



GLI EFFETTI GIURIDICI DELLE DICHIARAZIONI PRECONTRATTUALI NELLE RELAZIONI COMMERCIALI INTERNAZIONALI: RILIEVI CRITICI SUL DIRITTO NAZIONALE E TRANSNAZIONALE.

ALESSANDRA BENEDETTO

SOMMARIO: 1. Complessità della fase pre-contrattuale, tra *conflicting policies* e *lack of specific rules*. – 2. L’approccio di *Common Law* e *Civil Law* alle fattispecie più ricorrenti nella prassi: analogia nell’impostazione e divergenza di soluzioni. -3. Le fonti sovranazionali: i «*some other legal effects*» dei *pre-contractual statements*. -4. Riflessioni conclusive.

1. L’aspetto che, più di altri, contraddistingue ed, anzi, fa della fase delle *negotiations* il momento forse più complesso dell’intera vita di una fattispecie contrattuale commerciale è rappresentato dalle *conflicting policies*, connaturate alla logica e alle dinamiche del mercato ma profondamente amplificate ogni qual volta quest’ultimo assuma una dimensione internazionale.

Se da un lato, infatti, si pone la ferma intenzione di ciascun operatore di preservare fino all’ultimo la propria libertà contrattuale e, dunque, di addivenire alla stipulazione del definitivo solo allorché esso risulti effettivamente conveniente e recante in sé l’assetto di rapporti auspicato, dall’altro lato fanno da contrappeso una vasta serie di esigenze di *policy* del commercio, la cui tutela non può che rendere inevitabile una restrizione, più o meno ampia, della menzionata *freedom of contract*¹.

A titolo esemplificativo, si pensi ad un *need for confidence* oppure ad un *need for comfort* che inducano un’impresa a stabilire “legami” in grado di attestare la propria serietà quale potenziale partner commerciale, proprio in vista della conclusione di un determinato affare; è evidente che un improvviso ripensamento del suo interlocutore principale, se può considerarsi pienamente legittimo in nome della *freedom of contract*, pone, al tempo stesso, un problema di tutela del ragionevole affidamento nel buon esito delle trattative negoziali della parte che si sia “impegnata” con terzi al fine di offrire maggiori garanzie.

Oppure, ancora, si pensi ad un *financial need* che giustifichi la richiesta a terzi di un finanziamento per poter far fronte alle spese necessarie alla realizzazione di una determinata

¹ Per una ricostruzione storica del principio in questione, si veda P.S.ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, *passim*. In ordine, invece, alle più recenti evoluzioni promananti essenzialmente dalla prassi e tali da influire profondamente sulla portata e sul significato di esso, si veda E.PEEL, *The Law of Contract*, London, 2011, pp. 2-3, come pure I.SCHWENZER-P.HACHEM-C.KEE, *Global Sales and Contract Law*, Oxford, 2012, pp. 64-65.



operazione commerciale. È vero, allora, che la *freedom of contract* giustificerebbe l'abbandono di una trattativa in qualsiasi momento fino a quando il contratto definitivo non sia stato formalizzato, ma come negare alla parte, che abbia richiesto a questo preciso scopo un prestito, il diritto di ottenere un giusto ristoro per il pregiudizio cagionatole dall'improvviso "cambiamento di rotta" prodottosi per volontà della controparte nel processo di negoziazione? Che peso, cioè, è opportuno attribuire alla *reliance* riposta nella sicura conclusione dell'affare?

Quella della tutela dell'affidamento² costituisce dunque, com'è noto, una importantissima componente (ancorché non l'unica), della quale i *merchants* sono portati, ormai sempre più frequentemente, a tener conto ogni qual volta si accingano alla realizzazione di una determinata operazione commerciale, determinando un notevole ridimensionamento della tradizionale preminenza accordata alla *freedom of contract*.

C'è da dire che, quanto a strumenti o a categorie giuridiche attraverso cui regolare efficacemente le relazioni commerciali di nuova formazione non senza aver opportunamente fatto conciliare le confliggenti esigenze su menzionate, costituisce un fatto la circostanza che il formante normativo, soprattutto a dimensione nazionale, non abbia fornito un significativo supporto.

Eccettuate le poche fattispecie, per lo più rinvenibili in *Civil Law*, che se non espressamente tipizzate dal legislatore secondo un chiaro schema contrattuale (si pensi alla disciplina codicistica del contratto preliminare e del contratto di opzione), sono comunque state create dalla giurisprudenza pur senza un considerevole impiego (come il *Vorvertrag* e l'*Option*³ in Germania, come pure l'*avant-contrat*⁴ in Francia) potrebbe quasi dirsi che il diritto

² La teoria o, se si vuole, la problematica dell'affidamento e dei presupposti in presenza dei quali esso esige una specifica tutela, ha notoriamente interessato i teorici afferenti alla gran parte degli ordinamenti giuridici vigenti, dando vita ad una copiosa produzione letteraria sul tema. A mero titolo esemplificativo, in questa sede si richiamano alcuni significativi contributi e, segnatamente, per quanto concerne l'esperienza nazionale: A.TORRENTE-P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, p.508-510; G.MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, *passim*.

In prospettiva comparatistica e con specifico riguardo ad uno degli strumenti rimediali più in uso, tra quelli connessi alla tutela dell'affidamento, si vedano: D.MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel: rapport français*, pp. 247-276, in B.FAUVARQUE-COSSON, *La confiance Légitime et l'estoppel*, Paris, 2007 e J.CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel*, in *idem*, pp. 321- 348; G.E.MAGGS, *Report concerning the United States of America*, in *idem*, pp. 415-444 e F.FAUST&V.WIESE, *Protecting Legitimate Expectations: the German perspective*, pp. 99-135, in *idem*.

³ 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*.

⁴ 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.MOUSERON, *L'avant-contrat*, Parigi, 2001, *passim*; O.DESHAYES, *L'avant-contrat*, Parigi, 2008, *passim*.



abbia lasciato più che campo libero all'iniziativa degli uomini d'affari, allorché si siano trovati impegnati, come spesso accade nel commercio internazionale, nello svolgimento di lunghe e/o complesse trattative negoziali.

Ed effettivamente, nessuna disposizione ha mai contemplato e regolato alcuna delle molteplici fattispecie cui le parti possono dar vita, allorché si trovino in fase di negoziazione, per perseguire le più disparate finalità che vanno, ad esempio, dalla regolamentazione del prosieguo delle trattative alla progressiva determinazione del contenuto del contratto definitivo avuto di mira, dalla reciproca dichiarazione degli aspetti su cui ciascuna è disposta a cedere in favore dell'altra allo scambio di informazioni utili ad una valutazione di fattibilità dell'intero affare.

Eppure, la pratica del commercio internazionale dimostra ampiamente che la quantità di *statements* promananti da ciascuno degli interessati durante tutto il lungo processo che conduce alla nascita del contratto è senz'altro considerevole ma, al tempo stesso, che quasi nessuna di esse si presta ad essere facilmente ricondotta alle tradizionali categorie giuridiche previste dagli ordinamenti nazionali e ciò perché, in molti casi, queste ultime si sono rivelate non adatte a "interpretare" e veicolare adeguatamente le numerose esigenze facenti capo agli interessati.

Tale circostanza non desta, in effetti, particolare meraviglia atteso che, in generale, la fase pre-contrattuale, di per sé, non ha mai beneficiato di grande considerazione da parte del formante legislativo (nazionale, in particolar modo), quantomeno nel senso di vedersi "dedicata" una disciplina apposita, in grado di contemplare e regolare le molteplici vicende, che possono aver luogo prima che un contratto venga perfezionato, e di coniare, eventualmente, nuove e specifiche categorie giuridiche.

Al limite, ci si è preoccupati di "controllare" la condotta delle parti, impegnate nello svolgimento delle trattative, dettando precise regole comportamentali e prevedendo una specifica forma di responsabilità, appunto pre-contrattuale, per l'ipotesi di violazione delle stesse.

Sotto questo profilo, alcune esperienze nazionali, per lo più 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

In questa sede, pare almeno doveroso dar conto delle perplessità destate, in taluni, dall'impiego della nuova categoria, nella misura in cui se ne è proposta, da subito, un'accezione ampia, 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 si sofferma sul particolare impiego che la figura stessa riceve nel settore delle vendite immobiliari ponendone in luce, al tempo stesso, i connotati per i quali essa tende a differenziarsi dalla figura di contratto preliminare, ben nota al nostro sistema giuridico.



approfondite dissertazioni dottrinali che ne hanno esaustivamente chiarito il contenuto: la *culpa in contrabendo* elaborata da *Jhering*, 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*, poi, sebbene rispetto ad alcune esperienze sia 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 in tal senso non ha prodotto altro che un lento abbandono delle originarie, rigide, posizioni su cui, a lungo, essa è rimasta arroccata ed una (soltanto) 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.

Tale sostanziale *lack of specific rules* non ha, tutto sommato, incontrato il reale disappunto degli imprenditori anzi, diciamo pure, che la situazione ha procurato loro non pochi vantaggi, almeno nella misura in cui li ha indotti a predisporre autonomamente i documenti contenenti le proprie dichiarazioni negoziali senza l'assillo di dover rispettare schemi, contenuti minimi e adempimenti formali normativamente preconfigurati, forse più garantisti, ma sprovvisti della flessibilità necessaria, nella prospettiva di un *businessman*, per poter costantemente adeguare le proprie scelte ad ogni pur minima variazione dell'andamento del mercato.

Il risultato pratico, dunque, di tale atteggiamento sempre più autoreferenziale, che ha portato i *merchants* alla progressiva estromissione dei tecnici del diritto dalla fase delle contrattazioni e, soprattutto, all'autonoma predisposizione dei relativi documenti negoziali⁵, è rappresentato dallo “scenario” con cui si sono trovate a fare i conti le corti, soprattutto arbitrali, allorché hanno dovuto smaltire il (prevedibilmente) cospicuo contenzioso cui essi hanno dato vita, attese le numerose difficoltà interpretative che ne sono derivate:

⁵ In questa maniera e, come si avrà modo di sottolineare più avanti nel corso della trattazione, i *merchants* hanno offerto un cospicuo contributo alla creazione di una certa tipologia di *soft law*. Sul punto, B.LINDÉN-G.ROOS, *Business Contracts in International markets*, Lund, 2005, p. 33: «There is also a kind of soft law that businesses have themselves accomplished when drafting letters of intent clauses, or specifying how and when they intended to form the valid contract, or referring to their documents developed by an international association (e.g., the ICC) to *lex mercatoria* or other contract and trade principles (the European Principles, the CISG). In this sense, the parties themselves contribute to uniformity in trade patterns».



formulazioni volutamente generiche, non di rado nebulose e comprensibilmente manchevoli rispetto ad alcuni, pur rilevanti, profili strettamente giuridici.

Ecco, allora, che dinanzi ad una indistinta congerie di fattispecie concrete che, pure, i *lawyers* hanno tentato di inserire, in qualche modo, nei sistemi normativi vigenti, attraverso il richiamo a categorie e figure giuridiche tipiche ed anche a costo di offrire, spesso, soluzioni chiaramente forzate, l'apporto della giurisprudenza si è rivelato senza dubbio prezioso. Si deve ad essa infatti ed in particolare a quella di *Common law*, il merito di aver coniato delle nuove figure *ad hoc* che servissero, quantomeno, a descrivere le configurazioni più ricorrenti nella prassi.

Il dato, del resto, non stupisce, considerato che 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*, salvo poi essere mutate nella prassi dei Paesi di tradizione diversa.

2. Ad ogni buon conto, dinanzi alle “soluzioni” approntate autonomamente dagli stessi *merchants* prima che un contratto definitivo potesse dirsi concluso, tribunali e corti arbitrali si son trovati, di volta in volta, a dover risolvere il quesito circa l'effettiva portata delle medesime, ovverosia, circa gli effetti giuridici che a ciascuna di esse potessero, eventualmente, essere attribuiti onde ricollegarvi, se del caso, efficaci strumenti rimediali.

Più specificamente, due sono i principali interrogativi che si sono posti rispetto alla materia esaminata (e ai quali, del resto, si cercherà in questa sede di offrire una risposta): innanzitutto, viene spontaneo chiedersi fino a che punto una *pre-contractual declaration* possa considerarsi *binding* in sé e per sé. In secondo luogo, ci si domanda ancora se, e quali, *legal effects* possa acquisire una dichiarazione resa in fase pre-contrattuale, nella misura in cui essa venga ad essere incorporata nel contratto definitivo o, comunque, si riveli determinante per la conclusione dello stesso.

Avendo, allora, ben presenti tali puntuali prospettive di indagine si consideri, anzitutto, l'approccio alle fattispecie pre-contrattuali adottato nelle esperienze di *Common law*, prima e di *Civil Law*, poi; allo stesso tempo, ciò dà modo di verificare di quali strumenti abbiano potuto concretamente disporre gli organi giudicanti allorché abbiano attinto, prevalentemente, alle fonti normative nazionali e se, eventualmente, delle risposte più esaustive e soddisfacenti avrebbero potuto ottenersi applicando il diritto a vocazione transnazionale (soprattutto quello di più recente emanazione) spesso rappresentato da principi, più che da vere e proprie disposizioni cogenti, e pertanto, più affine alla famiglia del *soft law* che a quella di *hard law*.

Dall'esame, allora, della casistica più significativa di *Common Law*, le denominazioni risultate di maggior impiego sono le seguenti e, per lo più, si riferiscono a forme di intesa o veri e propri accordi, raggiunti in fase di negoziazione: *lock-out agreement*, *lock-in agreement*, *agreement to use best endeavours*, *agreement to negotiate*, *agreement to negotiate in good faith*.



L'orientamento di massima tradizionalmente adottato non poteva che riflettere e rinvigorire i principi-cardine che, da sempre, ispirano il *contract law*.

Primo fra tutti, ed in grado di esercitare un forte condizionamento, si pone il “pilastro” della *freedom of contract*, la cui quasi “sacralità” rende tendenzialmente inammissibile l'apposizione di qualsiasi vincolo o limite all'autodeterminazione del *businessman*, fin tanto che egli non ritenga si siano concretamente configurate le condizioni necessarie per potersi impegnare, dando vita ad un rapporto giuridico.

Secondo tale orientamento, allora, attribuire efficacia vincolante ad un eventuale accordo (a qualunque, delle menzionate categorie, sia esso precisamente riconducibile) che si riferisca alla fase precedente la venuta ad esistenza del contratto definitivo e che, di fatto, circoscriva la libera iniziativa delle parti entro ben precisi limiti significherebbe, non soltanto, avallare un'ingiustificata compromissione di facoltà irrinunciabili, ma sortirebbe al tempo stesso il triplice, indesiderato, effetto di falsare il normale gioco della concorrenza, interferire inopportunamente nei meccanismi di negoziazione e azzerare la percentuale di rischio insita nelle contrattazioni commerciali.

Su tali premesse, allora, si è partiti dalla ben nota, tradizionale, negazione di un generale dovere di buona fede, gravante su ciascuna parte e tale da imporle l'adozione di tutte le possibili cautele nei confronti del soggetto con cui abbia intrapreso delle trattative, anche qualora esso sia oggetto di uno specifico *agreement to negotiate in good faith*, per allargare la previsione ad un più ampio raggio⁶. Lo stesso può dirsi, infatti, per un più generale *agreement to negotiate* che, obbligando alla prosecuzione delle trattative, inibirebbe concretamente il libero esercizio del diritto di recedere dalle stesse anche qualora dovesse sopraggiungere una valida motivazione oppure, anche, ne impedirebbe l'invocazione “strategica” ad opera della parte che minacci di avvalersene, con il precipuo intento di ottenere condizioni contrattuali più vantaggiose.

⁶ Il “manifesto” dell'approccio tradizionalmente adottato in *Common Law* sul tema sembra potersi rinvenire, considerata la frequenza con cui viene solitamente citato, nel *case Walford v Miles*, segnatamente nel passaggio in cui *Lord Ackner* si esprime con estrema chiarezza in merito ad un eventuale obbligo di negoziare 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 [...]*».



Il medesimo atteggiamento preclusivo si è riscontrato lungamente, almeno in linea di principio, con riguardo alle altre menzionate tipologie di *pre-contractual agreements* (*lock-out agreements, lock-in agreements* etc.).

Se quelle appena citate sono fattispecie impiegate soprattutto, se non esclusivamente, in ipotesi di applicabilità di regimi afferenti al *Common Law* (all'interno del quale, del resto, esse sono state concepite), tant'è che la casistica non offre significative esemplificazioni all'interno dell'area del *Civil Law*, una particolare categoria giuridica consente, invece, di confrontare proficuamente le due esperienze e di cogliere interessanti profili di divergenza emersi dalle più recenti evoluzioni della prassi.

Si tratta delle cc.dd. "lettere di intenti".

Le numerose pronunce giurisprudenziali e l'abbondante produzione dottrinale hanno, infatti, fatto emergere in maniera lampante che la "denominazione" maggiormente impiegata dalle parti, allorché ci si riferisca a vicende pre-contrattuali, è (o, almeno, è stata finora) proprio quest'ultima.

In linea con il carattere ormai soltanto metonimico dell'espressione "*letters of intent*", con la quale ci si riferisce al solo "documento"⁷, entro cui si trovano contenute le dichiarazioni che le parti di un eventuale contratto si rivolgono reciprocamente o, anche, che una sola di esse rivolge all'altra, sono molteplici le specifiche finalità, di volta in volta perseguite e, parimenti, plurime le espressioni all'uopo adoperate, da considerarsi sostanzialmente equipollenti: *heads of agreement, memorandum of understanding, protocol d'accord, letters of understanding, memorandum of intent* etc.⁸

Ad ogni buon conto, se la categoria è stata originariamente concepita per descrivere mere dichiarazioni non vincolanti dirette, ad esempio, a scandire il prosieguo delle trattative negoziali oppure a prevedere specifici adempimenti senza i quali il contratto definitivo avuto di mira non possa dirsi concluso, in linea di principio la giurisprudenza di *Civil Law* non sembra essersi, nel tempo, discostata molto da tale posizione restrittiva, costruita intorno al presupposto di non *enforceability*, a sua volta tradizionalmente evocato dall'impiego della dizione "lettera di intenti" o altra similare.

Tale denominazione, infatti, rappresenterebbe un'inequivocabile manifestazione della volontà degli interessati di collocare la fattispecie realizzata chiaramente al di fuori dell'area del "giuridicamente vincolante".

Né, del resto, apparirebbe strana, nel contesto commerciale, una determinazione di questo tipo. Molteplici, senza dubbio, le motivazioni che potrebbero indurvi. Tra esse, di certo non occupa un ruolo di secondo piano la prevalenza sovente attribuita dagli stessi

⁷ Molto efficacemente in R.B.LAKE-U.DRAETTA, *Letters of intent and other precontractual documents: comparative analysis and forms*, Salem, New Hampshire, 1994, p.9, si legge: « [...] "terminology anarchy" still seems to be the prevailing situation, and we feel comfortable in using the term as a collective phrase for precontractual instruments in general ».

⁸ Diverse sono le finalità cui tali denominazioni specificamente ottemperano. Si rinviene una scrupolosa disamina di molte di esse in M.FURMSTON-T.NORISADA-J.POOLE, *Contract formation and letters of intent*, Chichester (England), 1998, pp. 143-145.



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, spingono ad affidare il felice esito di un'operazione economica al rispetto di un codice deontologico, ispirato a principi di buona fede, correttezza ed onorabilità, piuttosto che ad un rigido sistema rimediabile, probabilmente più garantista ma, al tempo stesso, poco confacente alle esigenze di flessibilità e mutevolezza connesse al gioco della concorrenza.

Ecco, allora, che agli occhi dell'interprete di *Civil Law*, l'*intention to be bound*⁹ o, all'opposto come nelle ipotesi in esame, *not to be bound* sembra divenire un elemento di imprescindibile rilevanza al momento della qualificazione di una fattispecie concreta e, pertanto, va rispettato e valorizzato al massimo.

Per giunta, esso sembra trovare riflesso nella voluta incompletezza della fattispecie che non si presenta corredata di tutte le componenti della categoria astrattamente delineata dal legislatore, quelle essenziali come quelle accessorie.

Una efficace esemplificazione di tale orientamento si rinviene, invero, nella recente giurisprudenza italiana: è del 2009 la sentenza (n. 2561) emanata dalla Suprema Corte di Cassazione la quale, inserendosi a pieno nel solco già tracciato dalle sue precedenti pronunce, peraltro pressoché fedelmente seguite dai giudici di merito, dopo aver premesso che «[...]ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate nel contratto, con la conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi, quando la comune volontà delle parti emerga in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate, e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa», ha poi precisato che: «[...]ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosene ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori».

L'*intention to contract*, dunque, unitamente alla completezza contenutistica sono l'inscindibile endiadi che consente di tracciare nettamente la linea di confine tra ciò che è contrattuale e ciò che (ancora) non lo è.

Nel caso di specie, la documentazione redatta dalle parti integrava gli estremi di una mera "minuta o puntazione", vale a dire di un documento che definisce solo parte degli elementi di un futuro contratto; certo, può ben darsi l'eventualità che le parti abbiano raggiunto un'intesa sugli elementi essenziali della fattispecie definitiva (si parlerebbe, in quel caso, di minuta o puntazione completa di clausole) ma se esse hanno ritenuto di rinviare ad un momento successivo la loro volontà di vincolarsi, è evidente allora che l'elemento della *intention* sia inevitabilmente carente e che si versi ancora in uno stadio propedeutico alla nascita di un contratto vero e proprio.

⁹ Un'accurata ed illuminata analisi sull'elemento della *intention to create legal relations* e sul ruolo che ad esso è stato, nel tempo, riconosciuto nelle esperienze di *Common Law* come in quelle di *Civil Law*, si veda S.SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, *passim*.



Le lettere di intenti al pari delle minute si inseriscono nell'ambito delle problematiche relative alla formazione del contratto e anch'esse, secondo l'orientamento seguito dalla giurisprudenza italiana, vanno qualificate come atto meramente precontrattuale qualora, dall'accertamento della volontà delle parti, si rilevi che tale intesa sia stata sottoscritta al solo fine di manifestare o formalizzare l'intento di trattare o di puntualizzare la trattativa.

In altri termini, finché le parti non abbiano raggiunto l'accordo su tutti i punti oggetto del contratto e non abbiano espresso un'attuale volontà di vincolarsi, un vero vincolo negoziale non può dirsi sorto, con la conseguenza che si verterà sempre in una fase pre-contrattuale.

La preoccupazione, sin qui descritta con riferimento all'area del *Civil Law*, di valorizzare al massimo l'*intention* delle parti, allorché essa fosse inequivocabilmente diretta alla creazione di un vincolo contrattuale o, al contrario, fosse orientata in direzione diametralmente opposta, ha rappresentato per molto tempo un'irrinunciabile esigenza anche dell'interprete di *Common Law*. Tipico, e alquanto ricorrente nella casistica più datata, si è presentato il ricorso delle parti all'impiego della formula "*subject to contract*" (sconosciuta al *Civil Law* e sostituita con diciture equipollenti) per sottrarre, pressoché automaticamente, la fattispecie che ne risultasse munita al regime di *enforceability* previsto per le figure qualificate come vincolanti. Allo stesso scopo, in altri casi, in maniera ancora più incisiva, la precisazione di assenza di ogni e qualsiasi obbligazione, in conseguenza delle dichiarazioni rese, è stata rafforzata attraverso l'inserimento di una clausola di esclusione di responsabilità¹⁰.

Con il passare del tempo e, soprattutto, con i profondi e repentini mutamenti verificatisi nella realtà economica, tanto più quella dei traffici transnazionali, l'approccio del formante giurisprudenziale ha dovuto necessariamente abbandonare posizioni, quale quella sin qui descritta, spesso ostinatamente rigide e, di sicuro, non adatte ad intercettare le concrete esigenze del mercato.

Anzitutto, il ruolo dell'elemento soggettivo ai fini della configurazione di una fattispecie contrattuale è stato progressivamente ridimensionato e, prima ancora, la sua stessa natura è stata opportunamente "ripensata".

La volontà delle parti ha cominciato ad essere indagata nel suo oggettivarsi nella condotta concretamente da queste assunta, e nel suo inserirsi coerentemente all'interno delle circostanze, tutte, che valgono a contraddistinguere una determinata vicenda.

Più che lasciarsi condizionare dalle denominazioni adoperate dagli interessati per imprimere alle proprie dichiarazioni una precisa "portata" (soprattutto, in senso non vincolante), le corti giudicanti hanno preferito valutare l'intero assetto economico di fatto

¹⁰ Sovente, la clausola in esame reca una dizione del seguente tenore: «[...]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 part». Così in M.FONTAINE-F.DE LY, *Drafting International Contracts – An analysis of Contract Clauses*, Ardsley (NY), 2006, pp.22.



già concordato, e spesso già avviato all'esecuzione, verificandone l'impatto sul mercato, prima ancora che sul piano strettamente giuridico.

Molto più di una qualsiasi ricostruzione teorica può risultare efficace ai fini di una fedele rappresentazione di tale progressivo "cambiamento di rotta" registratosi nella giurisprudenza di *Common Law*, richiamare, a questo punto, la sentenza¹¹ del 2010 della *Supreme Court*, con cui è stata riconosciuta ad una lettera di intenti, per giunta a fronte dell'impiego della clausola "*subject to contract*", la piena attitudine a dispiegare *binding effects*. È evidente che, come ormai accade sempre più frequentemente, nei criteri di valutazione adoperati dai giudicanti abbiano esercitato un peso determinante considerazioni, squisitamente legate al mercato, di *efficiency* e, più genericamente, di *expediency* che hanno indotto a valorizzare al massimo la circostanza per cui, ad onta delle denominazioni adottate, le parti avessero già raggiunto un accordo sugli *essential terms* (ivi incluso il prezzo dell'intero contratto) ed una di esse avesse già eseguito un certo quantitativo di lavoro, su richiesta dell'altra.

Qualora, dunque, lo richiedano ragioni di "opportunità" economica anche l'alea presuntiva di non vincolatività che, notoriamente, aleggia intorno alle *letters of intent* si dirada inesorabilmente, in nome di una maggiore coerenza delle conseguenze giuridiche dell'agire economico.

A ben guardare, in *Common Law*, la tendenza ad abbandonare le tradizionali, rigide, posizioni ha riguardato non soltanto le lettere di intenti, ma anche alcune tra le figure giuridiche su richiamate, spontaneamente formatesi dalla prassi perpetrata nel tempo dai *businessmen*.

Ne è derivato che, non di rado, l'accordo eventualmente raggiunto dalle parti durante le trattative sia stato ritenuto, dall'autorità giudicante, efficace e, dunque, *enforceable*, in quanto munito di alcuni fondamentali elementi, quali la *consideration* e un elevato grado di *certainty* inteso, quest'ultimo, nel duplice significato sia di precisi limiti temporali entro cui sussiste il vincolo imposto alla libertà delle parti, sia di sufficiente livello di determinatezza in ordine al contenuto essenziale del rapporto giuridico che si va a costituire (e ciò, soprattutto, nei casi in cui l'"intesa" pre-contrattuale era tesa precipuamente a "crystallizzare" alcuni risultati parziali della negoziazione e, dunque, già conteneva termini del contratto definitivo). Parimenti, la precisa individuazione dei singoli *steps*, atti a scandire il prosieguo delle trattative (e ci si riferisce, soprattutto, ai cc.dd. *agreements to use best endeavours*), avrebbe conferito alla fattispecie concreta, sempre nell'opinione dei giudici di *Common law*, un connotato di determinatezza sufficiente ad imprimerle forza di accordo pienamente vincolante e dunque, ancora una volta, *enforceable* dinanzi all'autorità competente¹².

¹¹ 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.

¹² 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*



D'altro canto, tale approccio non desta particolare meraviglia se solo si abbia riguardo al fatto che negli ordinamenti di *Common law*, la materia dei *commercial agreements* risulta, da sempre, connotata 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 commerciale¹³.

Qualora le parti interessate intendano, pertanto, posporre il momento perfezionativo di una fattispecie vincolante alla compiuta realizzazione della fase negoziale non possono, evidentemente, fare più affidamento sulla semplice apposizione di clausole quale quella "*subject to contract*" per scongiurarne la qualificazione in termini contrattuali ad opera dell'autorità giudicante, che su di essa sia chiamata a pronunciarsi, giacché quest'ultima potrebbe ritenere di ravvisare in essa inequivocabili *indicia of seriousness*.

All'interno dello stesso *Common Law*, poi, il versante americano ha dimostrato un'apertura ancora maggiore, rispetto alle corti inglesi, nel prediligere soluzioni più confacenti alle relazioni commerciali tra *businessmen*, che esigessero di smussare le spigolosità delle posizioni tradizionali. Ed è per questo motivo che, 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, esse hanno espressamente fatto appello ad un vero e proprio *commercial need* per giustificare la scelta di attribuire, anche a tali fattispecie, significativi margini di utilità pratica.

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*, costituisca un chiaro segnale della volontà delle parti di imprimervi *legal enforceability*¹⁴.

endeavours". Una rilettura in tal senso viene proposta da S.BANAKAS, in *Liability for contractual negotiations in English Law: looking for the Litmus Test, InDret*, Vol.1, 2009, pp. 11-12 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 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.*

¹³ In tal senso, B.LINDÉN-G.ROOS, *Business Contracts in International markets*, cit. p.54: «[...] *As far as business contracts are concerned, a general view is that these are intended to be legally binding. In English law the party that wishes to prove the absence of any intention will have to produce evidence. In determining the intention, an objective test is used by asking whether a reasonable person would regard the agreement as legally binding[...]*». *Amplius*, si veda *Edwards v Skyways Ltd* (1964) 1 *All ER* 1145.

¹⁴ *Restatement (Second) of Contracts* § 33 (1981); *U.C.C.* §§ 2.204 (3) e il commento, 2-305 (1)(b) (1978).

In particolare, in A.SCHWARTZ & R.E. SCOTT, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, in *Harvard Law Review*, January 2007, n.3., vol. 120, 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*



È evidente, comunque, da tutto quanto sin qui chiarito che pur approdando a soluzioni differenti (dato, quest'ultimo, peraltro di non poco conto) la giurisprudenza di *Common Law* e quella di *Civil Law*, si sono mosse su di un terreno sostanzialmente comune, per ciò che concerne l'impostazione della problematica principale, cioè quella della riconoscibilità, o meno, di *binding effects* alle fattispecie pre-contrattuali elaborate dagli stessi operatori del commercio, a ciò indotti (per non dire incoraggiati) dalla mancanza di disposizioni specifiche dettate dai singoli ordinamenti nazionali.

In altre, e più esplicite parole, si è trattato essenzialmente di operare una scelta tra due soluzioni estreme: o qualificare la fattispecie concreta in termini contrattuali, oppure negare qualsiasi idoneità a produrre effetti giuridicamente rilevanti.

Detto altrimenti, o essa è un contratto o non è: *tertium non datur*.

A lungo, pertanto, i *lawyers* hanno tentato di inquadrare o di ricondurre in qualche maniera il caso concreto nell'alveo di applicazione delle disposizioni dettate dagli ordinamenti nazionali in tema di formazione del contratto; inevitabile è stato l'effetto per cui, nella gran parte dei casi, il risultato conseguito sia apparso inevitabilmente una forzatura.

3. Non è certo un caso che siano proprio i testi normativi e le raccolte di principi a vocazione internazionale a prospettare ulteriori dimensioni in cui può cogliersi una rilevanza, tutta nuova, delle dichiarazioni rese dalle parti in fase negoziale.

Pur considerate, qui, secondo due raggruppamenti fondamentali che vedono principi *UNIDROIT*, *PECL* e *DCFR* da un lato e *CISG* e *CESL* dall'altro, tali fonti "transnazionali" si originano da un'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, esse si propongono di elaborare principi generali e regole comportamentali in grado di individuare (o proporre, nel caso del *CESL*) un nuovo sistema normativo o linee guida, muniti di un sufficiente grado di flessibilità e di capacità adattativa che li renda uno strumento di facile impiego ad opera degli interessati.

Di certo, non può dirsi che l'impostazione tradizionalmente accolta ed incentrata sul riferimento alle norme dettate in tema di formazione dei contratti venga, qui, del tutto abbandonata, anzi alcune disposizioni che vi si trovano contenute, pur attraverso formulazioni diverse, suggeriscono un approccio valutativo delle fattispecie precontrattuali (soprattutto recanti lo schema negoziale di *agreement*) non molto dissimile da quello adottato avvalendosi di strumenti normativi o categorie giuridiche domestiche. Si ripropone, in altri termini, il riferimento al meccanismo offerta-accettazione che fa da perno nella vicenda

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)].



genetica di una fattispecie contrattuale e che dà origine all'imprescindibile componente oggettiva dell'accordo.

All'interno, però, del tradizionale panorama normativo entro la cui operatività cercare di ricondurre il coacervo di epifanie della volontà dei *businessmen* che si accingano alla realizzazione di un'operazione economica su scala transnazionale, è possibile scorgere significativi germi di novità.

Con riguardo al primo gruppo di fonti (*UNIDROIT*, *PECL* e *DCFR*), un dato interessante emerge dal testo del *DCFR* e, precisamente, dall'art. 4:101 nella parte in cui la norma che vi si trova contenuta, nell'enunciare i requisiti necessari per la conclusione di un contratto, amplia la portata dell'elemento soggettivo, ponendo un'alternativa alla consueta intenzione della parte di dar vita ad una relazione giuridicamente vincolante, essenzialmente di tipo contrattuale, e orientando la stessa anche verso la produzione di «*some other legal effects*».

Questa disposizione sembra voler suggerire dunque, 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 possano altresì assumere una forma e, se si vuole, una portata diversa.

In effetti, l'elemento intenzionale che sorregge una manifestazione di volontà, al fine di imprimerle l'attitudine a dispiegare efficacia vincolante, non deve essere necessariamente rivolto alla creazione di un nuovo contratto ma deve, piuttosto, essere solo connotato da serietà, almeno secondo quella che è la ragionevole percezione di chi riceve la dichiarazione attraverso cui la volontà stessa prende forma.

Ne costituisce riprova il disposto della norma di cui all'art. 6:101 dei *PECL*, la quale sancisce espressamente l'attitudine a dar vita ad obbligazioni contrattuali di una qualsiasi dichiarazione, resa anche anteriormente alla conclusione di un contratto, per il solo fatto che la parte, cui essa era rivolta, l'abbia così intesa e sempre che, ovviamente, ricorrano determinate circostanze.

Tale previsione rappresenta, del resto, un'applicazione del più generale principio della tutela dell'affidamento, ingenerato nel destinatario da una dichiarazione o da un comportamento concludente, già enunciato nel testo dei Principi *Unidroit*, all'art. 1.8, rubricato "*Inconsistent behaviour*". Non a caso, infatti, il commento ufficiale al principio stesso, annovera tra le esemplificazioni delle dichiarazioni idonee a generare un ragionevole (e, per ciò, tutelato) affidamento, quelle rese in fase pre-contrattuale.

Quali, poi, i "*some other legal effects*" che possono ricollegarsi allo *statement* di una parte, o di entrambe, espresso durante le trattative, lo si comprende già solo leggendo il secondo comma del su menzionato art. 6:101 dei *PECL*.

Si rinvengono, infatti, in questa disposizione i primi, embrionali, sintomi di una tendenza alla valorizzazione concreta delle fattispecie pre-contrattuali, destinata a subire una più matura e completa evoluzione prima in *CISG* e, da ultimo, nella più recente proposta di regolamento del *Common European Sales Law*.



Tale mutata rilevanza si è tradotta nel concepimento di un preciso fenomeno, previsto nelle tre menzionate raccolte di disposizioni, consistente nella incorporazione nel contratto definitivo delle dichiarazioni rese da una parte all'altra durante il procedimento che ha condotto alla sua formazione.

L'art. 6:101 *PECL* stabilisce, precisamente, che la parte che sia un *professional supplier*, atto a fornire informazioni sulla qualità o sull'uso dei 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, della prescrizione 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 una esemplificazione dei casi in cui tale onere risulti disatteso e, tra di essi, alla lettera b) viene menzionata l'ipotesi in cui 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*».

Nell'ambito della proposta di regolamento denominata CESL, l'art. 69 regola poi 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 il contratto ancora non era sorto ed, anzi, fatte proprio per incentivarne la conclusione, vengono “automaticamente” riversate nel contenuto dell'accordo definitivo vincolante.

Ai sensi del successivo art.100 (1)(f), il possesso «*of the qualities and performance capabilities indicated in any pre-contractual statement which forms part of the contract*» diviene, dunque, parte integrante della prestazione, al cui adempimento è tenuto il *seller* e contribuisce a delineare 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*¹⁵.

¹⁵ Per un'accurata disamina della disposizione in questione, si veda S.KRÖLL-L.MISTELIS-P-PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, München, 2011, 518-522; U.MAGNUS, in H.HONSELL, *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Art. 35, par. 18 (2010); P.SCHLECHTRIEM-I.H.SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010, 568 ss.; C.M.BIANCA-J.BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, 268-283.



Basti solo pensare al fatto che, in base alle previsioni contenute nella Convenzione di Vienna, vengono incorporate nel contratto solamente quelle statuizioni precontrattuali che indichino uno specifico impiego cui il bene, oggetto della compravendita, è destinato, laddove invece in *CESL* si parla di generiche “*characteristics*” che il bene fornito deve presentare; è evidente, dunque, che ad un’espressione così ampia possano essere ricondotte un’infinità di prerogative e che, per tale via, una molteplicità di casi pratici sarebbero riconducibili nell’alveo di operatività della norma.

Un siffatto regime di responsabilità, particolarmente penalizzante nei confronti del venditore, fortemente esposto al rischio di incorrere facilmente in inadempimenti contrattuali, se da un lato si spiega con la circostanza per cui la proposta di regolamento *CESL*, a differenza della *CISG*, è volta a regolare anche i rapporti *B2C*, dall’altro può legittimamente destare qualche perplessità in ordine all’effettivo impiego che potrà ricevere nella pratica uno strumento che si propone di essere “opzionale”, ovvero sia che auspica di essere preferito rispetto ai regimi nazionali.

Ad ogni buon conto, tralasciando in questa sede tali, pur interessanti considerazioni, ciò che più rileva, ai fini della riflessione in corso è che, per la prima volta, 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, in virtù di un meccanismo di automatica (*sic!*) incorporazione, 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 *businessman*, 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, fuorvianti.

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.

Una certa evoluzione, rispetto alle soluzioni adottate facendo riferimento ai regimi normativi nazionali si registra inoltre con riguardo alle fattispecie concrete, contrassegnate dall'apposizione della, su menzionata, clausola “*subject to contract*” o di qualunque altra espressione affine.

Pur senza negare la valenza tradizionalmente accordata all’inserimento di tali dizioni nel testo di una fattispecie precontrattuale, l’approccio adottato dai testi normativi a vocazione sovranazionale risulta fortemente intriso del principio del *favor contractus*, probabilmente suffragato anche dalla presunzione di vincolatività giuridica delle relazioni commerciali ed ecco, dunque, che nei casi di dubbia interpretazione, si predilige riconoscere la sussistenza di un vincolo contrattuale nella configurazione specifica adoperata dalle parti.

Del resto, lo stesso art. 2.1.13. degli *UNIDROIT* (per il quale si rinviengono disposizioni pressoché coincidenti sia in *PECL* che in *DCFR*), non a caso impiega il verbo «*insist*» per sottolineare l’imprescindibile chiarezza con cui è tenuta a manifestare la propria volontà la parte che intenda sottrarre l’accordo, eventualmente intervenuto durante le trattative, al regime di piena vincolatività rinviandone il perfezionamento ad una fase successiva; in ogni caso, anche qualora tale condizione si verificasse puntualmente, nulla impedirebbe che, prevalenti considerazioni di *commercial efficacy*¹⁶, rendano preferibile ignorare l’“indicazione” offerta dall’interessato e far retrocedere alla fase negoziale l’effettiva nascita del contratto definitivo.

4. Alla luce delle osservazioni e dei rilievi sin qui compiuti, alcune brevi riflessioni conclusive sembrano, a questo punto, doverose.

¹⁶ Il ruolo dirimente svolto dalle considerazioni di *business efficacy* che, non di rado, nelle transazioni internazionali, possono rappresentare un valido supporto interpretativo atto ad “integrare” l’intenzione delle parti soprattutto quando questa non sia stata esplicitamente manifestata, viene efficacemente sottolineato nella sentenza *The Moorcock*, in cui si legge: «[...] *In business transactions such as this, what the law desires to effect by the implication is to give such business efficacy to the transaction as must have been intended at all events by both parties who are business men; not to impose on one side all perils of the transaction, or to emancipate one side from all the chances of failure, but to make each party promise in law as much, at all events as it must have been in the contemplation of both parties that he should be responsible for in respect to those perils or chances*» *The Moorcock*, (1889) 14 PD 64, p. 68, per Bowen LJ.



L'area tematica del *pre-contractual stage*, con il suo intrinseco connotato di complessità e, soprattutto, con le molteplici soluzioni “improvvisate” dagli stessi operatori economici, a ben guardare, il simbolo di un'odierna 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 conflitto tra due realtà parallele, che viaggiano a velocità differenti e che faticano ad allinearsi nuovamente su di un medesimo binario¹⁷.

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 – si è visto - 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.

Eppure, in questo scenario, proprio sul terreno dei *pre-contractual statements* è possibile ravvisare i sintomi di una rinnovata sensibilità del formante legislativo, più propenso ad abbandonare l'ostinato arroccamento su posizioni normo-centriche 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*.

Sono, in particolar modo, le fonti normative a vocazione internazionale che lasciano intravedere un significativo barlume di novità, nella misura in cui suggeriscono nuovi piani di rilevanza e ulteriori profili di efficacia per le dichiarazioni rese dalle parti durante lo

¹⁷ Un'interessante riflessione, utile ad un approfondimento sul tema *Law and Economics*, viene proposta da P.CSERNE, *Consequence-Based Arguments in legal Reasoning: A Jurisprudential Preface To Law and Economics*, in K.MATHIS, *Efficiency, Sustainability, and Justice To Future Generations*, Dordrecht, 2012, pp. 3-29.



svolgimento delle trattative, dando vita, in altri termini, ad una *bottom-up evolution* del diritto (che si tratti di principi o di vere e proprie disposizioni normative) in quanto propongono soluzioni chiaramente suggerite dalle vicende che animano l'odierno mercato globalizzato.

Ecco, allora che tra le due originarie soluzioni estreme “contratto” o fattispecie “giuridicamente inesistente”, 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, 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 predeterminati, attesa la molteplicità degli scenari che possono delinarsi in base al modo in cui le circostanze concrete si combinano tra di loro.

Del resto, la vera funzione della *intention*, contrariamente alle eccessive generalizzazioni operate da alcuna dottrina che si ostina ad affermarne la natura di categoria autonoma, la vede collocarsi pur sempre in una posizione complementare rispetto alla *consideration*, nella misura in cui provvede a colmare le lacune di un rigido sistema di *bargain*, di per sé incapace di calibrare la qualificazione delle fattispecie concrete secondo i parametri di *policy* propri, per quanto rileva in questa sede, della realtà del commercio internazionale.



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 *businessman*.

Soltanto guardando ai fenomeni ed alla realtà, in genere, attraverso la prospettiva di chi li 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, finalmente efficaci.

La giurisprudenza, anche in questa direzione ed ancora una volta, sembra indicare al legislatore la via da seguire.

Nella già menzionata sentenza¹⁸ della *Supreme Court* del 2010 la valutazione del carattere vincolante, o meno, di una fattispecie precontrattuale, passa non soltanto attraverso «*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*».

Viene allora spontaneo, a questo punto, domandarsi: in cosa, mai, consiste l’applicazione del criterio dell’*honest sensible businessman*, 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*?

¹⁸ Si veda sopra n.11.