressioni.

Ora, confrontando questa disposizione con la norma di cui all'art. 35 (2) (b) CISG, che si è già avuto modo di esaminare ampiamente, non si può non notare come, qui, la responsabilità eventualmente sorta in capo al *seller* venga ad essere circoscritta entro un ambito ben più ristretto, non fosse altro che ai sensi di tale disposizione sono incorporate nel contratto solamente quelle statuizioni precontrattuali che indichino uno specifico impiego cui il bene, oggetto della compravendita, è destinato.

In CESL si parla invece di generiche “*characteristics*” che il bene fornito deve presentare; va da sé che in una espressione così ampia possano essere incluse o, a seconda dei casi, (da essa) possano essere escluse un numero imprevedibile di ipotesi.

È facile che alla predisposizione di un regime così rigido abbia contribuito la necessità, considerata come impellente dai redattori della proposta di Regolamento, di approntare il maggior livello possibile di tutela in favore del consumatore.

Ebbene, a prescindere dalle perplessità che sorgono rispetto all'opportunità di tale ampio sistema di responsabilità anche nei contratti B2C, tanto più non si ritiene di poter condividere la scelta operata se solo si ha riguardo ai contratti conclusi tra *businessmen*.

La prospettiva di vedere automaticamente inglobate nel rapporto contrattuale dichiarazioni generiche rese durante la fase precontrattuale, con il risultato di rimanere esposti al rischio di una responsabilità per inadempimento facilmente concretizzabile, potrebbe fungere da ulteriore deterrente quanto alla scelta di sottoporre il proprio assetto di rapporti alla disciplina dettata in CESL.

Ad ogni buon conto, a prescindere dalle valutazioni che possono compiersi in ordine alla effettiva opportunità che gli Stati aderenti all'Unione Europea si dotino di questo ulteriore strumento normativo, al fine di incentivare le relazioni commerciali transnazionali all'interno del mercato unico nonché di disporre di un modello di riferimento anche per i contratti che travalichino i confini del contesto europeo, è necessario tener in debito conto un risultato, importante ai fini della presente indagine, emerso proprio dall'esame della disciplina che vi si trova contenuta.

Per la prima volta, ci si trova di fronte ad un testo normativo che, non soltanto, prende in considerazione espressamente “*certain pre-contractual statements*”, ma vi attribuisce

altresì un'importanza notevole, nella misura in cui ne prevede l'automatica incorporazione nel contratto definitivo sotto la veste di veri e propri *contractual terms*.

Si assiste finalmente, in altre parole, al riconoscimento espresso della rilevanza concreta che le fattispecie precontrattuali possono esercitare anche quando il contratto definitivo venga ad esistenza ma, soprattutto, si afferma la natura vincolante delle stesse.

Il risultato è la costruzione di un rigido sistema di *liability for pre-contractual statements* in cui l'impiego di espressioni, come visto, volutamente vaghe nella descrizione delle fattispecie atte a far sorgere tale tipo di responsabilità fa in modo che esso possa espletare la propria operatività in un *range* veramente ampio di situazioni pratiche.

Se questa disciplina sia effettivamente in grado, o meno, di farsi interprete e, dunque, di soddisfare adeguatamente le esigenze dei *traders* impegnati nella contrattazione transfrontaliera, non è un giudizio che può esprimersi in maniera anticipata.

Certo, le perplessità cui il regime descritto dà adito sono molte se si pensa soprattutto ai rapporti che coinvolgono esclusivamente *businessmen* e, come si è già ampiamente argomentato in proposito, si fondano su di una lucida analisi delle problematiche connesse alle relazioni economiche che muovono il mercato odierno. Ciò non di meno sarà soltanto la prassi, qualora la disciplina per ora soltanto delineata venga definitivamente inserita nel vigente sistema delle fonti, a svelare il carattere vincente o meno della "strategia" avuta in mente dagli addetti lavori e, dunque, la validità del progetto cui hanno dato vita.

Ciò che, nella presente indagine, costituisce senz'altro un risultato importante, del quale non può non darsi debito conto, è la innovativa attenzione che finalmente i legislatori hanno cominciato a rivolgere alla fase pre-contrattuale, non più soltanto per ricollegarvi una serie di reciproci doveri in capo alle parti da osservare per tutta la sua durata, ma per stabilire una relazione concreta tra di essa e la fattispecie definitiva che ne costituisca il prodotto.

Enucleare, poi, da tale ultima relazione un nuovo regime di responsabilità significa, in concreto, aprire la via a nuove prospettive rimediali, fino ad ora assolutamente mai previste.

Riconoscere, infatti, piena vincolatività alle dichiarazioni pre-contrattuali attribuendogli la validità e la forza di veri e propri *contractual terms*, vuol dire affermare che, proprio in quanto parte integrante del contenuto di un contratto, esse sono da ritenersi pienamente *enforceable*.

Sarebbe interessante, ma per ovvie ragioni logistiche non è questa la sede opportuna, approfondire l'indagine in ordine alle tipologie di *remedies* eventualmente attuabili dalla parte interessata che ritenga di aver subito un pregiudizio a causa della violazione, ad opera della controparte, di un impegno assunto sin dalla fase pre-contrattuale. Chissà che gli strumenti, all'uopo, offerti dalle fonti sovranazionali, tanto più se afferenti alla famiglia di *soft law*, non si rivelino più efficaci rispetto a quelli proposti in *hard law* e ciò non possa costituire un incentivo per i *merchants* ad optare per tali sistemi normativi alternativi.

Per il momento, ci si accontenta di osservare che tale intervento potrebbe (o, almeno, è ciò che si auspica) sortire l'effetto di accrescere il senso di responsabilità dei *businessmen* e, di riflesso, rafforzare il sistema di garanzie su cui deve fondarsi un mercato che aspiri ad essere florido e ben funzionante.

**CONSIDERAZIONI DI SINTESI E RIFLESSIONI
CONCLUSIVE**

1. Al termine dell'indagine compiuta intorno al tema dei *precontractual agreements* che, soprattutto in occasione della realizzazione di operazioni economiche di particolare complessità o di ingente valore, connotano la fase delle trattative antecedente il perfezionamento di contratti internazionali tra *businessmen*, pare opportuno tentare di svolgere alcune riflessioni, pur senza avere la pretesa di addivenire, per tale via, a delle vere e proprie conclusioni.

Anzitutto, si proverà a dar conto dei profili rispetto ai quali si ritiene di aver raggiunto alcuni punti fermi, per poi esporre le considerazioni che ne sono scaturite. Il tutto, non senza aver prima chiarito il metodo d'indagine seguito e gli ambiti specifici entro i quali si è svolta la trattazione.

Ebbene, la prospettiva di ricerca comparatistica, qui preferita in considerazione dei pregevoli contributi all'indagine scientifica che notoriamente possono derivare dalla sua adozione ed incoraggiata dal carattere trans-nazionale delle relazioni giuridico-economiche, del cui processo genetico ci si è occupati, è stata sviluppata sia nel senso di un confronto "intra-sistematico" (volto, cioè, a considerare ordinamenti appartenenti al medesimo sistema), sia assecondando la tradizionale contrapposizione *common law-civil law*.

Peraltro, attesa la specifica materia oggetto di trattazione, è emerso chiaramente da subito come un esclusivo o, comunque, prevalente riferimento al solo dato normativo si sarebbe rivelato quanto mai riduttivo e, di certo, non in grado di consentire l'efficace opera di ricostruzione che ci si è prefissato di compiere.

La fase pre-contrattuale, infatti, già di per sé non ha mai beneficiato di grande considerazione da parte del formante legislativo (nazionale, anzitutto), quanto meno nel senso di vedersi "dedicata" una disciplina apposita, specificamente in grado di contemplare e regolare le molteplici vicende che possono aver luogo prima che un contratto venga perfezionato.

Al limite, ci si è preoccupati di "controllare" la condotta delle parti impegnate nello svolgimento di trattative, delineando la fisionomia di una responsabilità pre-contrattuale per le ipotesi di mancata ottemperanza a precise regole comportamentali e, sotto questo profilo, alcune esperienze nazionali, in gran parte afferenti alla famiglia di *civil law*, possono dirsi senz'altro paradigmatiche.

Per offrire qualche esemplificazione, è sufficiente limitarsi a meri richiami concettuali, a loro volta evocativi di ampie ed approfondite dissertazioni dottrinali che ne hanno esaustivamente chiarito il contenuto: la *culpa in contrahendo* di “jheringiana” memoria, il principio del *treu und glauben* enunciato dal codice civile tedesco, così come la regola della buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, consacrata (si consideri, uno per tutti, il caso dell’Italia) nel nostro codice civile.

In *common law*, sebbene rispetto ad alcune esperienze è indubbio che il baluardo granitico rappresentato dalla negazione assoluta di un generale dovere di buona fede da osservare in fase di negoziazione abbia cominciato a scricchiolare, l’ “ammorbidimento” della giurisprudenza non ha prodotto altro che un lento abbandono delle originarie, rigide, posizioni su cui a lungo essa è rimasta arroccata ed una lenta, parziale apertura verso soluzioni maggiormente adeguate alle esigenze di un mercato in continua evoluzione; di certo, non si è avuto un esplicito e totale accoglimento del principio in questione.

Avendo riguardo, poi, ai più importanti strumenti internazionali di diritto uniforme (PICC, PECL e CISG), in essi l’attenzione rivolta alla fase pre-contrattuale si è tradotta, oltre che nella enunciazione del generale dovere binomiale buona fede-correttezza, anche nella individuazione di più specifici obblighi di informazione e di riservatezza, nonché nella previsione delle conseguenze in cui incorre la parte che conduca le trattative in mala fede.

Nessuna disposizione è, invece, rinvenibile in ordine all’astratta descrizione delle molteplici fattispecie cui le parti possono dar vita, allorché si trovino in fase di negoziazione, per perseguire le più disparate finalità, sia in ordine al prosieguo delle trattative, sia per quanto riguarda la progressiva determinazione del contenuto del contratto definitivo avuto di mira.

A fronte di questo diffuso *lack of specific rules*, il formante giurisprudenziale (soprattutto quello arbitrale) ha dovuto compiere una intensa, e non certo facile, opera di interpretazione (se non proprio di elaborazione, in alcuni casi) per provare ad inquadrare giuridicamente la multiforme congerie di configurazioni emerse dalla prassi del commercio internazionale e, all’occorrenza, rassicurare gli operatori economici offrendo loro validi strumenti rimediali, con cui potersi adeguatamente tutelare, dinanzi a condotte fraudolente o, comunque, pregiudizievoli.

Da ciò si spiega, pertanto, il riferimento costante al *case law* che, nel presente lavoro di ricerca, è parso tanto più necessario ed imprescindibile.

Un tale approccio ha infatti consentito, anzitutto, di individuare le fattispecie pre-contrattuali di più frequente impiego nella prassi del commercio internazionale, in secondo luogo di verificare quale sia la natura giuridica a ciascuna di esse attribuita ed, inoltre, di appurare quali siano le fonti normative più frequentemente “interpellate”, dagli operatori economici come dagli organi giudicanti, tenuto conto che soluzioni valide possono promanare dai sistemi nazionali, ma anche dalle fonti internazionali di diritto uniforme.

Di certo, non è soltanto con riguardo alle fattispecie pre-contrattuali che il diritto positivo vigente ha mostrato, nel senso sopra chiarito, la propria lacunosità.

Sin dall’inizio della ricerca, infatti, allorché si è tentato di descrivere, con una certa precisione, le fattispecie contrattuali oggetto di studio, provando ad individuarne caratteristiche e prerogative, è emerso con ineluttabile chiarezza che qualsiasi sforzo, teso alla enucleazione di una nozione unitaria di «contratto internazionale» dal dato normativo, è destinato a rivelarsi assolutamente vano.

Quasivoglia definizione contenuta in uno dei testi normativi presi in considerazione, ponendo l’accento, di volta in volta, sulle caratteristiche di una determinata componente (talora l’elemento soggettivo, tal’altra quello oggettivo, altre volte ancora il luogo di esecuzione delle prestazioni) ha, infatti, finito con il risultare inevitabilmente parziale, in quanto espressione diretta di uno specifico angolo di visuale e, pertanto, evidentemente non idonea ad avere una portata onnicomprensiva.

Sembra, pertanto, preferibile adottare l’approccio emerso dalla realtà del commercio internazionale che, in maniera molto più semplice, impiega la categoria dei contratti internazionali per farvi rientrare tutti i rapporti giuridici contrattuali, i cui elementi oggettivi o soggettivi travalichino i confini di un solo ordinamento statale.

Così come, sempre dall’analisi della realtà del commercio internazionale, è emerso chiaramente come lo studio dei *pre-contractual agreements* debba abbandonare qualsiasi velleità tassonomica e, al tempo stesso, non possa ambire ad esprimere i propri risultati con una certa precisione terminologica, in considerazione del fatto che la stessa espressione su menzionata non vale ad identificare una specifica categoria giuridica, suscettibile di definizione unitaria, ma va intesa piuttosto come un contenitore entro cui far confluire

fattispecie concrete, a volte fortemente differenti tra di loro e alle quali forse, soprattutto a completamento dell'indagine svolta, sembrerebbe più opportuno riferirsi adoperando la più ampia espressione “*statements*”.

2. Va da subito chiarito che, ai fini di una ricostruzione delle configurazioni più di frequente assunte nella prassi dalle “intese” o, in maniera più generale, dalle “dichiarazioni” intervenute tra imprese che si accingano alla stipula di un contratto definitivo, più ricca di spunti si è presentata, senz'altro, la giurisprudenza di *common law* nella quale sono rinvenibili, peraltro, una serie di pronunce storiche (*Walford v. Miles*, *Pennzoil v. Texaco*, *British Steel Corp v. Cleveland Bridge Engineering Co.*), dal cui esame l'indagine compiuta ha preso le mosse.

Questo dato, del resto, non ha destato particolare stupore se solo si tiene conto del fatto che, almeno in linea di principio, da sempre la lingua di cui si avvale il commercio internazionale è l'inglese, e le categorie giuridiche ritenute maggiormente funzionali a soddisfare le esigenze del mercato (e, pertanto, prevalentemente in uso) sono state elaborate in *common law*, per poi essere mutate nella prassi dei Paesi di tradizione diversa.

Un aspetto che, sotto un profilo “stilistico”, accomuna la gran parte dei documenti recanti tali forme di regolamentazione negoziale e che, lungi dal potersi considerare casuale, affonda le proprie radici in ben precise ragioni di ordine pratico, è la dizione notevolmente generica e, molto spesso, a-tecnica per essi adoperata, che costituisce senz'altro una delle principali fonti dei problemi interpretativi con cui i giudicanti si trovano a dover fare i conti.

È già sotto questo profilo, infatti, che possono cogliersi i primi segnali di un costante conflitto che permea di sé la costruzione di relazioni commerciali giuridicamente rilevanti e che lascia emergere, in molti casi, l'inadeguatezza degli strumenti normativi vigenti: le dinamiche tipiche che caratterizzano, in maniera pressoché diffusa, la disciplina dei contratti tra privati non sempre riescono a veicolare adeguatamente le esigenze degli operatori del mercato (dei *businessmen*, in particolare, per ciò che qui interessa maggiormente) ma tendono, piuttosto, a costruire una rigida intelaiatura entro cui essi rischiano di sentirsi ingabbiati.

Tale contrasto riflette, del resto, la diversa prospettiva del *lawyer* e del *businessmen*, allorché si tratti di concludere un'operazione commerciale.

Il primo, infatti, persuaso della imprescindibile centralità del contratto, inteso quale strumento di cui il commercio internazionale, pur nella poliformità delle sue realizzazioni,

non può mai fare a meno, attribuisce preminente rilievo alla esatta determinazione delle reciproche prestazioni, alla creazione di rapporti obbligatori ben equilibrati e, soprattutto, alla predisposizione di opzioni rimediali, cui poter ricorrere nel caso in cui l'assetto predefinito subisca una fraudolenta alterazione ad opera di una delle parti.

La prospettiva ma, in effetti, la “mentalità” propria dell'operatore del commercio è parsa, invece, assestata su posizioni meno drastiche e inevitabilmente connotate da una certa flessibilità, da questi ritenuta necessaria per adeguare le proprie scelte ad ogni pur minima variazione dell'andamento del mercato.

Tale elasticità nell'approccio lo induce, del resto, a sdoganare definitivamente il ricorso a qualsiasi “meccanismo” o espediente consenta di curare adeguatamente i propri interessi, anche qualora si tratti di prescindere dallo strumento contrattuale.

Ebbene, con specifico riferimento alla fase negoziale, obiettivo di un *merchant* è quello di adottare una soluzione che incarni il giusto temperamento di due contrapposte esigenze: da un lato, la necessità di conservare quanto più possibile inalterata la propria libertà di recedere dalle trattative e di vincolarsi contrattualmente soltanto quando ci si siano assicurate le migliori condizioni ottenibili sul mercato, in un determinato momento storico e tenuto conto di tutti i fattori implicati dall'operazione economica prefissata; dall'altro, quello di non vanificare gli sforzi compiuti nel negoziare con il proprio interlocutore e di “cristallizzare” gli assetti parziali già definiti, in modo da non potervi più apportare alcuna modifica.

Ciò ha spinto, come emerso dallo studio della maggior parte dei casi presi in esame, ad un atteggiamento sostanzialmente autoreferenziale degli imprenditori, che li ha indotti ad una progressiva estromissione dei tecnici del diritto dalla fase della contrattazione e, soprattutto, dalla predisposizione dei relativi documenti, con il risultato pratico di dar vita a formulazioni volutamente generiche, non di rado nebulose e, comprensibilmente manchevoli rispetto ad alcuni, pu rilevanti, profili.

Ad ogni buon conto, in base alla faticosa opera di ricostruzione realizzata, di volta in volta, dai giudicanti per decifrare il contenuto e, soprattutto, la portata delle dichiarazioni intervenute tra le parti, è emerso che, le figure più frequentemente richiamate per qualificare le fattispecie concrete in cui risultasse raggiunta una qualche forma di *agreement* o, più

genericamente, di intesa sono state, anzitutto, le seguenti: *lock-out agreement*, *lock-in agreement*, *agreement to use best endeavours*, *agreement to negotiate*, *agreement to negotiate in good faith*.

L'interrogativo fondamentale che si pone in tali circostanze e, al quale, i giudici hanno provato ad offrire una risposta è, essenzialmente, il seguente: le fattispecie suddette possono considerarsi vincolanti tra le parti? E se sì, fino a che punto lo sono? Detto in altri termini, cosa accade se una delle parti disattende l'accordo intervenuto?

L'orientamento prevalentemente emerso dalle pronunce esaminate e, soprattutto, dalle lunghe dissertazioni attraverso cui i giudicanti hanno, di volta in volta, colto l'opportunità di compiere riflessioni di più ampio respiro, non può che trarre ispirazione (rinsaldandone la vigenza) dai principi che, da sempre, fungono da capisaldi del *contract law*.

Primo fra tutti, con riferimento alla fase delle trattative, emerge il principio della *freedom of contract*, cui ripugna, almeno in linea di principio, l'apposizione di qualsiasi limite o vincolo alla autodeterminazione del *businessmen*, fin tanto che egli non ritenga si configurino le condizioni necessarie per potersi impegnare, dando vita ad un rapporto giuridico.

Rientra nel normale funzionamento del mercato, infatti, il riguardo che ciascuna parte rivolge esclusivamente ai propri interessi; esso è connaturato alla posizione avversaria che contrappone reciprocamente gli interlocutori e legittima, pertanto, ciascuno di essi a ricorrere a qualsiasi espediente possa rivelarsi funzionale al perseguimento dei propri obiettivi.

Nulla, allora, potrebbe apparire più forzato e giustapposto in un tale “contesto”, della previsione legislativa (ma, in *common law*, è notoriamente esclusa) o negoziale (*agreement to negotiate in good faith*) di un generale onere di buona fede gravante su ciascuna parte e tale da imporre l'adozione di tutte le possibili cautele nei confronti della controparte.

Attribuire efficacia vincolante ad un eventuale accordo intervenuto in tal senso, significherebbe falsare il normale gioco della concorrenza, interferire inopportunamente nei meccanismi di negoziazione e annullare il rischio insito nelle contrattazioni commerciali.

Lo stesso dicasi per un, più generale, *agreement to negotiate* che, obbligando alla prosecuzione delle trattative, inibirebbe il libero esercizio del diritto di recedere dalle stesse anche qualora dovesse sopraggiungere una valida motivazione che induca la parte ad esercitarlo. Proprio il diritto *to withdraw from negotiations*, invece, può costituire – sempre secondo quest'orientamento – un ulteriore strumento di contrattazione, nella misura in cui

la parte possa minacciare di avvalersene, con il precipuo intento di ottenere condizioni più vantaggiose nella stipula del definitivo contratto.

Il medesimo atteggiamento preclusivo è emerso, almeno in linea di principio, anche con riguardo alle altre menzionate tipologie di *agreements* fatte salve le ipotesi in cui, nella fattispecie concreta cui le parti abbiano dato vita, non siano ravvisabili alcuni elementi fondamentali.

Precisamente, se ci si accorda per non avviare trattative con nessun altro fintanto che siano in corso quelle già avviate (*lock-out agreement*) oppure per impegnarsi a negoziare soltanto reciprocamente (*lock-in agreement*), perché l'intesa raggiunta possa effettivamente dirsi *enforceable* e possa essere invocata dalla parte che ritenga di aver subito un pregiudizio dalla sua inosservanza, è necessario potervi ravvisare una *consideration* e un elevato grado di *certainty*.

Sotto quest'ultimo profilo, ciò vuol dire che l'impegno atto a limitare la libertà delle parti può essere tollerato soltanto se circoscritto entro determinati limiti di tempo.

Così come, proprio un connotato di determinatezza, consistente nella puntuale individuazione dei singoli *steps* (ottenimento di un prestito dalla banca o di una concessione ad opera dell'Autorità competente) da cui dovrà essere scandito il lento processo verso la conclusione del contratto definitivo, è stato indicato dalla giurisprudenza di *common law* come requisito di ammissibilità (da intendersi sempre come idoneità ad essere considerato vincolante) dei cc.dd. *agreements to use best endeavours*.

Alla luce di tali ultime posizioni che, in qualche maniera, aprono un sottile varco nella fitta coltre rappresentata dal tradizionale ostracismo dell'*english common law* (più ancora dell'omologo americano) verso l'apposizione di un qualsiasi limite alla *freedom of contract*, sia esso costituito da un impegno a proseguire le trattative, oppure a svolgerle in un determinato modo oppure ancora, ad orientare la propria condotta al parametro della buona fede, non sembra eccessivamente ardita la riflessione che ne è scaturita.

Ciò che, a ben guardare, sembrerebbe effettivamente ripugnare l'*english common law*, non è il principio della buona fede in sé o, più precisamente, il fatto che la sua osservanza sia stata fatta oggetto di uno specifico accordo quanto, piuttosto, la circostanza eventuale che quest'ultimo sia sprovvisto dell'elemento della *consideration*.

Se, infatti, le parti assumono l'una verso l'altra il medesimo impegno, sì da sopportare ciascuna una "restrizione" della propria libertà di contrarre, viene a configurarsi un'equa ripartizione tra gli interessati del descritto sacrificio, tale da integrare gli estremi di un requisito di *consideration*.

A questo presupposto indispensabile, devono poi accompagnarsi necessariamente la chiara individuazione del termine di durata dell'accordo con cui le parti si impegnano a negoziare in buona fede, nonché la specificazione almeno degli atteggiamenti basilari di *good faith* che ciascuna parte è, in virtù dell'accordo, legittimata ad aspettarsi dall'altra.

Del resto, questa posizione sembra inserirsi perfettamente nel solco della tradizione di *common law* (su cui si avrà modo di ritornare più avanti) e con i presupposti che, da sempre, essa reputa indispensabili affinché un *contract* possa dirsi sorto: la *consideration* e la *certainty*, laddove quest'ultima non va intesa solo nel senso sin qui specificato, ma anche come certezza, come livello sufficiente di determinatezza, in ordine al contenuto essenziale del rapporto giuridico che si va a costituire.

La ragione, squisitamente pratica, su cui si radica questo orientamento è, in effetti, ineccepibilmente valida: le stesse parti interessate non potrebbero mai voler varcare la soglia del giuridicamente rilevante (vale a dire, vincolarsi legalmente) fintanto che il loro accordo sia talmente vago (per contenuto, ma anche per durata) che qualsiasi corte non saprebbe quale rimedio accordarvi.

3. La copiosa casistica rinvenuta e l'abbondante produzione dottrinale disponibile sul tema, hanno fatto emergere in maniera lampante che la categoria di più frequente utilizzo o, più correttamente, la "denominazione" maggiormente impiegata, allorché si parli di vicende pre-contrattuali, è quella delle lettere di intenti.

La precisazione non è certo di poco conto, in quanto essa vale a mettere in giusto risalto il valore ormai esclusivamente metonimico che questa espressione ha acquisito.

Ogni qualvolta ne si faccia impiego, infatti, non si riesce ad indicare un nucleo concettuale esattamente determinato (o determinabile) ma ci si riferisce, inevitabilmente, al solo documento entro cui si trovano contenute le dichiarazioni che le parti di un "eventuale" contratto si rivolgono reciprocamente o, anche, che una parte rivolge all'altra.

Ciò è dovuto al fatto che molteplici possono essere le finalità, di volta in volta, perseguite mediante il ricorso a tali *pre-contractual instruments* (questa, probabilmente, la sola dicitura in grado di non circoscriverne arbitrariamente il significato) e, parimenti, a seconda del contesto in cui hanno trovato impiego, plurime sono le espressioni adoperate come equipollenti (*heads of agreement, memorandum of understanding, protocol d'accord, letters of understanding, memorandum of intent* e molte altre ancora).

Sia nelle premesse teoriche che nei risultati pratici, vale a dire per questi ultimi nei giudizi elaborati dalle corti, l'esperienza maturata in *Civil Law* non si presenta molto dissimile da quella dei Paesi di *Common Law*, eccettuata la circostanza per cui è stata quest'ultima tradizione giuridica a concepire la categoria delle cc.dd. *letters of intent*.

Pur essendo state, queste ultime, ideate per contenere mere dichiarazioni assolutamente non vincolanti dirette, ad esempio, a scandire il prosieguo delle trattative, oppure a prevedere specifici adempimenti senza i quali il contratto definitivo avuto di mira non possa dirsi concluso, nella gran parte dei casi pratici esaminati le corti si son trovate a dover sovvertire il presupposto di *non enforceability* già solo evocato dalla dizione “lettera di intenti”, dichiarando di riscontrare tutti i presupposti atti ad integrare un vero e proprio accordo vincolante.

Tale ultimo risultato è stato raggiunto, in particolar modo, nelle ipotesi in cui pur avendo già parzialmente discusso e fissato alcuni termini del futuro assetto, le parti ne hanno lasciato volontariamente “aperti” altri aspetti, su cui si sono riservate di accordarsi in un secondo momento, dichiarando di voler posporre, pertanto, il momento perfezionativo del contratto.

Ecco, allora, che dinanzi a schematizzazioni di questo tipo, peraltro frequentemente ricorrenti nella prassi del commercio internazionale e prevalentemente soggette a regimi di *Common Law*, le corti hanno negato la natura meramente preparatoria e non vincolante dei documenti scambiati dalle parti e hanno ritenuto più opportuno attribuire alle dichiarazioni che vi si ritrovavano contenute il crisma della piena contrattualità, adottando un approccio interpretativo teso a cogliere e a valorizzare il reale intento delle parti, sì come esso si oggettivizza e prende forma attraverso le condotte concretamente assunte dalle stesse; il tutto, non senza aver valutato il coerente inserimento di tale elemento nel contesto di tutte le circostanze che caratterizzano una determinata vicenda.

In altre parole, l'ago della bilancia che, almeno secondo l'impostazione più tradizionalmente accolta nell'esperienza di *civil law* e segnatamente in quella italiana, oscillerebbe tra i due distinti ambiti del contratto e del "quasi-contratto", è rappresentato dalla *intention to be bound* delle parti, nonché dagli indici rivelatori presenti in tutte le circostanze oggettive che caratterizzano una fattispecie concreta.

La rilevanza di tali due fattori e, soprattutto, della *intention* si coglie a fondo se solo si consideri che, al fine di inquadrare negli strumenti normativi vigenti (prevalentemente nazionali) fattispecie che non sono di matrice legislativa, ma che sono emerse progressivamente dalla pratica del commercio, l'unico nucleo di disposizioni al quale si è potuto attingere è stato quello dettato in tema di formazione del contratto.

Soltanto attraverso un riferimento ai presupposti in presenza dei quali un contratto può dirsi sorto, gli organi giudicanti (tribunali come corti arbitrali) hanno potuto provare a rispondere all'interrogativo costantemente emerso nelle situazioni sopra descritte: la fattispecie considerata è idonea, o meno, a produrre effetti giuridicamente vincolanti sì da potervi, in caso di risposta affermativa, ricollegarvi l'azionabilità di precisi strumenti rimediali?

Rispetto a tale quesito, si è però potuto notare che, nel tentativo di trovare una plausibile risposta ad esso, le corti hanno impostato la questione giuridica essenzialmente in termini di scelta tra due soluzioni estreme: o qualificare la fattispecie concreta in termini contrattuali oppure negarle qualsiasi idoneità a produrre effetti giuridicamente rilevanti.

Tale ultima determinazione è scaturita, in alcuni casi, dall'applicazione del metodo di indagine su descritto e, dunque, dall'attenta disamina delle circostanze complessive, valutate, come sopra altresì precisato, nella loro intrinseca attitudine a disvelare un'eventuale *intention to be bound*.

In altri casi, poi, l'opinione tesa a negare rilievo contrattuale alla fattispecie considerata è stata ulteriormente suffragata dall'impiego di un'apposita clausola o, più genericamente, di una espressione con cui gli interessati hanno esplicitamente specificato di non volersi ritenere vincolati da quanto dichiarato.

A tale proposito, un tratto distintivo del diritto inglese, ad esempio, è il ricorso alla formula "*subject to contract*" per porre al di fuori del "giuridicamente vincolante" l'accordo stipulato.

Attesa la totale estraneità di tale espressione alla tradizione di *Civil Law*, le fattispecie che si trovano ad essere soggette ai relativi regimi recano solitamente clausole differenti ma di portata equipollente, del tipo «*valid as a letter of intent only, without being contractual*».

In alcuni casi, poi, in maniera anche più efficace, la precisazione di assenza di ogni e qualsiasi obbligazione in conseguenza delle dichiarazioni rese è rafforzata da una clausola di esclusione di responsabilità.

Tale clausola, peraltro, non può dirsi superflua, considerato il fatto che l'esclusione di ogni vincolo contrattuale non vale, di per se solo, a porre al riparo da qualunque azione *for tort damages* in ipotesi di *improper breach*.

4. Come già sopra sottolineato, l'indagine approfondita sulla più rilevante casistica in tema di commercio internazionale, ha restituito l'immagine di un panorama ampio ed eterogeneo di fattispecie difficilmente incasellabili, secondo un preciso ordine sistematico, in categorie astrattamente predeterminate e, comunque, tali da sfuggire a qualsiasi tipo di classificazione in base al contenuto che le caratterizza.

La fase pre-contrattuale, pertanto, si presenta come una vera e propria “zona grigia” entro la quale possono andare ad inserirsi fattispecie concrete di varia natura, in gran parte sconosciute alle fonti normative nazionali, in quanto plasmate nel tempo dalle dinamiche di mercato.

Ciò ha indotto a ritenere che, già sotto un profilo squisitamente terminologico, la stessa dicitura “*pre-contractual agreements*” risulti inevitabilmente parziale in quanto, anche se nella gran parte dei casi si è trattato di “soppesare” fattispecie bilaterali, esse comunque non esauriscono l'intera, variegata congerie di ipotesi emerse dalla realtà e, pertanto, si è ritenuto opportuno sostituirla con la più generale dizione di *pre-contractual “statements”* o “*declarations*”.

In secondo luogo, una volta individuato il principale nodo problematico di cui si sono occupate le corti nella necessità di accertare la natura vincolante (e quindi, sì come è stata intesa, contrattuale) o meno delle diverse ipotesi sottoposte al loro vaglio, si è proceduto ad un'analisi comparatistica, condotta nella duplice dimensione inter-sistematica (*Common Law v. Civil Law*) ed intra sistematica (confrontando, cioè, esperienze afferenti alla stessa “famiglia” ordinamentale) dell'approccio tradizionalmente adottato nella complessa

opera di qualificazione giuridica, dei criteri-guida prevalentemente seguiti, nonché delle svariate soluzioni di volta in volta elaborate.

Il tutto, senza perdere mai di vista il tratto comune alle esperienze considerate, ovverossia il riferimento costante alle regole ed ai criteri ermeneutici in tema di formazione del contratto. Ciò ha consentito di avere ben chiari quali siano stati gli “strumenti” offerti agli organi giudicanti da ciascuno degli ordinamenti presi in considerazione.

Per ciò che riguarda gli ordinamenti di *Common Law* va detto, anzitutto, che la materia dei *commercial agreements* risulta pervasa da una generale presunzione di vincolatività, scaturita direttamente dall’idea fondamentale che tende a collocare in un regime di impegnatività *in law* l’intero traffico commerciale.

Ciò nondimeno, come ampiamente sottolineato dalla trattatistica tradizionale ed in ossequio alle argomentazioni sviluppate in molte delle decisioni delle corti inglesi ed americane, è consentito alle parti di negare qualsiasi *legal consequence* all’accordo tra di esse intervenuto e, dunque, di sottrarre il rapporto che ne scaturisca alle previsioni di diritto sostanziale.

Molte sono, di certo, le motivazioni che possono indurre a determinazioni di questo tipo.

Tra di esse, di certo non occupa un ruolo di secondo piano la prevalenza sovente attribuita dagli stessi *businessmen* alle esigenze del mercato che, come si è già avuto modo di sottolineare, non sempre si conciliano con i rigidi schematismi connessi ai regimi normativi e che, molto più spesso, inducono ad affidare il felice esito di un’operazione economica al rispetto di un codice deontologico, ispirato a principi di buona fede, correttezza e onorabilità, piuttosto che ad un rigido sistema rimediale, probabilmente più garantista ma, al tempo stesso, poco confacente alle esigenze di flessibilità e mutevolezza connesse al gioco della concorrenza³⁰¹.

³⁰¹ Richiamando le menzionate ragioni di “*policy*” si coglie lo spunto per rimandare alla trattazione, dove si è svolto un approfondito studio sul tema della *intention to be bound* e, segnatamente, della *intention to make a contract*, per chiarirne la portata e, soprattutto per porre in luce come essa, ad onta delle eccessive generalizzazioni spesso operate dalla dottrina, in definitiva non sia stata effettivamente capace, come categoria a se stante, di guadagnarsi un proprio esclusivo margine di operatività che non la riconduca costantemente nell’orbita gravitazionale della *consideration*. Rispetto a quest’ultima, infatti, l’*intention* si colloca in una posizione complementare, nella misura in cui provvede a colmarne le lacune e ad ovviare alle incongruenze di un rigido sistema di *bargain*, di per sé

Ad ogni modo, dinanzi ad una chiara ed esplicita manifestazione di volontà nel senso di non volersi impegnare contrattualmente, le Corti tutte hanno dimostrato una tendenziale disponibilità ad assecondare l'intento delle parti.

Ben più complessa, comprensibilmente, è stata invece l'opera ermeneutica da esse compiuta, allorché connotazioni peculiari della fattispecie concreta inibivano l'operatività della presunzione, normalmente vigente in tema di *commercial agreements*, ed esse si sono trovate a dover stabilire se attribuirvi, o meno, natura vincolante in assenza di una qualsiasi dichiarazione espressa ad opera delle parti e, pertanto, sulla sola base degli “*indicia of seriousness*” rinvenibili.

Dallo studio dei diversi casi, attinti alla giurisprudenza americana come a quella inglese, è stato possibile ricostruire l'approccio “tradizionalmente” adottato rispetto alle fattispecie precontrattuali.

Se ne descrivono, di seguito, i tratti essenziali attraverso alcuni principi enucleati dalle diverse pronunce prese in esame.

Anzitutto, al fine di stabilire se attraverso lo scambio reciproco di dichiarazioni le parti abbiano finito per stipulare un contratto vero e proprio, è stato da sempre ritenuto necessario considerare la vicenda nella sua totalità.

Una formula largamente impiegata in *Common Law* è rappresentata dalla clausola “*subject to contract*”. La sua apposizione ad un accordo è stata, in linea di principio, interpretata nel senso che, anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano concordemente definito tutti i termini del contratto avuto di mira, ciò nondimeno esse stabiliscono di non ritenersi vincolate fino a quando non si siano verificate determinate condizioni.

Alternativamente, sempre mediante il ricorso alla richiamata formula, le parti hanno potuto subordinare il sorgere di un vincolo giuridico, secondo i termini dell'accordo già raggiunto, alla preventiva definizione di un altro o di altri termini dell'assetto costituendo.

Per lungo tempo, invero, sono state ben poche le ipotesi in cui le corti abbiano ritenuto opportuno disattendere la volontà delle parti, attribuendo alla formula suddetta un significato diverso rispetto a quello diffusamente accolto: l'accordo che ne risultasse munito

incapace di calibrare la qualificazione delle fattispecie concrete secondo i parametri di *policy*, *morality* e, per quel che più specificamente concerne i contratti del commercio internazionale, di c.d. *business efficacy*.

è stato solitamente considerato *conditional* e, come tale, inidoneo di per se stesso a generare effetti vincolanti.

Ad onta del notevole e, a più riprese sottolineato, rilievo che in *Common Law* viene accordato alla *intention*, quale privilegiato elemento rivelatore della portata vincolante o meno di un accordo, è possibile cogliere delle ulteriori sfumature negli orientamenti più recentemente seguiti dalle corti statunitensi, che tendono a smussare le spigolosità delle posizioni tradizionalmente assunte, e più a lungo conservate, da quelle inglesi le quali inducono a ricercare, di volta in volta, la soluzione che meglio si attagli alle esigenze delle relazioni commerciali tra *businessmen*.

Ciò ha fatto sì, ad esempio, che ad un accordo la cui validità era stata, dagli interessati, espressamente subordinata alla stipula di un contratto scritto, avendovi i giudici ravvisato la piena sussistenza di tutti gli *essential terms*, sia stato considerato vincolante quantomeno in termini di *preliminary agreement*.

In maniera molto significativa, si inserisce nel solco così tracciato dalle corti d'oltreoceano offrendo prova, pertanto, di un processo evolutivo finalmente avviatosi anche nella giurisprudenza inglese, la recentissima sentenza (marzo 2010)³⁰² in cui la *Supreme Court* ha riconosciuto che, anche a fronte dell'apposizione della formula "*subject to contract*" ad una lettera di intenti, questa è in grado di esplicare *binding effects* se le parti hanno raggiunto un accordo su tutti gli *essential terms* (ivi incluso il prezzo dell'intero contratto) e se una di esse ha eseguito un sostanziale lavoro su richiesta dell'altra.

Allo stesso modo, sempre nel segno di un rinnovato approccio, più sensibile ai bisogni del *business* che al rispetto delle tradizionali dinamiche del diritto, non sono mancate ipotesi in cui, accantonando la tradizionale tendenza a ricorrere alla categoria degli *agreements to agree*, sì come a quella degli *agreements to negotiate*, per affermare la natura assolutamente *unenforceable* di alcune fattispecie, le corti americane hanno fatto appello ad un vero e proprio *commercial need* per giustificare la scelta di attribuire anche ad esse significativi margini di utilità pratica.

³⁰² Trattasi della sentenza *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG (UK Production)*, *Supreme Court*, 10 March 2010, [2010] UKSC 14, [2010] Bus. L.R. 776.

Del resto, sono le stesse disposizioni contenute nel *Restatement (Second) of contracts* e nello *Uniform Commercial Code* a legittimare i giudicanti a ritenere che un livello minimo di determinatezza dei *terms* di un accordo, purché sufficiente a potervi fondare dei *remedies* (unico e fondamentale risvolto pratico di qualsiasi attività qualificatoria di una fattispecie concreta) costituisca un segnale chiaro della volontà delle parti di imprimervi *legal enforceability*.

5. Per quanto riguarda, poi, l'inquadramento delle fattispecie precontrattuali nell'ambito dei sistemi normativi di *Civil Law*, il presente lavoro di ricerca si è concentrato sullo studio della casistica, e soprattutto delle categorie giuridiche ivi impiegate, di Francia, Germania ed Italia.

Con specifico riguardo al primo dei menzionati ordinamenti giuridici, va dato atto al formante giurisprudenziale di aver compiuto una grande opera di integrazione di un sistema normativo che, proprio in tema di "pre-contrattuale", si presenta assolutamente preclusivo.

Dal disposto della norma di cui all'art. 1589 del *Code Civil* che, peraltro, è specificamente dettata in tema di promessa di vendita, si evince chiaramente che nessuno spazio reale di autonomia viene, ivi, riservato alle fattispecie precontrattuali, atteso il fatto che allorquando la promessa stessa risulti munita del consenso delle parti sugli elementi essenziali del contratto, essa può già considerarsi vendita definitiva, dunque perfezionata, senza necessità di compiere alcun ulteriore adempimento.

Le promesse sinallagmatiche nell'impostazione offerta dal regime nazionale vigente non hanno, di per sé, un autonomo margine di operatività ma si pongono in una posizione ancillare rispetto al contratto con il quale anzi, nella gran parte dei casi, finiscono per coincidere.

Si deve, allora, alla giurisprudenza il merito di aver affrancato, almeno parzialmente, le promesse bilaterali, sottraendole all'egida del contratto perfetto. Lo sforzo profuso a tal fine ha generato la figura dell'*avant-contrat*.

Tale categoria giuridica viene solitamente impiegata per indicare quelle promesse bilaterali che, contengono sì, l'accordo delle parti sugli elementi essenziali del contratto prescelto ma, al tempo stesso, fissano il momento perfezionativo del medesimo nel

compimento di un ulteriore adempimento, consistente nella redazione dello stesso in una forma solenne, non richiesta dalla legge.

È, dunque, facendo leva sul profilo dell'autonomia privata, che l'*avant-contrat* recupera terreno, appropriandosi di una specifica identità e della capacità di integrare gli estremi di una fase assolutamente precedente e distinta da quella propriamente generativa del contratto.

Nelle ipotesi in cui la volontà delle parti orientata a posticipare (rispetto al mero raggiungimento dell'intesa sugli elementi essenziali) il momento perfezionativo del contratto subordinandolo, ad esempio, ad un adempimento di carattere formale viene esplicitata in maniera assolutamente inequivocabile, le Corti francesi hanno, al pari di quanto visto per il *Common Law*, mostrato un atteggiamento assolutamente rispettoso e non hanno in alcun modo disatteso tale intenzione.

La giurisprudenza unanime, però, non ha ommesso di precisare la natura assolutamente eccezionale di tali ipotesi che derogano alla regola generale, secondo cui, tutti gli elementi costitutivi di un contratto sono individuati dal legislatore mentre gli altri, anche la forma, devono considerarsi accessori, vale a dire atti ad esprimere una mera modalità di esecuzione di un contratto che si è già formato.

L'unico modo per imprimere al requisito formale il valore di elemento costitutivo è rappresentato, per l'appunto, dall'espressa manifestazione della volontà delle parti in tal senso che, a quel punto, non potrà che essere assecondata.

Si è già avuto modo di rilevare l'assoluta estraneità all'esperienza francese, come a quella degli altri ordinamenti continenatali considerati, della espressione "*subject to contract*".

Ciò nondimeno, è possibile cogliere una certa analogia con la clausola, apposta ad un primo accordo, attraverso la quale le parti, sovente, prevedono il raggiungimento di una successiva intesa definitiva ("*accord ultérieur*"); essa è in grado effettivamente di esercitare un potere, inibitorio del perfezionamento del contratto sino al compimento di tale successivo onere, nei soli casi in cui le parti considerino realmente essenziali gli elementi su cui devono ancora pronunciarsi.

Anche l'esperienza tedesca risulta profondamente segnata da un considerevole apporto della giurisprudenza, alla quale si deve il merito di aver coniato le due figure

fondamentali atte a descrivere, ancorché parzialmente ed almeno in linea teorica, la fenomenologia più ricorrente nella prassi commerciale: il *Vorvertrag* e l'*Option*.

Con specifico riferimento alla prima che, come si è avuto modo di notare, presenta sostanzialmente i connotati tipici del contratto preliminare, l'aspetto che nel corso del tempo è emerso in maniera sempre più nitida è la sua sostanziale inidoneità ad interpretare e soddisfare concretamente le reali esigenze del mercato, ad onta delle premesse che ne hanno suggerito l'elaborazione.

Un accordo qualificabile come *Vorvertrag*, infatti, deve essere necessariamente caratterizzato da un grado di determinatezza del suo contenuto talmente elevato, da rendere quasi impercettibile, per non dire inesistente, qualsiasi differenza rispetto al contratto definitivo. Viene spontaneo, allora, domandarsi quale sia l'effettiva utilità pratica di un ricorso ad uno strumento precontrattuale nella misura in cui, attraverso la sua stipulazione, le parti si vincolano reciprocamente al rispetto di un assetto quasi perfettamente coincidente con quello recato dalla fattispecie definitiva.

Tale risvolto pratico non poteva, ovviamente, sfuggire agli operatori del mercato che, nella pratica, hanno fatto progressivamente cadere in disuso questo strumento, considerato non munito della duttilità, talora necessaria, per far fronte alle circostanze, eventualmente sopraggiunte, che possano esigere un repentino mutamento dell'assetto dei rapporti, sì come già determinato.

Il progressivo riscontro dei limiti, sin qui descritti, della categoria in esame ha indotto alla elaborazione di ulteriori figure, che ne costituiscono in qualche modo l'evoluzione (e di cui, peraltro, si è ampiamente fatto menzione nella trattazione), atte sempre a "decifrare" schemi prettamente precontrattuali ma, al tempo stesso, più idonee ad incanalare nella giusta direzione le esigenze degli operatori del mercato.

Tra di esse, anche l'esperienza tedesca consente di registrare un largo impiego di lettere di intenti.

Sotto un profilo strettamente concettuale, differente ed ulteriore rispetto a queste ultime è poi l'altra, delle su menzionate figure fondamentali, ovvero la c.d. *Option*.

Essa è stata elaborata allo scopo di descrivere l'accordo con cui una parte riconosce ad un'altra il diritto di dar vita ad un contratto mediante il mero esercizio della opzione, che

si sostanzia nella manifestazione del proprio assenso rispetto all'assetto dei rapporti, sì come dalla prima predeterminato.

Nella casistica attinta alla giurisprudenza tedesca non sono mancate, a dire il vero, ipotesi in cui la differenza ontologica appena descritta ha finito con l'essere completamente annullata ed alcuni documenti, recanti la dizione "lettera di intenti", sono stati qualificati mediante il richiamo della *Option*.

Nell'ambito dell'esperienza italiana, infine, nella fase che precede la stipula di un contratto si collocano fattispecie, tra loro, profondamente diverse.

In primis, viene in rilievo, anche per la sua previsione codicistica che fa, dell'ordinamento italiano, una esemplificazione distinguibile in termini di "unicità" all'interno dell'area di *Civil Law* (o, quantomeno, se confrontata con le altre esperienze continentali considerate), la figura del contratto preliminare.

L'aspetto più interessante che, in questa sede, sembra opportuno porre in rilievo e che, in effetti, conferisce tanto più pregio all'opera di inquadramento sistematico compiuta dal nostro legislatore è rappresentato dai profili rimediali di cui risulta corredata tale figura (anzitutto l'applicabilità della regola dettata dall'art. 2932 c.c.) che, inevitabilmente, costituiscono un incentivo al suo impiego nella pratica.

Proprio la considerazione del regime garantista da cui l'istituto risulta caratterizzato ne legittima il novero, a pieno titolo, nella categoria dei *pre-contractual agreements*, con ciò intendendo una fattispecie perfettamente vincolante che non va ad inserirsi nel procedimento di stretta formazione del contratto stesso ma che costituisce, piuttosto, uno strumento contrattuale a se stante, atto a far sorgere veri e propri effetti obbligatori.

Per ciò che riguarda, invece, le fattispecie più propriamente riconducibili alla sfera dei *pre-contractual documents*, deve darsi atto di un dato emerso dalla prassi degli ultimi decenni che, segnando un netto cambiamento di rotta rispetto al passato, ha fatto registrare un discreto impiego delle lettere di intenti, come pure delle cc.dd. minute o puntuazioni, per scandire lo svolgimento di trattative, peraltro non necessariamente propedeutiche alla conclusione di iniziative di particolare complessità o di ingente valore economico.

L'inquadramento delle suddette fattispecie è avvenuto, immancabilmente, mediante il riferimento alla consueta prospettiva tesa ad individuare la linea di confine tra quasi-contratto e contratto.

Ciò significa che, laddove sia stata eccezionalmente riscontrata una efficacia vincolante di tali *statements* delle parti durante le negoziazioni, questa sia stata formulata in termini necessariamente contrattuali. In altre e più esplicite parole, una lettera di intenti oppure una minuta o puntazione (ovviamente se ricorrono determinati presupposti contenutistici e soggettivi) o sono da considerarsi del tutto irrilevanti sotto un profilo giuridico oppure integrano in sé gli effetti di una fattispecie contrattuale “*tout court*”, supportata da un inequivocabile intento negoziale; *tertium non datur*.

Gli elementi, dunque, su cui la giurisprudenza ha dimostrato di “far leva” per arrivare a stabilire che una fattispecie (che si tratti di lettera di intenti o di minuta o simili) travalichi i confini del precontrattuale sono, come di consueto, l'intento espresso o comunque manifestato dalle parti in tal senso e l'avvenuto accordo delle medesime su tutti i punti oggetto del contratto definitivo.

6. La ricerca compiuta ha subito una significativa svolta nel momento in cui è andata a concentrarsi sulle fonti di diritto uniforme dei contratti, tra le quali si trovano ricomprese i più significativi strumenti afferenti alla categoria del c.d. *soft law*.

Se l'approccio adottato sino a questo punto dell'indagine è stato, infatti, profondamente segnato dalle categorie giuridiche, dagli schemi normativi e dalle tecniche “ricostruttive” sostanzialmente applicate allorché la giurisprudenza, per addivenire ad un inquadramento delle fattispecie sottoposte al suo vaglio, ha attinto prevalentemente alle fonti nazionali, lo studio approfondito delle disposizioni e dei principi ontologicamente destinati a regolare transazioni *cross-borders* ha svelato nuove prospettive di indagine, spostando la discussione delle problematiche connesse al *pre-contractual stage* su piani diversi rispetto a quello, finora considerato quasi esclusivo, della formazione del contratto.

Anzitutto, si è proceduto a realizzare due raggruppamenti fondamentali.

Da un lato, le raccolte di principi rivolte alla regolamentazione dei contratti *trans-frontalieri*: Principi *UNIDROIT*, *PECL* e *DCFR*.

Dall'altro, invece, due fonti normative, *CISG* e *CESL*, (quest'ultima, anzi, ferma ancora allo stato di mera proposta di Regolamento) di matrice completamente diversa e, dunque, caratterizzate da eterogenee attitudine applicativa e forza cogente, ma accomunate dall'attinenza alla medesima tipologia contrattuale, la compravendita, che senza dubbio

rappresenta lo schema negoziale di più frequente impiego nella fitta rete delle relazioni commerciali.

In esse si trova enunciata una serie di principi generali, atti ad esprimere una sorta di *common core* degli ordinamenti nazionali (dalla cui comparazione, del resto, essi stessi sono stati enucleati), riferibile alle diverse fasi in cui si snoda la vita di un contratto ed è proprio in considerazione della “vocazione internazionale” di tali strumenti, derivante proprio dal richiamato aspetto contenutistico, che si è ritenuto doveroso prenderli in esame.

Non è possibile in questa sede e, del resto, non sarebbe confacente a delle considerazioni di sintesi, descrivere nuovamente, anche solo con un accenno, tutte le disposizioni che sono state analiticamente esaminate nel corso del capitolo IV.

Alcune di esse peraltro, pur attraverso formulazioni diverse, suggeriscono un approccio valutativo delle fattispecie precontrattuali (soprattutto quelle più specificamente consistenti in *agreements*) non molto dissimile da quello adottato avvalendosi di strumenti normativi o categorie giuridiche “domestiche”.

In assenza di disposizioni specificamente volte a regolamentare il contenuto tipico, il tenore o la portata degli *statements*, unilaterali o plurilaterali, resi dalle parti durante lo svolgimento delle trattative, diviene necessario rivolgersi alla disciplina del momento genetico del contratto, per averne ben chiari i presupposti e riconoscerne le manifestazioni concrete.

Si ripropone, in altri termini, il riferimento al processo di formazione dei contratti ed, in particolare, al meccanismo offerta-accettazione che ne costituisce come visto, più o meno diffusamente, il perno e che dà origine alla imprescindibile componente oggettiva dell'accordo.

Proprio all'interno, però, del tradizionale panorama normativo, esplorato al fine di individuare dei meccanismi tipici, entro cui riversare il coacervo di epifanie della volontà dei *businessmen* che si accingano alla realizzazione compiuta di un'operazione economica, si sono potuti scorgere significativi germi di novità.

Con riguardo al primo gruppo di fonti (*UNIDROIT*, *PECL* e *DCFR*), un primo dato interessante emerge dal testo del *DCFR* nella parte in cui, all'art. 4:101, nell'enunciare quali siano i requisiti necessari per la conclusione di un contratto, esso amplia la consueta portata dell'elemento soggettivo, spingendolo oltre la mera intenzione della parte di dar vita ad una

relazione giuridicamente vincolante ed orientandolo nel senso di essere volto a determinare «*some other legal effects*».

La formula qui adoperata, in effetti, sembra in tal modo fare riferimento ad una dichiarazione della parte che assume l'iniziativa economica che, indubbiamente, se corredata dei prescritti requisiti oggettivi e, soprattutto, della volontà di dar vita ad un rapporto contrattuale, è in grado di acquisire valore ed efficacia di proposta tecnicamente intesa e, dunque, di dare origine alla figura negoziale paradigmatica; al tempo stesso, però, la stessa disposizione lascia chiaramente intendere che una *declaration* può essere sorretta anche da un intento di generare un "qualsiasi altro" effetto legale.

Questa disposizione, insomma, sembra voler suggerire, per la prima volta, che gli effetti giuridici alla cui produzione può essere seriamente orientato uno *statement*, reso allorché tra le parti siano in corso appena delle negoziazioni, non debbano necessariamente ed esclusivamente far pensare ad una nuova fattispecie contrattuale, ma possono altresì assumere una forma e, se si vuole, una portata diversa.

In altre e più esplicite parole, l'elemento intenzionale che, imprimendo serietà alla manifestazione di volontà da esso sottesa, costituisce il *discrimen* in base al quale la dichiarazione stessa può dirsi atta a produrre effetti vincolanti, non deve essere necessariamente teso alla stipula di un nuovo contratto.

Non è l'orientamento teleologico squisitamente contrattuale della intenzione a qualificare una dichiarazione bensì, molto più verosimilmente, la serietà che la connota sì come viene ragionevolmente percepita dal destinatario della dichiarazione stessa.

Ne costituisce riprova il disposto della norma di cui all'art. 6:101 dei cc.dd. Principi Lando la quale, accordando tutela al ragionevole affidamento ingeneratosi nella parte destinataria di una dichiarazione, sancisce l'attitudine di quest'ultima a dar vita ad obbligazione contrattuali.

Soltanto una dichiarazione che sia idonea a far scaturire tale *reliance* è in grado di vincolare giuridicamente colui che ne sia l'autore.

Tale previsione, del resto, rappresenta un'applicazione del più generale principio della tutela dell'affidamento, ingenerato in una parte da una dichiarazione oppure da un comportamento concludente, che, per primo, è stato recepito nel testo dei Principi UNIDROIT, all'art. 1.8 (*Inconsistent behaviour*) ricevendo, peraltro, una collocazione

sistematica a dir poco strategica, in quanto posto subito dopo l'enunciazione del principio di *good faith*.

Coerentemente con la vocazione internazionale dei principi stessi, come tali destinati a costituire un *point de rattachement* tra tradizioni giuridiche afferenti alle aree di *Common Law* e quelle riconducibili al *Civil Law*, la norma di cui all'art. 1.8 si pone come il giusto compromesso tra le due opposte aree, laddove i sistemi anglo-americani, dinanzi a situazioni di *inconsistent behaviour*, sono soliti applicare, in via rimediale, la dottrina dell'*estoppel* senza collegarla necessariamente al principio di buona fede nello svolgimento delle trattative, tanto caro invece al *Civil Law*, con il quale però è innegabile la sussistenza di una stretta correlazione.

Ebbene, proprio il commento ufficiale al principio enunciato nell'art. 1.8 *UNIDROIT*, annovera tra le esemplificazioni delle dichiarazioni idonee a generare un ragionevole (e, perciò, tutelato) affidamento, quelle rese in fase precontrattuale.

Tale interpretazione estensiva consente, evidentemente, di ritenere applicabile anche il disposto di cui all'art. 6:101 *PECL* alle fattispecie sorte durante le trattative.

Resta inteso, come del resto chiarisce la norma stessa, che la tutelabilità dell'affidamento scaturisce anche dalla considerazione di ulteriori profili caratteristici della fattispecie che devono essere tenuti in debito conto, se muniti di alcuni requisiti "tipizzati".

Proseguendo nella lettura della norma richiamata l'indagine si arricchisce di ulteriori, interessanti profili, nella parte in cui essa si imbatte nei primi, embrionali, sintomi di una tendenza alla valorizzazione concreta delle fattispecie pre-contrattuali, di cui si rinviene una più matura e completa evoluzione prima in *CISG* e, da ultimo, nella più recente tra le raccolte di principi esaminate, ovvero sia il *Common European Sales Law*.

Va da subito precisato che il fenomeno descritto nelle tre menzionate disposizioni consiste nella incorporazione nel contratto definitivo delle dichiarazioni rese da una parte all'altra durante il procedimento di formazione dello stesso.

L'art. 6:101 *DCFR* stabilisce, precisamente, che la parte che sia un *professional supplier*, atto a fornire informazioni sulla qualità o l'uso di beni, o servizi o altro di cui sia titolare, all'atto di metterli in commercio o pubblicizzarli *before the contract is concluded*, resti vincolato contrattualmente alle dichiarazioni all'uopo rese, salvo che si provi che l'altra parte sapeva o non avrebbe potuto non sapere che la dichiarazione era inesatta.

Sulla stessa lunghezza d'onda, pur collocandosi in un contesto dispositivo completamente diverso, quello specifico della compravendita e, segnatamente, del requisito di conformità della merce venduta, si pone la norma di cui all'art. 35 della Convenzione di Vienna.

Dopo aver posto a carico del venditore l'onere di consegnare una merce che sia puntualmente rispondente ai multiformi requisiti stabiliti dal contratto, la norma offre un'esemplificazione dei casi in cui tale onere possa risultare disatteso. Uno di essi, menzionato nella lettera b), si configura allorché la merce stessa non risulti idonea *«for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgements»*.

La reale portata di tale norma può essere colta a pieno soltanto se opportunamente confrontata con la disposizione di cui all'art. 69 *CELS* la quale regola il su descritto fenomeno della incorporazione con riguardo alle dichiarazioni che il *trader* abbia eventualmente fatto, anteriormente alla conclusione del contratto definitivo, *«about the characteristics of what is to be supplied (...) under the contract»*.

Ora, a prescindere da chi sia stato il destinatario di cotante esternazioni (il pubblico o il diretto interlocutore), l'effetto che ne discende è unico ed incondizionato: le *declarations* rese quando ancora il contratto non era sorto, ed anzi fatte proprio per incentivarne la conclusione, vengono “automaticamente” riversate nel contenuto dell'accordo definitivo vincolante.

Il possesso delle caratteristiche specificate prima che sorgesse il rapporto contrattuale diventa, dunque, parte integrante della prestazione al cui adempimento è tenuto il *seller*.

Combinando la disposizione appena esaminata con il contenuto dell'art. 100 (1)(f), ecco delinearsi i contorni di un regime di responsabilità dei venditori molto ampio, tanto più se posto a confronto con quello tratteggiato dall'art. 35 (2) (b) *CISG*, dove la responsabilità del *seller* viene circoscritta entro un ambito circoscritto, non fosse altro per il fatto che ai sensi di tale ultima disposizione vengono incorporate nel contratto solamente quelle statuizioni precontrattuali che indichino uno specifico impiego cui il bene, oggetto della compravendita, è destinato.

In *CELS* si parla invece, di generiche “*characteristics*” che il bene fornito deve presentare; va da sé che in un’espressione di così ampia portata possa essere potenzialmente inclusa un’infinità di prerogative.

Allo scopo di rafforzare le garanzie del venditore (premura, questa, che permea di sé l’intero testo *CELS* che, come noto, a differenza delle norme di *CISG*, si rivolge anche alle contrattazioni *B2C*), i redattori della proposta di regolamento hanno volutamente adoperato delle espressioni quanto mai vaghe (*statements “about the characteristics” of the goods, a party “expected to have been aware”, the statement “could not otherwise be relied on”, the decision to the contract “could not have been influenced”*), sì da ricomprendere il maggior numero di casi pratici nell’ambito di operatività della menzionata disposizione.

Ebbene, a prescindere dalle valutazioni circa l’opportunità di prevedere, in un sistema normativo che è stato concepito quale strumento “opzionale” (cioè, che si auspica venga “preferito”) alternativo ai regimi nazionali, un regime di responsabilità costruito, proprio attraverso il descritto meccanismo della “automatica incorporazione”, in modo da lasciare il venditore fortemente esposto al rischio di incorrere in inadempimenti contrattuali, non può non tenersi in debito conto il dato che più rileva ai fini dell’indagine svolta.

Per la prima volta, infatti, un (aspirante) testo normativo, non solo prende in considerazione espressamente “*certain pre-contractual statements*”, ma vi attribuisce importanza dirimente nella misura in cui li conduce a far parte del contratto definitivo, alla stregua di veri e propri *contractual terms*, con tutto quanto ne consegua in termini di *enforceability* e di strumenti rimediali esperibili in caso di inadempimento.

La fase pre-contrattuale, insomma, non emerge più soltanto all’interno di una vicenda patologica, generatasi dalla violazione di precisi obblighi gravanti su chi intraprenda delle trattative (dovere di correttezza e buona fede, obblighi di informazione, dovere di segretezza etc.), ma viene alla ribalta e recupera terreno sulle altre fasi della vita del contratto in prospettiva fisiologica, quando cioè le negoziazioni confluiscono effettivamente, visto il buon esito delle trattative, nell’assetto del contratto definitivo e le statuizioni in esse intervenute ne diventano parte integrante.

Viene da sé pensare che, ponendosi idealmente nella posizione di un *businessmen*, la prospettiva di poter facilmente incorrere nelle spiacevoli conseguenze di un severo regime di *liability* per le dichiarazioni rese allorché si versi ancora in fase di trattative, attesa la loro

automatica trasfusione nel contenuto del contratto definitivo, non può che accrescerne il senso di responsabilità, esercitando una notevole azione deterrente in ordine all'adozione di pratiche scorrette o di iniziative commerciali in qualsiasi maniera pretestuose o anche, solo, fuorivianti.

Ne risulta, in tal modo, inevitabilmente rafforzato anche quel canone di buona fede e correttezza che, a lungo, ha faticato a guadagnare piena dignità di principio generale, parametro ineludibile cui qualsiasi condotta tesa ad operare nel mondo del “giuridicamente rilevante” deve necessariamente orientarsi e che, solo grazie alla acuta ed efficace opera di una parte della giurisprudenza, particolarmente sensibile alle suggestioni ed alle mutevoli istanze promananti dalla realtà del commercio internazionale, è riuscita a corrodere il simulacro granitico di una illimitata *freedom of contract* di matrice anglo-americana.

In ultimo e ritornando alla individuazione dei più significativi profili di novità emersi dall'approfondimento compiuto, anche con riguardo alle fonti normative a vocazione internazionale sono state prese in considerazione le fattispecie pre-contrattuali caratterizzate dall'apposizione della clausola “*subject to contract*” o affini, al fine di posporre la nascita del vincolo al completamento dell'assetto contrattuale definitivo in tutti i suoi punti, oppure al compimento di un ulteriore adempimento di carattere formale.

Ciò che in questa sede appare opportuno rilevare è che, pur adottando un approccio sostanzialmente coincidente a quello uniformemente riscontrato rispetto alle singole esperienze nazionali, una disciplina votata alla regolamentazione di fattispecie contrattuali transfrontaliere risulta pervasa da un forte principio di *favor contractus* che, nelle ipotesi prese in considerazione, non può esimersi dall'esercitare una notevole influenza.

Non costituisce una vuota scelta di stile l'adozione, nella formula prescelta per il principio di cui all'art. 2.1.13 *UNIDROIT* (che, peraltro, vanta disposizioni quasi totalmente coincidenti in *PECL* come in *DCFR*), del verbo «*insists*» ma essa è stata volutamente adoperata per sottolineare la particolare incisività e, dunque, chiarezza ed inequivocabilità, con cui una delle parti è tenuta a manifestare la propria volontà alla controparte se intende sottrarre il primo, parziale, (o, a seconda dei casi, informale) accordo al regime di piena vincolatività.

Proprio il principio del *favor contractus*, strettamente connesso peraltro alla, già menzionata, presunzione di vincolatività giuridica delle relazioni commerciali, interferisce

notevolmente nelle iniziative, di volta in volta, adottate dalle parti alimentando la tendenza a ravvisare, preferibilmente, il crisma della contrattualità nelle configurazioni specifiche da esse prescelte.

Ciò vuol dire che, nei casi di dubbia interpretazione, si predilige la soluzione drastica del vincolo contrattuale e che, persino quando le parti abbiano offerto, quantomeno, una “indicazione” circa la propria volontà, apponendo alle dichiarazioni rese la formula “*subject to contract*”, nulla esclude che sia negato il valore costitutivo dell’adempimento formale previsto ed il momento perfezionativo del contratto venga fatto retrocedere alla sottoscrizione del primo, parziale, accordo.

Stando alle previsioni contenute nei *PICC*, in particolar modo nell’art. 2.1.14, il menzionato principio ispiratore sembra esercitare un’influenza anche maggiore, nella misura in cui si prevede che la circostanza per cui le parti abbiano lasciato aperti alcuni termini del definitivo assetto di rapporti, non soltanto non preclude la configurazione di una fattispecie contrattuale già perfetta ma, addirittura, consente che il crisma della contrattualità continui a connotare la fattispecie concreta anche nell’eventualità in cui gli interessati non ottemperino poi, effettivamente, all’opera di “completamento”.

Ad impedire l’inevitabile deriva cui potrebbe condurre un’applicazione incontrollata dell’enunciato principio è giunta, per fortuna, la prudente opera degli interpreti che ne hanno proposto una rilettura più razionalmente orientata.

Affinché possa essere garantita la formazione di un contratto e, dunque, di ben precisi vincoli giuridici supportati da un adeguato *range* di strumenti rimediali, ancorché non tutti i termini dello stesso siano stati stabiliti, è necessario si configuri un duplice ordine di presupposti: da un lato, le parti devono aver espressamente dichiarato di volersi vincolare contrattualmente o, comunque, attraverso una condotta concludente abbiano lasciato emergere tale *intention* e dall’altro, esse devono dimostrarsi perfettamente consapevoli di aver lasciato indeterminati ancora alcuni termini sul cui carattere essenziale esse, peraltro, concordano.

Tale ultima consapevolezza deve, peraltro, risultare confermata dall’avvenuta previsione di adeguati meccanismi astrattamente idonei alla futura definizione dei profili non ancora determinati.

7. A conclusione del presente lavoro di ricerca, si rendono opportune alcune riflessioni d'insieme volte a dar conto degli interessanti risultati cui si ritiene essa sia giunta.

La disamina dei più significativi casi attinti alla giurisprudenza degli ultimi anni ha restituito l'immagine di una realtà del commercio internazionale estremamente eterogenea, sotto il profilo dei meccanismi attraverso i quali prendono forma le relazioni economiche, pronta a lasciarsi plasmare dai sempre nuovi *trends* indotti dalle mutevoli e contingenti esigenze del *business* ma, al tempo stesso, profondamente riottosa a lasciarsi "ingabbiare" nelle rigide categorie e negli inflessibili schematismi del diritto.

Ne emerge il confronto tra due realtà parallele che viaggiano a velocità differenti e che faticano ad allinearsi nuovamente sul medesimo binario.

Da un lato, il mercato pone costantemente interrogativi ed istanze sempre nuovi e, di fronte alla incapacità delle fonti normative vigenti di fornire strumenti che ne sappiano assicurare l'adeguato soddisfacimento, non disdegna l'adozione di soluzioni endogene, spesso sconosciute al mondo del diritto (soprattutto a quello codificato) e, pertanto, del tutto sprovviste di uno specifico sistema disciplinare.

Dall'altro il diritto stesso, nella sua duplice dimensione nazionale e sovranazionale, saldamente ancorato a principi e categorie codificati o consacrati dalla pratica e, per ciò stesso, tendenzialmente poco incline ad intercettare e ad assecondare efficacemente, mediante validi supporti normativi e, soprattutto, rimediali (eventualmente anche introdotti *ad hoc*), i bisogni emergenti degli operatori economici, con il risultato pratico di penetrare solo apparentemente o, quantomeno, in maniera appena superficiale una realtà complessa, profonda e dalle innumerevoli sfaccettature.

È, insomma, lo scontro tra dimensioni opposte: tra dinamismo e staticità, tra pragmaticità ed astrattezza, tra flessibilità e rigore.

L'area tematica dei *pre-contractual agreements* o, meglio ancora, dei *pre-contractual statements* offre un'efficace esemplificazione delle profonde divergenze sin qui descritte ma, al tempo stesso, consente di registrare un progressivo cambiamento di rotta che rivela una rinnovata sensibilità del formante legislativo, più propenso ad abbandonare l'ostinato arroccamento su posizioni normocentriche ed auto celebrative, poco inclini ad asservire concretamente il diritto alle esigenze dell'economia, e disponibile a ricercare, finalmente, soluzioni che riflettano fedelmente la multiformità e la complessità delle relazioni commerciali,

veicolandone opportunamente le esigenze più profonde e siano in grado di farsi apprezzare sul piano della *commercial expediency*.

Tutte le configurazioni maggiormente ricorrenti nella prassi che, pure, si è cercato (ma con scarsi risultati in termini di esaustività) di ricondurre a denominazioni e categorie determinate costituiscono, si è visto, un prodotto di quella stessa prassi che, a lungo, i *lawyers* hanno tentato di inserire, in qualche modo, nei sistemi normativi vigenti con l'effetto che, nella gran parte dei casi, il risultato conseguito apparisse inevitabilmente una forzatura.

E così, come si è visto, per lungo tempo la necessità di inquadrare le fattispecie emerse dallo svolgimento delle trattative precontrattuali ha portato alla suddivisione del piano delle possibili soluzioni in due posizioni estreme: o le dichiarazioni scambiate dalle parti danno vita ad un accordo di natura contrattuale, oppure nessun effetto giuridico diverso ed ulteriore (dunque, nessuna "funzione" ulteriore) può, ad esse, essere ricondotto.

Tale approccio costituiva, probabilmente, una scelta obbligata nella misura in cui l'indagine dell'interprete non si spingeva oltre il ristretto ambito della disciplina sulla formazione del contratto.

Non è un caso, invece, che siano proprio i testi normativi e le raccolte di principi a vocazione internazionale a prospettare altre e nuove dimensioni in cui le dichiarazioni adottate dalle parti possono acquistare notevole rilevanza giuridica.

Essi si originano, infatti, da una più attenta considerazione delle reali dinamiche sottese alla fitta rete delle relazioni commerciali e, pertanto, da una più fedele rappresentazione delle profonde istanze che "muovono" la comunità economica globalizzata. Su tali presupposti, poi, si propongono di elaborare principi generali e regole comportamentali in grado di individuare un nuovo sistema normativo, munito di un sufficiente grado di flessibilità e di capacità adattativa che lo renda uno strumento di necessario e di facile impiego ad opera degli interessati.

Ecco, allora, che tra le due originarie soluzioni estreme, viene ad inserirsi un'ampia varietà di *legal effects* che vincolano strettamente la parte interessata alle dichiarazioni rese, obbligandola a darvi seguito attraverso una condotta ad esse confacente ed offrendo pertanto la possibilità, a chi ne sia destinataria, di attivare tutte le possibili opzioni rimediali in grado di tenerla indenne da qualsiasi pregiudizio connesso ad un inadempimento.

Si è visto, ad esempio, che questo nuovo approccio ha ispirato a tal punto i redattori della recentissima proposta di Regolamento (CESL), da spingerli ad adottare una soluzione che alcuni, tra i primi autorevoli commentatori, non hanno esitato a tacciare di eccessiva audacia, nella misura in cui essa concepisce in termini di “automaticità” l’incorporazione delle dichiarazioni rese (peraltro non necessariamente alla futura controparte ma anche, genericamente, rivolte al pubblico) nel contenuto dispositivo, e pertanto vincolante, del contratto finale.

Così come un altro, possibile, effetto che può scaturire da una dichiarazione precontrattuale è quello di ingenerare, in chi ne sia destinatario, un affidamento tutelabile in ordine alla serietà del suo contenuto, garantendogli la possibilità di adire l’autorità giudiziaria qualora la sua legittima aspettativa di adempimento venga ingiustamente delusa.

Tali descritte prospettive che, evidentemente, conferiscono alla fase precontrattuale, e a tutto quanto vi accada, un’innovata rilevanza stabilendo una stretta correlazione tra di essa e l’intera vita del contratto, quali fasi interconnesse di un’unica vicenda complessa, costituiscono, a ben guardare, la proiezione sul piano del diritto del nuovo modo di concepire l’elemento soggettivo della *intention*, sì come spontaneamente emerso dalla pratica.

Se, per lungo tempo, le fonti normative (di matrice nazionale, soprattutto) hanno circoscritto l’orientamento teleologico dell’intenzione della parte, facendo riferimento a quest’ultima negli esclusivi termini di “*intention to be bound*”, è proprio la prassi ormai invalsa nel mercato globale dell’odierno panorama economico a far emergere, quale vero e proprio *commercial need*, un nuovo, più ampio, elemento di volontarietà, rivolto verso la produzione di *some other legal effects*, non suscettibili di essere astrattamente predefiniti, attesa la molteplicità degli scenari che possono delinearsi in base al modo in cui le circostanze concrete si combinano tra di loro.

Dalle disposizioni contenute nelle fonti di diritto uniforme dei contratti si evince, con estrema chiarezza, che il legislatore ha cominciato, finalmente, a cogliere i segnali di profondo cambiamento emersi nella odierna realtà del commercio internazionale.

I meccanismi operativi impiegati, i canali di comunicazione prescelti e la capienza “globale” del contesto esecutivo esigono, infatti, rapidità nelle valutazioni strategiche, flessibilità rispetto all’andamento del mercato, proficuo impiego delle risorse disponibili,

ragionevole assunzione dell'alea del rischio, etc.; in una parola, tutte quelle componenti che, in maniera diretta o mediata, concorrono a definire l'essenza della c.d. *efficiency*.

Ed è proprio questo concetto, mutevole nel tempo e atto a specificarsi in maniera differente a seconda delle epoche e del contesto storico, politico ed economico ad avere messo in luce il divario che, col passare del tempo, ha reso due fondamentali dimensioni della vita umana, "il diritto" e "l'economia", mondi paralleli, in più punti divergenti, ma soprattutto incapaci di recuperare un solido terreno di comunicazione su cui edificare una relazione funzionale, dell'uno asservito alle reali esigenze dell'altra, allo scopo di assicurarne un razionale funzionamento ed una florida produttività.

Ciò che allora, in sostanza, sembra potersi leggere tra le righe di un cambiamento di disciplina nel senso sopra chiarito è l'adozione, da parte del legislatore, di una nuova angolatura che il diritto dovrebbe adottare: quella propria del *businessmen*.

Soltanto guardando ai fenomeni ed alla realtà, in genere, attraverso la prospettiva di chi vive da protagonista e perciò contribuisce attivamente a delineare le dinamiche del mercato, il diritto può sperare di riuscire a plasmare strumenti di azione e, soprattutto di garanzia, effettivamente efficaci.

La giurisprudenza, dal canto suo, anche rispetto a questa problematica non ha tardato a dar prova della propria consueta lucidità nell'analizzare la realtà e nel sapervi cogliere istanze, aspirazioni e bisogni, onde lasciarsi da esse orientare nella, non sempre facile, opera di valutazione delle fattispecie concrete, in ordine alla cui regolamentazione la legge, non di rado, si presenta a dir poco lacunosa.

Non desta particolare stupore, in effetti, nemmeno la circostanza per cui il caso pratico che, qui, si è scelto di richiamare, a chiusura delle riflessioni compiute e a dimostrazione – si auspica – della loro non eccessiva arditezza, sia attinto alla giurisprudenza dell'area del *Common Law*, tradizionalmente avvezzo a trarre origine "dal basso".

Si tratta del, già menzionato caso, deciso dalla *Supreme Court* nel marzo del 2010 (*RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Müller GmbH & Co KG*) in cui, trattandosi di valutare il carattere vincolante o meno di una fattispecie precontrattuale, non soltanto si è avuto riguardo, a «*what was communicated between the parties by words or conduct*» ma la Corte ha altresì

ritenuto di dover estendere la propria considerazione anche alle «*reasonable expectations of honest sensible businessmen*».

Ci si chiede, a questo punto: in cosa consiste mai l'applicazione del criterio dell'*honest sensible businessmen*, se non nel cosciente ancoraggio del diritto alle necessità del *business*?

Cosa, se non questo, può dirsi più chiaramente e consapevolmente evocativo di quel concetto di efficienza che, solo, può riuscire ad orientare le *legal dynamics* verso una ritrovata, felice combinazione con le esigenze palesate dalla *commercial expediency*?

Bibliografia

- AA. VV., *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, M. BONELLI- F. BONELLI (a cura di), Milano 1997;
- AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, MARIO BESSONE (a cura di), Torino, 2011;
- AA. VV., *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, N. BOSCHIERO (a cura di), Torino, 2009;
- AA. VV., *Il contratto e le tutele- prospettive di diritto europeo*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Torino, 2001;
- AA. VV., *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI E P. ZATTI (a cura di), Padova, 2009;
- ALPA G.- IUDICA G.- PERFETTI U., *Il draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009;
- ANTONIOLLI L.- VENEZIANO A., *Principles of European Contract Law and Italian Law – A commentary*, Kluwer Law International, 2005;
- AUBERT J. L., *Notions èt roles de l'offre et de la acceptation dans la formation du contrat*, Parigi, 1970;
- AUBRY C.- RAU C.- PONSARD A., *Droit civil français*, Parigi, 1989;
- ANDERSON M.- WARNER V., *Drafting and negotiating Commercial Contracts*, Haywards Heath (UK), 2007;
- ANTONIOLLI L., *A factual assessment of the draft common frame of reference*, Munchèn, 2011;
- ATIYAH P. S., *An introduction to the Law of contract*, Oxford, 1989;
- ATIYAH P. S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford,1979;
- BAIRD D. G., *Economins of Contract Law*, Cheltenham, 2007;
- BANAKAS S., *Harmonisation of European Contract Law and general principles of contracts: a common lawyer's look into the future*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, E. NAVARRETTA (a cura di), 2008;
- BANAKAS S., *Liability for contractual negotiations in English Law: looking for the Litmus Test*; Barcelona, 2009;
- VON BAR C., *Principles, definitions and model rules of European Private Law*, Monaco, 2009;
- VON BAR C.- CLIVE E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Springer Verlag, 2007;
- BARTOLOTTI F., *Formazione e gestione dei rapporti negoziali: la prassi contrattuale internazionale, fra standards forms, imitazione e creatività*, in *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991;
- BEATSON J.- FRIEDMANN D., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995;
- BEATSON J., *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2002;
- BEATSON J.- BURROWS A.- CARTWRIGHT J., *Anson's Law of contract*, Oxford, 2010;
- BERGER K. P., *The creeping codification of the new lex mercatoria*, Alphen aan den Rijn, 2011;
- BERGER K. P., *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization*, in *Towards an European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011;
- BERNARDINI P., *Contratti internazionali e diritto applicabile*, in *Dir. Comm. Int.*, 1987;

- BIANCA C. M.- BONELL M. J., *Commentary on the International Sales Law (The 1980 Vienna Sales Convention)*, Milano, 1987;
- BIGLIAZZI GERI L., in *L'interpretazione del contratto* in *Il codice civile – Commentario diretto da Pietro Schlesinger*, Milano, 1991;
- BLOMEYER A., *Allgemeines Schuldrecht, 3° Aufl.*, Belino-Francoforte, 1964;
- BOCCIA U., *Principles, definitions e model rules nel “comune quadro di riferimento europeo, (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti e Unione Europea*, 1, 2010;
- BONELL M. J., *A «restatement» of Principles for International Commercial contracts: an academic exercise or a practical need?*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1988;
- BONELL M. J., *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004;
- BONELL M. J., *I principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Relazione tenuta durante il Congresso celebrativo del 25° anniversario della fondazione della Rivista “Diritto del commercio Internazionale” su “I Principi UNIDROIT 2010: verso un diritto globale dei contratti del commercio internazionale”*, Roma 17-18 febbraio 2012, in pubblicazione;
- BONELL M. J., *I Principi Unidroit – Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 1997;
- BONELL M. J., *The Unidroit Principles and CISG – Sources of Inspiration for English Courts?*, in *Uniform Law Review*, 2006;
- BONELL M. J., *The Unidroit Principles in Practice – Case law and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, Transnational Publishers, 2006;
- BONELL M. J., *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, in *ULR*, 1996;
- BONELL M. J., *Commentary on the International Sales Law*, M. BIANCA- M. J. BONELL (a cura di), Milano, 1987;
- BONELL M. J.- PELEGGI R., *Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table*, in *Uniform Law Review*, vol. XIV, 2009;
- BORTOLOTTI F., *Diritto dei contratti internazionali*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 2009;
- BRIDGE M., *Good faith in Commercial Contracts*, in *Good faith in Contract – concept and context*, London, 1999;
- BROWNSWORD R., *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good faith in English Contract Law*, in *Good faith in Contract – concept and context*, London, 1999;
- BROWNSWORD R., HIRD N. J., HOWELLS G., *Good faith in Contract – concept and context*, London, 1999;
- BURROWS A., *A casebook on Contract*, Oxford, 2011;
- CAPECCHI G., *Il valore giuridico delle lettere di intenti*, in *Dir. Comm. int.*, 2001;
- CAPECCHI G., *Nature and enforceability of a letter of intent under Italian Law*, I.B.L.J., 2004;
- CARINGELLA F.- BENETTI S.- GALLETTI M., *Codice di Diritto Civile Comparato*, Roma, 2008;
- CHEN- WISHART M., *Contract Law*, Oxford, 2010;
- CHITTY J., *On contracts*, vol. I, §§ 129-139, Sweet and Maxwell, London 1989;

- COLLINS H., *The Law of contract*, London, 1986;
- CORBIN L. A., *Corbin on contracts*, Rev. ed. by J. Perillo, West Publish. Co., 2001;
- CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990;
- DALHUISEN J. H., *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, II ed., Uk, 2004;
- DALHUISEN J. H., *Introduction-the new lex mercatoria and its sources*, in *Dalhuisen on Transnational comparative, commercial, financial and trade law*, Oxford, 2010;
- DAVIES I., *The new Lex Mercatoria: International interests in Mobile Equipment*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2003;
- DE GEEST G., *Contract Law and Economics*, *Encyclopedia of Law and Economics*, second edition (vol. 6), Cheltenham, 2011;
- DELAUME G. R., *What is an International Contract? an American and a Gallic Dilemma*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, 28;
- DELEBECQUE P., JACQUET J- M., CORNELOUP S., *Droit du commerce International*, Parigi, 2007;
- DE MOOR A., *Contract and Agreement in French and English law*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 1986, 6;
- DE MOOR A., *Intention in the Law of Contract: Elusive or Illusory*, *Law Quarterly Review*, 1990, 106;
- DE NOVA R., *Quando un contratto è internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1978;
- DI MAJO A., *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Rivista di diritto civile*, 1996;
- DRAETTA U., *Ancora sull'efficacia delle lettere di intento nella prassi del commercio internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1985;
- DRAETTA U., *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e SME*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987;
- DRAETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali- La formazione dei contratti*, Padova, 1984;
- DRAETTA U.- LAKE R., *Letters of intent and other precontractual documents*, 2nd ed., Salem, N.H., Butterworths, 1994;
- DUXBURY R., *Contract Law*, Oxford 2011;
- VAN ERP J. H. M., *The Pre- contractual Stage*, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON, M. VELDMAN (a cura di), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed. Nijmegen: Ars Aequi Libri & Kluwer Law International, 2004;
- FARNSWORTH A. E., *The Concept of good faith in American Law*, Centro di Studi e ricerche di diritto comparato diretto da M.J.Bonell, Roma, 1992;
- FARNSWORTH E. A., *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in *Columbia Law Review*, 1987, 2;
- FARNSWORTH E. A., *Farnsworth on contracts*, Boston, 1990;
- FERRARI F., in S. KRÖLL- L. MISTELIS- M. PERALES VISCASILLAS, *UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Monaco, 2011;

- F., *A comparative Overview of Offer and Acceptance Inter Absentes*, in *10 Boston University International Law Journal*, 1992, 171;
- FERRI G. B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994;
- FONTAINE M., *Les lettres d'intention dans le négociation des contracts internationaux*, in *Droit et pratique du commerce international*, Parigi, 1977, 3;
- FONTAINE M., *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, 2002;
- FONTAINE M., *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, in *Diritto e pratica del commerciale internazionale*, 1977;
- FONTAINE M.- DE LY F., *Drafting International Contracts – an analysis of contract clauses*, Ardley- New York, 2006;
- FONTAINE M.- DE LY F., *La redazione dei contratti internazionali a partire dall'analisi delle clausole*, a cura di R. M. MORRESI, Milano, 2008;
- FORLATI PICCHIO L., *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Digesto delle discipline civilistiche, sezione civile*, vol. IV, Torino, 1989;
- FORTINGUERRA F.- DE MAURO A.- TOMMASI S., *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007;
- FOX W. F. JR., *International Commercial Agreements – A Functional Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, London, 1988;
- FREEMAN M., *Contracting in the Haven: Balfour v Balfour Revisited in Exploring the Boundaries of Contract*, Dartmouth- Aldershot, 1996;
- FRIGNANI A., *Il diritto del commercio internazionale – manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti*, II ed., Milano, 1990;
- FRIGNANI A.- TORSSELLO M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010;
- FURMSTON M., *Letters of intent*, in A. BURROWS and E. PELL, *Contract formation and parties*, Oxford, 2010;
- FURMSTON M.- NORISADA T.- POOLE J., *Contract formation and letters of intent*, Chichester, Wiley, 1998;
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010;
- GALGANO F.- MARRELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010;
- GALLO P., *Contratto e buona fede – buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Milano, 2009;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007;
- GRAZIANO T. K., *Dienstleistungsverträge im Recht Der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference*, in R. ZIMMERMANN, *Service contracts*, Tübingen, 2010.
- GRISMORE G., *Principles of the Law of Contracts*, J. E. Murray ed., 1969;
- HARRIS D.- TALLON D., *Contract Law today – Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989;
- HENRICH D., *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Berlin, 1965;
- HOLGER J., *Der Letter of Intent*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2000;

- HONNOLD J. O., *Uniform Law for International Sales*, third ed., Kluwer Law International, 2009;
- HORN N.- KÖTZ H.- LESER H., *German Private and Commercial Law: an Introduction*, Oxford, 1982;
- JACQUET J.- M., *Le contrat international*, 2^e ed., Parigi, 1998;
- JAMES P., *Introduction to English Law*, London, 1979;
- JANSEN C., *Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis, and Drafting Method*, in R. ZIMMERMANN, *Service contracts*, Tübingen, 2010;
- JESSUP P. C., *Transnational Law*, New Haven, 1956;
- JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, Parigi, 1932-36;
- KLEIN J., *Good faith in International transactions*, in *Liverpool Law Review*, XV, 1993;
- KLEIN J.- BACHECHI C., *Precontractual liability and the duty of good faith negotiations in International transactions*, in *Houston Journal of International Law*, 1994, 17, n.1;
- KOTZ H., *Negotiations and Formation of contracts*”, *European Contract Law*, 1999;
- KOTZ H., *“Interpretation of Contracts”*, *European Contract Law*, 1999;
- KRÖLL S.- MISTELIS L.- PERALES VISCASILLAS M., *UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, art. 8;
- KRÖLL S.- MISTELIS L., *International arbitration and International commercial law*, Alphen aan den Rijn, 2011;
- KUCHER A. N., *Pre-contractual Liability: protecting the rights of the parties engaged in negotiations*, _____, 2004, reperibile anche in <http://www.jeanmonnetprogram.org/fellowsforum/Kucher-paper.rtf>;
- LAKE R. B.- DRAETTA U., *Letters of Intent and Other Precontractual Documents – Comparative Analysis and Forms*, Butterworth, 1989;
- LAKE R. B.- DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms*, Salem- New Hampshire, 1994;
- LAKE R. M., *Letters of intent: a comparative examination under English, U.S., French and West German Law*, in the *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1984;
- LANDO O.- BEALE H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Cambridge, 2000;
- LAROUCHE P.- CHIRICO F., *Economic analysis of the DCFR*, München, 2010;
- LEETE B. A., *Contract Formation Under the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary*, in *6 Temple International and Comparative Law Journal*, 1992, 193;
- LEREBOURS P.- PIGEONNIERE, *A propos du contrat International*, 1978, 1;
- LETTERMAN G., *Unidroit’s rules in Practice – Standard International Contracts and Applicable Rules*, Kluwer Law International, 2001;
- LUTTER M., *Der Letter of Intent*, Köln, 1998;
- MACAULAY S., *Non- contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *American Society Review*, 1963, 28;
- MAGNUS U., in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2005;

- MARRELLA F., *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (RomaI)*, N. BOSCHIERO (a cura di), Torino, 2009;
- MARRELLA F., *La nuova lex Mercatoria – Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003;
- MCBRYDE W. W., *The intention to Create Legal Relations*, in *Jur. Rev.*, 1992, 274;
- MCKENDRICK E., *Contract Law*, Oxford, 2011;
- MEDICUS D., *Il ruolo centrale delle disposizioni relative al negozio giuridico*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, 2002;
- MESSINEO F., *Contratti*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961;
- MICKLITZ H. W., *European private law after the common frame of reference*, Cheltenham, 2010;
- MONATERI P. G., *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, in *Società e diritto*, 2005;
- MORELLO U., *Culpa in contraendo, accordi ed intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, vol. II, Milano, 1986;
- MOUSSERON J. M., *L'avant-contrat*, Parigi, 2001, *passim*; O.DESHAYES, *L'avant-contrat*, Parigi, 2008;
- MOUSSERON J. M.- GUIBAL M.- MAINGUY D., *L'avant-contrat*, Paris- F. Lefebvre, 2001;
- MUSY A. M., *The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures*, in *Global Jurist Advances*, 2001, vol. 1, Iss1, Article1, reperibile anche in <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss1/art1>;
- NEWMAN P., *Symbiotic arrangements*, voce in *The New Palgrave Dictionary of Economic and The Law*, edited by, Londra, 1998;
- NICHOLAS B., *French Law of Contract*, Oxford, 1992;
- NYGH P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999;
- PARISI A., *Good faith nell'esecuzione del contratto*, in Quaderni del Dipartimento DIRCE diretti da Pasquale Stanzone, Salerno, 2002.
- PEEL E., *Agreements to Negotiate in Good Faith* in A. BURROWS and E. PELL, *Contract formation and parties*, Oxford, 2010;
- PENNINGTON R., *Letters of intent*, in *3 International Trade and Practice*, 1977, 519;
- PIGNATARO G., *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999;
- PLANIOL M.- RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, Parigi, 1925-1934,;
- POSH W., *Does it Matter whether Culpa in Contrahendo is Located in Tort/Delict or Contract?*, in K. BOELE-WOELKI W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law, Essays in Honour of Ewoud Hondius*, Walters- Kluwer, 2007;
- POSNER E. A., *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, in *Yale Law Journal*, 2003;
- OPPETT B., *L'engagement d'honneur*, Parigi, 1979;
- QUINN T. M., *Quinn's Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest*, II ed., 2009;

- QUINTO M., *Law Merchant e Common Law: un esempio non codificato di riconoscimento giuridico degli usi del commercio internazionale*, in *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991;
- RODIERE R., *La formation du contrat*, Parigi, 1979;
- RØSÆG E., *Law and Economics*, Oslo, 2010;
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere Giuridico*, 2009;
- RUDDEN B., *The domain of contract-1:English Report*, in *Contract Law Today*, (a cura di) D. R. HARRIS-D. TALLON, 1989;
- SACCO R., *Formation of contracts*, in AA.VV., *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011;
- SANCHEZ S. LORENZO, *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, Pamplona, 2009, HERBORTZ (a cura di), *Contracts (International Encyclopedia of Laws)*, 7 voll., *The Hague*, dal 1994
- SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattati*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2008;
- SCHANZE E., *Beyond Contract and Corporation: The Law and Economics of Symbiotic Arrangements*, in T. RIIS- R. NIELSEN, *Law and Economics – Metodology and Application*, Copenhagen, 1998;
- SCHLECH TRIEM P.- SCHWENZER I. H., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010;
- SCHLESINGER R. B., *Formation of contracts, A study of the common core of the legal systems*, Dobbs Ferry – New York 1968;
- SCHLOSSER R., *Les lettres d'intention: portée et sanction des accords précontractuels*, in *Responsabilité civile et assurance, Etudes en l'honneur de Baptiste Rusconi*, Losanna, ed. bis e ter, 2000;
- SCHMIDT J., *Preliminary agreements in International contract negotiations*, in *Houston Journal of International Law*, 1983, 6;
- SCHMIDT J. -SZALEWSKI, *France*, in *Formation of contracts and precontractual liability, edited by International Chamber of Commerce*, Parigi, 1990;
- SCHRANS G., *De progressive totstandkoming der contracten*, T.P.R., 1984;
- SCHWARTZ A.- SCOTT R. E., *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, in *Harvard Law Review*, 2007, 3. vol. 120;
- SCHWENZER I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, III ed., New York 2010;
- SCHMITTHOFF C. M., *The Law of International Trade*, in *Sources of the Law of International Trade*, CCI (a cura di), Londra, 1964;
- SCHULZE R., *Common frame of reference and existing EC contract Law*, Monaco, 2009;
- SICA S., *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995;
- SOMMA A., *The politics of the draft common frame of reference*, Alphen aan den Rijn, 2009;
- SONNENBERGER H. J.- JURGEN H.- STEFANI M., *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*, Padova, 1991;
- SPECIALE R., *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, Milano, 1990;
- STEWART W. J., *Of the Purpose to Oblige: A note on Stair I*, *Jur. Rev.*, 1991, 216;

- TANKOVA I.- GRAMATIKOV M., *A Critical Note on Two EU Principles: A Proceduralist View on the Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in R. BROWNSWORD- H. W. MICKLITZ- L. NIGLIA, *The foundations of European private law*, Oxford, 2011;
- TEMKIN H. L., *When Does the “Fat Lady” Sing: An analysis of “Agreements in Principle” in Corporate Acquisitions*, 55 *Fordham Law Review*, 1986, 125, 126;
- T’KINT F., *Négociation et conclusion du contrat*, in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau (ed.), Bruxell, 1984, No. 36-38bis (*Les “accords de principe”*);
- TWIGG C., *The Europeanisation of contract Law – Current controversies in law*, Flesner – Oxon, 2008;
- UNIDROIT, *Progressive Codification of the Law of the International Trade: Note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) in 1 U.N. Commission on Int’l Trade L. Y. B., 1968-1970, p. 285, U.N. Doc. A/CN.9/L.19.*
- VACCÀ C., *Internazionalizzazione dell’impresa. Prassi contrattuale e standard forms*, in *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991;
- VOGENAUER S.- KLEINHEISTERKAMP J., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contract*, New York, 2009;
- VOGENAUER S.- KLEINHEISTERKAMP J., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2009;
- WAGNER G., *The common frame of reference*, Monaco, 2009;
- WILHELMSSON T., *Good faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting – The Nordic Experience*, London, 1999;
- WILLISTON S., *On contracts*, St.Paul, 1989;
- ZIMMERMANN R.- WHITTAKER S., *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000;
- ZWEIGERT K.- KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato- Istituti*, Milano 1995.