

AFFIDAMENTO PRECONTRATTUALE E RIMEDI NEI SISTEMI CON “IMMUNITÀ PRECONTRATTUALE”

ANTONIO LAS CASAS

SOMMARIO: 1. Il problema: gli interessi delle parti a fronte del fallimento della trattativa – 2. Il trattamento giuridico del problema e le possibili forme di tutela degli interessi delle parti: il punto di vista di un sistema “*a responsabilità precontrattuale*” – 3. Segue: Il punto di vista di un sistema con “*immunità precontrattuale*” – 4. Il fallimento della trattativa nel diritto inglese ed australiano in particolare: l'affidamento tra rimedi contrattuali e *estoppel*. – 5. L'affidamento e i rimedi risarcitori limitati all'interesse negativo – 6. Il diritto statunitense: la “doppia natura” del *promissory estoppel* e la duplicità di problemi posti dall'affidamento – 7. Applicazione del *promissory estoppel* con funzione di tutela dell'interesse delle parti al conseguimento del risultato finale dello scambio – 8. Applicazione del *promissory estoppel* con funzione di tutela dell'interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa – 9. Considerazioni conclusive sul *promissory estoppel* nel diritto statunitense – 10. Considerazioni sui risultati dell'indagine comparatistica – 11. I modelli di contrattazione e i modelli di tutela: il problema dell'investimento precontrattuale – 12. L'investimento precontrattuale e le sue possibili funzioni economiche – 13. Segue: l'investimento “performativo” – 14. L'investimento informativo – 15. Conclusioni – 16. Segue: il problema specifico dell'investimento performativo dal punto di vista giuridico – 17. Segue: il problema specifico dell'investimento informativo dal punto di vista giuridico

1. Il fallimento della trattativa diretta alla stipulazione di un contratto comporta la frustrazione di alcuni interessi economici delle parti. Tali interessi assumono astrattamente rilievo dal punto di vista economico e spetta al sistema giuridico valutare la loro meritevolezza di tutela e gli strumenti giuridici appropriati per la attuazione di tale tutela.

La mancata conclusione di uno scambio impedisce in primo luogo alle parti di soddisfare il loro interesse al conseguimento del relativo risultato economico.

Quando la trattativa abbia ingenerato un qualche affidamento, che si sia tradotto in atti economicamente onerosi, però, com'è evidente, le parti (o più probabilmente una di esse) subiscono anche il danno derivante dall'aver impiegato risorse nella prospettiva di un affare che non si conclude.

Il fallimento della trattativa in presenza di investimenti solleva, dunque, anche il problema della tutela dell'interesse delle parti a non sopportare perdite ingiustificate a causa della trattativa⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Tali interessi sono stati definiti come l'interesse all'esecuzione del contratto e interesse “alla mancata conclusione del contratto” e chiamati rispettivamente “interesse contrattuale positivo” e “interesse contrattuale negativo”, com'è noto, da R. VON JHERING nel suo celebre saggio sulla *culpa in contrahendo*, del quale si v. ora la traduzione italiana (a cura di PROCCHI), *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli 2005. Egli tuttavia costruì la sua teoria, non con riferimento

Le forme ed i limiti della tutela giuridica di tali interessi delle parti della contrattazione dipendono dalle regole che disciplinano la contrattazione. Tali regole possono, in astratto, procedere secondo logiche diverse ed a partire da diversi punti di vista.

2. Alcuni sistemi giuridici prevedono norme specificamente volte a porre regole di comportamento per le parti nella fase precontrattuale. Tali regole sono spesso espresse mediante il rinvio alla clausola generale di “buona fede”.

Può prendersi ad esempio il codice civile italiano che all’art. 1337 impone alle parti di “comportarsi secondo buona fede” “nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto”⁽²⁾. Tale norma viene solitamente assunta come una regola volta a governare la generalità dei problemi posti dal fallimento della trattativa e dal c.d. “affidamento

alla mancata conclusione del contratto ma principalmente con riferimento al contratto invalido o “apparentemente concluso” (perché in realtà non giunto a perfezione a causa della tempestiva revoca della proposta dopo che l’oblatore avesse spedito l’accettazione ed iniziato l’esecuzione) e la cui invalidità o apparenza di conclusione fosse in qualche modo imputabile a “*culpa*” di una parte; per l’individuazione di categorie simili nella tradizione di *Common Law* (chiamate rispettivamente *expectation interest* e *reliance interest*), v. l’altrettanto celebre saggio di FULLER - PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in 46 *Yale L. J.* 52 (1936).

⁽²⁾ Il codice civile italiano a questo proposito segue una tendenza comune a molti sistemi giuridici europei, che spesso rinviano, per espressa previsione del legislatore o per effetto di elaborazioni dottrinarie o giurisprudenziali, al criterio della buona fede per il governo delle trattative precontrattuali: per un quadro generale di carattere comparatistico v. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability – Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, Deventer-Boston 1991; ZIMMERMANN - WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000 (in particolare rispetto alla rottura della trattativa p. 236 e ss.); MUSY, *The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures*, in (2001) *Global Jurist Advances*, vol. 1: No. 1: Article 1 <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss1/art1>; ID., *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XVII, Torino 2002, p. 391 e ss.; CARTWRIGHT - HESSELINK (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge 2008; per più ampie considerazioni di carattere comparatistico in merito alla regolazione della fase precontrattuale v. VAN ERP, *The Pre-Contractual Stage*, in HARTKAMP – HESSELINK – HONDIUS – JOUSTRA – DU PERRON – VELDMAN (eds.), *Towards a European civil code*, Nijmegen 2004, p. 363 e ss.; ampi resoconti giurisprudenziali in BEALE – HARTKAMP – KÖTZ – TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford 2002, p. 237 e ss.; per una comparazione tra sistema italiano e francese v. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale*, Napoli 1999; quanto al confronto da diritto statunitense e diritto italiano, v. CARUSO, *La culpa in contrahendo (l’esperienza statunitense e quella italiana)*, Milano 1993; MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento 1999. Anche il diritto israeliano ha adottato una norma che esplicitamente disciplina il comportamento precontrattuale delle parti mediante il riferimento alla “buona fede”, in modo molto simile all’art.1337 del c.c. italiano, v. RABELLO, *Buona fede e responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 471 (prima parte) e 847 (seconda parte); analoga scelta è stata compiuta nella redazione dei “*Principi di Diritto Europeo dei Contratti*” (v. art. 2:301), per una spiegazione del ruolo complessivo della buona fede nei “*Principi*” v. CASTRONOVO, *Prefazione a Principi di diritto europeo dei contratti – Versione italiana.*, Milano 2001, p. XXX e ss.

precontrattuale”, il cui trattamento giuridico sarebbe pertanto destinato ad esaurirsi entro l’orizzonte normativo della c.d. “buona fede” precontrattuale.

Da ciò seguirebbe che le coordinate secondo le quali si articola tale trattamento giuridico del problema del fallimento della trattativa sarebbero costanti e (apparentemente) ben definite. Esse si traggono dalla consueta applicazione giurisprudenziale della nozione di “buona fede” al problema del fallimento della trattativa. Nell’esperienza italiana, ciò ha dato luogo alla fattispecie giurisprudenziale del “recesso ingiustificato dalla trattativa”, incentrata sui seguenti elementi: affidamento ragionevole “sulla conclusione del contratto”; recesso “senza giusta causa” dalla trattativa e danno, solitamente correlato al c.d. “interesse negativo”⁽³⁾.

Se questi sono gli strumenti concettuali attraverso i quali viene ordinariamente descritto (ed assume perciò rilevanza) in termini giuridici il problema della tutela degli interessi delle parti a fronte del fallimento della trattativa, ciò comporta che l’analisi di esso debba essere centrata essenzialmente su due aspetti. Occorrerebbe cioè, da un lato, verificare l’esistenza di un ragionevole affidamento di una parte che abbia ad oggetto la conclusione del contratto, dall’altro, scrutinare la “causa” del recesso dalla trattativa, al fine qualificarla “giusta” o “ingiusta”.

I rimedi cui questo approccio dà luogo, poi, sono retti essenzialmente da una logica “compensativa”, poiché hanno essenzialmente la funzione di risarcire i costi che l’affidamento precontrattuale abbia comportato in capo ad una parte e che si considerino ingiustificati a seguito del fallimento imputabile alla controparte. Sarebbe necessariamente escluso, invece, dal risarcimento, il computo dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con lo scambio non concluso.

Alla luce di questi dati, pertanto, il fallimento della trattativa, in presenza di affidamento precontrattuale di una parte, porrebbe ad un sistema giuridico così organizzato esclusivamente un problema che attiene alla tutela dell’interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa e che si risolve, secondo i criteri descritti, entro il terreno del c.d. interesse negativo.

Recenti studi comparatistici mostrano come queste coordinate per il trattamento giuridico del problema siano, in una certa misura, omogenee entro una pluralità di sistemi giuridici europei, che contengano norme (legali o giurisprudenziali) di responsabilità precontrattuale paragonabili all’art. 1337 del codice civile italiano⁴. Da tale modello si discosterebbero i sistemi c.d. di *Common Law*⁽⁵⁾, e segnatamente il sistema inglese⁶, che

⁽³⁾ Sul “fascino” di tale formula giurisprudenziale (che per lungo tempo, com’è noto, ha rappresentato l’unica applicazione della regola dell’art. 1337) v. SACCO - DE NOVA, *Il Contratto*, vol. II, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Torino 2004, p. 236 e ss., ove ampie citazioni giurisprudenziali; v. anche PATTI - PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile* diretto da SCHLESINGER, Milano 1993., p. 53 e ss. (anche per i richiami alla giurisprudenza).

⁴ CARTWRIGHT – HESSELINK, *Precontractual liability in European Private Law*, cit., p. 449 e ss.

⁵ *Ibid.*

possono essere assunti come esempi di un sistemi caratterizzati da una regola di “immunità precontrattuale”.

3. L’approccio dei sistemi giuridici di *Common Law* (inglese ed americano) sembra essere significativamente diverso. Tali sistemi, infatti, non conoscono una regola autonoma ed espressa, che valga a porre obblighi di comportamento precontrattuale delle parti, in modo analogo a quanto fa l’art. 1337 del codice civile italiano⁷. Tali sistemi, pertanto, non conoscerebbero alcun criterio alternativo alla regola di libertà per disciplinare il comportamento precontrattuale delle parti. Sarebbe perciò preclusa la possibilità di concepire una dottrina autonoma della responsabilità precontrattuale che, prescindendo dalla conclusione del contratto, miri a riconoscere alla parte delusa dal fallimento della trattativa il risarcimento dei costi inutilmente sostenuti a causa dell’affidamento precontrattuale.

Questo trattamento giuridico del problema sarebbe dunque caratterizzato dal c.d. “*all-or-nothing approach*”⁸. Poiché non esiste un’autonoma regola che ponga obblighi di comportamento nella fase precontrattuale, il problema posto dal fallimento della trattativa dovrebbe essere trattato soltanto sulla base della verifica della, avvenuta o meno, conclusione del contratto. In assenza di regole diverse dalla libertà, infatti, è soltanto dal libero consenso delle parti (e cioè dal contratto) che possono trarsi obblighi e conseguenti responsabilità per le parti.

A fronte del lamentato fallimento della trattativa e della domanda di tutela dei relativi interessi delle parti che si assumano frustrati, si dovrà in primo luogo verificare se il contratto non sia in realtà già stato concluso. In questo caso potrà riconoscersi, in base al contratto, un rimedio commisurato al c.d. *expectation interest* che pertanto tutela l’interesse al conseguimento del risultato finale dello scambio.

In alternativa, qualora si debba ritenere che il contratto non sia stato concluso, si dovrà negare qualunque rimedio alla parte che si assuma danneggiata dal fallimento della trattativa.

⁶ Cf. *Walford v. Miles* 1992 All ER 453: “the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason”, per Lord Akner.

⁷ v. in generale, sul trattamento dei problemi del fallimento della trattativa da parte di alcuni sistemi di *Common Law*, per il diritto statunitense, KESSLER - FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, in 77 *Harv. Law Rev.* 401 (1964); FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in 87 *Col. Law Rev.* 217 (1987); quanto al diritto inglese: COHEN, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in BEATSON - FRIEDMANN (eds.) *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford 1995, p. 25.

⁸ Così FARNSWORTH, *op. ult. cit.*

Secondo un approccio di questo tipo, quindi, il fallimento della trattativa può essere trattato dal sistema giuridico come un problema che attenga soltanto alla tutela dell'interesse delle parti al conseguimento del risultato finale dello scambio. La tutela dell'interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa rimane, per così dire, assorbita nella piena tutela del più ampio "interesse positivo" (e cioè l'interesse al conseguimento del risultato finale dello scambio).

Il "titolo" del rimedio che eventualmente si concederà, quindi, non sarà costituito dalla delusione dell'affidamento precontrattuale o dalla violazione di una qualche regola di "correttezza precontrattuale". Il titolo che fonda il rimedio sarà piuttosto costituito dal contratto: soltanto il consenso privato (espreso o opportunamente individuato dalle corti come implicito in quanto dalle parti detto o fatto) qualificato dalla *consideration* e pertanto funzionalmente orientato alla realizzazione di un'operazione di scambio sarà idoneo alla costituzione di obblighi giuridici in capo alle parti⁹.

4. Una considerazione più attenta di alcune decisioni delle corti inglesi, australiane e statunitensi dimostra come la descrizione appena tracciata dell'approccio proprio dei sistemi di *Common Law* non sia del tutto veritiera.

È vero che, a causa dell'impostazione generale, il problema del fallimento della trattativa viene, in prima battuta, ricostruito interrogandosi esclusivamente sulla avvenuta conclusione del contratto e prescindendo da autonomi rimedi di tipo precontrattuale. La dottrina, occupandosi *ex professo* del problema della responsabilità precontrattuale nel diritto inglese, segnala la tendenza delle corti ad esaurire i rimedi per il fallimento della trattativa sul terreno della verifica dell'avvenuta conclusione del contratto ed indica quali siano le regole e le dottrine (relative alla disciplina della conclusione del contratto) sulle quali l'elaborazione delle corti si è concentrata al fine di renderle più elastiche e facilitare così la conclusione del contratto¹⁰.

Tuttavia, la dottrina, al tempo stesso, non manca di segnalare come, in certi casi si possa ritenere che la stessa individuazione di un contratto già concluso non sia altro che una finzione utilizzata proprio al fine di proteggere l'affidamento precontrattuale in assenza di altri rimedi¹¹.

Questa osservazione introduce un primo cambiamento di prospettiva, nella valutazione dell'approccio che caratterizza i sistemi di *Common Law*. Anche se dal punto di

⁹ Sulla responsabilità contrattuale come prima e più immediata cornice giuridica per il trattamento di problemi che in altri sistemi possono essere ricompresi entro gli istituti della responsabilità precontrattuale, v. GILIKER, *Precontractual liability in English and French law*, The Hague, 2002, cap. I.

¹⁰ v. GILIKER, *Precontractual liability in English and French law*, cit., cap. I.

¹¹ cfr. COLLINS, *The Law of Contract*, London 1997, p. 164 e ss., che a proposito del caso *Gibson v. Manchester City Council* (1978) 2 *All ER* 583, CA, deciso in appello (con decisione poi riformata dalla *House of Lords*) ritenendo esistente un contratto già concluso tra le parti, pur in mancanza di un esplicito incontro tra proposta e accettazione, parla di "*discovery of contractual responsibility*" volta alla protezione della "*ancillary reliance*".

vista formale il rimedio rimane fondato sul contratto (e non sulla delusione dell'affidamento o sulla scorrettezza precontrattuale), secondo parte della dottrina, la stessa esistenza del contratto (con la conseguente responsabilità contrattuale) verrebbe "scoperta" ed utilizzata proprio al fine di tutelare l'affidamento precontrattuale di una parte.

Nel caso rispetto al quale è stata avanzata tale spiegazione¹², infatti, molto difficilmente avrebbero potuto dirsi integrati i requisiti per l'imputazione di responsabilità contrattuale (in particolare dalla descrizione dei fatti sembra difficile ritenere che le parti avessero manifestato le rispettive volontà negoziali in modo tale da consentire l'incontro tra proposta e accettazione¹³). Proprio per questo motivo la dottrina parla di "scoperta" della responsabilità contrattuale volta alla protezione di un affidamento ancora, in realtà, precontrattuale¹⁴.

Se si considerano i fatti del caso, è possibile descrivere sommariamente le caratteristiche e le ragioni di tale affidamento. Le parti trattavano per la conclusione di una compravendita immobiliare. Esse avevano già compiutamente definito il contenuto del contratto e si erano accordate in forma ormai definitiva sulla sua prossima conclusione. Prima che venisse eseguita la conclusione del contratto secondo le formalità richieste, entrambe le parti cominciarono a comportarsi "come se" il contratto fosse già concluso. Il potenziale compratore compì degli "atti di anticipata appropriazione" del risultato dello scambio (esegui dei lavori di manutenzione dell'immobile) ed il potenziale venditore correlativamente smise di eseguire le attività di manutenzione e gestione dell'immobile che altrimenti gli sarebbero spettate, lasciando che se ne occupasse la controparte.

L'affidamento che viene in rilievo, pertanto, ha specificamente ad oggetto la conclusione del contratto (in particolare una condizione di tendenziale "certezza" della conclusione). Esso si traduce in attività onerose che hanno senso e razionalità economica soltanto nella prospettiva della effettiva realizzazione del progettato (ma ormai "certo") scambio e cioè nella prospettiva dell'effettivo conseguimento del risultato economico dello scambio, poiché si tratta di attività onerose direttamente correlate a tale risultato finale.

Pertanto, in condizioni che giustificano un affidamento sulla "certezza del contratto" e dunque rendono ragionevole comportarsi "come se" il contratto fosse già concluso, si assiste ad una certa tendenza a trattare il problema del fallimento della trattativa "scoprendo" un contratto già concluso tra le parti.

In questo caso la tutela dell'affidamento precontrattuale resta un motivo "latente" (ma, secondo parte della dottrina, nella sostanza, determinante) del rimedio, il quale viene poi articolato sul terreno della conclusione del contratto. In altri casi, invece, è l'affidamento stesso, a prescindere dalla esistenza di un contratto (che non viene chiamato in causa), a venir posto espressamente a fondamento di un rimedio.

¹² *Gibson v. Manchester City Council* (1978) 2 All ER 583, CA

¹³ Infatti, proprio per questo motivo, la decisione della *Court of Appeal* viene poi ribaltata dalla *House of Lords* nel successivo grado di giudizio: (1979) 1 All ER 972.

¹⁴ COLLINS, *op. loc. cit.*

Ciò avviene per quei rimedi fondati sulla dottrina dell'*equitable estoppel*, che ha una rilevanza ancora debole (per il tema che qui interessa) nel diritto inglese, più incisiva nel diritto australiano e che, invece, nel diritto statunitense, ha conosciuto vicende più rilevanti per questa indagine¹⁵.

Il principio che ispira la dottrina dell'*equitable estoppel* (il quale comprende le due varianti del *promissory estoppel* e del *proprietary estoppel*⁽¹⁶⁾) può essere descritto nei termini seguenti: quando tra due parti legate da una qualche relazione, avente rilevanza giuridica, una, anche implicitamente, rappresenta all'altra un certo stato di fatto o le fa intendere che si comporterà in un certo modo e l'altra, facendo affidamento su tale rappresentazione, agisce modificando la propria posizione, la prima non può successivamente rinnegare (*is estopped from denying*) la propria rappresentazione (di fatti o di intenzioni) ed è tenuta a fare quanto l'*equity* richiede per non deludere l'affidamento suscitato.

Questa regola, nel diritto inglese, ha assunto il massimo grado di incidenza nel caso di modificazioni della sfera patrimoniale di una parte indotte, al di fuori di una relazione contrattuale già esistente, dall'affidamento su impegni (o rappresentazioni circa un comportamento futuro) non contrattuali della controparte che avessero ad oggetto il trasferimento di diritti immobiliari. A tali rappresentazioni, quando seguite da un concreto affidamento del destinatario, è stata conferita una rilevanza particolarmente incisiva, attraverso argomentazioni riassunte sotto la denominazione di *proprietary estoppel*. In relazione a queste situazioni, è stato formulato il principio per cui una promessa non contrattuale (per mancanza di *consideration* o di altre formalità), che rappresenta al destinatario il (futuro) trasferimento di un bene immobile o di un diritto immobiliare e che lo induce perciò, con consapevolezza del promittente, a compiere atti di organizzazione della propria sfera economica, finalizzati al godimento del bene/diritto il cui (futuro) ingresso nel suo patrimonio viene rappresentato dalla "promessa", fa sorgere un' "*equity*" in favore del promissario. Tale "*equity*" può essere idonea a fondare autonomamente un'azione e può

¹⁵ V. *infra* § 4

⁽¹⁶⁾ Alcuni Autori ritengono che le due varianti siano in realtà espressione di un unico principio, definito come istanza di tutela di "aspettative non contrattuali" indotte da una *representation* della controparte non necessariamente relativa ad uno stato di fatto esistente (cioè anche ad una intenzione o promessa circa un comportamento futuro), cfr. in questo senso THOMPSON, *From representation to expectation: estoppel as a cause of action*, in *The Cambridge Law Journal*, 1983, 42(2), p. 257; Altri, TREITEL, *The Law of Contract*, London 2004, p. 114 e ss. e 146 e ss. ritengono che esse si riferiscano a fattispecie diverse ed analiticamente determinate costituendo perciò istituti distinti. Tale ultima posizione sembra rifluire sulla questione, dibattuta nel diritto inglese, circa l'estensibilità del *promissory estoppel* (come principio unitario) oltre i limiti ad esso tradizionalmente attribuiti, fino a farlo diventare un mezzo generale di tutela dell'affidamento e delle aspettative non contrattuali. Essa infatti varrebbe a rendere più difficile tale estensione e di confermare il modello della *consideration* come tendenzialmente esclusivo. V. anche, sull'*equitable* o *promissory estoppel*, DUTHIE, *Equitable estoppel, unconscionability and the enforcement of promises*, in *The Law Quarterly Review*, 1988, 104, p. 362 e DUNCANSON, *Equity and obligations*, in *The Modern Law Review*, 1976, 39, p. 268.

essere tutelata anche riconoscendo al destinatario della dichiarazione il diritto di agire per il pieno soddisfacimento dell'aspettativa all'adempimento della "promessa" (*expectation interest*).

La fattispecie rispetto alla quale tale dottrina viene fatta operare presenta notevoli analogie con quelle alle quali si applica il meccanismo della "anticipazione" della conclusione del contratto. Nel caso *Crabb v. Arun District Council*¹⁷ una parte aveva rappresentato all'altra in modo compiuto e definitivo il prossimo trasferimento di un diritto immobiliare, che tuttavia non era stato ancora perfezionato secondo le richieste formalità. Tale parte aveva eseguito anche atti che inequivocabilmente confermavano tale intenzione, poiché costituivano inizio dell'esecuzione delle operazioni materiali necessarie per modificare lo stato dei luoghi in modo tale da poter effettivamente attribuire il diritto alla controparte. Il futuro destinatario del diritto, dal canto suo, agiva in modo economicamente oneroso comportandosi come se il trasferimento fosse ormai certo, compiendo atti di anticipata utilizzazione del risultato finale della attribuzione. Successivamente la parte che aveva già rappresentato come prossima e certa la attribuzione del diritto, recede da tale proposito, rifiutandosi di dare seguito alle rappresentazioni. La corte riconosce all'attore il diritto oggetto delle rappresentazioni del convenuto in base alla dottrina del *proprietary estoppel*.

Anche in tal caso, ad un affidamento precontrattuale direttamente correlato al risultato finale di una attribuzione patrimoniale e ad uno stato della contrattazione che manifestava in modo inequivoco sia la compiuta definizione del contenuto dell'attribuzione progettata sia il suo carattere ormai definitivo, consegue la tutela dell'interesse al conseguimento del risultato economico dell'attribuzione.

Il giudice, cioè, ha attribuito all'affidamento il ruolo di "surrogato" delle formalità richieste per la vincolatività della promessa, applicando un rimedio molto simile a quello che sarebbe conseguito ad un contratto già perfetto tra le parti¹⁸. Ciò però è avvenuto, grazie all'istituto dell'*estoppel*, utilizzando l'affidamento come fondamento del rimedio, in modo più diretto ed esplicito rispetto ai casi che utilizzano la "finzione" che fa leva sulla conclusione del contratto.

In tal modo, a fronte del "fallimento" della contrattazione, si consente all'attore di conseguire quell'attribuzione patrimoniale in relazione alla quale i suoi atti compiuti in affidamento hanno senso ed appaiono economicamente ragionevoli.

Tale caso fornisce un esempio dell'applicazione di una variante particolarmente incisiva dell'*equitable estoppel*, denominata, poiché riguarda l'affidamento sulla futura attribuzione di diritti immobiliari, *proprietary estoppel*. Entro il campo dei diritti immobiliari, dunque, l'affidamento riceve una tutela particolarmente estesa. Il *proprietary estoppel*, infatti, a

¹⁷ 1975 3 All ER 865, CA, su cui v. COLLINS, *The Law of Contract*, cit., p. 71 e ss.; ed in particolare circa la natura contrattuale o meno degli obblighi nascenti dalla relazione instauratasi tra le parti: ATIYAH, *When is an Enforceable Agreement not a Contract? Answer: when it is an Equity*, in *The Law Quarterly Review*, 1976, 92, p. 174, e MILLET, *Crabb v. Arun District Council – A Riposte*, *ibid.*, 342.

¹⁸ V., a riprova dell'ambiguità del rimedio, il dibattito tra ATIYAH e MILLET, *opp. cit.*, alla n. precedente.

differenza del c.d. *promissory estoppel*, attribuisce al danneggiato un'autonoma *cause of action* a tutela del suo affidamento e dà luogo ad un rimedio che si estende all'interesse positivo (tanto che la dottrina si è interrogata sull'effettiva possibilità di distinguere questo rimedio da quello che deriverebbe dall'esistenza di un valido contratto tra le parti¹⁹)

Al di fuori del campo dei diritti immobiliari, la dottrina dell'*equitable estoppel* è soggetta a molteplici limitazioni che, allo stato, rendono difficile che essa possa essere applicata come mezzo di disciplina generale dei problemi dell'affidamento precontrattuale²⁰

Le caratteristiche dell'*equitable estoppel* che impediscono tale estensione del suo ambito di operatività sono costituite principalmente dalla sua rilevanza essenzialmente "difensiva", che implica che esso possa attualmente utilizzarsi, in generale, solo come mezzo di "eccezione" e non come fondamento di un'autonoma azione, e dalla sua tendenziale limitazione alla modifica di una preesistente relazione contrattuale²¹.

È significativa, tuttavia, rispetto alle possibili prospettive di evoluzione dell'*estoppel* in seno al diritto inglese, la rilevanza che tale istituto ha assunto nel diritto australiano, dove esso è stato applicato come autonoma fonte di rimedi proprio per un caso di responsabilità precontrattuale conseguente al fallimento della trattativa²².

Il caso, *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher*²³, riguarda delle trattative volte alla stipulazione di un contratto di *lease*. Anche in questo caso, una parte, il potenziale *lessor*, agisce, in modo economicamente oneroso, prima della conclusione del contratto, compiendo degli atti di "anticipata esecuzione" della prestazione contrattuale (inizia i lavori di demolizione e ricostruzione dell'immobile oggetto del contratto). Tali atti appaiono giustificati, nella prospettiva dei giudici, sulla base di condizioni della contrattazione ritenute tali da manifestare non soltanto una compiuta definizione del contenuto dello scambio, ma anche una sostanziale "certezza" dello scambio (tuttavia non ancora compiutamente formalizzato in un contratto giuridicamente vincolante). Ad un ragionevole affidamento

¹⁹ Cfr. ATIYAH, *op. ult. cit.*; MILLET, *op. ult. cit.*

²⁰ Cfr. GILIKER, *Precontractual liability in English and French law, cit.*, p. 137 e ss.; SPENCE, *Protecting reliance: The Emergent Doctrine of Equitable Estoppel*, Oxford 1999, p. 87 e ss.

²¹ Cfr. GILIKER, *Precontractual liability in English and French law, cit.*, p. 138 e ss. La limitazione alla modifica di una preesistente relazione contrattuale non costituisce tuttavia un tratto costante dell'applicazione dell'*equitable estoppel*: cfr. *Combe v. Combe (1951) 2 K.B. 215 (CA)*. Tali limitazioni, come si è visto, non si applicano in quei casi dove viene in rilievo quella variante del principio dell'*estoppel* denominata *proprietary estoppel*.

²² Cfr. GILIKER, *Precontractual liability, cit.*, p. 151 e ss., dove si sottolinea come il confronto col diritto australiano sia rilevante rispetto alla comprensione del diritto inglese, perché, a differenza del sistema statunitense, il diritto australiano è stato tradizionalmente influenzato in modo significativo dai precedenti inglesi ed adotta una nozione di *consideration* più simile a quella inglese (e cioè formulata nei termini tradizionali di *benefit* e *detriment*, piuttosto che nella forma, tipicamente statunitense, della *bargain theory of consideration*). In particolare il diritto australiano ha per lungo tempo accolto una nozione di *estoppel* limitata allo stesso modo di quanto avviene nel sistema inglese e soltanto con i casi *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* 1988 76 ALR 513 (che ci si accinge a commentare) e *Commonwealth of Australia v. Verwayen (1990) 170 CLR 394* è pervenuto ad un significativo ampliamento dell'ambito di rilevanza di tale dottrina, cfr. SPENCE, *Protecting reliance, cit., passim*.

²³ 1988 76 ALR 513

sulla conclusione del contratto si correla quindi il compimento di atti onerosi direttamente riferiti al risultato finale dello scambio (“inizio dell’esecuzione” della prestazione contrattuale). Tali atti si presentano obiettivamente proporzionati alla condizione di “certezza dello scambio” che emerge dalla contrattazione ed appaiono ragionevolmente giustificati, dal punto di vista economico, in vista della realizzazione del risultato economico finale dello scambio.

Quando il potenziale *lessee*, senza che il contratto fosse ancora concluso ma dopo che la sua controparte aveva realizzato una porzione significativa dell’opera di ricostruzione dell’immobile, abbandonò la contrattazione, il potenziale *lessor* agì allegando la già avvenuta conclusione del contratto.

La corte riconobbe che il contratto di *lease* non era in realtà stato concluso, poiché era mancato lo scambio tra le parti dei documenti completi di tutte le formalità necessarie (*exchange of executed documents*) e che quindi le parti avrebbero potuto considerarsi, in astratto, libere di abbandonare la contrattazione. Tuttavia, i giudici ritennero operante a favore del potenziale *lessor* la dottrina dell’*equitable estoppel*, in forza della quale al potenziale *lessee* era ormai precluso di smentire, in confronto della controparte, la rappresentazione indotta, e relativa alla prossima conclusione del contratto, sulla quale questa aveva agito in affidamento, in modo ragionevolmente prevedibile. Poiché al potenziale *lessee* era precluso di *venire contra factum proprium*, una volta che la controparte aveva agito confidando nella correttezza delle rappresentazioni, e poiché tali rappresentazioni avevano ad oggetto la futura conclusione del contratto ed erano tali da farla apparire come ormai certa e dipendente soltanto dall’esecuzione di alcune formalità, fu ritenuto che il potenziale *lessee* fosse ormai obbligato a comportarsi come se il contratto fosse stato effettivamente concluso ed egli fu perciò condannato al risarcimento del danno commisurato all’interesse positivo (*damages in lieu of specific performance*).

I giudici riconoscono, in base ad una dottrina dell’*estoppel* accolta in termini più ampi ed incisivi rispetto al modello inglese, l’esistenza di una “pretesa equitativa” (*equity*) in capo al danneggiato. Tale pretesa, nel caso specifico, andava soddisfatta “trattando *Waltons* come se avesse effettivamente fatto ciò che aveva indotto *Maber* a credere che avrebbe fatto, e cioè trattando *Waltons* come se avesse effettivamente concluso il contratto”²⁴

Mediante questo impiego della dottrina dell’*estoppel* i giudici giungono ad una tutela dell’affidamento precontrattuale analoga a quella riconosciuta nel caso considerato da ultimo (*Crabb v. Arun District Council*) ed a quella cui dà luogo il modello che fa leva sull’anticipazione della conclusione del contratto. Utilizzando la nozione di *reliance* (intesa come cambiamento di posizione patrimoniale in affidamento sull’altrui promessa) correlata ad una “promessa” di controparte che ha ad oggetto la conclusione di un contratto già compiutamente definito nel suo contenuto, si tutela la parte delusa dal fallimento della trattativa riconoscendole un rimedio di portata estesa all’interesse positivo e volto perciò alla attuazione coattiva del risultato economico finale dello scambio.

²⁴ (1988) 76 ALR p. 543 (Brennan J.)

In tutti i casi risolti sulla base della dottrina dell'*estoppel*, dunque, è proprio l'affidamento su dichiarazioni e comportamenti altrui, non ancora idonei a dar luogo alla conclusione del contratto, ad essere posto espressamente a fondamento di un rimedio. Il rimedio ha la specifica funzione di tutelare l'affidamento, a prescindere dalla individuazione di un contratto già concluso.

L'affidamento ha ad oggetto la prossima, futura, ma data per certa, esecuzione di un trasferimento patrimoniale o di uno scambio e si traduce in attività onerose che hanno senso e razionalità economica soltanto in vista dell'esecuzione del progettato scambio.

I fatti dei casi non vengono tuttavia ricostruiti dalle corti in modo tale da poter argomentare la già avvenuta conclusione del contratto. Al contrario, si concede un rimedio espressamente fondato sull'esistenza dell'affidamento e non del contratto (la cui formazione viene espressamente esclusa dalle corti) e specificamente concepito in funzione di tutela di un affidamento non protetto da contratto.

Il fallimento della trattativa, pertanto, non viene compreso e trattato, da parte del sistema giuridico, secondo il punto di vista della conclusione del contratto, ma secondo il punto di vista di altre dottrine volte proprio alla tutela di un affidamento non contrattuale.

Tuttavia, mediante l'applicazione di tali dottrine, si finisce per tutelare l'interesse al conseguimento del risultato economico finale dello scambio. In questi casi, dunque, il riconoscimento del diritto a conseguire il risultato finale dello scambio viene applicato come rimedio proprio della tutela dell'affidamento precontrattuale. Tale esito, allora, anche se apparentemente analogo a quello che conseguirebbe alla individuazione di un contratto già concluso, è, in questi ultimi casi, specificamente determinato dall'esistenza di un affidamento precontrattuale e discende dall'applicazione di rimedi "non contrattuali". Esso, dunque, rappresenta una specifica tecnica di tutela dell'affidamento precontrattuale.

5. In altri casi, sulla base di regole e dottrine diverse, si giunge invece a rimedi che risarciscono soltanto il costo sostenuto da una parte nella fase precontrattuale, secondo una logica compensativa e limitata al c.d. "interesse negativo" (*reliance interest*). In questo modo si accede a soluzioni analoghe a quelle cui dà luogo l'applicazione di meccanismi propri di responsabilità precontrattuale entro i sistemi che li adottano.

In alcuni casi il rimedio viene fondato sull'esistenza di una *misrepresentation* commessa da una parte a danno dell'altra. Ciò può avvenire, ad esempio, quando una parte, prima della conclusione del contratto, abbia dichiarato all'altra che non tratterà con terzi, mentre è in corso la contrattazione con la controparte che poi risulta danneggiata dal fallimento della trattativa. Quanto tale rappresentazione venga successivamente smentita dal suo autore, poiché questi alla fine conclude il contratto con terzi, avendo in realtà trattato con questi, contrariamente alla dichiarazione resa nella fase precontrattuale, si riconosce al destinatario della rappresentazione, che su di essa aveva fatto affidamento, il risarcimento del costo sostenuto nella fase precontrattuale.

Altre volte dichiarazioni analoghe, nelle quali si possa ravvisare l'impegno a non trattare con terzi o ad adottare certe modalità di comportamento nella trattativa, vengono ritenute vincolanti (e perciò fonte di rimedi risarcitori, in caso di fallimento della trattativa) a titolo contrattuale. In questi casi, cioè, dalle dichiarazioni precontrattuali delle parti, si ricostruisce l'esistenza di un "contratto precontrattuale" volto a disciplinare il procedimento di negoziazione²⁵. Anche in tali casi, l'inadempimento degli obblighi di comportamento nascenti dal contratto dà luogo a rimedi risarcitori contenuti entro il limite dell'interesse negativo.

In questi due gruppi di casi (risolti rispettivamente in base alle regole sulla *misrepresentation* ed alla dottrina dei *collateral contracts*) si è in presenza di dichiarazioni di una parte relative alle future modalità di conduzione della trattativa. Il dichiarante, ad esempio, come già detto, può comunicare che non tratterà con terzi oppure che osserverà un certo procedimento precontrattuale che assicuri la considerazione di tutte le offerte pervenute tempestivamente²⁶.

Tali dichiarazioni sono idonee ad indurre il destinatario, secondo un criterio di razionalità economica, a compiere atti onerosi che hanno senso e razionalità economica se compiuti durante la trattativa al fine di indagare e definire la convenienza dello scambio. Ad

²⁵ Sugli accordi volti a disciplinare la fase precontrattuale v.: COHEN, *Pre-contractual duties: two freedoms and the Contract to Negotiate*, cit.; BROWN, *The contract to negotiate: A thing writ in water ?*, in *The Journal of Business Law*, 1992, p. 353; DAVENPORT, *Lock-out agreements*, in *The Law Quarterly Review*, 1991, 107, p. 366; NEILL, *A key to lock-out agreements ?*, in *The Law Quarterly Review*, 1992, 108, p. 405; WAI FUN CHAN, *Recent Cases: Lock-out agreements – Consideration and Enforceability*, in *8 Journal of Contract Law*, 1994, 8, p. 84; SHAW, *Pre-contractual negotiations in English Law: Walford v. Miles and its aftermath*, in *European Review of Private Law*, 1994, p. 269; CARTER-FURMSTON, *Good Faith and Fairness in the Negotiations of Contracts*, *8 Journal of Contract Law* 1994, p. 93; in italiano, MARI - SIMONETTI, *Agreements to agree, agreements to negotiate ed obbligo precontrattuale di buona fede nel diritto inglese e nel diritto nord-americano (un'analisi comparativa alla luce di una recente sentenza della House of Lords)*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 601.

²⁶ Si v. rispettivamente i casi *Walford v. Miles* 1992 All ER 453 (dove il convenuto fu condannato a risarcire la spese sostenute dalla controparte per la preparazione del testo contrattuale, a titolo di *misrepresentation*, poiché aveva dichiarato che non avrebbe trattato con terzi, mentre poi in realtà abbandonò la trattativa con l'attore e concluse il contratto con un terzo); *Pitt v. PHH Asset Management Ltd.* (1993) 4 All ER CA 961 (sul quale v. COHEN, *op. cit.*, p. 46 e ss.; CHEN WISHART, *Consideration: Practical Benefit and the Emperor's New Clothes*, in BEATSON - FRIEDMANN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, cit., 123, p. 137; MACMILLAN, *How to lock-out a Gazumpster*, in *The Cambridge Law Journal*, 1993, p. 392), dove un analogo impegno a non trattare con terzi fu ritenuto vincolante a titolo contrattuale, poiché si ritenne che l'attore, beneficiario dell'impegno di controparte, aveva fornito una *consideration*; *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough City Council* (1990) 3 All ER 25 (su cui v. CHESHIRE FIFOOT and FURMSTON'S *Law of Contract*, London 1996, p. 71; COLLINS, *The Law of Contract*, cit., p. 199; ADAMS - BROWNSWORD, *More in Expectation than Hope: The Blackpool Airport Case*, in *The Modern Law Review*, 1991, 54, p. 281) dove si ritenne il convenuto, che aveva sollecitato la presentazione di offerte per l'aggiudicazione di un diritto di utilizzo a pagamento di una struttura pubblica, obbligato a titolo contrattuale (sulla base però di un obbligo implicito e non espressamente assunto) a garantire agli offerenti la considerazione di tutte le offerte regolarmente e tempestivamente pervenute (lasciando così comunque impregiudicato il profilo della scelta del contraente).

esempio, la dichiarazione con la quale il potenziale venditore comunica che non tratterà con terzi può influire sulla decisione del compratore di commissionare una perizia sul bene oggetto della vendita, perché riduce, in qualche modo, l'incertezza e dunque i rischi della trattativa. Per lo stesso motivo, l'impegno a considerare tutte le offerte pervenute tempestivamente e secondo una certa procedura può rendere ragionevole, per l'offerente, sostenere i costi per la preparazione dell'offerta, che in condizioni di completa incertezza potrebbero apparire ingiustificati perché troppo rischiosi.

Dichiarazioni di questo tipo, dunque, se ritenute dai giudici idonee ad ingenerare affidamento, poiché sono relative alle modalità con le quali si condurrà la trattativa, possono ragionevolmente indurre il destinatario a compiere atti costosi (e che perciò comportano un rischio, data l'incertezza che caratterizza la fase precontrattuale) che siano specificamente collegati ed utili alla trattativa. Qualora, dopo che il destinatario della dichiarazione abbia agito ragionevolmente in affidamento su di essa, il dichiarante pretenda di comportarsi in modo difforme, allora le corti concedono un rimedio risarcitorio a titolo di *misrepresentation* o a titolo contrattuale.

Tali dichiarazioni, invece, poiché relative soltanto alle modalità di conduzione della trattativa, non renderebbero razionale, dal punto di vista economico, il compimento di attività direttamente correlate al risultato finale dello scambio. Queste ultime, infatti, hanno senso economico solo nella prospettiva del conseguimento del risultato finale dello scambio e dunque, come si è visto, sono giustificate in presenza di condizioni della contrattazione che legittimino un affidamento sulla "certezza" dello scambio.

Ancora, il rimedio a tutela degli interessi della parte che si assuma danneggiata dal fallimento della trattativa può fondarsi su una "promessa implicita" (*implied promise to pay*), proveniente da una parte della trattativa e diretta all'altra, che avrebbe ad oggetto il pagamento del costo delle attività onerose svolte nella fase precontrattuale²⁷.

Anche questo modo di argomentare il rimedio risulta di solito adeguato rispetto ad una contrattazione nella quale il contenuto del futuro contratto non risulti ancora definito in modo completo e la trattativa abbia proprio la funzione di consentire alle parti di acquisire le informazioni necessarie per decidere se ed a quali condizioni concludere il contratto²⁸. Nell'ambito di tale contrattazione, può accadere che una parte, che si assume interessata alla conclusione del contratto, richieda all'altra il compimento di alcune attività economicamente onerose da svolgersi nella fase precontrattuale. Normalmente tale richiesta sarà giustificata,

²⁷ Si v. *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis* (1957) 2 All ER 712; per un commento v. GILKER, *Pre-contractual liability*, cit. p. 82 e ss.; per un caso simile, nel quale però il convenuto è andato esente da responsabilità poiché, secondo i giudici, aveva sin dall'inizio della trattativa avvertito espressamente l'attore della perdurante incertezza circa la futura stipulazione del contratto v. *Regalian Properties plc v. London Dockland Development corp.* 1995 1 All ER 1005.

²⁸ Per la spiegazione di questo modello di contrattazione e delle esigenze di disciplina che esso determina (con riferimento però al contesto statunitense e non inglese) v. KOSTRITSKY, *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations*, in 44 *Hastings L. J.* 621 (1993) e ID., *Reshaping the precontractual liability debate: beyond short run economics*, in 58 *U. Pitt. L. Rev.* 325 (1997).

almeno in astratto, dalla necessità di tali attività proprio al fine di accertare se e a quali termini lo scambio sia fattibile e conveniente per entrambe le parti.

Ad esempio, il proprietario di un immobile interessato alla sua ricostruzione o ristrutturazione può instaurare una trattativa con un'impresa interessata ad aggiudicarsi i lavori²⁹. Le parti, tuttavia, potrebbero non essere in grado di addivenire immediatamente ad accordo completo circa il tipo di progetto da realizzare ed il corrispettivo adeguato. Esse, in altri termini, possono non essere in grado di definire immediatamente i termini del rapporto di corrispettività del futuro scambio in mancanza di informazioni adeguate circa le possibili alternative praticabili per la ricostruzione, l'idoneità dell'impresa a concepire e realizzare i relativi progetti, l'utilità che ciascun progetto alternativo sia in grado di procurare al committente ed il conseguente costo che egli sia disposto a pagare. Per sviluppare le informazioni necessarie a tali fini, il committente potrà richiedere all'impresa di eseguire studi e progetti preliminari utili per valutare le possibili alternative, il loro costo, la professionalità dell'impresa etc., e giungere così alla definizione di termini dello scambio convenienti per entrambe le parti.

Le attività onerose vengono perciò compiute da una delle parti, per il perseguimento del comune interesse alla stipulazione del contratto. Il futuro danneggiato è dunque indotto a compiere tali attività dall'affidamento sul fatto che la controparte stia seriamente prendendo in considerazione l'affare in qualche modo delineato all'apertura della trattativa. Esse vengono inoltre eseguite sul presupposto, ugualmente determinato dall'affidamento sul comportamento e sulle dichiarazioni di controparte, che esse siano effettivamente utili e necessarie alla trattativa al fine di addivenire all'accordo finale. Gli atti onerosi precontrattuali, pertanto, sono indotti e resi economicamente razionali dall'affidamento su un certa funzione della trattativa (procedimento costoso giustificato poiché serve alla definizione del contratto) e su una certa utilità (rispetto a tale funzione) dei costi che la trattativa comporta.

Ordinariamente, il costo di questi atti è destinato a rimanere a carico della parte che li compie. Le corti inglesi esprimono questa conclusione affermando che in contrattazioni di questo tipo è ragionevole e conforme alle aspettative degli operatori commerciali che una certa quantità di "servizi" precontrattuali vengano svolti "gratuitamente" da una parte, nella prospettiva della conclusione del contratto (in realtà non sono svolti "gratuitamente" ma sono compensati solo dalla acquisizione della *chance* di conclusione del contratto, cui essi sono funzionali).

Quando tuttavia la quantità di servizi precontrattuali svolti da una parte ecceda quella misura che un attore economico può ragionevolmente aspettarsi di svolgere "gratuitamente" (*rectius*: aspettandosi, come remunerazione, la mera acquisizione di una *chance* di conclusione del contratto), allora le corti ritengono che sia implicita (comunque per

²⁹ L'esempio è tratto dal caso *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis (1957) 2 All ER 712*

effetto di una valutazione legale e non dell'intento implicito delle parti: *promise implied by law*³⁰) una promessa di rimborsare le spese sostenute nella fase precontrattuale.

Nella valutazione delle corti alcune circostanze hanno un peso rilevante ai fini della concessione del rimedio:

- la circostanza che dai fatti del caso emerga che una parte rappresenti la propria propensione alla conclusione del contratto e, in generale, il grado di "concretezza" dell'affare, come più elevati di quanto non siano in realtà;

- la circostanza che i servizi precontrattuali richiesti abbiano per la parte che li "riceve", una utilità che eccede il mero interesse alla definizione dei termini dello scambio (interesse che è in realtà comune alle parti) e che riguarda piuttosto il soddisfacimento di un interesse individuale che esula dalla prospettiva della conclusione del contratto. In particolare: l'interesse alla acquisizione di informazioni circa la migliore utilizzazione produttiva delle risorse che apparivano destinate allo scambio (nell'esempio: l'immobile da ristrutturare) oppure il migliore modo di soddisfare il bisogno che si pensava di soddisfare mediante il contratto.

In queste condizioni, la corte riconosce che le parti effettivamente non intendevano che il lavoro precontrattuale venisse ricompensato in altro modo se non con il prezzo che sarebbe stato dovuto in base al contratto finale. Al tempo stesso, tuttavia, i giudici ritengono che debba considerarsi implicita, per effetto di una valutazione legale, che prescindendo da un effettivo intento negoziale delle parti, una promessa di pagamento del costo dei servizi resi.

In definitiva, in questi casi, il comportamento di una parte è tale da suscitare nella controparte l'affidamento su una certa struttura e funzione della trattativa, che fa apparire giustificata l'esecuzione di un'attività economicamente onerosa da svolgersi nella fase precontrattuale a fini "informativi".

In realtà, struttura e funzione della trattativa sono diverse da quanto si rappresenta. Il progetto di contratto comunicato all'inizio della trattativa è infatti poco più di un pretesto e la trattativa risulta utile essenzialmente soltanto ad una delle parti e risponde ad un fine diverso da quello, comune alle parti, della definizione dei termini dello scambio. La funzione della trattativa, in queste condizioni, diventa essenzialmente quella di consentire ad una delle parti di acquisire informazioni utili alla sua esclusiva sfera economica individuale.

La parte delusa dal fallimento della trattativa si trova così ad aver sostenuto dei costi precontrattuali che solo in astratto sarebbero giustificati, senza poter adeguatamente valutare il rischio che essi comportano. Tali costi si rivelano finalizzati, in realtà, al perseguimento di un interesse diverso da quello comune e facente capo esclusivamente alla sua controparte.

³⁰ Sulla distinzione tra *implication in fact* e *implication by law*, v., in generale, TREITEL, *The Law of Contract*, cit., p. 223 e ss.

Le corti, mediante il rimedio conseguente all'individuazione di una promessa *implied by law*, trattano questi costi, in seguito al fallimento della trattativa, come una perdita ingiustificata e ne assicurano il risarcimento.

6. Anche nel diritto statunitense può riscontrarsi come, a fronte dell'assenza di norme volte a disciplinare specificamente il problema del fallimento della trattativa (e in particolare: a fronte dell'assenza di una regola di *good faith* applicabile al comportamento precontrattuale delle parti)³¹, il c.d. affidamento precontrattuale acquisiti rilevanza giuridica in forme diverse.

Anche nel diritto statunitense, infatti, il fallimento della trattativa viene trattato come problema che attiene ora alla tutela dell'interesse delle parti al conseguimento del risultato economico dello scambio, ora alla tutela dell'interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate in occasione della trattativa. Tale trattamento giuridico dà luogo, pertanto, sia a rimedi con portata estesa all'interesse positivo che a rimedi limitati all'interesse negativo.

Ciò che colpisce e che è importante rilevare, quanto al diritto statunitense, è che tale trattamento differenziato del problema può aver luogo comunque sulla base di una regola apparentemente unitaria e generale di "tutela dell'affidamento", espressa dalla dottrina del *promissory estoppel* e richiamata alla sec. 90 del *Restatement (second) of Contracts*³².

³¹ Sullo stato della disciplina della fase precontrattuale nel diritto statunitense v. FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, cit.; per un resoconto più datato, v. KESSLER - FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, cit.; per una comparazione, v. CARUSO, *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano 1993, (in part. p. 8 e ss. sulla mancata recezione della teoria della *culpa in contrahendo* entro il sistema statunitense); P. PARDOLESI, *Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics*, in *Danno e Resp.* 2005, p. 597; Per una recente posizione estrema, che propone un regime generale opposto a quello della libertà per la disciplina della trattativa, il quale implicherebbe il sorgere di obblighi di "non-ritiro" (in base ad un "*no-retraction principle*") dalla trattativa "proporzionali" al suo avanzamento, v. BEN-SHAHAR, *Contracts Without Consent: Exploring a New Basis for Contractual Liability*, in *152 U. Penn. L. Rev.* 1829 (2004); in particolare, sullo spazio riservato ad una regola di buona fede nella disciplina del contratto, v. FARNSWORTH, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, in *30 U. Chi. L. Rev.* 666 (1963); SUMMERS, "*Good Faith*" in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, in *54 Va. L. Rev.* 195 (1968); BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, in *94 Harv. Law Rev.* 369 (1980); BURTON-ANDERSEN, *Contractual Good Faith*, Boston 1995.

³² Anche nel diritto statunitense, oltre ai rimedi che possono scaturire dal principio generale della sec. 90, sono stati applicati rimedi fondati su discipline specifiche quali: *unjust enrichment* (*Hill v. Waxberg* 237 F.2d 936 (9th Cir. 1956); *Earhart v. William Low Co.* 25 Cal. 3d 503 (1979)) e *misrepresentation* (*Markov v. ABC Transfer & Storage Co.* 76 Wash. 2d 388, 457 P2d 535 (1969)); Oltre a questi casi, gli obblighi di risarcimento in seguito al fallimento della trattativa possono derivare dalla conclusione di "*preliminary agreements*" tra le parti, volti a disciplinare lo svolgimento della trattativa; v., su tutti questi rimedi, FARNSWORTH, *Precontractual liability*, cit., p. 223 e ss.; BURTON-ANDERSEN, *Contractual Good Faith*, cit., p. 342 e ss.; KESSLER-FINE, *Culpa in Contrahendo*, cit., p. 419-420.

La sec. 90, com'è noto, esprime un modello generale per l'*enforcement* delle promesse, alternativo a quello della *consideration* e fondato sull'affidamento³³. Essa non precisa la portata della vincolatività della promessa (determinata dal ragionevole affidamento riposto su di essa dal destinatario) e dunque l'estensione del relativo rimedio. Anzi essa prevede che il rimedio possa essere limitato "secondo quando richiede la giustizia".

In una prima fase dell'emersione del "modello dell'affidamento" come criterio per l'attribuzione di vincolatività giuridica alle promesse, si ritenne prevalentemente che, una volta accolto l'affidamento come requisito sufficiente per l'*enforcement* delle promesse, ciò non potesse che dar luogo ad una piena vincolatività delle stesse nella misura dell'interesse positivo³⁴.

La promessa idonea a dar luogo a tale esito pertanto non può che assumere la forma di una rappresentazione anticipata di un trasferimento patrimoniale futuro, la quale definisca in modo completo l'oggetto della futura attribuzione. Quando tale promessa non sia correlata ad una *consideration* proveniente dalla controparte allora essa sarebbe giuridicamente inefficace. Qualora però il destinatario della rappresentazione abbia agito in modo per sé oneroso, a causa dell'affidamento sulla promessa, allora essa diviene vincolante ed obbliga il promittente ad eseguire in modo completo ed esatto il trasferimento "promesso". In questo tipo di casi, cioè, l'affidamento rileva come "surrogato" della *consideration*³⁵.

Successivamente si riconobbe che la quantità e qualità della vincolatività riconosciuta alla promessa per effetto dell'affidamento e dunque il rimedio riconosciuto al danneggiato potessero essere flessibili e limitati al solo risarcimento dei costi subiti a causa

³³ Questo il testo della sec. 90 nel *Restatement (Second) on Contracts 1981*:

1) § 90 *Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance*

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 may be limited as justice requires.

2) *A charitable subscription or a marriage settlement is binding under subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.*

Sul *promissory estoppel* di cui alla sec. 90 e sui suoi rapporti con la dottrina classica del contratto incentrata sul requisito della *consideration*, v. HENDERSON, *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, in 78 *Yale L. J.* 343 (1969); GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus (Ohio) 1975, *passim*; EISENBERG, *Donative Promises*, in 47 *Univ. Chi. L. Rev.* 1 (1979); ID., *The Principles of Consideration*, in 67 *Corn. L. Rev.* 640 (1982); METZGER - PHILLIPS, *The emergence of promissory estoppel as an independent theory of recovery*, in 35 *Rutgers Law Review* 472 (1983); KNAPP, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, in 49 *Hastings Law J.* 1191 (1998)

³⁴ Questa posizione è stata con forza sostenuta dal Williston in occasione della redazione del primo *Restatement* ed esemplificata con l'esempio molto citato di *Johnny and the car*: se uno zio promette a Johnny mille dollari e questi prevedibilmente agisce in affidamento spendendo cinquecento dollari per comprare un'automobile, se la promessa si ritiene vincolante a causa della *reliance*, in caso di inadempimento Johnny avrà diritto all'intera cifra e non soltanto al risarcimento del danno dovuto al suo affidamento sulla promessa. V. FULLER - PERDUE, *op. cit.*, p. 64; METZGER - PHILLIPS, *The emergence of promissory estoppel*, *cit.*, p. 498; YORIO-THEL, *The Promissory basis of sec. 90*, in 101 *Yale L. J.* 111 (1991), p. 116.

³⁵ cfr. HENDERSON, *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, *cit.*, p. 359.

dell'affidamento, qualora "la giustizia" così richiedesse³⁶. In questo caso, dunque, l'affidamento rileva come requisito che definisce anche la portata del rimedio, conseguente alla affermata "vincolatività" della promessa, il quale è appunto volto a compensare il c.d. *reliance interest*.

Ancora oggi la sec. 90 mantiene, nella comprensione della dottrina e nell'applicazione giurisprudenziale, una certa ambiguità poiché si presta sia a dar luogo a rimedi estesi all'*expectation interest* che a rimedi limitati al *reliance interest*. Ciò alimenta un rilevante dibattito dottrinario circa la "natura" del *promissory estoppel*, che aspirerebbe a chiarire se esso debba inquadarsi entro la logica del *contract* o quella del *tort*³⁷.

Anche rispetto ai casi di fallimento della trattativa, dove si pone un problema di tutela del c.d. affidamento precontrattuale, sono stati applicati entrambi i modelli di tutela.

7. Un rilevante ambito entro il quale il fallimento della trattativa viene trattato dal sistema giuridico riconoscendo al danneggiato il diritto al conseguimento del risultato finale dello scambio è costituito dai casi in tema di *sub-contracting*.

La vicenda dell'applicazione del *promissory estoppel* ai procedimenti di *sub-contracting* è rappresentativa di una fase dell'elaborazione teorica in tema di *reliance*, nella quale si attribuisce rilevanza all'affidamento soltanto quando esso consegue alla rappresentazione compiuta e definita di una operazione economica destinata ad avvenire nel futuro⁽³⁸⁾, rappresentazione che però non acquista vincolatività giuridica a causa del difetto dei requisiti formali necessari per il sorgere del vincolo contrattuale (consenso espresso mediante scambio di dichiarazioni e *consideration*).

Nei procedimenti di *sub-contracting*, il soggetto interessato all'esecuzione di un'opera conclude un contratto (*general contract*) con un soggetto (*general contractor*), che si obbliga all'esecuzione dell'intera opera. Questi a sua volta, per la realizzazione dei diversi aspetti

³⁶ v., in particolare, per le vicende cui è andata incontro l'applicazione della sec. 90, nella prassi delle corti e la conseguente evoluzione della sua formulazione dal primo al secondo *Restatement*, EISENBERG, *The Principles of Consideration*, cit., p. 658; in ogni caso, il discorso sulla compensazione del solo costo dell'affidamento come rimedio meritevole di autonomo riconoscimento in quanto idoneo a tutelare un autonomo "*promissory interest*" si diparte dal celebre saggio di FULLER - PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, cit.

³⁷ v., in generale, FARBBER - MATESON, *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the "Invisible Handshake"*, in 58 *U. Chi. L. Rev.* 903 (1985); BARNETT-BECKER, *Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities and Misrepresentations*, in 15 *Hofstra L. Rev.* 443 (1987); KOSTRITSKY, *A New Theory of Assent-Based Liability Emerging Under the Guise of Promissory Estoppel: An Explanation and Defense*, in 33 *Wayne L. Rev.* 895 (1987); YORIO - THEL, *The Promissory basis of sec. 90*, in 101 *Yale L. J.* 111 (1991); BARNETT, *The Death of Reliance*, in 46 *J. Legal Ed.* (1996); KNAPP, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, cit.; nella dottrina italiana, v. P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività della promessa*, Bari 2009.

⁽³⁸⁾ Sulla "promessa" come rappresentazione anticipata di un'attribuzione patrimoniale futura, alla quale consegue la *reliance* del destinatario e sulle ragioni economiche per l'enforcement della promessa (anche unilaterale), in considerazione della *reliance*, v. GOETZ - SCOTT, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, in 89 *Yale L.J.* 1261 (1980).

dell'opera complessiva, si affida a dei *sub-contractors*, ciascuno specializzato in un particolare settore. L'assegnazione del contratto al *general contractor* normalmente avviene mediante una gara tra diversi offerenti, dei quali viene scelto quello in grado di proporre il prezzo più conveniente. Per la formulazione della propria offerta l'aspirante *general contractor* si avvale dei prezzi e delle condizioni ad esso proposte da diversi *sub-contractors* dei quali poi a sua volta, nel caso in cui gli venga assegnato il contratto (*general contract*), sceglierà quello che gli propone le condizioni migliori, con il quale concluderà un *sub-contract*. Nel corso di tale procedimento le offerte formulate da ciascun *sub-contractor* non sono vincolanti fino al momento dell'accettazione (da parte del *general contractor*), e possono quindi essere revocate. Il problema sorge quando un *general contractor* abbia utilizzato nella formulazione della propria offerta (al fine di determinarne il prezzo e le altre condizioni) un'offerta a lui pervenuta da uno dei *sub-contractors*, il quale poi, una volta che il *general contractor* si sia aggiudicato il contratto principale ma prima che abbia formulato la propria accettazione rispetto al *sub-contract*, pretenda di revocare la propria offerta.

In tali casi le *formalities* che reggono il procedimento di conclusione del contratto non sono soddisfatte (dal punto di vista dell'incontro delle volontà, espresse mediante *offer* e *acceptance*), ma, d'altra parte, si è in presenza di una *detrimental reliance* da parte del *general contractor* che ha "fatto affidamento" sull'offerta del *sub-contractor* nel formulare la propria. Tale affidamento pone, si dice, un problema di possibile "ingiustizia", che si verificherebbe qualora si consentisse alla parte che ha formulato una "promessa" di smentirla dopo che l'altra ha agito fidando su di essa (senza che le sue aspettative fossero protette da un contratto)³⁹.

Il problema viene posto in termini giuridici interrogandosi sulla rilevanza e sugli effetti che l'attività svolta dall'oblato (*general contractor*) in affidamento sulla proposta (da parte del *sub-contractor*), prima della manifestazione dell'accettazione, possa avere sul potere di revoca dell'offerta da parte del proponente. Nel caso *Drennan v. Star Paving Co*⁴⁰ la Corte Suprema della California decise che il principio espresso dalla sec. 90 potesse essere applicato a vantaggio del *general contractor*.

Un'offerta contrattuale, sostiene la Corte, costituisce una promessa di eseguire una prestazione soltanto alle condizioni in essa espresse (a condizione cioè che venga fornita una *consideration*). Il convenuto, tuttavia, aveva motivo di aspettarsi che l'attore avrebbe utilizzato l'offerta proveniente dal *sub-contractor* per la preparazione della propria offerta (che cioè egli avrebbe agito in affidamento sull'offerta stessa, in modo economicamente oneroso, così da risentire un danno nel caso in cui la promessa non venisse poi mantenuta). La corte, allora, giudicando la posizione dell'oblato meritevole di tutela alla luce del principio espresso dalla sec. 90, ritiene, anche sulla base di un'applicazione analogica delle regole in tema di

⁽³⁹⁾ v. in generale sul procedimento di *sub-contracting*, e sui problemi che esso creava ai contraenti prima dell'individuazione da parte delle Corti statunitensi dei rimedi descritti nel testo, SCHULTZ, *The firm offer puzzle: A Study of Business Practice in the Construction Industry*, in 19 U. Chi. Law Rev. 237 (1952)

⁽⁴⁰⁾ 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).

*unilateral contracts*⁴¹, che sia implicita nell'offerta una promessa di non revocare. Tale promessa non è giustificata dalla prestazione di alcuna autonoma *consideration* dalla controparte e pertanto non dovrebbe essere vincolante. Essa tuttavia acquista vincolatività giuridica, per effetto del principio della sec. 90, proprio in virtù dell'affidamento ragionevole e prevedibile riposto dall'oblato.

Tale affidamento si traduce in un'attività economicamente onerosa per l'oblato che può descriversi come una anticipata utilizzazione del risultato economico dello scambio. L'oblato, *general contractor*, infatti, utilizzando l'offerta dell'aspirante *sub-contractor* per la formulazione della propria offerta, si comporta come se il contratto finale (il *sub-contract*) fosse già concluso e si espone così al rischio di subire un danno qualora poi non dovesse effettivamente conseguire il risultato economico finale del *sub-contract* (la prestazione del *sub-contractor*).

L'affidamento, ai sensi della sec. 90, può assumere rilevanza giuridica, così da rendere vincolante la promessa (di non revocare) contenuta nell'offerta, solo in quanto sia ragionevolmente prevedibile dalla parte che vi ha dato causa (il "promittente" nel linguaggio della sec. 90). Dunque, nella considerazione dei giudici, l'emissione di una dichiarazione che definisca in modo completo e definitivo i termini di un futuro scambio, in quelle condizioni di contrattazione, è tale da rendere ragionevolmente prevedibile e degno di tutela il comportamento del destinatario della dichiarazione che agisca utilizzando anticipatamente il risultato del futuro scambio.

In queste condizioni, pertanto, l'affidamento rende vincolante la promessa implicita nell'offerta contrattuale, obbligando il proponente a non revocare la propria proposta. Egli dunque, in concreto, sarà obbligato a rendere la prestazione alle condizioni dichiarate nell'offerta o a sopportare il maggior costo che il *general contractor* dovesse sostenere per procurarsi *aliunde* la stessa prestazione.

⁴¹ Per *unilateral contract* si intende, nel diritto statunitense, quel contratto col quale una parte promette l'esecuzione di una prestazione non in cambio di una corrispettiva promessa, bensì in cambio dell'esecuzione di una prestazione da controparte. L'approccio classico, temperato già col primo *Restatement*, comportava che, prima della completa esecuzione della prestazione da parte dell'oblato, il proponente fosse del tutto libero di revocare la propria offerta, poiché non era ancora stata prestata da controparte la *consideration* che avrebbe conferito efficacia all'obbligazione contenuta nell'offerta (v., per l'esposizione della disciplina dell'*unilateral contract* in base alla dottrina classica, WORMSER, *The True Conception of Unilateral Contracts*, in 26 *Yale L.J.* 136 (1916); e cfr., per un'applicazione in questi termini della dottrina classica, *Patterson v. Pattberg*, 248 N.Y. 86, 161 N.E. 428 (1928)). La sec. 45 del primo *Restatement*, in considerazione della particolare "durezza" di questa regola per l'oblato, interveniva a sua tutela: § 45 *Restatement (First) of Contracts*: "If an offer for a unilateral contract is made, and part of consideration requested in the offer is given or tendered by the offeree in response thereto, the offeror is bound by a contract, the duty of immediate performance of which is conditional on the full consideration being given or tendered within the time stated in the offer, or, if no time is stated therein, within a reasonable time". Nel caso della sec. 45, secondo il commento al *Restatement*, sussisterebbe una promessa implicita di non revocare la proposta non appena cominciasse l'esecuzione della prestazione. La sec. 45 è stata poi sostanzialmente confermata nel *Restatement (Second)*, dove si è però precisato il concetto di *unilateral contract* e si è qualificato il vincolo dell'offerente per effetto dell'inizio dell'esecuzione da parte dell'oblato come *option contract*.

In questi casi, dunque, il *promissory estoppel* opera in relazione ad una dichiarazione che definisce in modo completo e definitivo i termini di un futuro scambio e che viene ritenuta tale da autorizzare l'oblatore a fare affidamento sulla "certezza" di tale scambio. A tale affidamento conseguono coerentemente atti che hanno senso e sono giustificati dal punto di vista economico, solo in tale prospettiva di "certezza" dello scambio, perché sono direttamente correlati al suo risultato finale. L'affidamento rileva, grazie al principio espresso dalla sec. 90, nel senso di obbligare il dichiarante ad eseguire lo scambio rappresentato mediante l'offerta, tutelando così, a fronte del fallimento della trattativa, l'interesse del danneggiato al conseguimento del risultato finale dello scambio.

8. I casi in tema di *sub-contracting* restituiscono un'immagine del *promissory estoppel* come dispositivo volto essenzialmente ad assicurare, in virtù dell'affidamento del promissario, la piena vincolatività di una promessa carente del requisito della *consideration*. L'affidamento opera pertanto come "surrogato" della *consideration* obbligando il promittente ad eseguire esattamente il trasferimento patrimoniale rappresentato dalla promessa.

L'idea sottostante a tale impiego del *promissory estoppel* è che esso dia vita ad un modello generale per l'*enforcement* delle promesse alternativo a quello dello scambio e della *consideration*. I due modelli, quello fondato su *consideration* e scambio e quello fondato sull'affidamento, pertanto, differirebbero essenzialmente per il contenuto del criterio impiegato per valutare l'azionabilità della promessa. Il contenuto e la tipologia delle promesse di cui si discute l'azionabilità sarebbero invece coincidenti. In entrambi i casi si tratterebbe di rappresentazioni che definiscono in modo completo e definitivo il contenuto di un'attribuzione patrimoniale destinata a realizzarsi in futuro, sostanzialmente paragonabili a (quando non esattamente coincidenti con) un'offerta contrattuale.

Quando questo modello viene impiegato per risolvere un problema di fallimento della trattativa e dunque come tecnica di tutela dell'affidamento precontrattuale esso è in grado di comprendere e "trattare" giuridicamente contrattazioni che abbiano la struttura che emerge chiaramente dai casi di *sub-contracting*. Esso può impiegarsi, cioè, con riferimento a casi nei quali una parte abbia formulato una dichiarazione completa e definitiva paragonabile ad un'offerta contrattuale e l'affidamento che essa determini abbia pertanto ad oggetto la "certezza" dello scambio. Le attività onerose ragionevolmente prevedibili (ai sensi della sec. 90) rispetto a tale tipo di affidamento saranno pertanto quelle direttamente correlate al risultato finale dello scambio. Il rimedio concesso non farà altro che rendere pienamente azionabile la promessa in modo analogo a quanto avverrebbe se essa fosse giustificata dalla accettazione della controparte e dalla relativa *consideration*.

Questo modello di funzionamento del *promissory estoppel* non è, invece, in grado di comprendere e trattare quella tipologia di casi, già considerati rispetto al diritto inglese, nei quali l'affidamento non si determini in relazione alla "certezza" dello scambio ma rispetto alle caratteristiche, alla struttura ed alla funzione della trattativa e di conseguenza dia luogo ad attività onerose che non siano direttamente correlate al risultato finale dello scambio, ma

abbiano senso ed utilità economica rispetto alla funzione “preliminare” ed “informativa” della trattativa.

L'applicazione del *promissory estoppel* a questa diversa tipologia di contrattazioni avviene a partire dal caso *Hoffman v. Red Owl Stores*⁴², nel quale la comprensione giurisprudenziale dell'istituto viene adattata alle diverse caratteristiche della contrattazione.

L'affidamento, in questo caso, aveva fatto seguito a reiterate rappresentazioni del convenuto relative alla probabile futura conclusione di un contratto di *franchise*, le quali tuttavia non definivano ancora con precisione il contenuto delle attribuzioni patrimoniali che il contratto era volto a realizzare.

Hoffman, aspirante *franchisee*, si era rivolto a *Red Owl Stores*, detentore del marchio di una catena di negozi di generi alimentari, al fine di saggiare le possibilità di intraprendere tale attività in *franchising* col convenuto. *Red Owl* sin dall'inizio incoraggiò *Hoffman*, dichiarandosi disposto alla conclusione del contratto e prospettandogli determinate condizioni, per lui vantaggiose. In particolare *Red Owl* richiese un investimento iniziale, per consentire l'utilizzo del marchio, di 18.000 dollari, aggiungendo però che era necessario che *Hoffman* acquisisse una maggiore esperienza nel settore. A causa di questa richiesta e sulla base dell'affidamento si era così determinato, *Hoffman* compì una serie di atti notevolmente onerosi. Innanzitutto cedette la sua precedente attività commerciale, ad un prezzo inferiore al suo valore, per acquistare un negozio di generi alimentari e soddisfare le condizioni poste da *Red Owl*. Successivamente rivendette quest'azienda ad un prezzo adeguato a malapena a coprirne il costo, spese 1.000 dollari per assicurarsi l'opzione sull'immobile in cui doveva sorgere il negozio *Red Owl*, e sostenne le spese per il trasloco nella città dove avrebbe dovuto svolgere la attività in *franchising*. Questi preparativi durarono all'incirca tre anni, durante i quali il convenuto in corrispondenza dei maggiori oneri che l'attore si assumeva (e che gli rendevano perciò più costosa la rottura della trattativa, diminuendo il suo potere contrattuale) chiedeva una cifra sempre maggiore come versamento iniziale da parte del *franchisee* per la conclusione del contratto. Quando *Hoffman* fu pronto per l'inizio dell'attività e quindi per la stipulazione del contratto, *Red Owl* elevò ulteriormente la cifra richiesta come contributo iniziale per ottenere il *franchise* e impose condizioni meno vantaggiose per il *franchisee*. A questo punto l'attore smise di assecondare le richieste di *Red Owl* e agì fondando la propria domanda sul *promissory estoppel*, allegando l'esistenza di una promessa da parte del convenuto concernente la stipulazione del contratto alle condizioni originariamente stabilite.

La corte diede ragione all'attore e riconobbe il risarcimento dei danni esattamente corrispondenti al *reliance interest* rispetto alla promessa (quantificati cioè nella misura delle spese sostenute a causa dell'affidamento). Nel concedere il rimedio, la corte considerò che era stata fornita prova delle rappresentazioni da parte del *franchisor* circa la futura conclusione del contratto (“*promissory representations*”), di un comportamento oneroso dell'attore in ragionevole affidamento su tali rappresentazioni e del soddisfacimento, da parte sua, delle condizioni richieste da *Red Owl* durante la trattativa.

⁽⁴²⁾ 26 Wis. 2d 683 (1965)

La questione di diritto rilevante riguardava la necessità che la “promessa”, per poter dar luogo all’applicazione del *promissory estoppel*, dovesse contenere tutti gli elementi rilevanti dell’operazione economica tra promittente e destinatario, così da essere equivalente ad una vera e propria “offerta” contrattuale. La corte ritenne che la sec. 90 in realtà non richiedeva che la “promessa” che dà luogo all’applicazione dell’*estoppel* dovesse soddisfare gli stessi requisiti di un’offerta contrattuale. La corte, infatti, al fine di fondare la pronuncia di risarcimento, non cercò di sostenere che le parti avessero raggiunto un accordo definito sui termini dell’affare, bensì, esplicitamente, risarcì l’attore per l’affidamento sulle rassicurazioni del convenuto relative non al fatto che un accordo “fosse già stato raggiunto”, bensì che un accordo “sarebbe stato raggiunto”⁴³.

In questo modo, con la decisione resa in *Hoffman* dalla Corte Suprema del Wisconsin si riconobbe che il *promissory estoppel* potesse dar luogo a responsabilità non solo in presenza di impegni compiutamente definiti nel loro contenuto e che risulterebbero non vincolanti soltanto per inosservanza delle *formalities* tradizionali (forma, incontro delle volontà, *consideration*), ma anche quando sussistano più generiche manifestazioni di intenzione che causano un danno al destinatario in quanto lo inducano, prevedibilmente e ragionevolmente, a sostenere dei costi. Il danno, infatti, coerentemente con tale impiego “non contrattuale” del *promissory estoppel*, viene espressamente quantificato con esclusivo riferimento al *reliance interest*⁴⁴.

A tale decisione, poi, proprio perché essa ha consentito il risarcimento del danno da affidamento su dichiarazioni e comportamenti della controparte nelle trattative precontrattuali che non presentino un contenuto sufficientemente definito da poter essere equiparate ad un’ “offerta” contrattuale, è stato attribuito un significato equivalente alla posizione di un dovere di “trattare in buona fede” (*a duty to bargain in good faith*), la cui violazione può dar luogo a responsabilità per danni, nella misura necessaria a compensare la *reliance* del danneggiato⁴⁵.

⁽⁴³⁾ Così KNAPP, *Enforcing the Contract to Bargain*, in 44 N.Y. Univ. L. R. 673 (1969), p. 688.

⁽⁴⁴⁾ Il *promissory estoppel* ha dato luogo ad un ampio dibattito nella dottrina americana circa il fondamento della responsabilità cui dà luogo: anche coloro che ritengono che il fondamento sia il consenso, e che il vero criterio di quantificazione del danno sia perciò l’*expectation* riconoscono però che in questo caso ed in quelli analoghi, lo strumento viene utilizzato in una versione diversa che lo accosta al *tort*, cfr., per questo dibattito, KNAPP, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, cit., *passim*.

⁽⁴⁵⁾ cfr. KNAPP, *Enforcing the Contract to Bargain*, cit., p. 688 e ID., *Contracts*, 1966 *Ann. Surv. Am. L.* 133, p. 142; v. anche SUMMERS, “*Good faith*” in *general contract law and the sales provisions of the general uniform commercial code*, cit., p. 223; HENDERSON, *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, cit., p. 359 e ss.; GILMORE, *The Death of Contract*, cit., p. 56; FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, cit., p. 239.

Questo caso, dal punto di vista della definizione dei presupposti necessari per l'operatività del *promissory estoppel*, si caratterizza proprio per aver fornito un rimedio pur in mancanza di una compiuta definizione dell'attribuzione patrimoniale futura⁴⁶.

La trattativa manifesta una definizione soltanto parziale del contenuto contrattuale, unita alle rassicurazioni del potenziale *franchisor* circa la probabile futura conclusione del contratto (definite dalla corte *promissory representations* in modo da consentire l'applicazione della sec. 90 che richiede l'esistenza di una *promise*) ed alla richiesta, rivolta dai rappresentanti di *Red Owl Stores* al potenziale *franchisee*, di compiere una serie di atti onerosi giustificati dall'esigenza che l'attore acquisisse maggiore esperienza nel settore commerciale oggetto del contratto. Al tempo stesso il convenuto (*Red Owl*), secondo un modello comune ad altri casi analoghi⁴⁷, pur richiedendo (o incoraggiando) il compimento di tali atti onerosi, si astiene dall'assumersi espressamente responsabilità per essi, evitando di inquadrarli in un qualche rapporto già contrattuale con l'attore (in particolare evitando che tali atti possano assumere la veste di *consideration* per una qualche obbligazione del convenuto) e mantenendoli invece all'interno di una fase ancora "precontrattuale" (e dunque di teorica immunità per le parti).

La contrattazione perciò si svolge in condizioni tali da poter ingenerare nel potenziale *franchisee* un qualche affidamento sulle probabilità di conclusione del contratto. Essa tuttavia non ha caratteristiche tali da rendere ragionevolmente giustificati degli atti onerosi direttamente correlati al risultato economico dello scambio, quali sarebbero, invece, degli atti conseguenti ad un ragionevole affidamento sulla certezza e definitività dello scambio dal contenuto già definito.

Le parti, piuttosto, in queste condizioni, sono legittimate a fare affidamento su un certo stato e certe caratteristiche della trattativa e ad agire di conseguenza. Le condizioni della contrattazione, dunque, possono far ritenere ragionevole ed obiettivamente giustificato il compimento di atti onerosi che abbiano una qualche correlazione ed utilità rispetto allo stato ed alle caratteristiche della trattativa (cioè una trattativa nella quale le parti si dichiarano in linea di massima disposte allo scambio ma devono ancora stabilirne il contenuto in forma compiuta e definitiva). Tali saranno quegli atti che appaiano ragionevolmente utili e giustificati al fine di consentire alle parti di definire quegli aspetti del contenuto dello scambio che esse non sono ancora riuscite a definire e che vengano compiuti da una parte sul presupposto della disponibilità della controparte a concludere lo scambio (disponibilità che però è condizionata al raggiungimento di un accordo completo).

La fase precontrattuale, in questi casi, serve, in generale, alle parti per definire costi e benefici dello scambio ed, in particolare, alla parte, che poi verrà ritenuta responsabile del

⁴⁶ Questo scostamento rispetto all'utilizzo tradizionale del *promissory estoppel* viene rilevato anche da MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, cit., p. 53 e ss.

⁴⁷ Cfr. *Vigoda v. Denver Urban Renewal Authority* 646 P.2d 900 (Colo. 1982); *Werner v. Xerox Corp.* 732 F.2d 580 (U.S. App. 1984); *PDL Vitari Corp. v. Olympus Industries* 718 F. Supp. 197 (S.D.N.Y. 1989); *Pop's Cones Inc. v. Resorts International Hotel Inc.* 307 N.J. Super. 461, 704 A.2d 1321; per una spiegazione delle caratteristiche economiche di queste tipologie di contrattazione, della funzione dell'investimento e dei rimedi che sarebbero di conseguenza adeguati v. KOSTRITSKY, *Bargaining with uncertainty*, cit., *passim*.

danno, per valutare le qualità della propria controparte (il danneggiato a causa dell'affidamento) come partner contrattuale e l'idoneità dello scambio a rispondere alle proprie esigenze⁴⁸.

Nel caso di specie gli atti richiesti dal convenuto all'attore possono giustificarsi in quanto volti a far acquisire all'attore maggior esperienza nell'ambito dell'attività oggetto del *franchise* ed a far sì che questi dimostrasse le proprie capacità imprenditoriali al convenuto in modo che quest'ultimo potesse disporre delle informazioni necessarie per valutare il valore commerciale del *franchise* e di conseguenza stabilirne i termini esatti⁴⁹.

In casi di questo tipo si hanno dunque condizioni della contrattazione che non giustificano un affidamento sulla certezza e definitività dello scambio e dunque nemmeno il compimento di atti onerosi direttamente correlati al suo risultato (soprattutto perché il contenuto dello scambio non risulta ancora definito e le dichiarazioni del convenuto si limitano a rassicurare circa le sua probabilità di conclusione futura). Si hanno però delle condizioni che giustificano l'affidamento su una qualche necessità o utilità degli atti onerosi compiuti dall'attore in relazione alle condizioni complessive della contrattazione. L'affidamento si concreta perciò nel compimento di atti onerosi correlati alla trattativa e non allo scambio.

L'affidamento precontrattuale, unito al fallimento della trattativa, non può perciò porre un problema di tutela dell'interesse delle parti al conseguimento del risultato dello scambio, che si risolve sul terreno degli strumenti giuridici volti alla costituzione di un vincolo all'esecuzione del trasferimento patrimoniale rappresentato nella trattativa. Ragione determinante della impossibilità di configurare un simile esito è la mancanza di una compiuta rappresentazione del trasferimento patrimoniale, che di per sé impedisce che l'affidamento possa valere come un surrogato delle formalità richieste per la costituzione del vincolo.

L'affidamento precontrattuale, unito al fallimento della trattativa pone invece un problema di tutela dell'interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della

⁽⁴⁸⁾ Questa spiegazione di *Red Owl* e, più in generale della funzione economica dell'investimento precontrattuale è stata particolarmente sviluppata da KOSTRITSKY, *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations*, 44 *Hastings L.J.* 621 (1993); ID, *Reshaping the Precontractual Liability Debate: Beyond Short Run Economics*, 58 *U. Pitt. L. Rev.* 325; ID, *"Why infer" ? What the new institutional economics has to say about law-supplied default rules*, 73 *Tul. L. Rev.* 497 (1998); ID, *When Should Contract Law Supply a Liability Rule or Term ? Framing a Principle of Unification for Contracts*, 32 *Arizona State L. J.* 1283 (2000); sulla valenza "informativa" dell'investimento precontrattuale v. anche JOHNSTON, *Communication and Courtship: Cheap Talk Economics and the Law of Contract Formation*, 85 *Va. L. Rev.* 385 (1999), p. 392; ID., *Investment, Information and Promissory Liability*, 152 *U. Pitt. L. Rev.* 1923 (2004) p. 1925-26; presuppongono un tale ruolo informativo dell'investimento precontrattuale anche SCHWARTZ & SCOTT, *Precontractual liability and preliminary agreements*, 120 *Harr. L. Rev.* 662 (2007).

⁽⁴⁹⁾ Per questa spiegazione v. soprattutto KOSTRITSKY, *Reshaping the precontractual liability debate: beyond short run economics*, *cit.*, p. 340 e ss.; JOHNSTON, *Communication and Courtship: Cheap Talk Economics and the Law of Contract Formation*, *cit.*, p. 496 e ss.

trattativa. Esso si risolve, a prescindere dal linguaggio utilizzato e dagli impieghi per cui gli stessi istituti chiamati qui in causa (*promissory estoppel*) sono stati utilizzati in altri casi (e cioè come rimedio esteso all'interesse positivo), secondo una logica di mera riparazione dell'interesse negativo.

9. All'esito di una considerazione complessiva dei possibili presupposti per l'operatività del *promissory estoppel* e dei rimedi che ne conseguono, l'affidamento precontrattuale può dunque avere caratteri diversi ed assumere diversa rilevanza.

In alcuni casi (qui esemplificati dai casi di *sub-contracting*), l'affidamento consisterà in atti di organizzazione della sfera giuridico-patrimoniale del promissario in dipendenza di una promessa, non provvista di tutti i requisiti formali per la sua vincolatività giuridica, la quale tuttavia prefigura una attribuzione patrimoniale già compiutamente definita nel suo contenuto e rappresentata come definitiva. In questi casi, come si è visto, gli atti compiuti in affidamento sono direttamente correlati all'attribuzione rappresentata dalla promessa ed il *promissory estoppel* opera come *substitute of consideration* rendendo la promessa pienamente vincolante e tutelando così l'interesse del promissario al conseguimento del risultato economico rappresentato nella promessa. Al di là della terminologia utilizzata, che non è propriamente quella del contratto, in questi casi la tutela opera sul piano degli strumenti volti alla costituzione di un vincolo giuridico all'esecuzione di uno scambio e l'affidamento pone un problema di realizzazione dell'interesse delle parti al conseguimento del relativo risultato economico.

In altri casi (quelli che seguono il modello di *Hoffman v. Red Owl Stores*⁵⁰), invece, l'affidamento cui il *promissory estoppel* dà rilevanza non ha come punto di riferimento la promessa di una attribuzione patrimoniale già compiutamente definita. Esso, piuttosto, è correlato alle modalità di conduzione ed alle esigenze poste da una trattativa che non abbia ancora consentito alle parti di definire compiutamente l'operazione economica da eseguire e nella quale tuttavia venga rappresentata da una parte una certa disponibilità alla conclusione dello scambio. In tali casi l'affidamento svolge una funzione utile alla progressiva definizione delle rispettive attribuzioni patrimoniali che le parti intendono realizzare, ma che non sono ancora compiutamente formulate. In coerenza con tale diversa fisionomia dell'affidamento, che è caratteristica delle modalità di trattativa esemplificate dal caso *Hoffman v. Red Owl Stores*, il rimedio fornito dal *promissory estoppel* non consiste nel ritenere il promittente obbligato alla prestazione del risultato economico rappresentato dalla sua promessa (anche perché, a differenza, ad esempio, dei casi di *sub-contracting*, in questi casi

⁵⁰ Cfr. *Vigoda v. Denver Urban Renewal Authority* 646 P.2d 900 (Colo. 1982); *Werner v. Xerox Corp.* 732 F.2d 580 (U.S. App. 1984); *PDL Vitari Corp. v. Olympus Industries* 718 F. Supp. 197 (S.D.N.Y. 1989); *Pop's Cones Inc. v. Resorts International Hotel Inc.* 307 N.J. Super. 461, 704 A.2d 1321

manca una formulazione definita di una attribuzione patrimoniale), bensì nel costringerlo a risarcire il costo che l'altro abbia sostenuto in affidamento sulla promessa.

In definitiva, un'attenta lettura dei casi non fa che confermare la “doppia natura” del *promissory estoppel* (e dunque la possibile diversa rilevanza dell'affidamento “precontrattuale” e la possibile diversa portata dei rimedi ad esso apprestati, sia pure secondo la stessa terminologia) e le diverse condizioni per la tutela dell'*expectation interest* e del *reliance interest*.

I casi trattati secondo la dottrina del *promissory estoppel* cioè, finiscono per porre problemi diversi e vengono coerentemente sottoposti a trattamenti diversi. I casi in tema di *sub-contracting* (qui utilizzati come esempio significativo di utilizzo del *promissory estoppel* al fine di realizzare una tutela dell'affidamento precontrattuale che si estende all'interesse positivo) e quelli che si collocano sulla scia di *Hoffman v. Red Owl Stores* (caratterizzati dalla tutela limitata all'interesse negativo), sebbene trattati in modo apparentemente unitario secondo la terminologia della “promessa”, del carattere ragionevole e prevedibile dell'affidamento che ad essa consegue e dell'ingiustizia che deriverebbe dal lasciare il promissario privo di qualunque rimedio, rappresentano in realtà le due direttrici principali lungo le quali si articola il problema dell'affidamento precontrattuale.

Anche se tale varietà di soluzioni può essere rappresentata come una progressione evolutiva nell'utilizzo del *promissory estoppel* (che sembrerebbe aver condotto, nel corso del tempo, ad un allargamento del suo ambito di incidenza) e sebbene la dottrina statunitense si sforzi di ricondurre ad unità tale istituto (individuando un modello prevalente idoneo a dar conto in modo esclusivo della sua portata e del suo fondamento)⁽⁵¹⁾, in realtà la duplicità di utilizzi del *promissory estoppel* riflette la diversità dei problemi posti di volta in volta dall'affidamento su una futura operazione economica.

Quando le dichiarazioni di una parte siano tali da fornire una rappresentazione compiuta e definitiva dei termini dello scambio, i giudici (ponendosi la questione dell'esistenza di una promessa e della prevedibilità e ragionevolezza del relativo affidamento) si interrogano sull'idoneità di tali dichiarazioni a suscitare un affidamento sulla certezza

⁽⁵¹⁾ v. il dibattito in corso nella dottrina statunitense circa l'effettiva portata del *promissory estoppel* ed i presupposti per la sua operatività. Parte della dottrina cerca di individuare un modello prevalente che spieghi il funzionamento del *promissory estoppel* (la sua portata e le sue condizioni di operatività) accostandolo all'ambito del *contract* (per cui la portata si estenderebbe all'interesse positivo e, tra le sue condizioni di operatività, sarebbe determinante la manifestazione del consenso del dichiarante circa l'assunzione di responsabilità), cfr.: FARBER-MATESON, *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the “Invisible Handshake”*, cit.; BARNETT - BECKER, *Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities and Misrepresentations*, cit.; KOSTRITSKY, *A New Theory of Assent-Based Liability Emerging Under the Guise of Promissory Estoppel: An Explanation and Defense*, cit.; YORIO - THEL, *The Promissory basis of sec. 90*, cit.; BARNETT, *The Death of Reliance*, cit.; KNAPP, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, cit.. A fronte di queste opinioni, volte ad omologare il *promissory estoppel* al *contract*, la dottrina riconosce che comunque i casi che seguono il modello di *Hoffman v. Red Owl Stores* si caratterizzano per un utilizzo del *promissory estoppel* che segue una logica diversa e lo rende più simile all'istituto della *misrepresentation* ed all'ambito del *tort*: BARNETT - BECKER, *Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities and Misrepresentations*, cit., p. 489; GERGEN, *Liability for Mistake in Contract Formation*, cit.; su questi problemi v. anche MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli 1995, p. 113 e ss.

dello scambio ⁽⁵²⁾. Gli atti di affidamento che vengono presi in considerazione ai fini della concessione del rimedio sono di conseguenza correlati al risultato finale dello scambio così come già compiutamente definito. Il rimedio viene concesso nel caso in cui il convenuto abbia in qualche modo smentito l'affidamento suscitato (e cioè abbia in definitiva cercato di sottrarsi all'affare alle condizioni già definite ed impedito così all'attore di conseguire il risultato) ed è coerentemente commisurato all'interesse positivo. Il *promissory estoppel* in tali casi può essere effettivamente rappresentato come un istituto omogeneo alla logica del *contract* e l'affidamento risulta perciò collocato nell'ambito del problema della tutela dell'interesse delle parti al conseguimento del risultato dello scambio.

Quando, invece, le "promesse" di una parte nel corso della trattativa si limitino a rappresentare una probabilità di conclusione senza però formulare in modo completo e definitivo i termini dello scambio, la ricostruzione del caso da parte delle corti e le domande che esse si pongono sono diverse (pur essendo espresse secondo una medesima terminologia). I giudici infatti si interrogano, in definitiva, sull'idoneità di tali dichiarazioni a suscitare un affidamento su una certa struttura e funzione della trattativa e sull'obiettiva correlazione degli atti compiuti dall'attore con tale struttura e funzione. Il rimedio viene concesso nel caso in cui il comportamento del convenuto sia in qualche modo contrario all'affidamento suscitato (e cioè non sia più coerente con la struttura e la funzione della trattativa che aveva previamente rappresentato e renda quindi non più giustificato il compimento di atti onerosi precontrattuali, pregiudicando così l'interesse dell'attore a non subire perdite economiche a causa della trattativa) ed è coerentemente commisurato all'interesse negativo. In tali casi la logica secondo la quale funziona il *promissory estoppel* è assimilabile a quella del *tort* e l'affidamento risulta perciò collocato nell'ambito del problema della tutela dell'interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa.

10. I risultati dell'indagine comparatistica consentono di giungere ad una prima conclusione generale, che presenta un certa rilevanza dal punto di vista della comparazione giuridica.

Il problema del fallimento della trattativa, in realtà, a dispetto delle affermazioni tradizionali, riceve, entro alcuni sistemi di *Common Law*, un trattamento giuridico che può dar luogo a rimedi a tutela dell'affidamento precontrattuale del danneggiato. Si tratta, in verità, di una acquisizione che, in questi termini generali, non è del tutto nuova per la

⁽⁵²⁾ Infatti, in un altro caso relativo ad un contratto di *franchise*, *Walters v. Marathon Oil Co.*, 642 F.2d 1098 (7th Cir. 1981), la corte ha riconosciuto, in base al *promissory estoppel*, i danni commisurati alla "expectation" (interesse positivo) e ciò è stato possibile proprio grazie al fatto che i termini dello scambio finale erano già stabiliti, poiché l'attore (aspirante *franchisee*), a differenza di *Hoffman*, aveva già inviato l'*application* per il *franchise*. Per il collegamento tra già avvenuta definizione dei termini dello scambio ed estensione del risarcimento all'interesse positivo (sempre sulla base del *promissory estoppel*) v. FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements*, cit. p. 236, 237.

dottrina comparatistica⁵³. Si può ritenere, tuttavia, che le probabilità di ottenere un rimedio per la parte che si assuma danneggiata dal fallimento della trattativa siano inferiori rispetto a quei sistemi nei quali siano presenti regole autonome ed espresse di responsabilità precontrattuale (spesso incentrate sulla nozione di “buona fede” quale regola di comportamento).

Dai risultati dell’indagine emerge tuttavia un dato ulteriore che richiede una spiegazione. I rimedi disponibili a tutela del danneggiato dal fallimento della trattativa, in assenza di regole espresse e specificamente dedicate al problema si situano su due diversi piani ed operano sulla base di presupposti diversi.

In certi casi, l’interesse del danneggiato viene tutelato mediante rimedi che riconoscono tutela all’interesse al conseguimento del risultato economico dello scambio. Il danneggiato viene tutelato obbligando la sua controparte ad eseguire in forma specifica o per equivalente l’operazione economica rappresentata nella trattativa ma non ancora resa espressamente vincolante mediante la conclusione del contratto. Al fine di tutelare l’interesse della parte delusa dal fallimento della trattativa, viene preso in considerazione e tutelato il suo interesse al conseguimento del risultato dello scambio, anche in mancanza di una sicura conclusione del contratto. La tutela dell’interesse a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa risulta del tutto assorbita nella tutela dell’interesse positivo. Il presupposto per il rimedio è costituito dall’affidamento sulla conclusione del contratto, che si considera rilevante quando la contrattazione sia giunta ad una formulazione completa e definitiva dello scambio.

Il dato che importa rilevare, rispetto a questo modello di tutela, è che esso dà luogo ad un rimedio che va oltre il consueto ambito della responsabilità precontrattuale (così come esso viene generalmente inteso e definito entro i sistemi giuridici che conoscono regole espresse di responsabilità precontrattuale) e che si situa, più correttamente, sul piano dei rimedi, in senso lato, “contrattuali”.

In altri casi, invece, l’interesse del danneggiato viene tutelato attraverso rimedi contenuti entro il limite dell’interesse negativo e che non sono subordinati all’affidamento sulla certezza dello scambio. Si tratta, pertanto, in questo caso, di un rimedio che ha una portata coerente con le modalità di funzionamento delle regole di responsabilità precontrattuale, ma che non opera in realtà sulla base di quello che viene ritenuto il presupposto ordinario della responsabilità precontrattuale e cioè l’affidamento sulla conclusione del contratto.

⁵³ Si v. già KESSLER - FINE, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, cit. (con riferimento al diritto statunitense); GILKER, *Precontractual liability in English and French law*, cit.; CARTWRIGHT – HESSELINK, *Precontractual liability in European Private Law*, cit., p. 449 e ss., dove si mettono in evidenza le differenze che caratterizzano il diritto inglese rispetto agli altri sistemi giuridici europei; per un quadro generale di carattere comparatistico v. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability – Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, cit.

Nel diritto statunitense, poi, tale duplicità dei piani sui quali si situano i rimedi si presenta come un dato caratterizzante di un istituto espressamente volto alla tutela dell'affidamento, il *promissory estoppel*, il quale appare segnato da una strutturale ambivalenza.

Questi risultati pertanto pongono un problema che richiede una spiegazione. Potrebbe pensarsi che tale variabilità della portata dei rimedi rappresenti una sorta di "imperfezione" dei sistemi giuridici di *Common Law* considerati. L'interesse negativo, cioè, sarebbe in realtà l'ambito entro il quale dovrebbero esaurirsi i problemi posti dalla tutela dell'affidamento precontrattuale in occasione del fallimento della trattativa. La mancanza di regole appropriate e coerenti di responsabilità precontrattuale indurrebbe i sistemi considerati a commettere degli "errori" nel trattamento del fallimento della trattativa, raggiungendo in certi casi degli esiti (quelli che implicano rimedi estesi all'interesse positivo) sproporzionati ed incoerenti rispetto all'obiettivo funzionale della tutela dell'affidamento precontrattuale. Lo stesso "difetto" dei sistemi di *Common Law* comporterebbe poi che anche le condizioni per l'accesso ai rimedi non siano definite in modo uniforme e coerente.

In alternativa, si potrebbe invece provare ad adottare, nella ricostruzione dei casi, un punto di vista che consenta di spiegare e razionalizzare tale trattamento giuridico differenziato alla luce della *ratio* economica della libertà di contrarre. Se ciò fosse possibile, la comprensione delle ragioni di tale trattamento giuridico del problema sarebbe rilevante anche rispetto all'analisi dei problemi posti dall'affidamento precontrattuale entro i sistemi giuridici che conoscono autonome regole di responsabilità precontrattuale. Questa prospettiva, infatti, segnalerebbe che l'affidamento precontrattuale, nel caso di fallimento della trattativa, pone ad un sistema giuridico fondato sulla libertà contrattuale, almeno due ordini di problemi, cui corrispondono i rimedi descritti.

Quest'ultima strada sembra quella più fruttuosa per una adeguata comprensione della materia.

11. Al fine di procedere a questa razionalizzazione dei dati rilevati, è opportuno individuare delle caratteristiche comuni all'interno di ciascuno dei due gruppi di casi.

La tutela si realizza mediante la costituzione del vincolo all'esecuzione del trasferimento patrimoniale rappresentato nella trattativa quando la contrattazione abbia le seguenti caratteristiche:

- una parte (il "danneggiante") abbia rappresentato in forma compiuta e definitiva, attraverso una dichiarazione sostanzialmente assimilabile ad una proposta contrattuale, il contenuto della futura attribuzione patrimoniale da realizzarsi mediante il contratto;

- a tale rappresentazione consegua un'attività economicamente onerosa della controparte direttamente correlata al risultato economico finale dello scambio rappresentato nel corso della trattativa: atti di organizzazione del patrimonio che si spiegano ed hanno senso, dal punto di vista economico, in relazione alla futura esecuzione dello scambio (si tratta in particolare di atti di anticipata appropriazione o esecuzione del risultato finale dello scambio).

La tutela si realizza invece mediante la compensazione del costo sostenuto a causa della trattativa quando:

- le dichiarazioni ed il comportamento del danneggiante non rappresentino la “certezza” del contratto (sia pure futuro), ma si limitino, piuttosto, a rappresentare una qualche disponibilità allo scambio e/o a dichiarare che verranno adottate certe modalità di comportamento nella conduzione della trattativa oppure a richiedere a controparte il compimento di attività onerose, sul presupposto che esse siano utili per la prosecuzione della trattativa e per addivenire alla definizione di un regolamento contrattuale soddisfacente per entrambe le parti;

- tali rappresentazioni siano tali da rendere ragionevole e giustificato, dal punto di vista economico, un comportamento oneroso del danneggiato che sia utile alla trattativa, in quanto consenta di acquisire le informazioni rilevanti per potere decidere il “se” ed il “come” dello scambio.

Questa ricostruzione chiarisce come in entrambi i casi il problema che il fallimento della trattativa pone al sistema giuridico sia costituito dall'esistenza di un “investimento” che sia stato eseguito da una delle parti prima che sia perfezionato il vincolo contrattuale e del quale occorra imputare il rischio in conseguenza della mancata conclusione del contratto. La terminologia dell'affidamento è in realtà idonea a rappresentare, ma in modo non del tutto chiaro, il criterio di soluzione del problema così come esso emerge dagli ordinamenti giuridici considerati.

Quando il problema sia originato dall'esecuzione, nella fase precontrattuale, di investimenti direttamente correlati al risultato finale dello scambio, dei quali occorra imputare il rischio ad una delle parti, il criterio di soluzione impiegato si fonda sull'esistenza di condizioni obiettive della contrattazione che legittimino un affidamento sulla certezza dello scambio e che perciò rendano economicamente ragionevoli atti onerosi che abbiano senso proprio nella prospettiva dell'esecuzione dello scambio. Se tali condizioni sussistono, il rischio dell'investimento viene imputato alla controparte dell'investitore, mediante la costituzione a suo carico del vincolo giuridico all'esecuzione dello scambio, che così si qualifica come tecnica specifica di tutela di questo tipo di investimento precontrattuale.

Quando il problema sia originato dall'esecuzione di investimenti correlati alla trattativa (che cioè siano utili rispetto alla funzione “preliminare” ed “informativa” della trattativa) il criterio di imputazione del rischio si fonda sull'esistenza di condizioni della contrattazione che giustificano l'affidamento su una certa struttura e una certa funzione della trattativa rispetto alle quali il compimento degli atti di investimento appaia ragionevolmente correlato ed economicamente sensato. Se tali condizioni sussistono, il rischio degli investimenti viene imputato alla controparte dell'investitore, che abbia deluso l'affidamento suscitato, mediante l'imputazione a suo carico del costo degli investimenti.

In entrambe le ipotesi la terminologia dell'affidamento evoca una verifica della obiettiva correlazione tra lo stato e le caratteristiche complessive della contrattazione e la funzione economica degli investimenti. Tale verifica consente in realtà di attribuire rilevanza, non alla mera “fiducia” soggettiva di una parte sul comportamento futuro di

controparte, bensì alla ragionevolezza economica delle scelte di investimento compiute dal danneggiato. Esse si qualificano ragionevoli in quanto siano obiettivamente giustificate dalle complessive condizioni della contrattazione così come esse si presentano anche alla luce delle dichiarazioni e dei comportamenti di controparte. Dalla verifica di tale obiettiva correlazione i sistemi giuridici considerati sono propensi a far dipendere la tutela, nelle due forme descritte, degli interessi della parte che si assuma delusa dal fallimento della trattativa.

12. Al fine di comprendere le ragioni dei rimedi individuati e procedere così alla razionalizzazione sopra prospettata occorre comprendere esattamente quale sia la funzione economica delle due forme di investimento precontrattuale individuate e come le funzioni economiche e le tutele giuridiche dell'investimento siano rilevanti rispetto alla *ratio* economica della libertà contrattuale.

Come emerge dalla trattativa sin qui svolta, è possibile isolare due distinte forme di investimento precontrattuale, che svolgono funzioni economiche diverse e pongono problemi differenti.

13. La “promessa”, in quanto comunicazione anticipata di un’attribuzione patrimoniale futura, ha una specifica utilità sociale. La comunicazione anticipata del trasferimento patrimoniale è socialmente utile perché consente al destinatario di organizzarsi in anticipo rispetto all’attribuzione, in modo da trarre da essa un beneficio maggiore⁵⁴.

Il concetto di *reliance* può così specificamente essere riferito alla preparazione anticipata del destinatario della promessa rispetto all’attribuzione patrimoniale futura che la promessa comunica. Tale organizzazione del promissario, coerente con la modificazione della propria sfera patrimoniale che deriverà dall’adempimento della promessa, gli consente di trarre dal trasferimento patrimoniale un’utilità maggiore di quella che ne trarrebbe qualora esso avvenisse senza una preventiva comunicazione⁵⁵.

Questa considerazione può spiegare la funzione economica di certi tipi di investimento precedente alla formalizzazione del contratto.

La “trattativa” può essere intesa come una fase nella quale le parti si rappresentano reciprocamente “promesse” o “offerte” non ancora fornite di vincolatività giuridica secondo il paradigma ordinario dell’accordo (reciproco ed espresso), le quali comunicano (progetti di) attribuzioni patrimoniali future dal contenuto già definito. In questa

⁵⁴ GOETZ-SCOTT, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, cit. p. 1266 e ss.; MARINI, *Promessa e affidamento*, cit., p. 171 e ss.; sulla tendenza degli studiosi di analisi economica ad attribuire all’investimento “precontrattuale” una funzione normalmente “performativa” (e sulla contrapposizione di tale funzione a quella “informativa”), v. anche JOHNSTON, *Investment, information and promissory liability*, in 152 *U. Pitt. L. Rev.* 1923 (2004), p. 1939 e ss.

⁽⁵⁵⁾ GOETZ-SCOTT, *Enforcing Promises*, loc. cit.

prospettiva, la trattativa è costituita da quel lasso di tempo che intercorre tra la comunicazione, non ancora fornita di vincolatività giuridica, di un'attribuzione patrimoniale futura, destinata a realizzarsi con l'esecuzione del contratto ed il momento in cui verranno soddisfatti gli oneri formali che, secondo il paradigma ordinario, fanno acquisire a tali comunicazioni vincolatività giuridica, obbligando le parti all'esecuzione del trasferimento patrimoniale "comunicato".

In questo intervallo di tempo può avere senso, dal punto di vista economico, per ciascuna o entrambe le parti, investire delle risorse specifiche (non recuperabili) sul trasferimento patrimoniale che esse si attendono e che si sono già compiutamente rappresentate all'inizio della trattativa⁵⁶. Una volta cioè che le parti siano a conoscenza del contenuto dell'attribuzione patrimoniale suscettibile di determinarsi col perfezionamento del contratto, può essere per loro conveniente prepararsi in anticipo allo scambio mediante investimenti. Tali investimenti potranno ad esempio consentire all'*accipiens* di utilizzare al meglio la prestazione contrattuale al fine di trarne maggior vantaggio economico o al venditore/fornitore di ridurre il costo dell'esecuzione della propria prestazione, traendo così maggior guadagno dallo scambio, o di accelerarne l'esecuzione, consentendo così alla controparte di riceverla più speditamente⁵⁷.

Entro una contrattazione così organizzata, dunque, l'investimento precontrattuale ha la funzione di far aumentare l'utilità del risultato economico dello scambio per l'investitore (e talvolta anche per la controparte), ed è costituito da quegli adattamenti della sfera patrimoniale dei futuri contraenti, che, se compiuti in anticipo rispetto all'attuazione materiale dello scambio (o rispetto al momento in cui questo, pur non essendo materialmente eseguito, acquista vincolatività giuridica), hanno effetti benefici sulla produttività di esso⁵⁸.

Un investimento che abbia tale funzione economica è economicamente razionale e giustificato soltanto ad alcune condizioni.

In primo luogo, il contenuto della futura attribuzione deve essere già compiutamente definito, perché altrimenti l'investitore non disporrebbe delle informazioni necessarie per

⁵⁶Per questo modello di trattativa e questa conseguente funzione dell'investimento "precontrattuale" cfr. CRASWELL, *Offer, Acceptance and Efficient Reliance*, in 48 *Stan. L. Rev.* 481 (1996), p. 484 e ss.; KATZ, *When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations*, in 105 *Yale L. J.* 1249 (1996), p. 1268 (ipotizza una relazione tra *sub-contractor* e *general contractor*); BEBCHUK – BEN-SHAHAR, *Precontractual Reliance*, in 30 *J. Legal Stud.* 423 (2001), p. 428 e ss.; sembra che per tutti questi modelli di analisi si possa ravvisare un comune antecedente teorico in GOETZ – SCOTT, *Enforcing Promises*, *cit.*

⁵⁷ Cfr. CRASWELL, *Offer, Acceptance*, *cit.*, p. 490

⁵⁸ Cfr. CRASWELL, *op. loc. cit.*; KATZ, *When Should an Offer Stick?*, *cit.*, p. 1267-1268. Nella schematizzazione di solito adottate dalle analisi in chiave di EAL, che vede contrapposti un venditore ed un compratore, la funzione economica attribuita all'investimento precontrattuale è quella di far aumentare il valore che la prestazione promessa dal "venditore" (la parte che non investe) ha per il compratore (la parte che sostiene l'investimento) facendo così crescere il surplus complessivo prodotto dallo scambio, che le parti poi divideranno tra loro in proporzione al rispettivo potere contrattuale.

determinare costi e benefici del proprio investimento ed esso, di conseguenza, risulterebbe prematuro ed avventato.

Inoltre, le probabilità di conclusione del contratto devono apparire sufficientemente elevate in modo da far sì che i benefici attesi dall'investimento si presentino superiori ai suoi costi e che esso appaia *ex ante* efficiente⁵⁹. Un investimento di questo genere, infatti, produce i suoi benefici economici soltanto qualora il trasferimento patrimoniale venga effettivamente eseguito. In caso contrario esso (essendo, per ipotesi, specifico) si risolve in una perdita dal punto di vista sociale (ed è indifferente, dal punto di vista sociale, che una regola risarcitoria ponga il suo costo a carico di una parte o dell'altra).

Ancora, occorre considerare che l'investimento che abbia questa funzione economica (il cui beneficio cioè derivi proprio dall'anticipata organizzazione della sfera patrimoniale dell'investitore rispetto al risultato o all'esecuzione finale dello scambio) si deve ragionevolmente ritenere, entro certi limiti, tanto più produttivo quanto più sia anticipato rispetto all'esecuzione dello scambio. All'inizio della trattativa, dunque, da questo punto di vista, le potenzialità produttive dell'investimento saranno maggiori⁶⁰.

L'efficienza sociale richiede che l'investimento venga realizzato in tempi e quantità tali da bilanciare al margine potenzialità produttive e potenzialità dannose, così apprezzate⁶¹.

Esso dovrebbe cioè essere sostenuto in una quantità tale da determinare un incremento del surplus dello scambio idoneo a compensare il costo dell'investimento, alla luce delle probabilità di conclusione dello scambio⁶². Esso dovrebbe poi essere eseguito in un momento tale che la produttività dell'organizzazione patrimoniale anticipata sia ancora sufficientemente alta e che le probabilità di non conclusione dello scambio siano già sufficientemente basse⁶³.

Un investimento che abbia tali caratteristiche si presenterà *ex ante* efficiente non soltanto dal punto di vista dell'investitore e/o della sua controparte, ma anche dal punto di vista del sistema economico in generale, il quale si gioverà della realizzazione di scambi più produttivi e quindi del miglior sfruttamento delle risorse che ne deriverà.

Tale investimento, dunque, è direttamente collegato al godimento o all'esecuzione del risultato finale dello scambio e serve, in definitiva, a realizzare uno scambio "migliore" per le parti e per il mercato. Esso, pertanto, poiché serve alla realizzazione di uno scambio più produttivo, persegue un obiettivo funzionale interno ed omogeneo alla *ratio* economica della libertà contrattuale.

Questa forma di investimento assume rilevanza e riceve tutela nei casi che sfociano nella condanna del "danneggiante" all'esecuzione dello scambio rappresentato nel corso

⁵⁹ Cfr. CRASWELL, *Offer, Acceptance, cit.* p. 491; KATZ, *When should an offer stick, cit.*, p. 1267 e ss.;

⁽⁶⁰⁾ Sulla relazione tra tempo e efficienza dell'investimento, v., in particolare, KATZ, *op. loc. cit.*

⁽⁶¹⁾ Cfr. KATZ, *op. cit.*, p. 1268 e ss.; CRASWELL, *Offer, Acceptance, cit.*, p. 491 e ss.; BEBCHUK-BEN-SHAHAR, *op. cit.*, p. 431 e ss.

⁽⁶²⁾ V. in particolare CRASWELL, *op. loc. cit.*; BEBCHUK-BEN-SHAHAR, *op. loc. cit.*

⁽⁶³⁾ V. in particolare, KATZ, *op. loc. cit.*

della trattativa. Le caratteristiche e funzioni dell'investimento che sono state appena evidenziate spiegano le condizioni e le forme per la sua tutela giuridica.

Esso viene tutelato soltanto a condizione che si sia determinata una condizione di (apparente) certezza dello scambio, che implica sia la già avvenuta definizione del suo contenuto sia la definitività dell'accordo (ancora non propriamente contrattuale) raggiunto dalle parti. L'affidamento sulla conclusione del contratto, cioè, rappresenta il criterio di soluzione del problema dell'imputazione dei rischi inerenti all'investimento performativo.

Tale investimento, poi, viene generalmente tutelato mediante la costituzione del vincolo giuridico all'esecuzione dello scambio al cui risultato l'investimento era correlato.

Il rimedio si giustifica dal punto di vista economico perché dà luogo all'esecuzione dello scambio in relazione al quale l'investimento era stato eseguito ed appariva efficiente. In questo modo si tutela non solo la sfera privata dell'investitore, il quale non dovrà subire il rischio di spreco delle risorse investite, né dovrà temere l'*hold up* della controparte, ma anche l'interesse sociale alla produzione dei benefici dell'investimento performativo in relazione all'esecuzione dello scambio. Il rimedio si giustifica, poi, dal punto di vista giuridico perché trasferisce il rischio del pentimento rispetto allo scambio alla parte che, col suo comportamento, ha creato l'apparenza di certezza (ha cioè determinato l'affidamento sulla conclusione del contratto).

In alternativa, al rimedio potrebbe attribuirsi la funzione economica di tutelare la sola sfera privata dell'investitore, proteggendolo dal rischio di sprecare le risorse investite e di subire l'*hold up* dalla controparte. Per il perseguimento di questa, più limitata, funzione sarebbe sufficiente un rimedio limitato al risarcimento del costo dell'investimento performativo. Il rimedio risarcitorio limitato all'interesse negativo, poiché "salva" il costo dell'investimento per l'investitore, anche se non consente che l'investimento realizzi le sue potenzialità produttive per il sistema (il che avverrebbe solo se lo scambio venisse effettivamente eseguito), è comunque idoneo ad incentivare le parti a compiere investimenti performativi efficienti.

14. In altre tipologie di casi, può accadere, invece, che le parti non riescano a formulare, già in apertura della trattativa, in modo completo e definitivo i termini dello scambio, poiché hanno bisogno di acquisire le informazioni rilevanti a tal fine.

In questi casi l'investimento precontrattuale ha proprio la funzione di consentire all'investitore, alla sua controparte o ad entrambi, di acquisire le informazioni rilevanti al fine di decidere il "se" ed il "come" dello scambio⁶⁴. A differenza dell'investimento

⁶⁴ Sulla funzione economica "informativa" dell'investimento precontrattuale opposta a quella "performativa" normalmente sostenuta da numerosi studi di analisi economica v. JOHNSTON, *Communication and Courtsip: Cheap Talk Economics and the Law of Contract Formation*, cit., p. 392; ID., *Investment, Information and Promissory Liability*, cit., p. 1925-26; presuppongono un tale ruolo informativo dell'investimento precontrattuale anche SCHWARTZ – SCOTT, *Precontractual liability and preliminary agreements*, in *120 Harv. L. Rev.* 662 (2007). Tale funzione informativa può atteggiarsi in modo diverso. L'investimento può avere la funzione di procurare

“performativo”, tale tipo di investimento non richiede, affinché possa essere considerato economicamente razionale, che esso abbia luogo rispetto ad uno scambio già definito nel suo contenuto e altamente probabile nella sua conclusione (profili che costituiscono i parametri in base ai quali si valuta l’efficienza *ex ante* dell’investimento performativo). Al contrario, l’investimento informativo avrà luogo proprio con riferimento ad uno scambio non ancora definito e dal suo esito dipenderanno le possibilità di conclusione.

Ciò significa che i parametri secondo i quali andrà valutata la razionalità economica e l’efficienza di un tale tipo di investimento sono differenti. La razionalità e l’efficienza di un tale tipo di investimento andranno valutate in relazione alla oggettiva efficacia informativa degli atti di investimento ed al fatto che esso sia obiettivamente proporzionato allo stato ed alle caratteristiche della trattativa ed alle modalità di conduzione di essa, così come si desumano dalle dichiarazioni e dai comportamenti della controparte dell’investitore.

Ordinariamente, un investimento di questo genere, in caso di fallimento della trattativa, è destinato a rimanere a carico dell’investitore. Esso rappresenta un costo fisiologico della attività negoziale, giustificato, per l’investitore e per il sistema, dalla sua funzione economica volta all’individuazione di impieghi produttivi delle risorse. Poiché l’investitore godrà dei benefici economici derivanti dall’impiego produttivo (contrattuale) delle proprie risorse, è giustificato, dal punto di vista della *ratio* economica della libertà, che egli sostenga anche i costi per la ricerca delle necessarie informazioni. In questo modo egli sarà costretto a bilanciare costi e benefici dell’attività informativa precontrattuale e tale attività sarà così svolta in condizioni che le consentano di tendere all’efficienza.

L’imputazione del costo dell’investimento all’investitore stesso si rivela, perciò, un accorgimento volto a minimizzare il costo (a fini informativi) della trattativa, così da contenerlo entro una misura socialmente tollerabile e giustificata. Sarà l’investitore, pertanto, a dover valutare la ragionevolezza dell’investimento informativo alla luce del complessivo stato e delle caratteristiche della trattativa e dell’utilità stimata degli atti di investimento. Tale valutazione non potrà che avvenire in un contesto di incertezza e non

informazioni all’investitore stesso, relative all’utilità che egli potrà trarre dalla prestazione che controparte eseguirà ai sensi del contratto o al costo che l’esecuzione della propria prestazione comporta (funzione “auto-informativa” dell’investimento): v. CRASWELL, *Precontractual investigation as an optimal precaution problem*, in 17 *J. Legal Stud.* 401 (1988). In alternativa l’investimento può avere una funzione (prevalentemente) etero-informativa: l’investimento di una parte serve a generare informazioni utili per consentire soprattutto alla controparte di valutare la fattibilità ed i termini dello scambio, ma in questo modo soddisfa un interesse di entrambe le parti, perché indispensabile per addivenire all’accordo finale, cfr. KOSTRITSKY, *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard, and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations*, in 44 *Hastings L.J.* 621 (1993); ID., *Reshaping the Precontractual Liability Debate: Beyond Short Run Economics*, in 58 *U. Pitt. L. Rev.* 325; ID., *“Why infer” ? What the new institutional economics has to say about law-supplied default rules*, in 73 *Tul. L. Rev.* 497 (1998); ID., *When Should Contract Law Supply a Liability Rule or Term ? Framing a Principle of Unification for Contracts*, in 32 *Arizona State L. J.* 1283 (2000); ID., *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem*, *SMU Law Review* (2008) http://works.bepress.com/juliet_kostritsky/ 11.

potrà perciò che implicare un rischio per l'investitore. Il rischio che così si crea costituisce il rischio ordinario e fisiologico di una trattativa svolta in condizioni di incertezza.

Può accadere, tuttavia, che la controparte dell'investitore comunichi informazioni non veritiere circa l'effettivo stato della trattativa, le modalità di conduzione che intende adottare, l'effettiva utilità informativa degli atti di investimento. Tali informazioni, qualora meritevoli di affidamento, influenzeranno le valutazioni dell'investitore circa i costi ed i benefici dell'investimento e concorreranno perciò ad orientare le sue scelte di investimento.

Può darsi il caso, ad esempio, che una parte dichiari che non tratterà con terzi o che osserverà un certo procedimento precontrattuale che garantisca la specifica considerazione di ciascuna offerta contrattuale ad essa rivolta⁶⁵. Tali dichiarazioni, determinano un affidamento su una struttura della trattativa tale da renderla "un po' meno" rischiosa, perché inducono l'investitore a ritenere che alcuni dei rischi tipici della trattativa (il rischio che la controparte concluda con un terzo nelle more dell'investimento o che non consideri l'offerta), che possono determinare una perdita delle risorse investite a fini informativi, siano in concreto ragionevolmente ridotti, se non assenti. Queste informazioni, quindi, saranno suscettibili di influire sulla scelta della controparte sul se e quanto investire per indagare la convenienza dello scambio (ad esempio: commissionare una perizia sull'immobile oggetto del contratto) o per raccogliere le informazioni necessarie per formulare alla controparte un'offerta congrua, perché modificano il rapporto tra costi e benefici dell'investimento. L'investitore, pertanto, in conseguenza delle informazioni così comunicate potrebbe essere indotto ad eseguire investimenti informativi che, in una situazione di completa incertezza, potrebbero apparirgli economicamente ingiustificati.

Allo stesso modo, può accadere che una parte rappresenti all'altra la propria disponibilità a concludere lo scambio, magari ne fissi, sia pure in forma parziale, il contenuto (dichiari cioè una parte di contenuto contrattuale cui è disposta ad acconsentire) e richieda o acconsenta ad investimenti di controparte che vengano rappresentati come utili per la trattativa, perché necessari al fine di verificare se lo scambio è fattibile e conveniente e per precisarne il contenuto⁶⁶. Se tali rappresentazioni appaiono ragionevolmente meritevoli di affidamento, anche esse riducono il rischio della trattativa e dell'investimento percepito dall'investitore e dunque influiscono sul rapporto tra costi e benefici dell'investimento ragionevolmente stimabile *ex ante* dall'investitore.

⁶⁵ Si tratta di esempi tratti rispettivamente dai casi in tema di *lock-out agreements* (cfr. *Pitt v. PHH Asset Management Ltd.* (1993) 4 All ER CA 961, dove la dichiarazione con la quale una parte esprimeva la propria futura intenzione di non trattare con terzi fu ritenuta fonte di impegno contrattuale, sembra più sulla base dell'affidamento suscitato che dell'esistenza di una valida *consideration*) e da altri casi in tema di accordi preliminari (cfr. *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough City Council* (1990) 3 All ER 25, dove si ritiene implicito un impegno del convenuto a considerare tutte le offerte pervenutegli, che viene azionato come impegno contrattuale).

⁶⁶ Questo è invece il modello secondo il quale possono spiegarsi i casi statunitensi che seguono il modello di *Hoffman v. Red Owl stores* e il caso inglese *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis* (1957) 2 All ER 712.

Tali comportamenti impediscono all'investitore di valutare correttamente costi e benefici dell'investimento e di assumersi consapevolmente il rischio che l'investimento precontrattuale inevitabilmente comporta. In questo modo, il rischio ed il costo sociale della trattativa viene ingiustificatamente accresciuto al di là di quella misura fisiologica e socialmente tollerabile.

Pertanto, secondo la stessa *ratio* che ordinariamente giustifica l'imputazione del rischio all'investitore, tali comportamenti, che possono definirsi genericamente "scorretti" (dove la scorrettezza si precisa come adozione di un comportamento atto ad alterare il rapporto tra costi e benefici dell'investimento informativo ragionevolmente percepibile dall'investitore), fanno sì che il costo dell'investimento debba essere considerato una perdita ingiustificata in capo all'investitore e che esso venga posto a carico della controparte mediante una regola risarcitoria.

In questo modo si spiega, dunque, perché un tal tipo di investimento venga tutelato mediante rimedi di portata diversa (limitati alla compensazione del costo dell'investimento) e sulla base di criteri diversi, che non coincidono con l'affidamento sulla conclusione del contratto.

Questi casi sembrano costituire il terreno di elezione proprio delle regole autonome di responsabilità precontrattuale. Entro queste tipologie di contrattazione, tali regole svolgono proprio il compito di imporre alle parti della trattativa obblighi di comportamento (non analiticamente definibili *ex ante*⁶⁷) volti a contenere il rischio di una trattativa svolta in condizioni di incertezza entro una misura socialmente tollerabile.

15. L'analisi del trattamento giuridico del fallimento della trattativa entro sistemi che non contengano norme espresse ed autonome di responsabilità precontrattuale consente di comprendere meglio i problemi che la tutela dell'affidamento precontrattuale pone ad un sistema giuridico che organizzi la circolazione della ricchezza attorno alla regola di libertà di contrarre.

La variabilità dei rimedi individuati e delle condizioni alle quali essi sono accessibili, cioè, non rappresenta una "imperfezione" dovuta alla mancanza di regole espresse di responsabilità precontrattuale, entro i sistemi considerati. Tale variabilità, piuttosto, indica i differenti problemi nei quali si articola la tutela dell'affidamento precontrattuale ed il diverso modo in cui tali problemi interpellano la *ratio* economica della libertà, sollecitando differenti soluzioni giuridiche.

⁶⁷ E questo sembra essere precisamente il motivo per cui tali regole si esprimono ordinariamente facendo ricorso alla tecnica normativa delle clausole generali e non mediante fattispecie analitiche. Ciò è vero sia per la sec. 90, che fa riferimento alla "ragionevole prevedibilità" dell'affidamento sulla promessa ed alla "ingiustizia" delle conseguenze che deriverebbero dal lasciare il destinatario della "promessa" privo di qualunque tutela, come presupposti del rimedio, sia, ovviamente, per quelle regole incentrate sulla "buona fede" contrattuale; sul rapporto tra normazione per fattispecie e per clausole generali v. M. BARCELLONA, *Diritto sistema e senso*, Torino 1996, p. 371 e ss.

Grazie alla comparazione giuridica ed all'analisi economica è possibile innanzitutto chiarire che il problema posto dal fallimento della trattativa, e solitamente descritto facendo riferimento all'esigenza di tutela dell'affidamento precontrattuale, consiste, più precisamente, nell'esigenza di individuare le ragioni e le modalità per la tutela di un investimento precontrattuale.

Il problema generale che il fallimento della trattativa pone al sistema giuridico, così, si qualifica come problema attinente all'imputazione del rischio dell'investimento eseguito dalle parti prima del perfezionamento del vincolo contrattuale. La comprensione delle funzioni economiche dell'investimento e delle conseguenti condizioni alle quali esso risulta economicamente razionale consente di comprendere e spiegare le regole e le forme della sua tutela giuridica e dunque i problemi specifici nei quali tale problema generale si articola.

16. Il problema che il fallimento della trattativa in presenza di investimento performativo pone al sistema, è quello di decidere se si debba concedere un qualche rimedio che consenta all'investimento di produrre effettivamente (nell'interesse delle parti e del sistema) i suoi benefici economici. Poiché l'investimento performativo serve alle parti per realizzare uno "scambio migliore", tale risultato non può che raggiungersi mediante la costituzione di un vincolo che costringa le parti alla esecuzione del trasferimento patrimoniale rappresentato nella trattativa. Ciò spiega perché il problema dell'imputazione del rischio dell'investimento performativo, in caso di fallimento della trattativa, si disponga innanzitutto come problema attinente alla tutela dell'interesse delle parti al conseguimento del risultato dello scambio e si risolva sul terreno (contrattuale) dell'interesse positivo. In altri termini, il problema è di assicurare all'investitore, il conseguimento di tutte le utilità economiche generate dall'investimento volto ad accrescere i benefici di una futura attribuzione patrimoniale o di uno scambio.

Un tale investimento sarebbe, in astratto, giustificato e razionale soltanto dopo che si sia perfezionato il vincolo contrattuale. Il diritto di pretendere l'esecuzione della prestazione, che sorge in conseguenza del perfezionamento del contratto, serve alle parti proprio per conseguire la piena "certezza giuridica" del conseguimento del risultato dello scambio e poter così investire senza rischi anche prima della sua esecuzione materiale. Perciò, in caso di fallimento della trattativa, la parte che abbia eseguito tale investimento viene tutelata soltanto in presenza di particolari presupposti, che rivelino una condizione di "certezza pratica" dello scambio.

Il criterio dell'affidamento ragionevole sulla conclusione del contratto, così inteso, si qualifica dunque come criterio di soluzione del problema dell'investimento performativo. Il rimedio a tutela dell'investimento si colloca generalmente sul piano degli strumenti per la costituzione del vincolo all'esecuzione dello scambio.

È vero che, dal punto di vista economico, ciò implica, in singoli casi, l'imposizione ad una delle parti di uno scambio non più voluto. Ciò potrebbe generare un costo sociale superiore al beneficio dello scambio (pur incrementato dall'investimento). Il modello di

tutela individuato, allora, indica che i sistemi giuridici analizzati considerano il costo sociale di questo rischio trascurabile nella generalità dei casi, rispetto al beneficio che tipicamente e nella generalità dei casi è prodotto da investimenti performativi effettuati in condizioni che li facciano apparire *ex ante* efficienti. Inoltre, il rimedio si giustifica perché imputa il rischio dell'imposizione dello scambio alla parte che, col suo comportamento, ha dato causa all'affidamento ragionevole sulla "certezza" dello scambio.

Il terreno proprio per la soluzione del problema dell'investimento performativo è dunque innanzitutto quello contrattuale, cui si accede mediante la costituzione del vincolo all'esecuzione dello scambio. In certe condizioni, tuttavia, può considerarsi giustificata anche una tutela di portata minore, realizzata mediante la compensazione del costo dell'investimento. Tale tutela, infatti, poiché comunque protegge l'interesse individuale dell'investitore alla non dispersione dell'investimento, costituisce comunque un incentivo ad eseguire investimenti, economicamente utili, in condizioni di efficienza *ex ante*⁶⁸. Essa, dunque, non potrà che essere retta dal medesimo criterio dell'affidamento sulla conclusione del contratto e dovrà perciò essere accessibile soltanto quando si siano determinate condizioni di "certezza pratica" dello scambio. Il sistema giuridico dovrà far ricorso a tale tutela rispetto a contrattazioni per le quali non intenda derogare al modello dell'accordo espresso e bilaterale ai fini della formazione del contratto. In tali casi l'investimento, sia pure ragionevole e giustificato dal punto di vista economico, non potrà essere sufficiente a dar luogo alla costituzione del vincolo all'esecuzione dello scambio. L'ordinamento perciò, può comporre gli interessi delle parti e l'interesse sociale all'esecuzione di investimenti performativi, consentendo alla controparte dell'investitore di sottrarsi allo scambio non più voluto, ma proteggendo la sfera privata dell'investitore, mediante un rimedio risarcitorio⁶⁹.

Queste acquisizioni sono rilevanti rispetto alla comprensione dei problemi posti dal fallimento della trattativa anche rispetto ad un sistema che, come quello italiano, preveda autonome norme di responsabilità precontrattuale (art. 1337 cod. civ.).

Anche i sistemi che prevedono autonome norme di responsabilità precontrattuale, infatti, contengono (altre) regole che prendono in considerazione e tutelano l'investimento direttamente correlato al risultato finale dello scambio e giustificato da una funzione economica di tipo performativo. È dunque a tali norme, e non alle autonome regole di responsabilità precontrattuale, che occorre rivolgersi per individuare delle regole atte a disciplinare il fallimento della trattativa, quando esso ponga un problema di imputazione del rischio di un investimento performativo.

Esempi norme di questo genere sono, nel sistema italiano, gli artt. 1327 e 1328 del codice civile. L'investimento performativo che esse prendono in considerazione è l'inizio dell'esecuzione della prestazione contrattuale⁷⁰. Esso, in base all'art. 1327, viene tutelato

⁶⁸ CRASWELL, *Offer, Acceptance and efficient reliance*, cit., p. 499 e ss.

⁶⁹ Per una soluzione di questo tipo nel diritto inglese v. *Box v. Midland Bank* 1979 2 *Lloyd's Rep.* 391

⁷⁰ Sulla funzione economica performativa dell'anticipato inizio dell'esecuzione della prestazione contrattuale v. CRASWELL, *Offer, Acceptance and efficient reliance*, cit., p. 526

dando luogo direttamente alla costituzione del vincolo contrattuale, quando consegua ad una proposta di contratto e sia coerente con la natura dell'operazione economica contrattuale o con gli "usi" o con la "richiesta del proponente". Ai sensi dell'art. 1328, invece, l'inizio dell'esecuzione che consegua ad una proposta non è idoneo a determinare la conclusione del contratto, ma, nel caso di revoca della proposta, dà titolo alla compensazione del costo dell'investimento.

Tali norme, in primo luogo, contengono una precisa determinazione di quelle condizioni di "certezza pratica" dello scambio, che siano tali da far ritenere meritevole di tutela l'investimento performativo. Esse indicano, cioè, che possa considerarsi esistente un affidamento ragionevole sulla conclusione del contratto, tale da far ritenere giustificato l'investimento, quando la contrattazione sia giunta all'emissione di una proposta contrattuale e cioè, per definizione, una formulazione completa e definitiva del contenuto del futuro scambio. Esse dispongono poi due forme di tutela: una (art. 1327) si attua mediante la creazione del vincolo contrattuale, non per effetto di una dichiarazione ma in conseguenza di un investimento performativo eseguito in condizioni che legittimano un affidamento sulla conclusione del contratto; l'altra forma di tutela, invece, consente alla parte che ha creato l'affidamento sulla conclusione del contratto di sottrarsi allo scambio, pagando però il costo dell'investimento.

Tali norme fissano, dunque, le condizioni per la rilevanza giuridica dell'affidamento sulla conclusione del contratto e determinano anche il problema specifico per la cui soluzione opera il criterio dell'affidamento sulla conclusione del contratto.

In modo sostanzialmente coerente, anche se, ovviamente, non identico, con quanto riscontrato entro i sistemi di *Common Law*, sistemi "*a immunità precontrattuale*", anche nel diritto italiano, sistema "*a responsabilità precontrattuale*":

- a) L'affidamento sulla conclusione del contratto assume rilevanza quando si sia determinata quella condizione di "certezza pratica" dello scambio che consegue all'emissione di una proposta immediatamente accettabile;
- b) Il criterio dell'affidamento sulla conclusione del contratto, così inteso, opera per risolvere il problema specifico dell'investimento performativo.

La duplicità delle forme di tutela (formazione del contratto o compensazione del costo dell'investimento) si spiega considerando che soltanto in alcuni ambiti l'ordinamento considera preminente l'obiettivo della produttività dell'investimento e risponde al fallimento della trattativa mediante la costituzione del vincolo contrattuale. Questi sono gli ambiti nei quali opera l'art. 1327.

In altri ambiti, invece, l'ordinamento, considera preminente l'interesse al pentimento e consente al contraente che ha suscitato l'affidamento di sottrarsi al contratto (art. 1328). L'ordinamento però tutela l'investimento performativo, mediante la compensazione del suo costo, sulla base del medesimo criterio dell'affidamento ragionevole sulla conclusione del contratto, che, allo stesso modo, si considera rilevante in quanto consegua ad un proposta immediatamente accettabile.

Allora, quando il problema, la cui soluzione si chiede al sistema, sia costituito dalla imputazione del rischio di un investimento con funzione performativa, ci si dovrà rivolgere alle norme che prendono in considerazione tale problema e occorrerà far operare il criterio di soluzione (l'affidamento sulla conclusione del contratto) e le forme di tutela previsti da tali norme.

Anche entro un sistema che contenga autonome norme di responsabilità precontrattuale, dunque, qualora il fallimento della trattativa ponga un problema di tutela dell'investimento performativo esso potrà non essere disciplinato dalle regole dedicate alla responsabilità precontrattuale (la "buona fede" precontrattuale dell'art. 1337). L'interprete dovrà piuttosto rivolgersi a quelle norme che hanno la specifica funzione di disciplinare il problema dell'investimento performativo (gli artt. 1327 e 1328). Saranno tali norme a definire e precisare le modalità di funzionamento del criterio dell'affidamento sulla conclusione del contratto ed i rimedi cui esso dà accesso. L'interprete nazionale, piuttosto che appellarsi ad un indistinto principio di buona fede, dovrà dunque far operare, direttamente o per analogia, la *ratio* di tutela espressa dalle norme specificamente deputate dall'ordinamento a governare il problema dell'investimento performativo.

17. L'investimento informativo, invece, svolge una funzione propriamente precontrattuale: esso consente alle parti di raccogliere le informazioni necessarie per decidere sul contratto. Esso implica sempre un rischio per la parte che lo esegue e tale rischio rappresenta un costo fisiologico della contrattazione.

Il problema che esso pone al sistema è, allora, quello di evitare che le parti sostengano costi informativi inutili o ingiustificati, così da accrescere, oltre quella misura fisiologica, il costo sociale della trattativa.

Ciò spiega perché il fallimento della trattativa in presenza di un investimento informativo pone un problema che attiene alla tutela dell'interesse delle parti a non sostenere costi ingiustificati a causa della trattativa, che si risolve sul terreno dell'interesse negativo. Quando una parte abbia sostenuto costi precontrattuali ingiustificati a causa del comportamento di controparte, allora è a quest'ultima che deve imputarsi il maggior costo sociale della trattativa, obbligandola a risarcire il danno.

Questa è la logica che si rinviene nel modo di operare dei rimedi a tutela dell'investimento informativo entro i sistemi di *Common Law*. Questi rimedi non sono governati dal criterio dell'affidamento sulla conclusione del contratto, ma dal diverso criterio dell'affidamento sulle caratteristiche della trattativa. Si tutela cioè il soggetto che abbia investito fidando su caratteristiche della trattativa che facevano apparire utile e giustificato l'investimento informativo, quando tale affidamento sia dovuto al comportamento di controparte.

Il rischio dell'investimento informativo è, allora, il rischio tipico della trattativa ed è al governo di questo specifico rischio che sono rivolte le norme che disciplinano il comportamento precontrattuale delle parti e che danno luogo alle regole di responsabilità

precontrattuale (sul modello dell'art. 1337 del codice civile italiano). Tali regole operano con la specifica funzione di amministrare e minimizzare il costo sociale della trattativa, dovuto alla necessità di reperire informazioni utili per la conclusione del contratto.

L'individuazione del problema, o comunque del principale dei problemi, che le regole di responsabilità precontrattuale sono volte a risolvere fornisce dei parametri per articolare in concreto il contenuto del criterio della "buona fede" precontrattuale. Esso non ha un significato estraneo alla *ratio* economica della libertà di contrarre, ma serve a far sì che la libertà di cui le parti godono nella fase precontrattuale non venga utilizzata per raggiungere un risultato contrario alla *ratio* economica della libertà stessa e cioè accrescere ingiustificatamente il costo sociale della trattativa. La buona fede o correttezza precontrattuale, dunque, impone alle parti di comportarsi in modo tale da contenere il costo sociale della trattativa entro una misura socialmente tollerabile.

In generale, perciò, ciascuna parte dovrà astenersi dal comunicare informazioni o tenere comportamenti che impediscano alla controparte di valutare correttamente costi e benefici dell'investimento informativo e dunque il suo effettivo rischio. Più in particolare, la buona fede precontrattuale potrà imporre ad una parte di rivelare alcune informazioni relative all'oggetto del contratto, che siano obiettivamente essenziali rispetto alla funzione economica dello scambio, quando tale parte conosca tali informazioni o possa conoscerle ad un costo notevolmente inferiore rispetto alla controparte (ad es.: il venditore dovrà comunicare informazioni relative a vizi del bene oggetto del contratto). Un tale obbligo di informazione serve ad evitare che la controparte esegua investimenti informativi ingiustificati. Allo stesso modo la buona fede obbligherà a non fornire informazioni false circa il contegno che una parte intende tenere nello svolgimento della trattativa. Dovranno poi essere correttamente rappresentate le inclinazioni delle parti rispetto allo scambio e l'effettiva utilità degli atti di investimento per la proficua prosecuzione della trattativa.

Il criterio per la disciplina del fallimento della trattativa, nel caso in cui il problema sia costituito dall'investimento informativo, dunque, avrà poco a che fare con l'affidamento sulla conclusione del contratto o con la "giusta causa di recesso". Esso può essere, invece, articolato in modo più convincente soltanto dopo aver chiarito la funzione economica ed i rischi dell'investimento informativo, come problema proprio della trattativa precontrattuale.