

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO
XXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

L'uniformazione del diritto contrattuale
europeo e la responsabilità per rottura
ingiustificata delle trattative

Ius02

Dott.ssa Chiara Cravetto

TUTOR:

Chiar.mo Prof. Gianmaria Ajani

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

Chiar.ma Prof.ssa Barbara Pozzo

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

Sommario

Note introduttive.....	4
CAPITOLO I	
L'UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI	7
1. Il progetto di uniformazione del diritto europeo dei contratti.....	7
1.1 Esigenza di regole uniformi	10
2. Verso il <i>Common Frame of Reference</i>	13
2.1. La <i>Communication</i> della Commissione Europea del 2001 e i precedenti interventi del Parlamento Europeo e del Consiglio	13
2.2. La <i>Communication</i> del 2003 e l' <i>Action Plan</i>	16
2.3 Il ridimensionamento dell'azione europea: cenni al dibattito sulla codificazione	19
2.4 Dall' <i>Action Plan</i> al <i>Draft Common Frame of Reference</i>	25
3. Il <i>Draft Common Frame of Reference</i> tra diritto comparato e diritto comunitario	28
4. Problemi strutturali del <i>Draft Common Frame of Reference</i>	30
5. L'evoluzione del progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo dopo il <i>Draft Common Frame of Reference</i>	34
5.1 Verso uno 'strumento di diritto europeo dei contratti'.	34
5.2 La nuova consultazione pubblica: la scelta dello strumento migliore per il diritto europeo dei contratti.....	39
6. La proposta ufficiale di Regolamento per un "diritto comune europeo della vendita" (CESL): prime osservazioni.....	47
CAPITOLO II	
LA RESPONSABILITÀ PER ROTTURA INGIUSTIFICATA DELLE TRATTATIVE NELL'ESPERIENZA EUROPEA	65
1 La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative nei principali sistemi giuridici europei	66
1.1 Il sistema italiano.....	71
1.2 Il sistema francese	83
1.3 Il sistema tedesco.....	94

1.4	Il sistema inglese	104
2.	La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative nello spazio giudiziario europeo.....	123
2.1	Il formante giurisprudenziale	123
2.2	Il formante legislativo.....	138
3.	Osservazioni conclusive	143
CAPITOLO III		
LA RESPONSABILITÀ PER ROTTURA INGIUSTIFICATA DELLE TRATTATIVE NEGLI STRUMENTI DI UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO CONTRATTUALE.....		
		147
1.	L'approccio della proposta di Regolamento per l'adozione di un <i>Common European Sales Law</i>	147
2.	La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative nel <i>soft law</i> europeo: il <i>Draft Common Frame of Reference</i>	157
2.1	Il <i>Draft Common Frame of Reference</i> come unione dei <i>Principles of European Contract Law</i> e dei <i>Principi Acquis</i>	157
2.2	Osservazioni in tema di <i>acquis</i> comunitario	168
3.	La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative negli strumenti internazionali di uniformazione del diritto contrattuale: la Convenzione di Vienna e i Principi Unidroit	177
	Conclusioni.....	189
	Bibliografia	193

Note introduttive

A partire dagli anni ottanta lo scenario giuridico europeo è stato caratterizzato da un processo di sistematica armonizzazione del diritto dei contratti; già all'epoca si osservava come "*in Europe – as in the world – the mass of unified law has grown considerably during the last decades [and] it is likely to increase in the future*"¹.

Nell'ultimo decennio lo scenario non è mutato, ed anzi, sembra essere particolarmente aumentato l'interesse istituzionale per la tematica dell'uniformazione del diritto europeo dei contratti; essa viene considerata, dagli organi dell'Unione europea, di importanza strategica per il funzionamento del mercato unico interno. Gli scambi di beni e servizi, infatti, sono ancora regolati per la maggior parte dai singoli diritti contrattuali nazionali; nonostante l'avvenuta armonizzazione, in determinati settori, delle varie legislazioni nazionali in materia, esse continuano a presentare delle differenze che ostacolano pesantemente, a detta della Commissione, le transazioni transfrontaliere e che impediscono un agevole funzionamento del mercato interno europeo.

In questo contesto si inquadra la recente emanazione della proposta di adozione di un Regolamento per un "diritto comune europeo della vendita", e si sono inquadrati anche i precedenti lavori per la creazione di un "quadro comune di riferimento" nel campo del diritto contrattuale, a livello di *soft law*.

¹ O. LANDO, "European Contract Law", in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31, n. 4, 1983, p. 653.

Il presente elaborato analizza, in primo luogo, l'evolversi del progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo e offre alcune considerazioni sul futuro strumento opzionale per un diritto comune europeo della vendita.

Nel compiere quest'analisi, si è tenuto a mente l'assunto, in tema di mercato interno, per cui "*as the term 'market' is only a metaphor for the place where contracts are prepared and concluded, one would expect that the vast majority of EC law deals with the preparation and formation of contracts*"².

Lo studio viene effettuato, dunque, prendendo come riferimento la delicata fase delle trattative volte alla conclusione del contratto, ed in particolare l'istituto della responsabilità per la loro ingiustificata interruzione. Si vuole quindi cercare di comprendere se le proposte di uniformazione della fattispecie si possano conciliare con le diverse posizioni nazionali circa la fase delle trattative prenegoziali.

A tal fine, l'elaborato offre un'analisi comparata della fattispecie del recesso ingiustificato dalle trattative nei principali sistemi giuridici europei, con riguardo ad aree di *civil law* e di *common law*; si trattano, in particolare, i sistemi italiano, francese, tedesco ed inglese. Viene analizzata, poi, anche la posizione propria dell'Unione europea, con un esame della giurisprudenza e della legislazione rilevante.

Ci si occupa, poi, di studiare quali siano le soluzioni, in tema di rottura delle trattative precontrattuali, adottate nei diversi strumenti di uniformazione europei, e segnatamente, oltre al *Common European Sales Law*, nel *Draft Common Frame of Reference*, nei *Principles of European Contract Law* e negli *Acquis Principles*.

² H. SCHULTE – NÖLKE, "EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the 'Blue Button'", in *E.R.C.L.*, 2007, 3, p. 332.

Viene effettuata, infine, una comparazione tra le iniziative europee menzionate e la responsabilità per ingiustificata rottura delle trattative nei progetti di uniformazione del diritto contrattuale a livello internazionale (Convenzione di Vienna e Principi Unidroit).

Dall'analisi comparata delle diverse soluzioni nazionali in tema di rottura ingiustificata delle trattative si arriva a concludere che esiste, a livello operativo, una convergenza degli orientamenti dei sistemi giuridici europei, tanto da potersi affermare l'esistenza di una sorta di *common core* europeo per i rapporti precontrattuali. Nonostante l'apparente contrapposta posizione del *common law*, la rilevanza giuridica dei negoziati e la responsabilità derivante da rottura ingiustificata degli stessi non possono essere messe in discussione; restano aperte, tuttavia, alcune questioni fondamentali, quali la natura stessa della responsabilità. La giurisprudenza europea in materia è scarsa; ciononostante essa aiuta a definire la fattispecie, propendendo per una qualificazione della stessa nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. L'attenzione si sposta, dunque, come anticipato, sui progetti di uniformazione del diritto contrattuale europeo; si vuole comprendere come venga affrontata la tematica a livello di norme e *soft law* uniformi, e se gli strumenti esaminati giungano a fare chiarezza sui profili problematici evidenziati dall'indagine comparatistica.

CAPITOLO I

L'UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

1. Il progetto di uniformazione del diritto europeo dei contratti

Nell'ultimo decennio il progetto di creare un diritto comune europeo³ nel settore del diritto contrattuale ha travalicato il formante dottrinale per approdare all'attenzione degli Organi comunitari, che hanno perseguito, e stanno tutt'ora perseguendo, questo obiettivo con una serie di iniziative esplicite e determinate, che si illustreranno in seguito.

Il progetto per lo sviluppo di un *Common Frame of Reference* del diritto contrattuale europeo,⁴ in particolare, matura in un contesto caratterizzato da evidenti difficoltà a perseguire una unificazione, o

³ Come scrive V. ROPPO si riscontra “da un lato un diritto europeo “comunitario” (European Community Law), che trova le sue fonti in direttive e regolamenti e dunque nasce per così dire “dall’alto”, nelle sedi istituzionali dell’Unione, attraverso il lavoro delle burocrazie di Bruxelles e le mediazioni politiche che lo accompagnano. Ma c’è, dall’altro lato, un diritto “comune” europeo (European Common Law): un corpo di regole, principi, categorie che non si genera per via di autorità e di burocrazia, bensì nasce “dal basso” per via di elaborazioni intellettuali, di mediazioni culturali, di circolazione e progressiva condivisione di modelli, entro un processo non istituzionalizzato in cui si integrano e interagiscono gli apporti delle diverse “comunità giuridiche” nazionali”. In “Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?”, in *Corr. giur.*, 2009 p. 277.

⁴ Per un’efficace analisi dello sviluppo del progetto si veda H. BEALE, “European contract law: the Common Frame of Reference and beyond”, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), “The Cambridge companion to European Union Private Law”, Cambridge, 2010, p. 117 e ss.

quantomeno, una armonizzazione delle norme regolatrici dei rapporti fra privati attraverso le tradizionali fonti comunitarie.⁵

L'incoerenza del quadro legislativo comunitario nel campo del diritto contrattuale europeo era stata più volte sottolineata.⁶ L'intervento dei giudici dei vari Stati membri aveva aumentato i difetti di coordinamento, le contraddizioni e le incertezze interpretative, generati dai modelli e dalle soluzioni giuridiche proposte dalle diverse direttive comunitarie in materia.⁷

Al di là del contenuto di questi interventi, quel che era apparsa realmente deficitaria era la loro capacità di riformare le tecniche interpretative e gli strumenti applicativi del diritto privato.⁸ A prescindere dal loro diretto impatto, infatti, i regolamenti, le direttive e le pronunce della Corte di Giustizia non sembravano essere in grado di modificare le abituali categorie concettuali tipiche dei singoli Stati membri.

Una simile situazione insieme alla necessità di realizzare un mercato unico interno⁹ caratterizzato dall'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, ha rappresentato un forte stimolo per gli Organi comunitari verso la

⁵ G. ALPA – G. CONTE, “*Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire*”, in *Riv. dir. civ.* 2008, fasc. 2, p. 141.

⁶ Si veda ad esempio O. LANDO, “*Some features of the law of contract in the third millennium*” in G.ALPA - R. DANOVÌ, a cura di, “*Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L’integrazione europea e il processo civile*”, *Quaderni di rassegna forense 11*, Milano 2003, p. 66 e ss.

⁷ Sui problemi generati dalla *multi-level governance*, si veda C. TWIGG FLESNER, “*Introduction: key features of European Union private law*”, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), “*The Cambridge companion to European Union Private Law*”, *cit.*, p. 6.

⁸ G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 142.

⁹ Obiettivo già fissato chiaramente dall’art. 3, lett. c) del Trattato istitutivo CE, ed oggi ribadito all’art. 26 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea.

progettazione di un'azione sempre più decisa in direzione di una "europeizzazione" del diritto privato degli Stati membri, valorizzando anche quei progetti di diritto privato europeo inizialmente limitati all'ambito dottrinale.¹⁰

Dal punto di vista della legittimità formale, gli interventi comunitari mirati a realizzare un diritto contrattuale europeo troverebbero fondamento negli artt. 115 e 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea¹¹, che riconoscono al Parlamento europeo e al Consiglio competenza ad adottare direttive volte al "*ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*", oppure ad adottare, in ogni caso, misure volta a consentire tale ravvicinamento.

È stato osservato, inoltre, come anche la competenza attribuita al Parlamento e al Consiglio¹² di adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, possa avere un impatto ai fini dell'armonizzazione del diritto privato europeo.¹³

¹⁰ G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 143.

¹¹ Che riprendono il testo dei vecchi artt. 95 e 94 del Trattato istitutivo CE.

¹² Dagli artt. 67 e 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

¹³ G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 144.

Per un esame delle opinioni contrastanti sulla competenza dell'Unione in materia di uniformazione del diritto contrattuale si veda oltre in questo Capitolo, in sede di analisi delle possibili iniziative da intraprendere.

1.1 Esigenza di regole uniformi

I lavori diretti alla realizzazione di un vero e proprio “quadro comune di riferimento”, come detto, sono stati dettati dalla necessità di avere regole uniformi nel settore dei contratti, per una serie di motivi illustrati qui di seguito, che emergono chiaramente sia dalle opere della dottrina¹⁴, sia dagli stessi documenti delle Istituzioni comunitarie di cui si parlerà più avanti.

- Facilitazione dei traffici transfrontalieri. Sia all'interno che all'esterno dell'Europa vi è un crescente riconoscimento della necessità di misure di armonizzazione volte ad eliminare le differenze delle legislazioni nazionali che creano ostacolo ad uno sviluppo efficiente della circolazione di beni e servizi all'interno dell'Europa. Tali misure di armonizzazione dovrebbero conferire particolari benefici ai soggetti che stipulano contratti nell'ambito di affari che si svolgono in Stati diversi, e dovrebbero dare agli stessi la possibilità di contrattare facendo riferimento ad un complesso di regole che trovino applicazione uniforme nei territori dei vari Stati (senza l'influenza delle interpretazioni tipiche degli ordinamenti di riferimento) disponibili in lingue delle quali almeno una delle parti è a conoscenza, e che gradualmente dovrebbero divenire, per coloro che le usano, sempre più consuete delle singole legislazioni

¹⁴ Si vedano ad esempio C. CASTRONOVO, “Introduzione”, in “*Principi di diritto europeo dei contratti*”, Milano, 2001, p. 11 e J. BASEDOW, “*Codification of Private Law in the European Union. The making of a hybrid*” in *Europ. rev. priv. law*, 2001, 35 e ss.

La riportata classificazione dei fattori che stimolano la creazione di regole uniformi nel settore del diritto dei contratti viene effettuata da C. CASTRONOVO con riferimento alla formulazione dei Principi di diritto europeo dei contratti (PECL), ma per affinità e pertinenza pare conveniente citarla, in questa sede, in relazione alla creazione del quadro comune di riferimento (CFR).

nazionali dei vari Stati con i quali essi intrattengono relazioni d'affari.¹⁵

- Rafforzamento del mercato unico europeo. L'uniformazione dei principi in tema di diritto dei contratti risulta di particolare importanza per il corretto funzionamento del mercato unico europeo.¹⁶ Essa consentirebbe di superare gli ostacoli ai traffici e le distorsioni del mercato che possono derivare dalle diversità nelle legislazioni nazionali degli Stati membri e che condizionano i rapporti economici nell'ambito europeo.¹⁷

- Creazione di una struttura normativa per il diritto comunitario dei contratti. La produzione normativa dell'Unione Europea è particolarmente sviluppata nel campo dei contratti: numerose sono state le direttive emanate in questa materia volte all'armonizzazione di alcuni specifici settori¹⁸. Tuttavia non esiste un sistema di norme generali sui contratti che faccia da base di riferimento a questi interventi particolari dell'Unione. Al momento vi sono notevoli divergenze tra gli ordinamenti degli Stati membri nella disciplina del contratto in generale, anche in materie importanti come la formazione, la validità quanto alla forma e al

¹⁵ C. CASTRONOVO, "Introduzione", in "Principi di diritto europeo dei contratti", Milano, 2001, p. 11.

¹⁶ V. in tema C. TWIGG – FLESNER, *op. cit.*, p. 5, che spiega come il diritto privato dell'Unione europea "is used to build and regulate the internal market. Consequently, measures adopted by the EU have a very clear economic purpose".

¹⁷ V. per la legislazione e le politiche in tema di mercato interno http://europa.eu/pol/singl/index_it.htm e il sito ufficiale del commissario europeo per il mercato interno http://ec.europa.eu/internal_market/index_en.htm.

¹⁸ V. per tutte la recente Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che modifica o abroga le principali precedenti direttive in materia (e in particolare la Direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la Direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la Direttiva 1999/44/CE sulla vendita e la garanzia dei beni di consumo).

contenuto, gli effetti sostanziali, le tutele per l'inadempimento e i presupposti in presenza dei quali l'inadempimento non genera responsabilità. Manca altresì una terminologia comune. Senza un corpo di principi comuni di diritto dei contratti, che fornisca una base sulla quale possano fondarsi le misure di armonizzazione dei singoli settori, l'effetto dei provvedimenti volti a realizzare l'integrazione giuridica europea nei contratti commerciali e coi consumatori è destinato ad essere significativamente indebolito.¹⁹

- Un ponte tra civil law e common law. Uno dei problemi più difficili dell'integrazione giuridica europea è quello di coniugare sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*. È evidente che vi siano divergenze significative anche all'interno degli ordinamenti di *civil law*; è altresì vero che in molti casi problemi comuni vengono risolti in maniera molto simile dai vari ordinamenti, a qualunque famiglia essi appartengano: ma restano differenze fondamentali tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* quanto a struttura del sistema e modelli di ragionamento, terminologia, concetti fondamentali, classificazioni e politica del diritto.²⁰ Per fare un esempio (tra le materie che formano oggetto del *Common Frame of Reference*) si pensi proprio alla responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative precontrattuali.²¹ Discrepanze di questo genere sono d'ostacolo ad un corretto funzionamento del mercato unico europeo. Tra i vantaggi che un corpus di regole comuni ai vari Stati europei può procurare vi dunque è quello di approntare un ponte tra *civil law* e *common law* attraverso regole in grado di conciliare il loro diverso modo di concepire il diritto.²²

¹⁹ C. CASTRONOVO, *op. e loc. cit.*

²⁰ C. CASTRONOVO, *op. e loc. cit.*

²¹ Su cui si veda il Capitolo II.

²² C. CASTRONOVO, *op. e loc. cit.*

2. Verso il *Common Frame of Reference*

2.1. La *Communication* della Commissione Europea del 2001 e i precedenti interventi del Parlamento Europeo e del Consiglio

L'avvio dei lavori sul *Common Frame of Reference* risale al luglio 2001 quando la Commissione Europea ha pubblicato la "*Communication on European Contract Law*" [COM (2001) 398]²³.

All'epoca vi erano già state delle risoluzioni del Parlamento Europeo²⁴ che avevano incoraggiato lavori diretti all'elaborazione di un "Codice europeo di diritto privato"²⁵ e ad una "maggiore armonizzazione del diritto civile" (Risoluzione A2-157/89, Risoluzione A3-0329/94 e Risoluzioni B5-0228,0229,0239/2000); in particolare con la risoluzione del 1994, il Parlamento europeo ha ribadito la Risoluzione assunta nel 1989, concernente

²³ Su di essa, così come sulle Risoluzioni del Parlamento europeo di cui oltre, si veda S. D. STAUDENMAYER, "*The Commission Communication on European contract law and its follow-up*", in GRUNDMANN – J. STUYCK, a cura di, "*An academic green paper on European contract law*", The Hague, 2002.

²⁴ Come notano G. ALPA e G. CONTE (in "*Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire*", *cit.*, p. 148) a queste Risoluzioni va attribuito un alto significato politico e culturale, in quanto attestano una chiara e manifesta volontà del Parlamento europeo, unica Istituzione comunitaria elettiva e per questo più legittimata sul piano democratico, di percorrere "*l'irto e insidioso cammino verso l'armonizzazione del diritto privato europeo*".

²⁵ È molto chiara l'intenzione del Parlamento di pervenire alla redazione di un codice; anche parte della dottrina è orientata in tal senso, si veda ad esempio C.VON BAR, "*From principles to codification: prospects for European private law*" in G. ALPA-R. DANOVI, "*Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori*", *Quaderni di rassegna forense* 11, Milano 2003, spec. 43; secondo C. CASTRONOVO, in "*I <Principi di diritto europeo dei contratti> e l'idea di codice*" in *R. d. comm.*, 1995, p. 23, l'espressione "codice civile" sarebbe usata, invece, dal Parlamento europeo in senso generico.

“l’armonizzazione di taluni settori del diritto privato negli Stati membri”, auspicando altresì proposte per un’armonizzazione più completa a lungo termine. La motivazione di questa iniziativa è illustrata nei “considerando” in cui si precisa, da un lato, che la Comunità ha già proceduto all’armonizzazione di alcuni settori del diritto privato, e, dall’altro, che un’armonizzazione progressiva è essenziale per la realizzazione del mercato interno.²⁶

Erano già state promulgate, altresì, delle richieste del Consiglio Europeo (Tampere 1999) per uno “studio globale” sul bisogno di armonizzazione del diritto civile degli Stati Membri, “con riguardo al diritto sostanziale (...) per eliminare gli ostacoli al buon funzionamento dei processi civili”.

Tornando ai lavori della Commissione, con la *Communication* dell’11 luglio 2001 [COM (2001) 398], vengono mossi i primi passi concreti per indagare le modalità attraverso cui perseguire il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri auspicato dal Parlamento, individuando quale settore di regolamentazione il diritto contrattuale.²⁷ In tale documento è contenuto un questionario, rivolto a tutti i possibili interessati, per “*raccogliere informazioni sulla necessità di un’azione comunitaria incisiva nel settore del diritto contrattuale*”, rendendo nota la consapevolezza della insufficienza dell’approccio selettivo e delle tecniche legislative sino ad allora adoperate. La Commissione ha identificato e sottoposto a valutazione pubblica quattro diversi livelli di possibile azione²⁸:

²⁶ G. ALPA - G. CAPILLI, “*Lezioni di diritto private europeo*”, Padova, 2007, p. 24.

²⁷ G. ALPA - G. CONTE, “*Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire*”, *cit.*, p. 151.

²⁸ Sulle varie opzioni si veda E. McKENDRICK, “*Harmonisation of European contract law: the state we are in*”, in S. VOGENAUER – S. WEATHERILL, a cura di, “*The harmonisation of European European contract law. Implications*

- I) nessun tipo di azione comunitaria, lasciando la soluzione dei problemi al mercato e confidando, così, in un certo grado di “armonizzazione blanda”, indotta presumibilmente dalle conseguenze delle evoluzioni in campo economico;
- II) promozione dello sviluppo di principi comuni di diritto dei contratti non vincolanti - che dovrebbero portare ad una maggiore convergenza dei diritti nazionali - che le parti contraenti, i giudici e i legislatori potrebbero tuttavia prendere in considerazione nella stipulazione di contratti, risoluzione di controversie e emanazione di nuove leggi, confidando che possa formarsi nel tempo un diritto consuetudinario sulla base di un’applicazione prolungata e continuata di tali principi;
- III) miglioramento della qualità della legislazione comunitaria esistente (*acquis*), mediante la semplificazione dei testi, il loro coordinamento la loro riformulazione con termini più chiari e comprensibili;
- IV) adozione di una nuova legislazione globale a livello comunitario, per mezzo di un regolamento, un direttiva o una decisione, a seconda del grado di armonizzazione stabilito.

In seguito all’emanazione della “*Communication on European Contract Law*”, studiosi e professionisti hanno illustrato alla Commissione i loro progetti per un diritto contrattuale europeo mettendo peraltro in luce i suoi possibili difetti.²⁹

for European private laws, business and legal practise”, Oxford e Portland, Oregon, 2006.

²⁹ G. AJANI – H. SCHULTE NOLKE, “*The Action Plan on a more coherent European Contract Law: Response on behalf of the Acquis Group*”, pubblicato nel sito ufficiale del Research Group on existing EC private law (Gruppo Acquis) www.acquis-group.org.

La Commissione ha poi preso coscienza dei lavori (di gruppi di dottrina) già svolti e ha raccolto informazioni e punti di vista sulle opzioni da lei proposte nella *Communication*. La Comunicazione del 2001 ha avuto grande riscontro da parte dei governi degli Stati membri e di ampi settori del mondo produttivo, associativo, professionale ed accademico. Grande favore è stato accordato alla proposta di migliorare l'attuale normativa comunitaria in materia contrattuale; un buon riscontro ha avuto anche la proposta di predisporre un quadro di principi uniformi da offrire alla libera scelta degli operatori economici.³⁰

Merita di essere segnalato³¹ il Parere del Comitato economico e sociale del 17 luglio 2002³² che sottolinea l'opportunità di procedere alla creazione di un diritto contrattuale europeo uniforme attraverso lo strumento regolamentare, pervenendo dapprima a una soluzione *opt-in* (strumento vincolante solo se liberamente scelto dalle parti) e solo successivamente, nel lungo periodo, a uno strumento *opt-out* (vincolante in assenza di contraria manifestazione di volontà dei contraenti).

2.2. La *Communication* del 2003 e l'*Action Plan*

Il successivo documento istituzionale rilevante è rappresentato dalla *Communication* del 12 febbraio 2003 [COM

³⁰ G. ALPA-G. CONTE, *op. cit.*, p.153.

³¹ In particolare perché già in linea - e si trattava dell'anno 2002 - con gli attuali dibattiti in seno alla Commissione europea e all'ambito dottrinale, sulle azioni da intraprendere oggi nel campo del diritto contrattuale europeo.

³² Parere del Comitato economico e sociale in merito alla "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo" ECOSOC INT/117 Diritto contrattuale europeo, in *GUC C 241* del 7.10.2002.

(2003) 68]³³, con la quale la Commissione ha riferito sulle reazioni alla propria proposta contenuta nella *Communication* del 2001 ed ha dettato il cosiddetto *Action Plan*, al fine di sollecitare indicazioni più concrete in direzione di una “maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo”.

Come sottolineato in dottrina³⁴, questo documento testimonia la consapevolezza, maturata in seno alla Commissione, della necessità che gli obiettivi dell’applicazione uniforme del diritto contrattuale europeo e del buon funzionamento del mercato siano perseguiti non solo attraverso i tradizionali strumenti normativi, ma ricorrendo altresì a strumenti non normativi (come autoregolamentazione, accordi settoriali volontari, campagne di informazione, metodi di coordinamento aperto, etc..³⁵).³⁶

Il nucleo del “piano d’azione” menzionato, infatti, è rappresentato proprio dallo sviluppo di un “*Common Frame of Reference*”, in cui racchiudere principi, concetti e termini comuni nel campo del diritto contrattuale europeo.

Come si deduce dal titolo stesso della *Communication* del 2003 (“*A more coherent european contract law: an action plan*”) l’intento è quello di assicurare una maggiore coerenza dell’*acquis* esistente e futuro nell’area del diritto contrattuale, stabilendo principi e terminologie comuni.

³³ Si veda su di essa M. HESSELINK, “*The European Commission’s Action Plan: Towards a more coherent European contract law?*” in *Europ. Rev. priv. law*, 2004, 12, p. 397.

³⁴ Cfr. G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 154.

³⁵ Un’analisi dettagliata di questi strumenti è contenuta nella citata Comunicazione delle Commissione intitolata “Piano d’azione: semplificare e migliorare la regolamentazione”.

³⁶ Sul ruolo svolto dal *soft law* nell’attuale prospettiva di mercato globale cfr. G. CONTE, “*Codici etici e attività di impresa nel nuovo spazio globale di mercato*”, in *Contratto e impr.*, 2006, 108 ss.

Il CFR, ai sensi di quanto stabilito dalla Commissione nell'*Action Plan*, vuole rappresentare, nell'immediato, una sorta di guida o di "cassetta degli attrezzi" ("*toolbox*"), in dotazione al legislatore comunitario impegnato nella revisione dell'*acquis*.³⁷ La Commissione non esclude, infatti, la possibilità di continuare a utilizzare l'approccio normativo settoriale, pur rimarcando la necessità di accrescere "la coerenza dell'*acquis* comunitario nel campo del diritto contrattuale" al fine di giungere "all'applicazione uniforme della normativa comunitaria" nonché a un corretto funzionamento "delle transazioni transfrontaliere e, con ciò, al completamento del mercato interno".

In prospettiva più ampia, il CFR, oltre a contribuire a migliorare la qualità della legislazione in vigore attraverso una "modernizzazione" degli strumenti esistenti, potrebbe costituire il fondamento di un eventuale futuro strumento opzionale non settoriale, particolarmente adatto ai contratti transfrontalieri, nell'ambito del mercato interno, per professionisti, grandi imprese, piccole e medie imprese e consumatori.³⁸

Il CFR, nell'opinione della Commissione, deve costituire un documento accessibile a tutti: agli operatori economici, ai legislatori di paesi dell'Unione e, in caso, anche ai legislatori di paesi terzi.³⁹

Il *Common Frame of Reference* dovrebbe contribuire anche alla costruzione di una scienza giuridica sovranazionale (circostanza da

³⁷ VON BAR et al., "Introduction", in "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common frame of reference", a cura di Von Bar et al., Munchen, 2009.

³⁸ Cfr. A. SOMMA, "Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4, p. 1097.

³⁹ G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 155.

molti considerata irrinunciabile per lo sviluppo di un diritto privato europeo) ed alla sua maturazione e diffusione.⁴⁰

Al fine di promuovere una procedura di consultazione quanto più possibile trasparente, la Commissione ha richiesto inoltre ai portatori di interesse (i c.d. *stakeholders* di cui si trova elenco nell'allegato I alla *Communication* del 2003) commenti sulle tematiche in questione.

2.3 Il ridimensionamento dell'azione europea: cenni al dibattito sulla codificazione

Dalla *Communication* del 2003 traspare il fatto che la Commissione cerchi di imprimere al processo volto all'uniformazione del diritto europeo dei contratti una direzione di marcia più "prudente" rispetto a quella da molti auspicata. Il CFR viene definito, come detto sopra, "*toolbox*", o in altri termini, una sorta di "*armamentario concettuale-normativo da cui estrarre gli utensili necessari a procedere alla revisione dell'attuale acquis, alla introduzione di nuove regolamentazioni, alla elaborazione di condizioni e clausole standard e, in una prospettiva temporale di più lungo termine, alla progettazione di un <codice civile europeo>*".⁴¹

Come è stato osservato⁴² (e come poi effettivamente succederà), il lavoro di redazione del CFR sembra porre in realtà le premesse per l'adozione di uno strumento opzionale, e l'idea della creazione di un

⁴⁰ A. SOMMA, *op. cit.*, p. 1098.

⁴¹ G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 157.

⁴² G. ALPA, in "*Diritto privato comparato*", a cura di G. ALPA, M.J. BONELL et al., Bari, 2008, p. 296.

vero e proprio Codice Civile europeo viene, se non abbandonata, quantomeno allontanata in termini temporali.

Merita qui accennare al dibattito scientifico-accademico ed economico-comunitario acceso da anni sull'opportunità di adottare un Codice Civile unico per tutti gli Stati Membri.

Si è già visto come il Parlamento europeo, con le due risoluzioni del 1989 e del 1994 sopra menzionate, abbia da subito sostenuto la necessità di una codificazione europea. Anche tra gli accademici europei si individua una corrente a sostegno del Codice Civile unico.⁴³ Gli argomenti dei codificatori sono in parte mutuati dall'analisi economica del diritto: il Codice rappresenterebbe l'unico strumento in grado di ridurre costi di transazione ed esternalità.⁴⁴ I costi di transazione sono i costi connessi ad ogni contrattazione⁴⁵: i costi in denaro sostenuti per l'assistenza legale, i costi da sopportare in caso di mancato rispetto dell'accordo, e tutti quei

⁴³ Oltre a C. VON BAR, *"From principles to codification: prospects for European private law"* cit. supra, tra le varie posizioni, più o meno sfumate, si vedano: H. COLLINS, *"Why Europe needs a Civil Code: European identity and the Social Market"*, in *"Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law beyond the National Systems"*, London, 2007; O. LANDO, *"Some features of the Law of Contract in the Third Millennium"*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2000, 40, p. 343; S. VOGENAUER – S. WEATHERILL, a cura di, *"The Harmonization of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Businesses and Legal Practice"*, cit.; A. S. HARTKAMP et al., a cura di, *"Towards a European Civil Code"*, Nijmegen, 2004; G. ALPA, *"European Community Resolutions and the Codification of Private Law"*, in *Europ. rev. priv. law*, 2000, 1, p. 3 e ss.; S. CAMARA LAPUENTE, *"The Hypothetical 'European Civil Code': Why, How and When?"*, in *ERA Forum*, 2002, p. 89 e ss.

Per una visione d'insieme si veda E. IORIATTI FERRARI, *"Codice Civile Europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze"*, Padova, 2006.

Merita attenzione particolare il progetto di "Codice Europeo dei Contratti" elaborato dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia e meglio conosciuto come 'Codice Gandolfi', dal nome del maggior esponente della scuola. In tema si veda G. GANDOLFI, *"Per la Redazione di un 'Codice Europeo dei Contratti'"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1073 e ss.

⁴⁴ Questa in particolare la posizione di U. MATTEI, *"Hard Code Now!"*, in *Global Jurist Frontiers*, 2002, p. 1.

⁴⁵ Si veda L. FRANZONI, *"Introduzione all'economia del diritto"*, Bologna, 2003.

costi che “precludono o riducono la possibilità di transazioni piane” (“*smooth market transactions*”)⁴⁶. A livello europeo i costi di transazione consisterebbero nei costi sostenuti per informarsi sul sistema legale da cui la transazione è regolata. Si pensa quindi al Codice come ad uno strumento tecnico-giuridico in grado di realizzare il completamento del mercato interno e la piena affermazione dei principi di libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali, attraverso il superamento delle diversità normative esistenti tra gli Stati membri e la creazione di un quadro giuridico unico per il mercato interno.

Ma come è stato osservato,⁴⁷ nella maggioranza dei casi la norma giuridica non è solo una regola tecnica: ad essa conseguono importanti effetti politici e sociali, in merito ai quali debbono essere compiute le dovute scelte in fase di redazione della norma. La creazione di un diritto privato unico in Europa pone quindi profonde questioni ed importanti scelte sui valori che devono andare a governare le relazioni economiche e sociali dei cittadini.

L’insufficienza di attenzione ai valori sociali da parte della Commissione nel processo di creazione di tali regole comuni è stata così segnalata da una parte consistente degli studiosi: dagli ambienti accademici è stato lanciato l’avvertimento di non limitare il processo in corso alla predisposizione di strumenti aventi come unico scopo il completamento del mercato interno, ma di cogliere l’occasione per creare un insieme di norme che attribuiscono anche una connotazione sociale all’Europa.⁴⁸ Il Codice Civile europeo

⁴⁶ U. MATTEI, “A Transaction Costs Approach to the European Code”, in *Europ. rev. priv. law*, 1997, 5, p. 537.

⁴⁷ E. IORIATTI FERRARI, *op. cit.*, p. 245 e ss.

⁴⁸ Si vedano i lavori dello Study Group on Social Justice in European Private Law, per tutti: “*Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*”, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, Nov. 2004, p. 653 e ss., pubblicato anche in italiano, “*Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*”, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, p. 99 ss.

viene proposto, dunque, sotto altro punto di vista, come lo strumento principale attraverso il quale potrebbe essere creato un sistema di welfare europeo. Tale corrente accademica auspica la creazione di un diritto comune europeo che assicuri anche forme di giustizia sociale, aventi lo scopo di proteggere la parte debole, sia essa lavoratore, piccola impresa, conduttore o comunque un soggetto con un basso potere negoziale, oltre al riconoscimento in precetti normativi di valori quali l'ambiente, la cultura, le lingue. Questo fine deve essere realizzato attraverso l'avvio di un processo politico nel quale tali ideali di giustizia sociale trovino adeguato riconoscimento. Tale processo deve inoltre condurre ad una maggior partecipazione democratica dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo, e quindi, in ultima battuta, dei cittadini europei stessi, in un processo che, invece, è interamente confinato nella mani Commissione europea.⁴⁹

È stato osservato, infine, come la codificazione costituisca espressione e garanzia di un pensiero giuridico sistematico.⁵⁰ Il contesto di una norma giuridica consente di giungere a conclusioni circa la sua interpretazione. Il giudice chiamato ad interpretare la norma deve trovare una soluzione radicata nelle norme e nei principi esistenti; egli necessita di flessibilità, che può essere data o da principi generali che integrano le norme rigide, o da un sistema che consenta nuove interpretazioni di norme, o da entrambi. Il diritto privato dell'Unione europea, secondo la dottrina⁵¹, scarseggia di questa flessibilità: la codificazione europea

⁴⁹ Sul dibattito circa la legittimazione dell'Unione Europea a procedere ad una codificazione si vedano J. BASEDOW, *“La codificazione del diritto privato nell'Unione europea: la creazione di un ibrido”*, in G. ALPA- E. BUCCICO (a cura di) *“Codice Civile Europeo”*, Quaderni di rassegna forense 5, Milano, 2001, p. 167 e ss.; S. WEATHERILL, *“Competence and Legitimacy”*, in C. BARNARD –O. ODUDU (a cura di), *“The outer limits of European Union Law”*, Oxford, 2009; E. IORIATTI FERRARI, *op. cit.*, pp. 155-180.

⁵⁰ J. BASEDOW, *op. cit.*, p. 178; R. SACCO, *“Codificare: un modo superato di legiferare”*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 29, p. 133.

⁵¹ J. BASEDOW, *op.cit.*, p. 178-179.

fornirebbe le basi per un pensiero giuridico sistematico, consentendo la flessibilità necessaria.

I lavori portati avanti per iniziativa della Commissione europea sembrano a questo punto orientati, come detto, alla realizzazione di uno strumento opzionale. Questo cambio di rotta incontra, dunque, l'opinione positiva di quelle correnti dottrinali che si erano schierate contro l'adozione di un codice unico.⁵²

È stato osservato come l'intervento degli organi comunitari abbia finito per rendere evidenti le complesse valenze politiche di un processo di elaborazione che, originariamente, si voleva mantenere sul piano meramente "tecnico".⁵³ Un'opera di "razionalizzazione unificante dell'esperienza giuridica"⁵⁴ così complessa non può avere possibilità di essere realizzata - in un contesto comunitario caratterizzato da una realtà sociale ed economica molto variegata e da identità politiche e culturali articolate -⁵⁵ se non poggia su un quadro politico certo.⁵⁶ La visione "minimalista" di cui si è fatta portatrice la Commissione, che ha cercato di riportare il progetto del *Common Frame of Reference* esclusivamente all'obiettivo del

⁵² Si veda in particolare B. MARKESINIS, "Why a Code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity", in G. ALPA- E. BUCCICO (a cura di) "Codice Civile Europeo", *Quaderni di rassegna forense* 5, Milano, 2001, p. 297 e ss.

⁵³ G. ALPA, in "Diritto privato comparato", a cura di G. ALPA, M.J. BONELL et al., Bari, 2008, p. 298.

⁵⁴ L. MENGONI, "L'Europa dei Codici o un Codice per l'Europa?", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 517.

⁵⁵ Per una riflessione sulle differenze culturali in rapporto all'opera di codificazione europea si veda R. SEFTON-GREEN, "Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code", in M. W. HESSELINK (a cura di), "The Politics of a European Civil Code", Kluwer International law, 2006, p. 71-88.

⁵⁶ G. ALPA, *op. e loc. cit.*; H. MICKLITZ, "Prospettive di un diritto privato europeo: 'ius commune praeter legem'?", in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, p. 35 ss.

mercato unico, sarebbe dovuta all'assenza di un quadro costituzionale e di un indirizzo politico definito.⁵⁷

Il processo di codificazione può avere, a detta della citata dottrina, ricadute benefiche solo nella misura in cui contribuisca alla creazione di una comune identità per tutti coloro che fanno parte dell'Unione europea, agevolando un comune senso di appartenenza. Questo discorso si collega al problema del rispetto, da parte del processo di codificazione, delle singole tradizioni giuridiche e dell'identità nazionale degli Stati membri. La dottrina riconosce come non sia auspicabile che le singole tradizioni giuridiche nazionali, per quanto non siano poi così distanti l'una dall'altra, vengano "schiacciate" in modo da eliminare ogni diversità e differenza. La costruzione di uno spazio giuridico europeo unitario sotto la spinta di processi di uniformazione condotti "a tappe forzate" non può essere accettata:⁵⁸ la storia insegna come i processi di accentramento imposti dall'alto in modo coattivo comportino, inevitabilmente, l'esplosione di localismi e regionalismi.⁵⁹ Un obiettivo del genere non sarebbe neppure perseguibile giuridicamente, d'altronde, in quanto "*l'Unione Europea rispetta (...) l'identità nazionale*" dei suoi Stati membri⁶⁰.

⁵⁷ G. ALPA, *op. e loc. cit.*

⁵⁸ G. ALPA, *op. e loc. cit.*

⁵⁹ Z. BAUMAN, "*La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*", Bologna, 2002, p. 45 e ss.

⁶⁰ Art. 4, comma 2, TUE.

2.4 Dall'Action Plan al Draft Common Frame of Reference

Tenuto conto dei numerosi contributi pervenuti in risposta alla consultazione pubblica sopra menzionata, la Commissione ha predisposto una nuova Comunicazione, adottata l'11 ottobre 2004 [COM (2004) 651], intitolata "*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*". In essa vengono esaminate le varie "misure" contenute nel piano d'azione del 2003 e vengono definite le linee di sviluppo del progetto di *Common Frame of Reference*. La Comunicazione del 2004 conferma la strategica importanza attribuita dalla Commissione, come dagli altri organi comunitari, al progetto del CFR.

Per quanto riguarda la programmazione e le modalità organizzative di svolgimento dei lavori del CFR, la Commissione, nell'ambito del suo "sesto programma quadro per la ricerca e lo sviluppo tecnologico", ha incaricato un gruppo di studiosi (*Joint Network on European Private Law*) di elaborare il quadro comune di riferimento sotto forma di progetto (da qui il nome "*Draft*" *Common Frame of Reference*).

Secondo le direttive della Commissione, il DCFR avrebbe dovuto comprendere definizioni, concetti generali e regole ed essere confezionato tenendo conto (i) del diritto nazionale, incluse la prassi applicativa e la prassi contrattuale, così come (ii) dell'*acquis* comunitario e (iii) del diritto internazionale rilevante in materia.⁶¹

Sono state pubblicate due versioni del DCFR, una prima "*interim outline edition*" nel 2008 ed una "*final outline edition*" nel 2009⁶².

⁶¹ A. SOMMA, *op. e loc. cit.*

⁶² C. VON BAR et al., "*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*", Munich, 2009.

Nel testo pubblicato è confluito il lavoro di due gruppi di studiosi che all'interno del *Joint Network* sono stati incaricati della sua redazione (la "*Compilation and Redaction Team*", o CRT).

Da un lato vi è il lavoro dello "*Study Group on a European Civil Code*"⁶³, l'erede della Commissione Lando che ha predisposto i principi di diritto europeo dei contratti (*Principles of European Contract Law*, o PECL). Nell'ambito della redazione del DCFR lo *Study Group* è stato incaricato di rivedere i PECL ricavati dai diritti nazionali, e sviluppare, sulla base del diritto comparato, principi in ulteriori aree del diritto (quali la gestione di affari di altrui e l'arricchimento senza causa, l'acquisto della proprietà di beni mobili, i trusts, la responsabilità extracontrattuale, ecc.) seguendo in ogni caso lo schema dei PECL.⁶⁴

Dall'altro lato vi è il lavoro del "*European Research Group on Existing EC Private Law*" (il c.d. *Acquis Group*), che ha preparato quelle parti del DCFR basate su principi del diritto privato comunitario esistente.⁶⁵

Nel DCFR non è stata inclusa la parte riguardante il diritto dei contratti di assicurazione; per questo settore l'*Insurance Group* (il *Project Group "Restatement of European Insurance Contract Law"*⁶⁶) ha sviluppato un progetto oggetto di discussione parallelamente al DCFR.

⁶³ Si veda il sito istituzionale del gruppo, www.sgecc.net

⁶⁴ Sono stati pubblicati, come risultato di questo lavoro, i c.d. PEL, *Principles of European law* (Study Group on a European Civil Code, "*Principles of European law*", Munich 2010).

⁶⁵ Per i lavori del gruppo si veda www.acquis-group.org

⁶⁶ Per i lavori del gruppo si veda <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/restatement/>.

Non hanno collaborato alla redazione del DCFR altri cinque gruppi facenti parte del *Joint Network*, incaricati di integrare il lavoro da specifici punti di vista.

Il primo (“*Research Group on the economic Assessment of Contract Law Rules*”) è tenuto a valutare l’impatto del CFR sul sistema economico, considerando le necessità degli operatori del mercato interno.

Il secondo gruppo (“*Common Core Group*”) è incaricato di valutare l’applicabilità e la praticabilità dei risultati, ricorrendo all’approccio fattuale.⁶⁷

Gli altri gruppi (“*Association Henri Capitant*”⁶⁸, “*Société de Législation Comparée*” e “*Conseil Supérieur du Notariat*”) sono incaricati di concentrarsi sui fondamenti filosofici e culturali del quadro comune di riferimento.

Come si è accennato, alla costruzione del DCFR non hanno collaborato solamente studiosi: un ruolo di primo piano hanno avuto anche i c.d. portatori di interessi (gli *stakeholders* prima menzionati). Questi ultimi sono costituiti da esperti di associazioni ed istituzioni interessate o condizionate dall’emanazione del CFR,⁶⁹ e rappresentano prevalentemente il mondo delle imprese e della professione forense. È stato osservato come non siano

⁶⁷ Il *Trento Common Core Project*, coordinato da Ugo Mattei e Mauro Bussani, ha condotto numerose ricerche volte a evidenziare l’esistenza di un diritto privato europeo inteso come un complesso di principi e regole comuni agli ordinamenti dei vari paesi membri. In questo senso si veda M. BUSSANI – U. MATTEI, a cura di, “*Making European law. Essays on the <Common Core> project*”, *Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche*, Trento, 2000. Per le pubblicazioni del Common Core Group, si veda www.common-core.org.

⁶⁸ Per i lavori dell’associazione si veda www.henricapitant.org.

⁶⁹ R. SCHULZE, “*The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*”, in “*Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*”, Munich, 2008, p.5.

rappresentati in realtà i numerosi attori sociali coinvolti dalle scelte di fondo in materia contrattuale⁷⁰.

3. Il *Draft Common Frame of Reference* tra diritto comparato e diritto comunitario

L'*Action Plan* della Commissione ha tenuto in considerazione, per la redazione del *Common Frame of Reference*, due diversi metodi e gruppi di fonti⁷¹: da un lato il metodo comparatistico, seguito già dalla Commissione Lando e fatto proprio dallo *Study Group on a European Civil Code*, da cui emergono principi comuni agli Stati Membri; dall'altro il metodo di studio dell'*acquis* comunitario, utilizzato dall'*Acquis Group*, che analizza il diritto comunitario esistente per trarne principi comuni nell'ambito del diritto contrattuale.

I principi, le definizioni e le regole del *Common Frame of Reference*, secondo la Commissione, dovrebbero astrarsi da ciascuna di queste "fonti di base".⁷²

⁷⁰ A. SOMMA, *op. e loc. cit.* Secondo l'autore, e come è stato evidenziato nell'introduzione al DCFR da C. VON BAR, è proprio alle istanze di quel mondo che si devono alcune deviazioni dai PECL, e con ciò un ridimensionamento della matrice politico normativa del diritto comune europeo, a favore del sistema valoriale incarnato dal diritto comunitario. Sul tema si vedano i lavori dello Study Group on Social Justice in European Private Law, sopra menzionato; per tutti "*Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*", in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, Nov. 2004, p. 653 e ss.

⁷¹ R. SCHULZE, *op. cit.*, p. 8

⁷² Si veda quanto riferito nell'*Action Plan* dalla Commissione.

È stato osservato come, seguendo le disposizioni dell'*Action Plan*, il concetto di “diritto dei contratti” che forma oggetto del *Common Frame of Reference*, differisce da quello espresso e rappresentato dai *Principles of European Contract Law*.⁷³

Mentre i principi di diritto europeo dei contratti erano basati esclusivamente sulla comparazione dei diritti nazionali, in accordo anche con lo sviluppo del diritto europeo all'epoca, i lavori preparatori del *Common Frame of Reference* possono ispirarsi largamente anche al diritto comunitario esistente. Il diritto comunitario stabilisce una serie di principi propri, i quali possono essere in accordo con i principi dei diritti nazionali, ma non necessariamente lo sono sempre. Il diritto comunitario copre importanti settori del diritto dei contratti (ad esempio: obblighi precontrattuali, clausole inique, questioni sulla formazione e il contenuto dei contratti, diritto di recesso e rimedi contro l'inadempimento).

Uno degli aspetti positivi del DCFR, ma anche uno dei principali problemi di coordinamento che i suoi autori hanno dovuto affrontare, è proprio la sintesi dei due complessi normativi: (i) il diritto comune europeo ricavato dall'individuazione delle comunanze tra diritti nazionali e (ii) il diritto comunitario.

È stato obiettato da alcuni autori, però, come i due complessi esprimano modelli politico normativi difficilmente conciliabili o, in alternativa, conciliabili solamente ad esito di un'operazione “di facciata”. E ciò esporrebbe al rischio della cancellazione dell'identità culturale dei diritti nazionali, minacciata, più che dal processo di individuazione delle comunanze tra essi, dal loro

⁷³ R. SCHULZE, *op. e loc. cit.*

“asservimento alle logiche di un’armonizzazione imposta dall’alto”.⁷⁴

C’è chi ha osservato, d’altro canto, come nel combinare i due complessi normativi il DCFR non si riduca ad una mera compilazione delle due fonti ma sviluppi tra di esse una serie di collegamenti (ad esempio tra doveri precontrattuali e divieto di discriminazione sulla base dell’*acquis* comunitario da un lato, e rispettivi rimedi basati sui PECL dall’altro lato).⁷⁵

4. Problemi strutturali del *Draft Common Frame of Reference*

Dal punto di vista della struttura, il *Draft Common Frame of Reference* presenta alcune caratteristiche individuate da parte della dottrina come “debolezze metodologiche”:⁷⁶

- solo alcune parti del *Draft Common Frame of Reference* sono basate su un confronto comparativo con il diritto comunitario (rappresentato dalle parti tratte dagli ACQP), mentre nella maggior parte delle aree il riferimento al diritto comunitario manca;
- la struttura del *Draft Common Frame of Reference* (ad esempio il ruolo centrale riconosciuto al diritto generale delle

⁷⁴ Si veda per tutti R. SEFTON-GREEN, “Diversità culturale e codice civile europeo”, in “Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti” a cura di Somma, Torino, 2007, p. 207 ss.

⁷⁵ R. SCHULZE, *op. cit.*, p.10. Su questo argomento si veda oltre, nel Cap. III.

⁷⁶ R. SCHULZE, *op. e loc. cit.*

obbligazioni) non deriva né dal diritto comunitario esistente, né da una “base convincente di diritto comparato”⁷⁷.

Contrariamente ai *Principles of European Contract Law*, così come ai Principi *Acquis*, il *Draft Common Frame of Reference* non pone al centro il diritto dei contratti. È stato osservato⁷⁸ come esso, più che altro, tratti argomenti che appartengono tradizionalmente, secondo i sistemi di *civil law*, all’area del diritto delle obbligazioni o che collegano il diritto delle obbligazioni al diritto di proprietà.

Questo elemento sembra non implicare un approccio alla materia in linea con i presupposti da cui il progetto ha tratto spunto. Lo sviluppo di una parte generale del diritto delle obbligazioni sembra essere più in sintonia con quanto è definito un costume tipicamente tedesco: quello di “coltivare il gusto per l’astrazione e privilegiare così la precisione del testo a scapito della sua comprensibilità”⁷⁹.

A fianco del diritto dei contratti, vengono trattate, infatti, fonti di obbligazioni diverse dal contratto: gestione di affari altrui, fatto illecito e arricchimento senza causa; e la *final outline edition* del 2009 tratta anche alcune vicende relative al diritto di proprietà come il trasferimento di beni mobili, le garanzie mobiliari e il trust.

È stata notata, inoltre, dalla dottrina una discrepanza tra il *Common Frame of Reference* (inteso secondo quanto previsto dalle linee guida della Commissione) e l’ “*Academic*” *Draft Common Frame of Reference*: mentre il *Common Frame of Reference* dovrebbe fornire un “diritto europeo dei contratti coerente”⁸⁰ (potendo anche

⁷⁷ R. SCHULZE, *op. e loc. cit.*

⁷⁸ R. SCHULZE, *op. e loc. cit.*

⁷⁹ O. LANDO, “*The structure and legal values of the Common Frame of Reference*”, in *E.R.C.L.*, 2007, P. 249.

⁸⁰ Cfr. l’*Action Plan* della Commissione.

includere, per questo motivo, nella trattazione alcune aree del diritto contigue al diritto dei contratti) il *Draft Common Frame of Reference* “accademico” va ben oltre questo obiettivo: addirittura c’è chi si è chiesto se il testo così creato non possa costituire un “*framework for the complete European private law*”.⁸¹

Inoltre, una serie di materie che non sono contenute nel DCFR appartengono a materie centrali del diritto privato europeo e potrebbero essere di maggiore importanza per il mercato interno rispetto a materie come la gestione di affari altrui. Ma l’espansione oltre il diritto dei contratti effettuata dal DCFR sembra seguire principalmente gli schemi classici di *civil law* ed il concetto di codice civile sviluppatosi nel diciannovesimo secolo nelle tradizioni nazionali di alcuni Stati membri.⁸²

Con una simile espansione il *Draft Common Frame of Reference* tratta argomenti in cui i principi dell’*acquis* comunitario devono ancora essere studiati in dettaglio, così come argomenti in cui tali principi non esistono ancora. Questo porta ad una incoerenza metodologica nel progetto, dal momento che alcune parti attingono dalla combinazione dei Principi *Acquis* e degli studi comparatistici, mentre la maggior parte degli argomenti non seguono questo approccio metodologico ma sono ricavati solo da studi comparatistici basati sui diritti nazionali, che si sono conclusi con l’inclusione del testo dei *Principles of European Law*, sopra menzionati, nel testo del *Draft Common Frame of Reference*.⁸³

Il libro II del *Draft Common Frame of Reference*, ad esempio, è il risultato di questo particolare metodo che combina i Principi *Acquis* e i principi che risultano dagli studi basati sui diritti nazionali. Alcune parti di questo libro, come i doveri

⁸¹ R. SCHULZE, *op. cit.*, p. 11.

⁸² R. SCHULZE, *op. e loc. cit.*

⁸³ R. SCHULZE, *op. e loc. cit.*

precontrattuali e il diritto di recesso, sono basate principalmente sul diritto comunitario esistente (ma allo stesso tempo collegate alle regole derivanti dai *Principles of European Contract Law*). Anche per quanto riguarda la formazione, il contenuto e gli effetti del contratto i Principi *Acquis* sono stati tenuti in considerazione nei rispettivi capitoli, pur se si tratta di capitoli maggiormente basati sulla struttura dei *Principles of European Contract Law*.

Al contrario invece, il libro III del *Draft Common Frame of Reference* sembra essere basato quasi esclusivamente sui principi che sono derivati dalla rivisitazione dei *Principles of European Contract Law*. Inoltre, il libro in questione sembra non riferirsi assolutamente al diritto comunitario esistente, nemmeno in materie, come l'adempimento e i rimedi contro l'inadempimento, riguardo alle quali la direttiva sulla vendita al consumatore ed altre direttive comunitarie contengono ampio materiale da cui sarebbe possibile trarre spunto. È stato osservato come in questo settore, ad ogni modo, i PECL e l'*acquis* comunitario sono parzialmente conformi, in quanto entrambi non si discostano dai principi espressi nella Convenzione delle Nazioni Unite per la vendita internazionale, per cui il problema sembra essere in parte arginato.⁸⁴

⁸⁴ R. SCHULZE, *op. e loc. cit.*

5. L'evoluzione del progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo dopo il *Draft Common Frame of Reference*.

5.1 Verso uno 'strumento di diritto europeo dei contratti'.

A seguito della pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference*, l'azione degli organi comunitari in direzione dell'uniformazione del diritto europeo dei contratti non si è fermata. Nel programma di Stoccolma per il 2010-2014⁸⁵ viene affermato che lo spazio giudiziario europeo deve contribuire a sostenere l'attività economica all'interno del mercato unico. In questo programma viene invitata la Commissione europea a presentare una proposta sul Quadro Comune di Riferimento e a proseguire con l'approfondimento della tematica del diritto europeo dei contratti: uno strumento in questo settore potrebbe aiutare l'Unione Europea a risollevarsi dalla crisi e raggiungere i propri obiettivi economici. La Commissione ha allora emanato una nuova Comunicazione⁸⁶, detta "Europa 2020", nel marzo del 2010, in cui esprime la necessità di agevolare e rendere meno onerosa per imprese e consumatori la conclusione di contratti con contraenti di altri Stati Membri, (i) attraverso soluzioni armonizzate per i contratti stipulati con i consumatori, (ii) introducendo clausole contrattuali tipo a livello europeo e (iii) facendo progressi verso una *legge europea facoltativa in materia di contratti*.⁸⁷

⁸⁵ Documento del Consiglio n. 17024/09 del 2 dicembre 2009.

⁸⁶ COM(2010) 2020 del 3.3.2010.

In tema si veda E. BATTELLI, "Il nuovo diritto europeo dei contratti nell'ambito della strategia 'Europa 2020'", in *Contratti*, 2011, 11, p. 1065.

⁸⁷ La prima iniziativa nell'ambito della strategia Europa 2020 è l'Agenda digitale europea, che mira a ottenere vantaggi socio-economici sostenibili grazie ad un mercato digitale unico, eliminando la disomogeneità normativa: a tal fine si è proposto di introdurre uno "*strumento opzionale di diritto*

Uno strumento di diritto europeo dei contratti, secondo quanto espresso dalla Commissione, potrebbe rimuovere gli ostacoli al mercato risultanti dalle divergenze tra diritti nazionali e, se sufficientemente semplice e giuridicamente certo, potrebbe anche fungere da modello per altre organizzazioni internazionali che guardano all'Unione come ad un esempio di integrazione regionale⁸⁸. In questo modo l'Unione europea potrebbe assumere un ruolo guida nella creazione di norme internazionali di diritto uniforme e conseguire un vantaggio, a livello mondiale, in termini di competitività.

La Commissione, dunque, per assolvere a questo compito, ha istituito, con Decisione del 26 aprile 2010⁸⁹, un gruppo di esperti con incarico di studiare la fattibilità di uno strumento di diritto europeo dei contratti di facile impiego, a vantaggio di consumatori e imprese, che assicuri nel contempo la certezza del diritto. Tale gruppo ha avuto l'incarico di assistere la Commissione nella selezione delle parti del *Draft Common Frame of Reference* direttamente o indirettamente connesse con il diritto dei contratti, rivedendo, integrando e riformulando le disposizioni selezionate.

Nel gruppo sono state rappresentate le esperienze delle diverse tradizioni giuridiche dell'Unione Europea e gli interessi delle parti coinvolte. I membri sono stati scelti tra i massimi esperti del diritto civile, e in particolare del diritto dei contratti, e hanno agito in piena indipendenza e nell'interesse generale.

contrattuale (...) per far fronte alla frammentazione del diritto contrattuale, in particolare per quanto riguarda l'ambiente online". Cfr. la Comunicazione della Commissione "Un'agenda digitale europea", COM(2010) 245 del 19.05.2010.

⁸⁸ Tra gli esempi cui si riferisce la Commissione vi sono l'Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico (nata nel 1967) o la neo-istituita Unione delle Nazioni sudamericane (nata nel 2008).

⁸⁹ Decisione della Commissione del 26 aprile 2010, in GU L 105 del 27.04.2010, pag.109, che istituisce il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti.

I lavori del gruppo avrebbero dovuto essere informati anche (i) alle risultanze della nuova consultazione pubblica lanciata dalla Commissione e (ii) alla proposta ufficiale di Direttiva sui diritti dei consumatori nel frattempo pubblicata⁹⁰. Con il Libro Verde “*Sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*” del 1.7.2010⁹¹, infatti, la Commissione ha lanciato una nuova consultazione pubblica per scegliere lo strumento migliore per il diritto europeo dei contratti. Per quanto riguarda il rapporto tra questa iniziativa e quella intrapresa verso l’adozione di una nuova direttiva consumatori, la Commissione precisa, nel Libro Verde, come anche nei settori già disciplinati dall’UE⁹², in cui si è avuta un’armonizzazione parziale in base al principio di armonizzazione minima (ad esempio nel caso della protezione dei consumatori), si riscontrano ancora divergenze tra i diritti nazionali. L’armonizzazione minima⁹³ ha lasciato spazio ad approcci nazionali diversi nell’ambito della legislazione di protezione dei consumatori. L’Unione ha dettato norme di conflitto, per i contratti BtoC, volte a proteggere i consumatori che agiscono in giudizio contro *businesses* di altri Stati membri con cui hanno concluso il contratto: ai sensi dell’art. 6 del Regolamento Roma I⁹⁴, se l’impresa svolge o dirige la sua attività commerciale verso il paese in cui il consumatore ha la sua residenza abituale, si applicherà, in caso di mancanza di scelta, la legge di quel paese. Se le parti, invece, scelgono una legge diversa da quella del paese di

⁹⁰ COM(2008) 614 dell’8.10.2008.

⁹¹ COM(2010) 348 def., del 01.07.2010.

⁹² Oltre a quelli non disciplinati, come il diritto dei contratti in generale.

⁹³ Si veda in tema di ‘*minimum*’ e ‘*full*’ o ‘*maximum*’ *harmonisation* A. JOHNSTON – H. UNBERATH, “*European private law by directives: approach and challenges*”, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), “*The Cambridge companion to European Union Private Law*”, Cambridge, 2010, p. 85 e ss.

⁹⁴ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (comunemente noto come Regolamento “Roma I”).

residenza del consumatore, il contratto non potrà comunque privare il consumatore della protezione assicurategli dalla legge di tale paese: di conseguenza, il consumatore ha la certezza che, in caso di controversia, il giudice gli garantirà almeno lo stesso livello di protezione assicurato dal suo paese di residenza. D'altro canto però, questa norma comporta, per le imprese, che in caso di vendita transfrontaliera i contratti conclusi con i consumatori rispondono alle norme in vigore nel paese di residenza degli stessi, a prescindere dal fatto che essi abbiano scelto una diversa legge applicabile al contratto. Le imprese che intraprendono attività commerciale transfrontaliera, secondo il documento della Commissione, rischiano di dover sostenere ingenti spese legali quando i loro contratti sono soggetti al diritto straniero a protezione dei consumatori; alcune imprese potrebbero addirittura arrivare ad evitare di vendere all'estero.

La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (confluita poi effettivamente in direttiva nell'ottobre 2011)⁹⁵ affronta il problema cercando di semplificare e consolidare la legislazione vigente nel settore del diritto contrattuale dei consumatori sulla base della "completa" ("*full*" o "*maximum*") armonizzazione degli aspetti del diritto dei consumatori rilevanti per il mercato interno. Ad ogni modo, come sottolinea la stessa Commissione nel Libro Verde in esame, la direttiva non riuscirà a creare un ravvicinamento del diritto dei contratti degli Stati membri nei settori che non sono oggetto di armonizzazione, e inoltre, anche per i settori completamente armonizzati, sussisterà il bisogno di applicare le norme comuni in combinazione con le altre norme nazionali di

⁹⁵ "Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 5/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio".

diritto dei contratti⁹⁶. Per questo motivo la Commissione agisce parallelamente anche verso l'adozione di uno strumento di diritto europeo dei contratti.

L'adozione di un simile strumento, secondo l'opinione della Commissione, è importante anche con riguardo ai contratti *business to business*. In questi contratti le imprese-parti sono libere di scegliere la legge che disciplina il contratto e hanno a disposizione, a tal fine, diversi strumenti internazionali esistenti, quali la Convenzione di Vienna⁹⁷ sulla vendita internazionale di merci o i Principi Unidroit⁹⁸ sui contratti commerciali internazionali. Le imprese non hanno a disposizione, però, l'opzione di un diritto comune europeo dei contratti, applicabile ed interpretabile in modo uniforme in tutti gli Stati membri. Inoltre, mentre le grandi imprese, dotate di forte potere negoziale, possono ottenere di subordinare i propri contratti a una determinata legge nazionale, le piccole o medie imprese (PMI) hanno maggiori difficoltà. Cercare informazioni sulla legge applicabile in un altro Stato membro o rispettare sistemi di diritto dei contratti diversi può aumentare le spese legali; tali difficoltà sono acuite dai problemi di lingua. Secondo l'opinione della Commissione nel suo Libro Verde, dunque, potrebbe essere utile per le imprese disporre di un corpus uniforme di norme di diritto europeo dei contratti facilmente accessibile in tutte le lingue ufficiali, da utilizzare in

⁹⁶ L'esempio portato dalla Commissione cade sulle norme (armonizzate) in tema di obblighi informativi precontrattuali e le norme (non armonizzate e quindi nazionali) relative ai mezzi di ricorso per violazione degli obblighi d'informazione.

⁹⁷ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* del 1980, redatta dalla *United Nation Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), su <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>.

⁹⁸ Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali 2010, redatti dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT), su <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-italian.pdf>.

tutte le transazioni con imprese di altri Stati membri. Un simile strumento potrebbe anche costituire un'alternativa al diritto nazionale dei contratti degli Stati membri, presentandosi come un regime neutro e moderno di diritto dei contratti, semplice, chiaro e che attinga alle tradizioni legislative nazionali comuni.

5.2 La nuova consultazione pubblica: la scelta dello strumento migliore per il diritto europeo dei contratti.

Sulla base delle premesse sopra descritte, la Commissione ha lanciato con il Libro Verde del 2010 una nuova consultazione pubblica avente ad oggetto (i) la possibile natura giuridica⁹⁹ da attribuire al futuro strumento di europeo dei contratti e (ii) il suo ambito di applicazione materiale.

Dovrebbe trattarsi, in breve, di uno strumento in grado di dare una risposta al noto problema della divergenza dei diritti nazionali, senza introdurre oneri aggiuntivi o nuove complicazioni per imprese e consumatori. Dovrebbe assicurare un'adeguata tutela di questi ultimi e dovrebbe essere completo e autonomo, in grado di limitare al minimo i riferimenti e i collegamenti con i diritti nazionali o con gli strumenti internazionali.¹⁰⁰

È opportuno, ad ogni modo, analizzare nel dettaglio le questioni oggetto di consultazione pubblica.

⁹⁹ Sull'argomento si veda in particolare M.J. VAN DER HEIJDEN – A. KEIRSE, “*Selecting the best Instrument for European Contract Law*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 5, p. 565 e ss.

¹⁰⁰ COM(2010)348 def, p. 6.

Per quanto riguarda la natura giuridica, la Commissione sottopone a valutazione pubblica diverse possibili forme che lo strumento potrebbe assumere:

I) Pubblicazione dei risultati del gruppo di esperti. Questa è la soluzione meno “invasiva”: il testo elaborato dagli esperti può essere pubblicato senza l’approvazione a livello UE e può servire, se pratico e di facile impiego, tanto al legislatore europeo e ai legislatori nazionali per l’emanazione di norme, quanto ai contraenti per la redazione di clausole e contratti tipo. Può servire altresì per l’istruzione e per la formazione professionale. La Commissione, tuttavia, mette in luce¹⁰¹ come, pur se nel lungo periodo l’uso di questo testo potrà contribuire alla convergenza volontaria del diritto dei contratti degli Stati membri, un testo senza autorità o valore ufficiale per giudici e legislatori non sarà in grado di ridurre significativamente le differenze esistenti e risolvere il problema degli ostacoli al mercato interno.

II) Uno “strumentario” ufficiale per il legislatore. Questa opzione può essere costituita, a scelta, (i) da un atto della Commissione o (ii) da un Accordo interistituzionale che predispongano uno strumentario in uso al legislatore per garantire la coerenza e la qualità della legislazione. Nel caso si optasse per un atto della Commissione, tale organo ricorrerebbe allo “strumentario” per redigere le nuove proposte legislative; un simile strumento diventerebbe efficace a seguito di adozione da parte della Commissione e non avrebbe bisogno di approvazione di Parlamento e Consiglio. Nel caso si optasse per un accordo interistituzionale, negoziato da Commissione, Parlamento e Consiglio, gli organi menzionati dovrebbero

¹⁰¹ COM(2010)348 def, p. 7.

attenersi allo “strumentario” per redigere o negoziare le nuove norme del settore. Gli svantaggi di uno “strumentario” sono simili a quelli dell’opzione precedente: esso rischia di non comportare benefici immediati e concreti per il mercato interno poiché non elimina le divergenze normative esistenti e può non assicurare un’applicazione e un’interpretazione convergenti del diritto europeo dei contratti da parte dei giudici.¹⁰²

III) Raccomandazione della Commissione sul diritto europeo dei contratti. La terza opzione proposta consiste in uno strumento di diritto europeo dei contratti allegato ad una Raccomandazione della Commissione, che sproni gli Stati membri ad integrare tale strumento nel diritto nazionale, con diverse modalità¹⁰³. La raccomandazione, però, non ha effetto vincolante per gli Stati: questi ultimi avrebbero, per di più, discrezionalità quanto a tempi e modalità di attuazione. Sussisterebbe dunque il rischio di una attuazione della raccomandazione da parte degli Stati in maniera differenziata e in tempi diversi, o addirittura di una sua mancata attuazione.¹⁰⁴

IV) Regolamento istitutivo di uno strumento facoltativo di diritto europeo dei contratti. Questa opzione prevede l’istituzione

¹⁰² COM(2010)348 def, p. 7.

¹⁰³ Al riguardo la Commissione sostiene che la raccomandazione possa incoraggiare gli Stati membri (i) a sostituire il diritto nazionale dei contratti con lo strumento europeo (similmente a quanto accaduto negli anni '50 negli Stati Uniti con lo *Uniform Commercial Code*) oppure (ii) a integrare lo strumento nel diritto interno come regime opzionale, dando ai contraenti un’alternativa al diritto nazionale: in questo secondo caso, lo strumento facoltativo europeo affiancherebbe altri strumenti alternativi che possono essere scelti come legge applicabile al contratto, come, per esempio, i Principi Unidroit.

¹⁰⁴ COM(2010)348 def, p. 8.

di uno strumento facoltativo con Regolamento, da concepirsi come “secondo regime” in ogni Stato membro, che offre, così, alle parti la scelta tra due regimi nazionali di diritto contrattuale¹⁰⁵. Una simile soluzione andrebbe a integrare le normative nazionali degli Stati membri con un corpus completo e per quanto possibile autonomo di norme di diritto contrattuale che le parti possono scegliere come legge applicabile al contratto. Questo corpus di norme diverrebbe parte del diritto nazionale degli Stati anche ai fini del diritto internazionale privato. Come osserva giustamente la Commissione¹⁰⁶, uno strumento facoltativo, se sufficientemente chiaro per l’utente, e quindi in grado di garantire la certezza del diritto, può rappresentare una soluzione ai problemi derivanti dalle divergenze normative. Per essere operativo sul piano del mercato interno lo strumento dovrebbe essere in grado di incidere sull’applicazione delle norme imperative, comprese quelle sulla protezione dei consumatori: si deve quindi provvedere a definire nello strumento il rapporto con le disposizioni del Regolamento Roma I.¹⁰⁷ Ciò contribuirebbe differenziare lo strumento dai regimi facoltativi esistenti, come la Convenzione di Vienna, che non possono limitare l’applicazione di norme imperative nazionali. Il livello di protezione dei consumatori dovrebbe comunque essere elevato, in linea con l’art. 12 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea. Secondo la Commissione, questa quarta opzione, e quindi la possibilità di fare riferimento a un

¹⁰⁵ Al riguardo si veda anche il parere del Comitato Economico e sociale europeo, INT/499 del 27.05.2010.

¹⁰⁶ COM(2010)348 def, p. 9.

¹⁰⁷ Queste considerazioni della Commissione sono importanti alla luce degli ultimi sviluppi in materia, come si vedrà in seguito.

corpus unico di norme, risparmierebbe a professionisti e giudici il fatto di dover studiare in determinati casi le leggi straniere, come succede invece con le leggi di conflitto: ne conseguirebbe una riduzione dei costi per le imprese e degli oneri amministrativi per il sistema giudiziario. Sotto altro punto di vista, un simile strumento facoltativo potrebbe costituire, in armonia con il principio di sussidiarietà, un'alternativa all'armonizzazione completa delle normative nazionali, offrendo una soluzione proporzionata al problema degli ostacoli al mercato interno creati dalle differenze dei sistemi nazionali in tema di diritto dei contratti.¹⁰⁸ La Commissione sottolinea, però, come uno strumento facoltativo rischi di complicare il contesto normativo esistente. Con l'aggiunta di un regime "parallelo", il contesto normativo non risulterà semplificato e rimarrà il bisogno di informazioni chiare per il consumatore, che gli consentano di decidere con cognizione di causa se concludere il contratto "su basi alternative".

V) Direttiva sul diritto europeo dei contratti. La quinta opzione è rappresentata dall'emanazione di una direttiva in tema di diritto europeo dei contratti, per armonizzare i diritti degli Stati membri sulla base di norme minime comuni. Utilizzando la forma della direttiva, gli Stati potrebbero mantenere norme che garantiscono maggiore protezione, come stabilito nei Trattati. Per quanto riguarda i contratti BtoC, la direttiva dovrebbe avere un livello di protezione dei consumatori elevato, e andrebbe a completare l'*acquis* relativo ai consumatori, inglobando anche le disposizioni del parallelo progetto di direttiva sui diritti dei

¹⁰⁸ COM(2010)348 def, p. 9.

consumatori¹⁰⁹. Quale nota negativa, però, la Commissione mette in evidenze come una direttiva, operante un'attività di armonizzazione minima, non porti ad un'attuazione o a un'interpretazione uniformi delle norme recepite, con la conseguenza che le imprese che offrono beni e servizi all'estero debbano continuare a sostenere costi per conformarsi alle diverse applicazioni del diritto contrattuale dei consumatori vigente negli altri Stati membri.¹¹⁰

VI) Regolamento istitutivo di un diritto europeo dei contratti.

Un'ulteriore opzione sottoposta a valutazione pubblica è costituita dall'ipotesi, maggiormente incisiva rispetto alla precedente, di un Regolamento istitutivo di un diritto europeo dei contratti che andrebbe a sostituire le diverse leggi nazionali con un corpus omogeneo di norme europee, comprensivo di norme imperative a tutela del contraente debole. Queste norme si applicherebbero ai contratti non per via di una scelta dei contraenti ma in quanto diritto nazionale vigente. Tale soluzione porterebbe all'eliminazione delle disomogeneità normative tra Stati nel settore del diritto contrattuale e condurrebbe ad una interpretazione ed applicazione uniforme del Regolamento negli stessi. Vi sono però questioni sensibili legate ai principi di sussidiarietà e proporzionalità¹¹¹.

¹⁰⁹ Al momento della redazione del Libro Verde la direttiva consumatori, emanata come visto nell'ottobre 2011, era ancora in fase di approvazione, e quindi sotto forma di proposta ufficiale della Commissione.

¹¹⁰ COM(2010)348 def., p. 10, dove la Commissione evidenzia anche come l'attuale *acquis* in tema di diritto contrattuale dei consumatori mostra i limiti delle direttive ad armonizzazione minima nel ridurre le divergenze normative. Si veda, in tema, A. JOHNSTON – H. UNBERATH, “*European private law by directives: approach and challenges*”, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), “*The Cambridge companion to European Union Private Law*”, cit., p. 85 e ss.

¹¹¹ La Commissione sottolinea come un corpus normativo unico, al posto di molteplici leggi nazionali (specie se si vanno a disciplinare anche i contratti

VII) Regolamento istitutivo di un codice civile europeo.
L'ultima soluzione proposta, la più estrema, prevede l'emanazione di un regolamento che copra non solo il diritto europeo dei contratti ma anche altre obbligazioni (ad esempio responsabilità extracontrattuale e gestione di affari altrui). Esistono infatti ostacoli al corretto funzionamento del mercato interno anche in settori diversi dal diritto dei contratti. Un simile strumento ridurrebbe ancora di più il bisogno di ricorrere alle legislazioni nazionali.¹¹² D'altro canto la Commissione stessa sottolinea come sia ancora da stabilire in quale misura uno strumento così vasto come un codice civile europeo possa giustificarsi in base al principio di sussidiarietà.¹¹³

Il Libro Verde del 2010 sottopone a valutazione pubblica, altresì, il possibile ambito di applicazione dello strumento.

Con un primo quesito la Commissione chiede agli interessati se lo strumento debba includere (i) sia i contratti *business to consumer* che quelli *business to business*,¹¹⁴ e (ii) sia i contratti transfrontalieri che i contratti nazionali.¹¹⁵

nazionali e non solo quelli transfrontalieri) potrebbe non rappresentare una misura proporzionata per superare gli ostacoli agli scambi nel mercato interno.

In tema di competenza europea e principi di sussidiarietà e proporzionalità si veda K. GUTMAN, "The Commission's Green Paper on European contract law: reflections on Union competence in light of the proposed options", in *E.R.C.L.* 2/2011, p. 151 e ss.

¹¹² COM(2010)348 def., p. 11.

¹¹³ Sul punto si veda K. GUTMAN, *op. e loc. cit.* Si richiama inoltre quanto detto sopra a proposito del progetto di codificazione europea, in nota n.49.

¹¹⁴ Anche se, come visto ampiamente sopra, i progetti di uniformazione del diritto contrattuale europeo della Commissione includono sia i contratti BtoC che quelli BtoB, e sono sempre legati ai lavori paralleli per l'adozione di una nuova direttiva sui diritti dei consumatori, nell'interrogarsi sulla tipologia di strumento da adottare la Commissione stessa mette in luce la possibilità di creare due strumenti separati, uno per i contratti BtoC e uno

Con un secondo e ultimo quesito, la Commissione sottopone, poi, a valutazione pubblica quale debba essere l'ambito di "applicazione materiale" dello strumento. In particolare si chiede se lo strumento debba ricoprire il diritto dei contratti in generale (in senso più o meno restrittivo)¹¹⁶ o anche includere tipologie specifiche di contratto (la vendita di merci, innanzitutto, ma anche contratti di

per quelli BtoB. L'organo europeo spiega, infatti, come due strumenti distinti permetterebbero di affrontare meglio le questioni specifiche per i due tipi di contratti, e come sarebbe probabilmente più semplice elaborarli ed usarli; d'altro canto, però, il proliferare di strumenti comporterebbe il rischio intrinseco di sovrapposizioni e incongruenze nella legislazione.

¹¹⁵ Merita soffermarsi brevemente su questo secondo punto. I problemi di divergenza normativa tra ordinamenti europei, che danno origine ai lavori di uniformazione in analisi, sono tipici dei contratti transfrontalieri poiché è in essi che entrano in gioco strumenti diversi, nazionali o internazionali. La Commissione, però, sottopone a valutazione pubblica anche l'ipotesi di un'estensione dell'applicabilità dello strumento anche ai contratti nazionali. Essa fa presente come, in ambito di contratti BtoC, uno strumento applicabile a contratti sia transfrontalieri che nazionali, potrebbe semplificare il contesto normativo ed avere impatto sui consumatori restii ad avventurarsi sul mercato interno e abituati al grado di protezione offertogli dal loro diritto nazionale. In ambito BtoB, uno strumento che copra i contratti transfrontalieri e quelli nazionali potrebbe essere di ulteriore incentivo per le imprese ad operare all'estero, in quanto esse potrebbero attenersi "*a un'unica serie di clausole e ad una stessa politica economica*" (v. COM(2010)348 def., p. 12). Anche in dottrina vi è chi sostiene che lo strumento debba avere un ambito di applicazione esteso anche ai contratti nazionali e non solo a quelli transnazionali. Si veda ad esempio J. BASEDOW, "*European Contract Law – The Case for a Growing Optional Instrument*", in R. SCHULZE – J. STUYCK (a cura di), "*Towards a European Contract Law*", Munich, 2011, p. 169; nello stesso volume si veda anche O. LANDO, "*On a European Contract Law for Consumers and Businesses – Future Perspectives*", p. 213.

¹¹⁶ Nel senso, specificato dalla Commissione in COM(2010)348 def. p. 12, di "*limitarsi a contenere norme riguardanti: definizione di contratto, responsabilità precontrattuale formazione del contratto, diritto di recesso, rappresentanza, motivi di invalidità, interpretazione, contenuto ed effetti del contratto, adempimento, tutele per l'inadempimento, pluralità di debitori e creditori, modificazione dei soggetti dell'obbligazione, compensazione e confusione, estinzione*", oltre alle "*norme imperative di diritto contrattuale dei consumatori che sono di ostacolo al mercato interno, e alle pratiche che danneggiano i consumatori e le PMI, come le clausole vessatorie*", oppure in senso più estensivo, in modo da contemplare anche "*questioni correlate come la restituzione, la responsabilità extracontrattuale, l'acquisto e la perdita della proprietà e le garanzie reali sui beni mobili*".

servizi di non minore importanza, come l'assicurazione, il leasing o i contratti di servizi nei settori finanziari)¹¹⁷.

6. La proposta ufficiale di Regolamento per un “diritto comune europeo della vendita” (CESL): prime osservazioni

Alla consultazione pubblica della Commissione europea contenuta nel Libro Verde del 2010 sono seguite numerose risposte ed espressioni di opinioni dalle parti interessate, appartenenti al mondo professionale, accademico e delle imprese; ciò dimostra il profondo interesse che la materia ha riscosso tra gli interessati. I risultati sono consultabili sul sito della Commissione¹¹⁸ e sono stati commentati dalla stessa sia nell'introduzione al *Feasibility Study*¹¹⁹ elaborato dal gruppo di esperti (pubblicato nel maggio 2011), sia nell'introduzione alla proposta ufficiale di Regolamento per l'adozione di un “diritto comune europeo della vendita” (CESL) emanata nell'ottobre 2011¹²⁰.

¹¹⁷ In senso positivo si veda J. BASEDOW, *op. cit.*, pp. 169-170.

¹¹⁸

http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/100701_en.htm

¹¹⁹ *A European Contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, disponibile sul sito della Commissione http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

¹²⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 653 final.

Per quanto riguarda le principali osservazioni in ordine alle opzioni proposte dalla Commissione, molti soggetti interessati hanno espresso favore per la prima (Pubblicazione del risultato del gruppo di esperti) e la seconda (Strumentario ufficiale per il legislatore) opzione. Un minimo consenso è stato ottenuto dalla terza opzione (Raccomandazione della Commissione sul diritto europeo dei contratti). Le opinioni riguardo alla quarta opzione (introduzione di uno strumento opzionale, l'opzione che maggiormente interessava la Commissione) sono state varie: molti Stati membri, così come un alto numero di soggetti interessati che hanno inviato una risposta alla consultazione, hanno dichiarato di poter dare il proprio consenso ad uno strumento opzionale laddove esso rispetti determinate condizioni (quali un alto livello di protezione dei consumatori, l'essere comprensibile e “*user-friendly*”, l'essere chiaro riguardo al suo collegamento con la nuova Direttiva sui diritti dei consumatori e con le altre norme europee). Alcuni soggetti interessati hanno espresso favore anche per la sesta opzione (Regolamento istitutivo di un diritto europeo dei contratti).

Tra le risposte al quesito riguardante l'ambito di applicazione dello “strumento” pervenute, la maggior parte di esse riguardava il possibile ambito di applicazione di uno strumentario/*toolbox* (seconda opzione) oppure di uno strumento opzionale (quarta opzione). Nel primo caso, la maggioranza delle risposte propendeva per un testo più ampio possibile e non limitato a certi tipi di contratti. Nel secondo caso, invece, la maggior parte delle opinioni pervenute alla Commissione erano in favore di uno strumento limitato al contratto di vendita transfrontaliera tra professionista e consumatore.¹²¹

¹²¹ Cfr. “*A European Contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback*”, cit., p. 3.

Sulla base delle risposte alla consultazione pubblica e delle osservazioni ricevute da un gruppo di *stakeholders*¹²² appositamente costituito dalla Commissione per affiancare e completare i lavori del Gruppo di Esperti¹²³, la Commissione europea ha, così, presentato al Parlamento europeo e al Consiglio la sua proposta ufficiale per l'adozione di un Regolamento per un "diritto comune europeo della vendita" (*Common European Sales Law*, c.d. CESL)¹²⁴.

La scelta di emanare un Regolamento contenente uno strumento opzionale è stata presa anche sulla base di un *Impact Assessment* (IA) effettuato sulle varie opzioni contenute nel Libro Verde. L' IA Report¹²⁵ ha stabilito che (i) un regime opzionale uniforme di diritto dei contratti, (ii) una Direttiva di armonizzazione massima e (iii) un Regolamento istitutivo di un diritto contrattuale uniforme rappresentano le opzioni maggiormente in linea con gli obiettivi di rafforzamento del mercato unico e riduzione dei costi di transazione.¹²⁶ Per quanto riguarda le ultime due opzioni, però,

¹²² È il cosiddetto "*Group of Key Stakeholders Experts*", istituito dalla Commissione nel luglio 2010, composto da associazioni di professionisti e consumatori, rappresentanti del mondo bancario, assicurativo e delle professioni legali. Esso ha avuto il compito di rivedere le varie parti del *Feasibility study* del Gruppo di esperti da un punto di vista pratico, dando suggerimenti su come rendere il testo maggiormente *user-friendly* e comprensibile.

¹²³ Cfr. nota 89.

¹²⁴ COM(2011) 653 final, *cit. supra*.

¹²⁵ Si veda il documento ufficiale che accompagna la proposta di Regolamento contenente il *Common European Sales Law*, disponibile in http://ec.europa.eu/justice/contract/files/1_en_impact_assesment_111011.pdf.

¹²⁶ Concordano con questa linea di pensiero, sostenendo come le prime tre opzioni proposte non risultino efficaci per il perseguimento degli scopi delineati dal Libro Verde, M.J. VAN DER HEIJDEN – A. KEIRSE, "*Selecting the best Instrument for European Contract Law*", in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 5, p. 575.

La stessa Commissione (in COM(2011) 653 final, p. 10) riconosce come uno strumento non vincolante (quale uno strumentario o *toolbox*, o una Raccomandazione diretta agli Stati) non sarebbe in grado di raggiungere l'obiettivo di rafforzamento del mercato interno.

mentre da un lato esse ridurrebbero considerevolmente i costi di transazione e creerebbero una struttura legislativa meno complessa per le operazioni transfrontaliere, dall'altro costituirebbero un onere per le imprese che intendono operare unicamente a livello nazionale e che dovrebbero, invece, adattarsi alla nuova situazione legislativa. I costi da sostenere per familiarizzare con la nuova normativa sarebbero maggiori rispetto a quelli legati all'adozione di un regime opzionale, in quanto gravanti su tutti le imprese.¹²⁷ Un regime opzionale di diritto dei contratti uniforme, invece, creerebbe costi *una tantum* solo per gli imprenditori che intendono utilizzarlo per operazioni transfrontaliere. Un simile strumento è però pensato dalla Commissione proprio per ridurre i costi delle imprese che esportano in diversi Stati membri e per “*fornire ai consumatori più scelta di prodotti a un minor prezzo*”¹²⁸.

Passando all'analisi dello strumento opzionale introdotto dalla proposta di Regolamento - il cui testo risulta contenuto in un Allegato¹²⁹ al Regolamento stesso - si nota come il testo sia molto simile a quello del *Feasibility Study* del Gruppo di esperti, da un lato, e a quello della nuova Direttiva sui diritti dei consumatori¹³⁰, dall'altro.¹³¹ Il testo del *Feasibility Study*, a sua volta, ha come base

¹²⁷ COM(2011) 653 final, p. 8.

¹²⁸ COM(2001) 653 final, p. 8.

¹²⁹ Annex I.

¹³⁰ V. nota 95.

¹³¹ Si veda in tema C. CRAVETTO - B. PASA, “*The non-sense of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 6, p. 762, e M. HESSELINK, “*How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission’s proposal for a regulation*”, Centre for European Contract Law Working Paper Series n. 2011-15, reperibile su <http://ssrn.com/abstract=1950107>. In tema si vedano inoltre O. LANDO, “*Comments and Questions Relating to the*

quello del *Draft Common Frame of Reference* (come visto sopra), e dunque dei suoi predecessori *Principles of European Contract Law*, per quanto riguarda il diritto dei contratti in generale, e *Acquis Principles*, per le parti sul diritto dei consumatori.

Diversamente, il regime di scelta dello strumento (le modalità per effettuare “l’opt-in”), previste in particolare agli artt. da 3 a 12 del Regolamento, non sono basate su alcun lavoro preparatorio accademico, ma sono frutto del lavoro della stessa Commissione europea. Tale approccio, innovativo, della Commissione appare a certa dottrina convincente¹³² e ad altra meno¹³³. Ad ogni modo, proprio per la sua novità, sorgono intorno allo strumento diverse incertezze.

In particolare, la dottrina riflette sulle modalità con cui opera lo strumento in analisi. Nel dibattito che ha preceduto l’emanazione della proposta di Regolamento, si faceva riferimento ad un possibile strumento opzionale identificandolo come un “ventottesimo regime”¹³⁴ europeo di diritto dei contratti. Nella proposta di Regolamento, invece, la Commissione presenta il CESL (*Common*

European Commissions’ Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 6, p. 717; G. DONADIO, “Diritto contrattuale europeo e ‘optional instrument’: una valutazione preventiva”, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, 2, p. 649.

¹³² Si veda M. HESSELINK, *op. cit.*, p. 1.

¹³³ Si veda F. BORTOLOTTI, “Il Diritto Comune Europeo della Vendita”, in http://www.mglobale.it/Internazionalizzazione/Contratti/Vendita/Il_Diritto_Comune_Europeo_Della_Vendita.kl.

¹³⁴ Si veda, ad esempio, “*Project Europe 2030: Challenges and Opportunities. Report to the European Council by the Reflection Group on the Future of the EU 2030*” reperibile in http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/en_web.pdf: “Action should be taken to provide citizens with the option of resorting to a European legal status (the “28th regime”) which would apply to contractual relations in certain areas of civil or commercial law alongside the current 27 national regimes”.

European Sales Law) come un “secondo regime nazionale”¹³⁵. È stato notato, a proposito, come esista una differenza tra il considerare la normativa opzionale come un “ventottesimo regime”, a fianco dei 27 diritti contrattuali degli Stati membri, e il considerarla un “secondo regime” di diritto contrattuale all’interno del diritto nazionale dei singoli Stati.¹³⁶ Nel primo caso, infatti, optare per l’applicabilità del CESL significherebbe effettuare una scelta di legge applicabile al contratto ai sensi dell’art. 3, par. 1, del Regolamento Roma I¹³⁷; mentre nel secondo caso un regime “parallelo” di diritto dei contratti sarebbe applicabile, come diritto nazionale, una volta che quello stesso diritto nazionale sia stato riconosciuto come applicabile al contratto. È infatti la legge sostanziale nazionale - e non la legge di conflitto

¹³⁵ Si veda il *Considerando* n.9: “Il presente regolamento istituisce un diritto comune europeo della vendita. Esso armonizza il diritto dei contratti degli Stati membri, non già imponendo modifiche ai diritti nazionali in vigore ma creando nell’ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro un secondo regime di diritto dei contratti per i contratti rientranti nel suo campo di applicazione. Tale secondo regime dovrà essere identico in tutta l’Unione e coesistere con le norme vigenti di diritto nazionale dei contratti. Il diritto comune europeo della vendita si applicherà ai contratti transfrontalieri su base volontaria e per accordo espresso delle parti”.

Già a partire dal Libro Verde COM(2010) 348 final, sopra analizzato, la Commissione aveva iniziato a parlare di “second regime of national contract law”.

La soluzione era già stata prospettata nel 2005 da H. HEISS – N. DOWNES, “Non-optional elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law perspective”, in *Europ. rev. priv. law*, 2005, 13, p. 707 (“the optional instrument could simply be enacted by an EC Regulation as an alternative system of contract law in all member States. Whenever the law of a member State is the *lex causae* of the contract, a substantive rule in the Regulation would allow parties to opt for the European instrument instead of national contract law”) e, più di recente, in H. HEISS, “Party Autonomy”, in F. FERRARI – S. LEIBLE (a cura di), “Rome I Regulation; the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, Munich, 2009.

¹³⁶ Si veda M. HESSELINK, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁷ Art. 3, par. 1, “Libertà di scelta”: “1. Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso”.

internazionalprivatistica - a prevedere la possibilità di scegliere lo strumento nei contratti transfrontalieri.¹³⁸

Per ricapitolare, quindi, il criterio di applicazione dello strumento opzionale alla luce della qualificazione dello stesso come “secondo regime” di diritto contrattuale nazionale, si può dire che, in caso di contratti transnazionali, il diritto internazionale privato (in particolare il Regolamento Roma I) permette di scegliere la legge nazionale applicabile al contratto e, ai sensi della legge così identificata, le parti hanno la possibilità di scegliere tra il primo regime di “diritto contrattuale preesistente” e il nuovo secondo regime uguale in tutti gli Stati membri, il CESL.¹³⁹

È stata notata un'altra differenza, con riguardo alla base giuridica, tra la visione dello strumento opzionale come ventottesimo regime europeo o come secondo regime nazionale. L'adozione di un “ventottesimo regime” di diritto europeo della vendita da parte del legislatore europeo non potrebbe trovare giustificazione nell'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea; essa non potrebbe essere qualificata come “misura volta al ravvicinamento del diritto degli Stati membri”, poiché l'aggiunta di un ventottesimo regime non modificherebbe nulla nei diritti nazionali esistenti.¹⁴⁰

¹³⁸ A tal proposito di veda il *Considerando* n. 10: “È necessario che l'accordo di usare il diritto comune europeo della vendita sia frutto di una scelta espressa nell'ambito del proprio diritto nazionale applicabile in virtù del regolamento (CE) n. 593/2008 o, con riferimento agli obblighi di informativa precontrattuale, in virtù del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (regolamento (CE) n. 864/2007) o di altre norme di conflitto pertinenti. L'accordo di ricorrere al diritto comune europeo della vendita non può pertanto essere assimilato o confuso con la scelta della legge applicabile ai sensi delle norme di conflitto, né può pregiudicarne l'applicazione. Il presente regolamento non inciderà pertanto sulle norme di conflitto vigenti”.

¹³⁹ M. HESSELINK, “How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's proposal for a regulation”, cit. p. 3.

¹⁴⁰ M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*

L'introduzione di un "secondo regime nazionale", invece, può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 114 TFUE¹⁴¹.

Sempre con riguardo alla base giuridica del nuovo strumento opzionale, è opportuno sottolineare come la Commissione stessa si premuri di giustificare l'adozione del testo alla luce dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità sanciti dall'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea. Il CESL sarebbe, innanzitutto, conforme al principio di sussidiarietà, poiché l'obiettivo della proposta di Regolamento (contribuire al funzionamento del mercato interno mettendo a disposizione degli operatori un corpus di norme di diritto contrattuale uniforme su base volontaria) ha una dimensione chiaramente transnazionale e non può essere sufficientemente raggiunto dagli Stati membri nell'ambito dei propri sistemi nazionali. Adottando singole misure nazionali non coordinate gli Stati membri non sarebbero in grado di eliminare i costi di transazione e le note complessità a livello giuridico che le imprese devono affrontare a causa delle diversità tra i diritti contrattuali statali. I problemi di frammentazione legislativa possono essere meglio affrontati a livello di Unione europea, attraverso misure che tendono al ravvicinamento dei diritti contrattuali degli Stati membri.¹⁴² La proposta di Regolamento sarebbe, in secondo luogo, un'azione "proporzionata" ai sensi dell'art. 5 TUE, se comparata alle altre possibili opzioni sopra analizzate, grazie alla natura opzionale e volontaria del CESL. L'applicabilità dello strumento è subordinata, infatti, a un accordo delle parti contraenti; esse potranno adottarlo laddove lo reputino appropriato per un determinato affare transfrontaliero. La sua natura di strumento opzionale e applicabile solo nelle ipotesi di contratti transfrontalieri, quindi, comporta che esso possa ridurre le barriere del commercio transfrontaliero senza andare ad

¹⁴¹ Si veda la stessa COM(2011) 635 final, p. 8.

¹⁴² COM(2011) 635 final, p. 9.

interferire direttamente con i sistemi nazionali e le relative tradizioni. La conformità al principio di proporzionalità è rispettata anche dal punto di vista dell'ambito di applicazione materiale dello strumento, che è limitato a quegli aspetti che pongono reali problemi nelle operazioni transfrontaliere, mentre non riguarda altri aspetti di diritto nazionale che possono essere meglio regolati a livello statale.¹⁴³

È importante soffermarsi, ora, sulle diverse implicazioni derivanti dalla natura di “secondo regime” del CESL con riguardo ai contratti *business to consumer* e a quelli *business to business*.

In tema di contratti *business to consumer*, viene in rilievo il rapporto tra il CESL e l'art. 6, par. 2, del Regolamento Roma I sopra analizzato.¹⁴⁴ Se la scelta di sottoporre il proprio contratto al CESL dovesse essere qualificata come una “scelta di legge” ai sensi dell'art. 6 Reg. Roma I, le norme nazionali che garantiscono al consumatore una maggiore protezione rispetto al CESL dovrebbero rimanere applicabili nonostante la scelta. L'obiettivo di creare uno strumento autonomo, che semplifichi le operazioni delle piccole e medie imprese evitandogli i costi di informazione sulle norme protezionistiche presenti nei singoli Stati in cui esportano, non sarebbe allora raggiunto.¹⁴⁵ Stando alla natura di “secondo regime” del CESL, invece, l'eventuale scelta di applicazione dello strumento è qualificabile come scelta tra due diversi regimi di diritto contrattuale (della vendita) nazionale e dunque, per definizione, non può esserci un livello di protezione maggiore dato dalla legge del paese di residenza del consumatore, poiché è proprio quella

¹⁴³ COM(2011) 635 final, p. 10.

¹⁴⁴ Per comodità, si ricorda che ai sensi dell'articolo menzionato, la legge scelta dalle parti come legge applicabile al contratto, nei contratti BtoC, non potrà comunque privare il consumatore della protezione assicurategli dalla legge del paese in cui esso ha la residenza.

¹⁴⁵ Cfr. M. HESSELINK, “How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's proposal for a regulation”, cit. p. 3.

legge che permette di scegliere il CESL (identico in tutti gli Stati membri) come legge applicabile al contratto con il consumatore. In termini pratici, dunque la qualificazione del CESL come secondo regime “neutralizza” la funzione dell’art. 6 Reg. Roma I¹⁴⁶. Questa soluzione può ritenersi accettabile o meno, a seconda che il livello di protezione del consumatore sia o non sia sufficientemente elevata. La dottrina che si è espressa sino ad ora sembra avere un giudizio positivo in merito¹⁴⁷; viene messo in luce, però, che qualora futuri emendamenti dovessero portare ad un abbassamento del

¹⁴⁶ Si veda la lettera della proposta di Regolamento stessa, al Considerando n. 12: “*Poiché il diritto comune europeo della vendita contiene un corpus completo di norme imperative a tutela dei consumatori completamente armonizzate, se le parti scelgono di applicarlo i diritti degli Stati membri non presenteranno divergenze al riguardo. Di conseguenza, l’articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 593/2008, che si fonda sull’esistenza di livelli divergenti di protezione del consumatore negli Stati membri, non ha rilevanza pratica per gli aspetti disciplinati dal diritto comune europeo della vendita*”.

Non prendeva, invece, posizione sul rapporto tra i Regolamenti Roma I e Roma II e il futuro *optional instrument* il Feasibility Study del Gruppo di esperti, predecessore del CESL, di cui alla nota 119 (cfr. Expert Group on Common Frame of Reference in European Contract Law, *Synthesis of the Fifth Meeting, 30 Sept.-1 Oct. 2010*, Brussels, 5.10.2010, disponibile on-line sul sito della Commissione - Directorate-General Justice, Unit A.2: Civil and contract law). Esso lasciava aperta la questione se il futuro strumento avesse avuto proprie disposizioni, a superamento delle regole di conflitto dei Regolamenti Roma I e II, oppure se fosse stato con essi collegato.

Si veda in tema C. CRAVETTO – B. PASA, “*The non-sense of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts*”, *cit.*, p. 773 e ss; European Research Group on Existing EC Private Law, prepared by G. DANNEMANN, ‘*Draft for a First Chapter (Subject Matter, Application and Scope) of an Optional European Contract Law*’, (2011) *Oxford U Comparative L Forum* 2, reperibile in ouclf.iuscomp.org, p. 6; C. BUSCH, ‘*Scope and content of an optional instrument for EU contract law*’, <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>, p. 8; E. LEIN, ‘*Issues of private international law, jurisdiction and enforcement of judgments linked with the adoption of an optional EU contract law*’, <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Lein%20EN.pdf>; M. JAGIELSKA, ‘*Issues of private international law linked with the adoption of an optional EU instrument in the field of contract law*’, <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Jagielska%20EN.pdf>.

¹⁴⁷ Si vedano C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.*, p. 774, e la soluzione proposta da European Research Group on Existing EC Private Law, prepared by G. DANNEMANN, ‘*Draft for a First Chapter (Subject Matter, Application and Scope) of an Optional European Contract Law*’, *cit.*; si veda anche M. HESSELINK, *op. cit.* p. 3.

livello di protezione del consumatore, si avrebbe allora un risultato incompatibile con l'art. 114, par. 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.¹⁴⁸

Per quanto riguarda i contratti *business to business*, la principale implicazione del fatto che la scelta di utilizzare il CESL sia da considerare come una scelta interna al diritto nazionale individuato dalle norme di conflitto, e non alle norme di conflitto, sta nel fatto che viene a crearsi, così, un potenziale conflitto tra il CESL e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale.¹⁴⁹ Questo perché anche la CISG opera come un secondo regime interno, pur se limitato ai contratti commerciali di compravendita internazionale di beni mobili.¹⁵⁰ La proposta di Regolamento della Commissione tratta espressamente il potenziale conflitto tra la CISG e il CESL al *Considerando 25*¹⁵¹, dove si dice che la scelta di applicare il CESL al rapporto contrattuale dovrebbe implicare l'accordo delle parti di escludere l'applicabilità della CISG al contratto in questione. L'applicabilità della CISG a un determinato contratto rientrante nel suo ambito di applicazione può essere esclusa o limitata per via dell'art. 6 della Convenzione: esso permette che le parti possano escludere l'applicabilità della

¹⁴⁸ M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*

¹⁴⁹ Si veda in tema F. BORTOLOTTI "Il Diritto Comune Europeo della Vendita", *cit.*, e M. HESSELINK, "How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's proposal for a regulation", *cit.*, pp. 3-4.

¹⁵⁰ Si veda in tema I. SCHWENZER (a cura di), "Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods", 3rd ed, Oxford, 2010, in particolare I. SCHWENZER – P. HACHEM "Introduction to Articles 1-6", n.2: "State courts within Contracting states therefore do not apply the CISG as a foreign law or as international law but as unified State law". Si veda anche il commento all'art. 6 della Convenzione di J. BONELL, in M. BIANCA (a cura di) "Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Commentario", Padova, 1992.

¹⁵¹ "Qualora a disciplinare il contratto in questione sia la convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, è opportuno che la scelta del diritto comune europeo della vendita comporti l'accordo delle parti ad escludere tale convenzione".

Convenzione o derogare o modificare gli effetti delle sue disposizioni. La CISG, in altre parole, prevede un sistema di norme non obbligatorie a cui le parti possono derogare, in tutto o in parte, nei loro contratti.¹⁵² E così esse possono decidere di sottoporre il contratto, in tutto o in parte, al diritto della vendita nazionale “preesistente”, applicabile ai contratti di vendita interni (il cd “primo regime”), anche in paesi che hanno ratificato la CISG. Allo stesso modo le parti potranno, dunque, escludere l’applicabilità della CISG e optare per un secondo regime nazionale, come il CESL. E’ stato notato, però, come sia la stessa CISG, quale legge applicabile al contratto, a stabilire se ed in quale misura le parti abbiano escluso l’applicabilità della Convenzione: il fatto che la proposta di Regolamento preveda che la scelta di applicare il CESL al rapporto contrattuale “dovrebbe implicare” l’accordo delle parti di escludere l’applicabilità della Convenzione appare *ultra vires*¹⁵³. Non può essere, infatti, un Regolamento europeo a stabilire come debba essere l’accordo delle parti per escludere l’applicabilità della Convenzione; questa ipotesi è giustamente regolata dalla CISG stessa, all’art. 8¹⁵⁴. Ciò detto, è generalmente ammesso ormai che l’applicabilità della CISG possa essere esclusa non solo espressamente ma anche in modo implicito.¹⁵⁵ Nella maggior parte

¹⁵² M. HESSELINK, *op. cit.* p. 4.

¹⁵³ Cfr. M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*

¹⁵⁴ Art. 8: “1) *Ai fini della presente Convenzione, le indicazioni ed altri comportamenti di una parte devono essere interpretati secondo l'intenzione di quest'ultima quando l'altra parte era a conoscenza o non poteva ignorare tale intenzione.*

2) *Se il paragrafo precedente non è applicabile, le indicazioni ed altri comportamenti di una parte devono essere interpretati secondo il senso che una persona ragionevole, di medesima qualità dell'altra parte, posta nella medesima situazione, avrebbe loro dato.*

3) *Al fine di stabilire l'intenzione di una parte o ciò che avrebbe inteso una persona ragionevole, si dovrà tener conto delle circostanze pertinenti, in particolare dei negoziati eventualmente intercorsi fra le parti, delle consuetudini fra di esse stabilitesi, degli usi e di ogni loro successivo comportamento”.*

¹⁵⁵ M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*; si veda però I. SCHWENZER – P. HACHEM “*Introduction to Articles 1-6*”, *cit.*, n.3, in cui emerge (con critiche dell’autore)

dei casi, dunque, non sarà difficile per i Tribunali nazionali dedurre da una scelta esplicita di applicabilità della CESL il fatto che le parti abbiano voluto escludere quella della CISG.¹⁵⁶ Possono sorgere, ad ogni modo, difficoltà in caso di scelta parziale (*dépeçage*), ammessa dalla proposta di Regolamento per i contratti *business to business*. Le strutture del CESL e della CISG non sono esattamente coincidenti. I due strumenti possono trattare stessi istituti in parti diverse, e ciò significa che non è chiaro cosa comprenda la scelta di una singola parte del CESL: ci potranno essere sovrapposizioni tra le disposizioni dei due strumenti o lacune. La dottrina dunque osserva come sia prudente per i professionisti che optano per il CESL indicare anche espressamente che essi escludono l'applicabilità della CISG, ed essere attenti e precisi circa le proprie intenzioni nei casi di *dépeçage*.¹⁵⁷

Una volta effettuata la scelta in favore del CESL, le tematiche che non rientrano nel suo ambito di applicazione¹⁵⁸ continueranno ad essere regolate dalla legge nazionale applicabile al contratto,

come alcuni Tribunali nordamericani abbiano stabilito che la CISG possa essere esclusa sono in modo esplicito.

¹⁵⁶ J. BASEDOW, G. CHRISTANDL, W. DORALT, M. FORNASIER, M. ILLMER, J. KLEINSCHMIDT, S. A.E. MARTENS, H. RÖSLER, J. P. SCHMIDT, R. ZIMMERMANN, “*Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 Final (January 27, 2011)*”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, Vol. 75, pp. 371 e ss.

¹⁵⁷ M. HESSELINK, *op.cit.* p. 5.

¹⁵⁸ Si ricorda qui che il CESL è composto da 186 articoli e disciplina il contratto di vendita insieme ad alcune problematiche generali ad esso collegate (come i doveri precontrattuali, i vizi del consenso, le clausole abusive, la prescrizione, ecc.). Rimangono al di fuori del suo ambito di applicazione diversi istituti più generali, che erano stati invece affrontati dal *Draft Common Frame of Reference*, quali l'incapacità, la rappresentanza, la non-discriminazione, la pluralità di creditori e debitori, la cessione di credito, la compensazione, il trasferimento di proprietà, la responsabilità extracontrattuale.

individuata secondo il diritto internazionale privato (e in particolare, dai Regolamenti Roma I e Roma II).¹⁵⁹

Occorre, ora, capire come le parti possano materialmente scegliere di utilizzare¹⁶⁰ il CESL per i loro contratti transfrontalieri. L'art. 3 della proposta di Regolamento stabilisce che il diritto comune europeo della vendita ha "natura opzionale". Ciò significa che esso può diventare applicabile solo grazie a una scelta delle parti: l'art. 8, infatti, prevede espressamente che, perché il CESL trovi applicazione, sia necessario "un accordo delle parti in tal senso"¹⁶¹.

Per quanto riguarda i contratti *business to business*, si evidenzia, innanzitutto, che il CESL può essere utilizzato solo se una delle parti è una piccola o media impresa (PMI), e cioè un'impresa con meno di 250 dipendenti e meno di 50 milioni di fatturato. L'esistenza e la validità dell'accordo di cui all'art. 8, par. 1, sono

¹⁵⁹ Se il legislatore europeo deciderà, in sede di adozione del Regolamento, di inserire nel CESL norme riguardanti gli istituti per ora da esso non regolamentati, la natura di secondo regime del CESL potrebbe avere l'effetto di "neutralizzare" anche l'art. 9 del Regolamento Roma I, in tema di *overriding mandatory provisions*, oltre all'art. 6 (visto sopra) (cfr. M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*), cosa che per ora non accade, e "outside its scope of application [the CESL will (ndr)] leave all mandatory rules intact", cfr. C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.* p. 774; si veda anche E. TERRY, "Contract Formation – An Illustration of the Difficult Interface with National Law and Enforcement", in R. SCHULZE - J. STUYCK (a cura di), "Towards a European Contract Law", Munich, 2011, p. 73 65 – 80.

¹⁶⁰ La dottrina (cfr. M. HESSELINK, *op. cit.* p. 7) critica il ricorso al termine "utilizzare" (l'art. 4 del CESL prevede che "the Common European Sales Law may be used for cross-border contracts", e vi è ricorso allo stesso termine agli artt. 6, 7 e 8) e suggerisce di uniformare il testo alla terminologia usata in J. BASEDOW et al. (a cura di) *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2010, nel senso di "accordo delle parti" di "sottoporre" il contratto al CESL (la traduzione è libera: il testo dei PEICL, art. 1:102, prevede che i Principi si applichino quando le parti "have agreed that their contracts shall be governed by them"), che peraltro già ricorre all'art. 3 del CESL ("The parties may agree that the Common European Sales Law governs their cross-border contracts..").

¹⁶¹ Art. 8, par. 1 della proposta di Regolamento: "The use of the Common European Sales Law requires an agreement of the parties to that effect".

determinate in base ad alcune apposite disposizioni del CESL¹⁶². Emerge da tali disposizioni come la “scelta” non debba essere espressa, l’intenzione delle parti debba essere desunta dalle loro dichiarazioni e dai loro comportamenti¹⁶³, e il contratto debba essere interpretato (i) secondo la loro comune intenzione (che può essere diversa da quanto emerge dalla lettera del contratto stesso¹⁶⁴), (ii) secondo l’affidamento riposto sul significato di una clausola¹⁶⁵ e, in assenza, (iii) secondo il significato che potrebbe ragionevolmente essergli attribuito¹⁶⁶. La dottrina ha notato come, a seconda delle circostanze, ognuna delle citate disposizioni potrebbe essere d’aiuto per sostenere l’esistenza di un’eventuale scelta implicita delle parti a favore del CESL.¹⁶⁷ Nei contratti BtoB, inoltre, la scelta di applicabilità del CESL può anche essere contenuta in clausole standard: tale conclusione può essere dedotta dall’art. 8, par. 1 e, *a contrario*, dall’art. 8, par. 2 della proposta di Regolamento. Allo stesso modo, si può dedurre dall’art. 8, par. 3, che, nei contratti tra professionisti, le possano effettuare un “scelta parziale” (*dépeçage*), e non siano tenute ad applicare lo strumento per intero.

Per quanto riguarda i contratti *business to consumer*, invece, la proposta di Regolamento richiede che la scelta dello strumento avvenga in maniera espressa, con dichiarazione separata.¹⁶⁸ La dottrina ipotizza che nei contratti *on-line*, in cui lo strumento

¹⁶² Cfr. art. 8, par. 1, secondo periodo, della proposta di Regolamento, che rimanda alle disposizioni rilevanti del CESL, e, solo per i contratti coi consumatori, ai paragrafi 2 e 3 e all’art. 9 della proposta di Regolamento.

¹⁶³ Ai sensi dell’art. 30, par. 3 CESL.

¹⁶⁴ Art. 58, par. 1 CESL.

¹⁶⁵ Art. 58, par. 2 CESL.

¹⁶⁶ Art. 58, par. 3 CESL. La traduzione italiana è libera.

¹⁶⁷ M. HESSELINK, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁸ Art. 8, par. 2.

dovrebbe essere destinato ad avere maggiore applicazione, la scelta dovrà avvenire con la selezione del c.d. “*blue button*”¹⁶⁹. Il professionista-venditore dovrà, poi, inviare al consumatore-compratore una conferma su supporto durevole¹⁷⁰.¹⁷¹ A differenza dei contratti BtoB, nei contratti con i consumatori il CESL, ove scelto, deve essere applicato per intero: non può essere, cioè, effettuato il *dépeçage*. La ragione di una simile differenziazione, secondo la dottrina¹⁷², risiede nel fatto che se il *dépeçage* fosse attuabile nei contratti BtoC, i professionisti ben informati potrebbero scegliere di applicare soltanto le disposizioni del CESL a loro più favorevoli, eludendo, così, le disposizioni a maggiore protezione del consumatore. Se ciò dovesse essere reso possibile, il futuro Regolamento non sarebbe più in grado di assicurare il livello di protezione del consumatore richiesto dagli artt. 114, par. 3, e 169 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.¹⁷³

Occorre ancora soffermarsi sul fatto che la proposta di Regolamento non si esprime circa il momento in cui debba essere effettuata la scelta. Sembra, dunque, che le parti possano scegliere in ogni tempo di sottoporre il loro contratto al CESL, non solo al momento della conclusione del contratto, ma anche al momento in

¹⁶⁹ L’idea del “*blue button*” deriva da H. SCHULTE-NÖLKE, “*EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’*”, *Europ. rev. priv. law*, 2007, 3, p. 332, in cui l’autore ipotizza come al consumatore si possa presentare la scelta, on-line, tra un “*blue button*”, con cui scegliere espressamente l’applicabilità del CESL, e un “*leave existing national law button*”. Si veda anche C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.*, p. 777, e M. HESSELINK, *op. cit.* p. 9, in cui l’autore prevede come “*in practice (...) consumers will have to tick an extra box*”.

¹⁷⁰ Il concetto di “supporto durevole” è ripreso dal *Draft Common Frame of Reference*, art. I.-1:106; tale termine è a sua volta tratto da alcune Direttive europee (cfr. art. 2(f) della Direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e art. 2(12) della Direttiva 2002/92/CE sull’intermediazione assicurativa).

¹⁷¹ Art. 8, par. 2, secondo periodo.

¹⁷² M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*

¹⁷³ M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*

cui insorge la lite. Questa considerazione sembra valere per i contratti *business to business* come per quelli *business to consumer*.¹⁷⁴ È stato notato, tuttavia, come nei contratti BtoC la scelta dello strumento al momento dell'insorgere della lite non dovrebbe essere consentita laddove porti a uno svantaggio per il consumatore; una scelta effettuata *ex post*, infatti, porterebbe conseguenze simili a quelle della scelta "parziale" dello strumento, limitata alle disposizioni favorevoli al professionista, che come visto è proibita dalla proposta di Regolamento. 175

Non si può tralasciare di evidenziare, infine, una critica sollevata nei confronti del CESL, in merito al fatto che la norme applicabili ai rapporti tra imprese (BtoB) parrebbero essere molto più sbilanciate in favore della parte considerata più debole (verosimilmente la piccola impresa) di quanto non lo siano normalmente le normative predisposte per disciplinare i rapporti BtoB, quali ad esempio la CISG.¹⁷⁶

Secondo questa linea di pensiero, nel voler realizzare una normativa che potesse applicarsi tanto alle vendite tra imprese quanto a quelle tra imprese e consumatori, è stato dato uno spazio eccessivo a norme che, cercando di proteggere la parte considerata più debole, non rispondono alle "*esigenze di prevedibilità e certezza del diritto richieste per i rapporti commerciali*"¹⁷⁷: viene evidenziato come un operatore che voglia estendere i propri traffici ai mercati degli altri Stati membri non risulti avvantaggiato da una normativa

¹⁷⁴ J. BASEDOW, G. CHRISTANDL, W. DORALT, M. FORNASIER, M. ILLMER, J. KLEINSCHMIDT, S. A.E. MARTENS, H. RÖSLER, J. P. SCHMIDT, R. ZIMMERMANN, *op. e loc. cit.*

¹⁷⁵ Secondo M. HESSELINK, *op. e loc. cit.*, dopo l'insorgere della lite le parti (e in particolare il professionista già "informato") sanno quale diritto troverà applicazione e se questo è per loro più o meno favorevole; per di più nel caso scelta del CESL, non vi sarebbe neanche l'art. 6 del Regolamento Roma I a proteggere il consumatore.

¹⁷⁶ Cfr. F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷⁷ F. BORTOLOTTI, *op. e loc. cit.*

che consenta alle sue controparti straniere di far valere eccezioni e contestazioni non previste dalle norme attuali (in particolare dalla Convenzione di Vienna). I professionisti, per questo motivo, non sarebbero spinti a optare per la nuova normativa uniforme e l'obiettivo di facilitare il commercio intracomunitario, dunque, non sarebbe raggiunto. Secondo questa dottrina è, quindi, auspicabile che il progetto venga limitato ai rapporti con i consumatori, per i quali è maggiore l'esigenza di una normativa uniforme, considerate le divergenze esistenti tra le normative nazionali in materia.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ PER ROTTURA INGIUSTIFICATA DELLE TRATTATIVE NELL'ESPERIENZA EUROPEA

Analizzato il progetto di uniformazione del diritto europeo dei contratti in generale, si vuole comprendere come esso possa operare, nello specifico, in tema di responsabilità precontrattuale, con particolare riguardo alla fattispecie della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative.

Il punto di partenza per questo studio è rappresentato dall'analisi delle divergenze e/o somiglianze in tema di responsabilità precontrattuale (limitatamente, come detto, alla responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative) nei diritti dei principali sistemi giuridici europei.

Si passerà, poi, all'esame della posizione propria dell'Unione europea in tema di responsabilità per rottura delle trattative precontrattuali, in base a quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalle disposizioni internazionalprivatistiche europee (Regolamento 44/2001, Regolamento Roma I e Regolamento Roma II).

1 La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative nei principali sistemi giuridici europei

La formazione del contratto è spesso preceduta da lunghe negoziazioni.¹⁷⁸ È stato notato come, specialmente con riguardo agli affari più complessi, si abbia ormai spesso “*a gradual process in which agreements are reached piecemeal in several rounds with a succession of drafts*”¹⁷⁹.

Il principio secondo cui debba essere represso ogni comportamento scorretto tenuto nella fase antecedente la conclusione del contratto (le c.d. trattative) è stato ormai accolto in tutti i moderni ordinamenti giuridici.

Le discussioni in ordine alla natura giuridica della *culpa in contrahendo* ripropongono l’individuazione dei confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e finiscono con l’interessare lo stesso ruolo che il rapporto contrattuale assume sia all’interno dell’ordinamento giuridico, sia, più in generale, nella vita associata oltre che nella dinamica del mercato.¹⁸⁰

Le tecniche utilizzate per l’applicazione dell’istituto della *culpa in contrahendo*, però, sono differenti nei vari ordinamenti giuridici. Questi ultimi “*presentano rilevanti diversità in ordine alla fonte di tale principio. Mentre in alcuni sistemi come ad esempio il nostro, esso è previsto da una norma generale (art. 1337), in altri (ad*

¹⁷⁸ H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, “*Cases, materials and texts on Contract Law*”, Oxford and Portland, Oregon, 2010, p. 371.

¹⁷⁹ E. A. FARNSWORTH, “*Pre-contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*”, (1987) 87 *Columbia Law Review* 217.

¹⁸⁰ F. FORTINGUERRA, “*Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell’esperienza europea*”, in A. DE MAURO – F. FORTINGUERRA, “*La responsabilità precontrattuale*”, Padova, 2002, p. 2.

esempio Germania, Svizzera, Francia), invece, viene fondato su una regola di formazione dottrinale o giurisprudenziale, essendosi il legislatore limitato a disciplinare solo talune ipotesi di culpa in contrahendo”¹⁸¹. L’assenza di norme codificate *ad hoc* (escluse le norme speciali e le leggi di settore) di tenore analogo a quello degli artt. 1337 e 1338 del nostro codice civile, sia negli ordinamenti di *common law* che in quelli continentali di *civil law*, ha, di fatto, reso difficile la derivazione di regole specifiche, delineanti il campo di applicazione della responsabilità precontrattuale, da un’unica clausola generale, quale quella della buona fede nella formazione del contratto. Ciò non ha impedito, però, che la giurisprudenza e la dottrina dei diversi sistemi europei, pur attraverso l’utilizzazione di categorie tra loro differenti, si siano evolute e continuino ad evolversi in cerca di regole operative capaci di fornire un’equa composizione dei conflitti di interesse oltre che una maggiore efficienza economica, portando a soluzioni sempre più convergenti tra loro.¹⁸² E così, medesime esigenze di disciplinare l’iniziativa prenegoziale, all’insegna del rispetto del dovere di correttezza, trovano riscontro in numerose norme che hanno introdotto principi di responsabilità, ormai diffusi in tutta l’area continentale, collegati al contegno tenuto durante la fase del rapporto precontrattuale.¹⁸³

L’origine della formulazione della responsabilità precontrattuale come categoria autonoma viene ascritta a von Jhering¹⁸⁴. Il punto

¹⁸¹ F. BENATTI, “*Culpa in contrahendo*”, in *Contr. imp.*, 1987, p. 287. Si veda anche in tema ID., “*La responsabilità precontrattuale*”, Milano, 1963; F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 2 e ss.; N. SAPONE, “*La responsabilità precontrattuale*”, Milano, 2008, p. 5 e ss.; A. MUSY, “*Responsabilità precontrattuale – Culpa in contrahendo*”, voce in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2007, p. 393 e ss.; H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 371 e ss.

¹⁸² F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸³ F. FORTINGUERRA, *op. e loc. cit.*

¹⁸⁴ R. VON JHERING, “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*”, in “*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*”, 1861.IV.1.

di partenza dello studio di Jhering fu l'analisi di alcuni testi del Digesto in cui trova disciplina l'ipotesi di alienazione di *locus sacer* o *religiosus* o *publicus*, dunque beni *extra commercium*. In caso di omessa comunicazione della condizione del bene – che rendeva nulla la vendita – era accordata al contraente in buona fede un' *actio empti* volta a fargli conseguire “*quod interfuit ne deciperetur*”. La soluzione contenuta nel Digesto diede a Jhering lo spunto per formulare la distinzione tra l'*effetto fondamentale* del contratto e gli *effetti secondari* o *collaterali*, tra i quali rientrava il risarcimento del danno. La nullità del contratto precludeva solo il primo e non anche i secondi.¹⁸⁵ Per questa via, l'autore teorizzò l'idea che la stipulazione di un contratto nullo può dar luogo al risarcimento del danno, e il fondamento di tale obbligo risarcitorio fu ravvisato nella colpa, sussistente ogni volta che si stipula un contratto senza aver precedentemente accertato l'esistenza di tutti i requisiti necessari per la validità dello stesso; allo stesso modo, la colpa può essere presente anche quando il venditore non sappia che il bene alienato sia *extra commercium*. Il principio generale che Jhering ne ricavò fu che se l'obbligo di risarcimento gravante sull'alienante di un bene fuori commercio si fonda su una colpa commessa prima della conclusione del contratto, ogni qualvolta ricorra una *culpa in contrahendo* dovrebbe sorgere quell'obbligo risarcitorio. Nacque così l'idea che un soggetto, che avesse concluso un contratto nullo per sua colpa, dovesse risarcire il danno sofferto dall'altra parte per aver confidato nella validità del contratto stesso.¹⁸⁶ Le ipotesi di *culpa in contrahendo* furono divise in due categorie, la prima comprendente i casi di inidoneità del soggetto (come l'incapacità) o

¹⁸⁵ Cfr. N. SAPONE, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁶ Cfr. A. MUSY, *op. cit.*, p. 395.

dell'oggetto (come la vendita di cose *extra commercium*), la seconda comprendente i vizi della volontà.¹⁸⁷

È stato osservato come “*il vero punto segnato dalla dottrina tedesca (...) sulla scorta della ‘scoperta jheringhiana’ è consistito nell’aver esteso alla fase delle trattative i doveri di buona fede (Treu und Glaube)*”¹⁸⁸.

È stato spesso ritenuto, anche, che la teoria di Jhering abbia introdotto una forma di responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative. Nell’opera di Jhering, in realtà, non vi è menzione della rottura delle negoziazioni precontrattuali;¹⁸⁹ l’autore ha preso in considerazione esclusivamente situazioni in cui al meno una parte è convinta che si sia concluso un contratto valido¹⁹⁰.

L’origine della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative pare risalire, invece, a un articolo pubblicato dal magistrato Gabriele Faggella¹⁹¹ in cui la fase delle trattative veniva suddivisa in tre periodi: (i) il periodo anteriore al momento in cui fosse stata avanzata un’offerta; (ii) il periodo in cui un’offerta fosse stata avanzata e, infine, (iii) il periodo successivo alla proposizione dell’offerta. La novità della ricostruzione appena prospettata versava nella circostanza che una parte potesse essere ritenuta responsabile in tutti e tre i periodi, incluso, quindi, anche il

¹⁸⁷ N. SAPONE, *op. e loc. cit.*

¹⁸⁸ A. MUSY, *op. cit.*, p. 395.

¹⁸⁹ Cfr. H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 371.

¹⁹⁰ E in particolare l’ipotesi in cui una parte avesse indotto la controparte a confidare nella conclusione di un valido contratto, laddove questo si fosse poi rivelato invalido (fattispecie che ha poi trovato esplicito riconoscimento in sede di codificazione italiana, all’art. 1338 c.c.). Si veda L. M. FRANCIOSI, “*Trattative e due diligence*”, Milano, 2009, p. 248.

¹⁹¹ G. FAGGELLA, “*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*”, in “*Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*” vol. III, Napoli, 1906, p. 271.

periodo anteriore alla proposizione di un'offerta. In precedenza, invece, si reputava che, essendo la libertà di non contrarre e di recedere dalle trattative¹⁹² un diritto riconosciuto pacificamente in capo alle parti coinvolte nelle negoziazioni, queste non potessero essere ritenute responsabili, in ossequio al principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, per i danni causati ad altri nell'esercizio di tale diritto.¹⁹³

Lo sviluppo dell'intuizione di Faggella si deve, poi, al giurista e comparatista francese Raimond Saleilles¹⁹⁴ (il quale, in un saggio pubblicato poco dopo quello del magistrato napoletano, fece propri ed elaborò ulteriormente i punti salienti della sua teoria). La teoria ebbe fortuna anche in Germania (pochi anni dopo l'entrata in vigore del BGB, il Reichsgericht riconobbe una disciplina generale della *culpa in contrahendo*, usandola, però, per risolvere una diversa problematica rispetto a quella per cui Jhering l'aveva prospettata) e chiaramente in Italia (il codice civile italiano del 1942 è il primo codice che contiene una specifica disciplina della responsabilità precontrattuale, agli artt. 1337 e 1338).¹⁹⁵

È il caso di comprendere, dunque, come si articola l'istituto nei principali sistemi giuridici europei.

¹⁹² Si veda in tema, *ex multis*, il celebre saggio di P. S. ATIYAH, "The rise and fall of freedom of contract", Oxford, 1979.

¹⁹³ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 249.

¹⁹⁴ R. SALEILLES, "De la responsabilité précontractuelle; à propos d'une étude nouvelle sur la matière", in *RTD civ.*, 1907, p. 607 e ss.

¹⁹⁵ Cfr. H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 372.

1.1 Il sistema italiano

Nella formulazione del previgente codice civile italiano, del 1865, non era prevista alcuna disciplina in merito al comportamento delle parti durante la fase delle trattative e della formazione del contratto. Dunque, sulla base del principio generale della libera volontà delle parti, asse portante della materia contrattualistica, affiancato al postulato della “non vincolatività delle trattative”¹⁹⁶, si legittimava la libertà di recesso delle parti durante le trattative precontrattuali, senza, di conseguenza, la determinazione di qualsivoglia responsabilità.¹⁹⁷

Come visto sopra, fu soprattutto grazie alla tesi innovativa di Faggella che agli inizi del 1900 anche in Italia si iniziò a prendere in esame l'ipotesi di addebitare una responsabilità in capo alla parte che avesse abbandonato le trattative senza un giustificato motivo.¹⁹⁸

Detta tesi trovò il favore della giurisprudenza ed in particolare della Corte di Cassazione secondo cui (i) “*la parte che recede ingiustificatamente dalle trattative deve risarcire l'altra parte delle spese incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto comporti l'impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo*”¹⁹⁹ e (ii) “*nelle fasi preparatorie le parti devono comportarsi con l'ordinaria diligenza*”²⁰⁰. Tutt'altra posizione assunse invece la dottrina che, quasi nella sua totalità, rifiutò la

¹⁹⁶ G. CARRARA, “*La formazione dei contratti*”, Milano, 1915, p. 12.

¹⁹⁷ A. MUSY, *op. cit.*, p. 398.; N. SAPONE, *op. cit.*, p. 219 e ss.

¹⁹⁸ G. FAGGELLA, *op. e loc. cit.*

¹⁹⁹ Cass. 6.02.1925 in *RDCo* 1925, II, p. 428.

²⁰⁰ Cass. 10.07.1936, n. 2441, in *Foro it.*, 1936, I, p. 1260.

tesi innovativa del Faggella ribadendo il principio della non vincolatività delle trattative precontrattuali²⁰¹. Fu quindi grazie soprattutto alla giurisprudenza se, in mancanza di una puntuale previsione codicistica, la rottura ingiustificata delle trattative iniziò ad assumere autonoma rilevanza giuridica.

A ben vedere, l'importanza della tesi di Faggella e del conforme indirizzo giurisprudenziale formatosi, fu quella di avere evitato due possibili esiti estremi parimenti irragionevoli: da una parte, il principio in base al quale qualsivoglia recesso è legittimo e non determina responsabilità, e dall'altra parte, quello per cui il semplice fatto di aver instaurato una trattativa comporta l'obbligo di proseguirla, salvo giustificato motivo. L'opportuna soluzione al problema doveva essere cercata esaminando in concreto a quale stadio si trovino le trattative, in quanto non tutti i momenti che precedono un contratto sono uguali. Da qui la necessità di rinvenire il momento che rappresenta lo spartiacque tra il periodo in cui il recesso è pienamente libero e il periodo nel quale, invece, emerge l'esigenza del rispetto della fiducia delle parti nella continuazione delle trattative.²⁰²

Fu su tali basi che il legislatore italiano redasse il nuovo codice civile del 1942, frutto della commistione della dottrina tedesca e dell'impianto codicistico francese²⁰³, dedicando alla responsabilità precontrattuale due articoli: il più generale art. 1337 rubricato "*Trattative e responsabilità precontrattuale*"²⁰⁴ e il più specifico art.1338 rubricato "*Conoscenza delle cause d'invalidità*"²⁰⁵.

²⁰¹ Fra gli altri, G. CARRARA, *op. e cit.* e F. NATTINI, "*Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale*" in *Dir. comm.*, 1920, II p. 235 e ss.

²⁰² N. SAPONE, *op. e loc. cit.*

²⁰³ A. MUSY, *op. cit.* p. 399.

²⁰⁴ Ai sensi del quale: "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*".

Come nota la dottrina “L’art. 1337 porta con sé qualcosa di ermetico, dovuto alla sua natura di norma elastica, imperniata su una clausola generale”²⁰⁶. Nell’ordinamento italiano, dunque, è compito dell’interprete determinare schemi interpretativi concreti per la regola generale di cui all’art. 1337 c.c. e individuare le tipologie di casi che ricadono nella sua portata applicativa, partendo dal concetto di buona fede.

E’ opinione diffusa che l’art. 1338 c.c. si ponga in rapporto *species* a *genus* rispetto al precedente articolo; secondo questa impostazione, il dovere di informare la controparte sull’esistenza di cause di invalidità del contratto viene qualificato come applicazione specifica (una tra le varie)²⁰⁷ del dovere di comportarsi secondo buona fede sancito dal precedente art. 1337.²⁰⁸ In particolare, tale

²⁰⁵ Ai sensi del quale: “La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.”

²⁰⁶ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, “Il contratto”, in “Trattato di diritto civile” diretto da R. SACCO, Torino, 2004, II, p. 236.

²⁰⁷ Su cui si veda ampiamente R. SACCO, *op. cit.*, p. 236 e ss.

²⁰⁸ Si vedano in particolare F. BENATTI, “La responsabilità precontrattuale”, *cit.*, p. 15 e ss; G. BRANCA, “Istituzioni di diritto privato”, Bologna, 1873, p. 446; L. MENGONI, “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 363; G. MIRABELLI, “Dei contratti in generale”, 3^a ed., in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, p. 116; G. OSTI, voce “Contratto” in *Noviss. Dig. it*, IV, Torino, 1959, p. 514; V. CUFFARO, “La responsabilità precontrattuale”, in *Encicl. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1271 e ss; G. TAMBURRINO, “I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto”, 2^a ed., Milano, 1991; G. VISINTINI, “La reticenza nella formazione dei contratti”, Milano, 1972, p. 108; S. PATTI, “Responsabilità precontrattuale”, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 164.

Una dottrina minoritaria critica la qualificazione in termini di *species* e *genus* del rapporto degli articoli 1337 e 1338 c.c.. Si vedano: D. PALMIERI, “La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza”, Milano, 1999, p. 111 (secondo cui la responsabilità di cui all’art. 1337 c.c. avrebbe natura aquiliana mentre invece quella di cui all’art. 1338 c.c. dovrebbe essere ricondotta all’ipotesi da responsabilità da inadempimento); similmente A. LUMINOSO, “La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile”, in *Contr. impr.*, 1988, p. 794 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, “Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto

norma si configura come un'ipotesi di responsabilità precontrattuale operante in caso di esito positivo delle trattative, confluite nella stipulazione di un contratto, quando, tuttavia, quest'ultimo sia affetto da cause di invalidità della cui esistenza la controparte sia stata o avrebbe dovuto essere a conoscenza. Per questo motivo, in questa sede, non ci si occuperà della fattispecie di cui all'art. 1338 c.c., concentrando la trattazione sui casi di rottura delle negoziazioni.

Il recesso ingiustificato dalle trattative costituisce ancora l'esempio paradigmatico di condotta contraria al dovere di buona fede precontrattuale sancito dall'art. 1337 c.c.

Per l'insorgere della fattispecie della responsabilità precontrattuale da rottura ingiustificata delle trattative, e quindi della violazione dell'obbligo di buona fede *ex art. 1337*, la giurisprudenza maggioritaria ritiene necessaria la presenza di alcuni requisiti fondamentali: (i) uno stadio avanzato delle trattative idoneo a determinare il ragionevole affidamento di una parte nella futura conclusione del contratto, (ii) l'assenza di una giusta causa di recesso e (iii) l'esistenza di un danno risarcibile. Sul punto, è il caso di riportare le parole di una illuminante sentenza della Corte di Cassazione secondo cui: *“Ai fini della configurabilità di una responsabilità precontrattuale, è sufficiente che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella*

privato”, Milano, 1967, p. 258 (secondo cui la concezione di buona fede oggettiva come criterio di valutazione della condotta delle parti mal si concilia con l'obbligo specifico posto dall'art. 1338 c.c.).

Si veda poi la teoria di R. SACCO, *op. cit.*, p. 596, 597, secondo cui gli articoli 1337 e 1338 c.c. piuttosto che porsi in rapporto di *genus a species* tra loro, costituirebbero entrambi applicazioni specifiche del più generale principio di *neminem laedere* di cui all'art. 2043.

La giurisprudenza sembra maggiormente in linea con il primo orientamento prospettato qualificando l'art. 1338 c.c. in termini di *species* rispetto al *genus* dell'art. 1337 c.c.: si vedano a titolo esemplificativo: Cass. 21.08.2004, n. 16508, in *Massim. giust. civ.*, 2004, p. 7-8; Cass. 26.05.1992, n. 6294, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 351; meno recentemente Cass. 5.08.1964, n. 2225, in *Rep. foro it.*, 1964.

conclusione del contratto stesso, e che una delle parti abbia interrotto tali trattative in assenza di un giusto motivo, così eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra."²⁰⁹

Prima di esaminare i vari presupposti della fattispecie come indicati dalla Cassazione è bene precisare due questioni di carattere più generale.

1) Il principio di buona fede, applicato alle trattative, deve essere inteso in senso oggettivo, quale limite all'autonomia negoziale delle parti che nella fase precontrattuale devono comportarsi con correttezza, solidarietà e serietà;²¹⁰ non è richiesta, dunque, l'indagine sullo stato soggettivo delle parti²¹¹. In particolare la giurisprudenza sostiene che per tenere un comportamento rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c., non sia necessario un

²⁰⁹ Cass. 25.01.2012 n. 1051 in *Diritto & Giustizia* 2012 (nella specie, un lavoratore aveva comunicato le dimissioni al proprio precedente datore di lavoro in ragione dell'offerta, da parte di altro datore, di un ruolo di amministratore delegato. Nonostante le numerose rassicurazioni, tuttavia, in luogo della carica inizialmente descritta gli veniva poi proposto un rapporto di collaborazione, senza mai arrivare all'assunzione); in maniera conforme si vedano: Cass. 29.03.2007, n. 7768, in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass. 18.06.2004, n. 11438, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 6; Cass. 14.02.2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 12, p. 2250 con nota di A. MUSY, "Comportamenti affidanti e valutazione del danno risarcibile: il recesso dalle trattative in materia di locazione. Note comparatistiche".

²¹⁰ Cfr. C. M. BIANCA, "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205; G. CRISCUOLI, "Buona fede e ragionevolezza", in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 709; F. BENATTI, "Culpa in contrahendo" *cit.*, p. 303.

Si segnala in tema che nel recente dibattito dottrinale, emerge una differente interpretazione relativa al concetto di buona fede in senso oggettivo: a fianco a chi ravvisa i parametri della buona fede oggettiva nei doveri di lealtà e salvaguardia in capo alla parte, vi è chi, diversamente, rifacendosi all'esempio angloamericano, ritiene che il parametro per valutare la buona fede oggettiva sia il comportamento del *reasonable man*, "dando un significato (...) ancor più oggettivo alla buona fede oggettiva" A. MUSY, *op. cit.*, p. 403; si vedano in tema anche G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 709 e ss.; L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 205.

²¹¹ In dottrina, però, c'è chi nega che il comportamento semplicemente colposo possa essere fonte di responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c. cfr. F. MESSINEO, "Il contratto in genere", in, "Trattato di diritto civile e commerciale", diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXI, Milano, 1968, I, p. 302.

comportamento soggettivo di mala fede ma sia sufficiente il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte²¹². La responsabilità precontrattuale sussiste, infatti, non solo in presenza di un intento doloso della parte, che agisce con il proposito di arrecare pregiudizio all'altra (ad esempio iniziando o proseguendo le trattative senza l'intenzione di concludere il contratto), ma anche nel caso di comportamento meramente colposo della parte che induca l'altra a fidarsi nella conclusione del contratto (ad esempio iniziando o proseguendo le trattative con leggerezza senza verificare la concreta possibilità di concludere il contratto).²¹³

2) Occorre dare conto che non vi è uniformità di vedute, in dottrina, in ordine alla natura della responsabilità della natura precontrattuale in generale. Questo dibattito si riflette di conseguenza sulla fattispecie in esame in questa sede. La maggior parte degli autori sostiene la natura aquiliana della responsabilità ex art. 1337 c.c., riconducendo la violazione del dovere di buona fede nelle trattative alla lesione del dovere generale *neminem laedere*.²¹⁴ Altri²¹⁵ sostengono, invece, la natura contrattuale della

²¹² Cass. 17.09.1997, n. 11394, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2194; Cass. 30.08.1995, n. 9157, in *Giust. civ. Mass.* 1995, p. 1568; Cass. 30.03.1990, n. 2623, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 3; Cass. 11.09.1989, n. 3922, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 8, 9. Secondo questo orientamento si esclude che ai fini dell'accertamento di una responsabilità precontrattuale debba provarsi la sussistenza di un particolare comportamento di mala fede, né l'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente.

Come osserva P. MONATERI, "Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale", in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 361, consegue la valutazione del comportamento in termini di colpa la considerazione che la responsabilità potrà essere esclusa o limitata qualora il grado di negligenza del danneggiato sia tale da rendere irrilevante il comportamento scorretto del danneggiante.

²¹³ C. CAVAJONI, "Ingiustificato recesso dalle trattative e risarcimento del danno", nota a Cass. 27.10.2006, n. 23289, in *I Contratti*, n. 4/2007, p. 313 e ss, spec. p. 316.

²¹⁴ Fra gli altri: R. SACCO, in R. SACCO- G. DE NOVA, *op. cit.* 236; M. BESSONE, "Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno 'ingiusto', in *Giur. merito*, 1978, I, p. 1165; C.M. BIANCA, "Diritto civile, III, Il contratto", Milano 1987, p. 162 e ss.; F.

responsabilità ex art. 1337 c.c.; la violazione sarebbe relativa al vincolo che si crea tra le parti a seguito del “contatto” derivante dalle instaurate trattative e riguarderebbe, pertanto, un obbligo relativo e non assoluto. L’art. 1337 c.c. sarebbe, quindi, la fonte non convenzionale di un vero e proprio vincolo obbligatorio tra due soggetti determinati e in virtù di tale norma si avrebbe l’effetto di estendere i reciproci obblighi di correttezza ex art. 1175 c.c. alla fase delle trattative volte alla formazione del contratto²¹⁶.

Accanto a queste due posizioni se n’è affiancata una terza, che riconosce nella responsabilità precontrattuale un vero e proprio *tertium genus* rispetto a quelle contrattuale ed extracontrattuale.²¹⁷

La giurisprudenza, dal canto suo, pare solidamente schierata per la tesi dell’extracontrattualità, tradizionalmente desunta dall’assenza, nella fase prenegoziale, di un vincolo obbligatorio tra le parti,

CARRESI, “*In tema di responsabilità precontrattuale*”, in *Temi*, 1965, p. 467; F. GALGANO, “*Il negozio giuridico*” in, “*Trattato di diritto civile e commerciale*”, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, III, Milano, 1988, p. 443; P. RESCIGNO, “*Incapacità naturale e inadempimento*”, Napoli, 1950, p. 178; M. L. LOI e F. TESSITORE, “*Buona fede e responsabilità precontrattuale*”, Milano, 1974, p. 106; F. VIGOTTI, “*La responsabilità precontrattuale*”, NGCC, 1986, II, p. 175; E. DELL’AQUILA, “*La correttezza nel diritto privato*”, Milano, 1980, p. 13.

²¹⁵ Fra gli altri: F. BENATTI, “*La responsabilità precontrattuale*” *cit.*, p. 122; A. DE CUPIS, “*La natura della responsabilità*”, Milano, 1966, p. 371; L. MENGONI, “*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*”, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 365; M. GRANATA, “*Natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*”, RDCo, 1956, II, p. 360; ASTOLFI, “*In tema di responsabilità precontrattuale*”, in *Foro it.*, 1954, I, p. 1110; F. MESSINEO, voce “*Contratto / diritto privato*”, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 892; R. SCOGNAMIGLIO, “*Dei contratti in generale*”, in *Commentario al codice civile* diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1970, p. 213 ss.; C. TURCO, “*Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*”, Milano, 1990, p. 755.

²¹⁶ Questa, in particolare, l’opinione di L. MENGONI, “*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*” *cit.*, p. 365.

²¹⁷L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.* p. 851; G. VISINTINI, *op. cit.* p. 100. Il maggior ostacolo incontrato da questa tesi è l’argomentazione per la quale nel diritto privato italiano, non sia ipotizzabile un genere di responsabilità diverso da quelle derivanti dalla violazione di un vincolo contrattuale o di un obbligo generico posto a carico della collettività (illecito civile). Esclude espressamente la qualificazione della responsabilità in esame quale *tertium genus* Cass. 11 maggio 1990, n. 4051, in *Rass. avv. Stato* 1990, I, p. 235

criterio imprescindibile per la riconduzione al *genus* contrattuale. La Cassazione, infatti, espressamente prevede che “*La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale*”²¹⁸. Ne consegue che dovranno essere applicati le norme e i principi dettati in materia di responsabilità aquiliana circa la sussistenza della responsabilità, la distribuzione dell'onere della prova, etc.²¹⁹

Tornando agli elementi caratterizzanti la fattispecie di responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative, è necessario innanzitutto, come visto sopra, che le trattative siano giunte ad uno stadio tale da determinare nella controparte un *affidamento* nella futura conclusione del contratto.²²⁰ Dottrina e giurisprudenza si sforzano, quindi, di individuare la soglia delle trattative oltre la quale il recesso diviene senz'altro illegittimo (salva la presenza di una giusta causa di recesso) e, in quanto tale, fonte di responsabilità precontrattuale.²²¹ E così l'istruttoria, nella

²¹⁸ Cass. 29.07.2011 n. 16735, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 9, p. 1228; in tema si vedano anche *ex multis*: Cass. 05.08.2004, n. 15040, in *Giust. civ. Mass.* 2004, p. 7-8 ; Cass. 10.10.2003, n. 15172, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 10; Cass. S.U., 23.06.2003, n. 10160, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 6.

²¹⁹ La Cassazione, nella massima citata, prosegue, infatti, sostenendo che nella fattispecie in questione “*vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma de qua*”. Cass. 29.07.2011 n. 16735, *cit.*.

²²⁰ Come è stato notato da A. MUSY, “*La responsabilità precontrattuale*”, *cit.*, p. 401, in ottica comparatistica, ponendo l'attenzione sulla particolare situazione affidante creatasi, il punto di riferimento diventa chiaramente il modello tedesco (su cui si veda *infra*).

²²¹ Si veda in particolare Cass. 18.06.2004, n. 11438, in *Giust. civ. Mass.* 2004, p. 6, e in *JD* 3/2006, secondo cui “*La mera presenza delle trattative non è sufficiente ad integrare l'invocata responsabilità (...) poiché le parti hanno facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione, e di recedere in ogni momento ed indipendentemente da un giustificato motivo*”.

maggior parte dei casi, si concentra nell'analisi della presenza o meno di un comportamento affidante da parte del contraente che ha interrotto i negoziati.²²²

E' stato ritenuto affidante, ad esempio, il comportamento di colui che rassicuri in mala fede la controparte sulla conclusione del negozio; di chi predisponga determinati requisiti per l'assegnazione di un posto di lavoro e nella fase di assunzione non li rispetti; di chi proceda alla conclusione di accordi minori all'interno di una trattativa più complessa; di chi riceva somme in acconto in vista di una futura compravendita; di chi corrisponda un assegno a seguito di accordo orale per la vendita di un immobile;²²³ ed infine di chi permetta al futuro conduttore di eseguire cambiamenti strutturali all'immobile per la locazione del quale le trattative sono pendenti.²²⁴ Ed ancora, è stato ravvisato un comportamento

(Cass. 29 maggio 1999, n. 5297), l'ingiustificato motivo assume rilievo solo dove si sia precedentemente formato il ragionevole affidamento della parte; (...) la giustificazione del "recesso" dalle trattative diventa necessaria (per escludere la responsabilità precontrattuale ove preesista il ragionevole affidamento della controparte sulla successiva conclusione del contratto).

²²² Vi sono, tuttavia, casi in cui le trattative sono giunte ad uno stadio talmente avanzato da rendere evidente la presenza di affidamento, ad esempio quando le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali del contratto, "rimanendo solo da discutere elementi marginali, sì da rendere ormai prevedibile la prossima conclusione del contratto: le parti hanno discusso e hanno trovato l'accordo sulle linee fondamentali della autoregolamentazione precettiva, nell'ambito del loro potere di autonomia negoziale, dei rispettivi interessi divergenti". Cass. 11.02.1980, n. 960, in G.C., 1980, I, p. 1947. Si veda, però, anche la più recente Cass. 10.06.2005, n. 12313, in D&G, 2005, 30, p. 17, che precisa "Non occorre, pertanto, che l'interruzione delle trattative debba riguardare un ben preciso negozio, che le parti abbiano preventivamente individuato in uno schema definito in tutti i suoi elementi costitutivi, essendo sufficiente -siccome è avvenuto nel caso in esame- che le trattative siano riferibili ad elementi idonei e sufficienti ad indicare la causa (tipica o atipica) di una convenzione, della quale detti elementi debbono entrare a far parte".

²²³ L'elencazione esemplificativa è tratta da A. MUSY, "Comportamenti affidanti e valutazione del danno risarcibile: il recesso dalle trattative in materia di locazione. Note comparatistiche", cit., p. 2251; tra gli esempi, si vedano Cass. 13.12.1994, n. 10649, in Mass. giur. it., 1994; Cass. 25.03.1992, n. 3699, in Mass. giur. it., 1992.

²²⁴ Cass. 14.02.2000, n. 1632, cit., commentata da MUSY.

affidante l'aver redatto bozze di contratto, anche preliminare, e l'aver fissato un incontro per la stipula dello stesso²²⁵; l'aver affidato alla controparte lo studio di un progetto di costruzione implicante notevoli costi²²⁶.

L'affidamento ragionevole della controparte deve essere incolpevole, nel senso che *“sia sorto e sia stato alimentato sulla base di circostanze obbiettive e ragionevoli e che non sia imputabile, anche per effetto di semplice negligenza, ad uno stato esclusivamente soggettivo del destinatario della dichiarazione”*²²⁷. E così, pur in ipotesi di trattative giunte in stadio estremamente avanzato, l'affidamento non può dirsi incolpevole se la parte è stata resa edotta di elementi ostativi o, comunque, rivelatori della mancanza di volontà di concludere positivamente i negoziati.²²⁸ Secondo la dottrina, il risarcimento sarà negato alla parte che non ha verificato circostanze accertabili con criteri di diligenza medi.²²⁹

Una volta che le trattative giungono ad uno stadio avanzato e nessuna parte ha comunicato elementi tali da neutralizzarne la valenza affidante, la parte che recede può andare esente da responsabilità precontrattuale solo in presenza di un giustificato motivo per il suo recesso. Per giustificato motivo si deve intendere ogni circostanza idonea ad esercitare una qualche apprezzabile incidenza secondo una valutazione oggettiva²³⁰ sulla situazione di

²²⁵ Trib. Bari, 19.04.2004, in *A.L.C.*, 2005, p. 344.

²²⁶ Trib. Catania, 26.02.1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, p. 382.

²²⁷ Cass. 4.3.2002, n. 3103, in *S.I.*, 2002, p. 1126.

²²⁸ N. SAPONE, *op. cit.*, p. 234. Da questa riflessione l'autore ne deriva la necessità di distinguere il requisito dello stadio avanzato della trattativa da quello del ragionevole affidamento.

²²⁹ Cfr. P. MONATERI, *“La responsabilità civile”*, in *“Trattato di diritto civile”*, diretto da R. SACCO, vol. III, Torino, 1998, p. 660.

²³⁰ Come osservato in dottrina, in linea generale, la valutazione della giustificatezza del motivo, deve essere condotta secondo il parametro dell'uomo medio. F. CARRESI, *op. cit.*, p. 446.

fatto rilevante per la convenienza dell'affare. A titolo esemplificativo²³¹, è stata riscontrata giusta causa di recesso quando: una parte abbia rinunciato a concludere un contratto diverso da quello per cui erano in corso le negoziazioni; oppure quando sia venuto meno il consenso su elementi essenziali del contratto; ovvero quando sia venuta meno la copertura assicurativa a garanzia dei crediti²³² o ancora quando la controparte abbia posto nuove e più onerose condizioni²³³.

Per quanto riguarda il danno risarcibile²³⁴, infine, la regola dominante nella valutazione dei danni subiti nei casi di violazione del dovere di buona fede *ex art. 1337* è quella della limitazione del risarcimento all'interesse negativo (*id quod interest contractus initium non fuisse*). Nella relazione del Guardasigilli al codice civile (in particolare, al paragrafo 638) si legge che l'interesse negativo “*comprende i danni rappresentati dalle spese, dalle perdute occasioni di stipulare altro valido contratto, dall'attività sprecata nelle trattative e sottratta ad altre utili applicazioni*”.²³⁵

²³¹ Si vedano, *amplius*, A. MUSY, “Responsabilità precontrattuale”, *cit.*, p. 401 e N. SAPONE, *op. cit.*, p. 239-241.

²³² Trib. Cremona, 6.06.1991, in *FP*, 1992, p. 453;

²³³ Cass. 1.03.2007, n. 4856, in *Ced Rv*, 565768.

²³⁴ Su cui si vedano anche, *ex multis*, G. AFFERNI, “Responsabilità precontrattuale e rotture delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità”, in *Danno e resp.*, 2009, 5, p. 469 e I. RIVA, “Nuove tendenze in tema di danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale”, in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 2008, 3, p. 1013.

²³⁵ Come nota A. MUSY, “Responsabilità precontrattuale”, *cit.*, p. 409, “*il testo della relazione al codice come tutta la retorica del quantum del risarcimento precontrattuale rivelano più di ogni altro ragionamento su questo tema la dipendenza del modello italiano da quello tedesco; allo stesso tempo sono segnale inconfondibile della convinzione dell'epoca che le uniche figure di culpa in contrahendo possibili fossero la mancata rivelazione di cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.) e quella del recesso ingiustificato dalle trattative (art 1337 c.c.)*”.

L'interesse protetto risulta essere, così, non quello volto ad ottenere l'esecuzione del contratto, ma quello a non iniziare inutilmente le trattative.²³⁶ Il danno patito ricomprenderà, da una lato, le spese affrontate in occasione delle trattative (danno emergente) e, dall'altro, le occasioni alternative perdute (lucro cessante).

La giurisprudenza sul tema, specifico, della rottura ingiustificata delle trattative è orientata in tal senso.²³⁷

Parte della dottrina, maggiormente legata alla qualificazione della fattispecie in termini di responsabilità contrattuale, non accetta, invece, il limite imposto dall'interesse negativo.²³⁸

È il caso di menzionare, sul tema, una interessante pronuncia della Corte di Cassazione²³⁹ in tema di recesso ingiustificato dalle trattative da parte del committente di uno spettacolo, in prossimità della messa in scena. In questa sentenza la Corte di Cassazione,

²³⁶ In dottrina F. VIGOTTI, *op. cit.*, p. 178; G. MIRABELLI, *op. cit.*, p. 116; N. DISTASO, "I contratti in generale", in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1980, p. 316.

²³⁷ Si veda l'esemplare massima di Cass. 14.02.2000, n. 1632 *cit.*, che afferma che "nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni sono quelli contenuti nei limiti del cosiddetto interesse negativo, comprendente le spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto nonché delle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni. La responsabilità precontrattuale non può essere utilizzata per chiedere il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto. La liquidazione del danno in via equitativa, poi, deve subordinarsi alla impossibilità o alla rilevante difficoltà, in concreto, della esatta quantificazione di un pregiudizio ontologicamente certo nella sua sussistenza". Nel caso in esame, avente ad oggetto il fallimento delle trattative riguardanti un acquisto di azienda, la Cassazione esclude che il danno precontrattuale possa comprendere il valore di acquisto della componente avviamento dell'azienda.

Si vedano anche, *ex multis*, Cass. 30.08.1995, n. 9157, in *Mass. giur. it.*, 1995; Cass. 13.12.1994, n. 10649, *cit.*; Cass. 25.02.1994, n. 1897, in *Mass. giur. it.*, 1994.

²³⁸ Cfr. F. BENATTI, "Culpa in contrahendo", *cit.*, p. 304; si vedano anche V. CUFFARO, *op. cit.*, p.1274; C. TURCO, *op. cit.*, p. 305; G. VISINTINI, *op. cit.*, p.321; A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 792; P. GALLO, "Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno", in *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 519.

²³⁹ Cass. 27.10.2006, n. 23289, in *I Contratti*, 4/2007, p. 313, con nota di C. CAVAJONI, *cit.*.

adattando l'interesse negativo alla peculiarità della fattispecie, prevede che il danno subito dagli artisti che abbiano eseguito le attività necessarie per la preparazione della rappresentazione, debba comprendere (oltreché nel mancato guadagno per le eventuali occasioni contrattuali alternative perdute) anche la “congrua retribuzione della sola opera intellettuale già eventualmente anticipata”. Pur se la Cassazione prevede espressamente che tale risarcimento debba essere inteso alla stessa stregua delle spese sostenute durante le trattative, e quindi apparentemente non superi i limiti dell'interesse negativo per giungere al risarcimento di quello positivo, la pronuncia è stata interpretata come segnale dell'evoluzione del concetto di interesse negativo, sempre più conforme ai principi generali espressi dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., e come manifestazione dell'inadeguatezza della nozione tradizionale di interesse negativo ad arginare la progressiva espansione delle condotte illecite che possono dar luogo a responsabilità precontrattuale.²⁴⁰

1.2 Il sistema francese

A differenza di quanto accennato sopra in merito al sistema italiano, il codice francese non dedica alcun articolo specifico alla *culpa in contrahendo*, e l'argomento fu appena sfiorato dalla

²⁴⁰ Cfr. I. RIVA, *op. cit.*, p. 1022; C. CAVAJONI, *op. cit.*, p. 318. Il concetto di inadeguatezza dell'interesse negativo all'evolversi delle fattispecie di cui all'art. 1337 era già stato sostenuto da V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 1274.

dottrina²⁴¹, che ha dedicato, in passato, solo in opere marginali la sua attenzione alla natura giuridica e agli effetti dei *pourparlers*.²⁴²

La preoccupazione che, mediante la responsabilità precontrattuale²⁴³, potessero essere introdotte nel sistema delle aporie tendenti a ridimensionare il ruolo della libera volontà dei contraenti (“*principio-cardine che innerva il sistema francese*”²⁴⁴), ha fatto sì che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza abbiano preferito ricorrere a soluzioni alternative per sanzionare la fattispecie, piuttosto che configurare una categoria generale di responsabilità precontrattuale.²⁴⁵

Si è preferito riportare la tutela contro specifiche ipotesi di scorrettezze occorse nella fase delle trattative entro l’ambito della disciplina della responsabilità extracontrattuale (art. 1382 del *Code*

²⁴¹ Si veda P. ROUBIER, “*Essai sur la responsabilité précontractuelle*”, Lyon, 1911.

²⁴² Cfr. F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 9; A. MUSY, *op. cit.*, p. 393; N. SAPONE, *op. cit.*, p. 5; L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 57; L. ROVELLI, “*La responsabilità precontrattuale*”, in M. BESSONE (a cura di) “*Trattato di diritto privato*”, Torino, 2000, XIII, 2, p. 201 e ss.

²⁴³ Per una prima bibliografia sulla responsabilità precontrattuale in genere, si vedano: C. AUBRY – C. RAU, “*Cours de droit civil français*”, t. 4, a cura di E. BARTIN, Litec, VI ed., 1936; M. PLANIOL – G. RIPERT, “*Traité pratique de droit civil français*”, Vol. 6, “*Obligations*”, 1re partie, a cura di P. ESMEIN, LGDJ, 2° ed. 1954; G. FARJAT, “*Droit privé de l’économie*”, t.2, “*Théorie des obligations*”, PUF, 1975; J. GHESTIN, “*Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*”, LGDJ, 3° ed., 1993; H., L., et H. MAZEAUD, “*Leçons de droit civil*”, t.2, 1^{er} vol. “*Obligations, théorie générale*”, a cura di F. CHABAS, Montchrestien, IX ed., 1998 ; J. CARBONNIER, “*Droit civil - Les Obligations*”, t.4, Paris, PUF, XXII ed., 2000; C. LARROUMET, “*Droit civil, Les obligation, Les contrats*”, Economica, V ed., 2003; M. FABRE-MAGNAN, “*Les obligations*”, PUF, 2004; P. LE TORNEAU, “*Droit de la responsabilité et des contrats*”, Dalloz Action, 2004; P. MALAURIE – L. AYNÈS – P. STOFFEL-MUNK, “*Les obligations*”, Defrénois, 2004; J. FLOUR – J. L. AUBERT – E. SAVAUX, “*Les obligations-L’acte juridique*”, vol. I, Armand Colin, XII ed., 2006; A. BÉNABENT, “*Droit civil, Les obligations*”, Montchrestien, coll. Domat, XI ed., 2007; P. MALINVAUD, “*Droit des obligations. Les mécanismes juridiques des relations économiques*”, Litec, X ed., 2007.

²⁴⁴ N. SAPONE, *op. e loc. cit.*

²⁴⁵ J. SCHMIDT - SZALEWSKI, “*La période précontractuelle en droit français*”, in *RIDC*, 1990, p. 544; A. MUSY, *op. e loc. cit.*

civil)²⁴⁶ e, in alcune ipotesi, dei vizi del consenso (artt. 1110 e 1116). È stato osservato come il giurista francese sia ormai avvezzo, una volta ravvisati gli estremi del danno, del comportamento delittuoso e del nesso di causalità, a “*trattare la responsabilità precontrattuale alla stregua e con gli stessi mezzi di un qualsiasi fatto illecito*”²⁴⁷. La nozione di condotta precontrattuale illecita, non essendo dato rinvenire una definizione specifica di *faute précontractuelle*, deve essere sussunta nella definizione generale di “*condotta illecita difforme da quella che avrebbe dovuto tenere un individuo diligente nelle medesime circostanze*”²⁴⁸

In Francia, la figura della responsabilità precontrattuale si è andata sviluppando, in dottrina, proprio intorno alla figura della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative²⁴⁹.

Originariamente essa veniva considerata²⁵⁰ come specificazione dell’abuso del diritto²⁵¹; oggi, invece, la *ratio* dell’azione risarcitoria

²⁴⁶ Art. 1382 code civil: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

²⁴⁷ F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 11.

²⁴⁸ B. STARCK, “*Droit civil. Obligations*”, T.1, “*Responsabilité délictuelle*”, a cura di H. ROLAND – L. BOYER, 3^a ed., Paris, 1988, n 265, p.150.

²⁴⁹ Si veda sul tema, J. GHESTIN, “*La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers en droit français*”, in “*Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law beyond the National Systems*”, London, 2007, p. 436; B. LASSALLE, “*Les pourparlers*”, in *Rev. de la rech jur, dr. prosp*, 1994, 850.

²⁵⁰ L. JOSSERAND, “*De l’abus des droits*”, Paris, 1905.

²⁵¹ È stato notato (L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 249) come, in principio, non sia stato un caso che il successo e l’influenza dell’intuizione del giurista italiano Faggella siano andate di pari passo con la progressiva affermazione dell’istituto dell’abuso del diritto nel modello francese. Sulla nascita della teoria dell’abuso del diritto in Francia si veda A. GAMBARO – R. SACCO, “*Sistemi giuridici comparati*” III ed, in R. SACCO (diretto da) “*Trattato di diritto comparato*”, Torino, 2008, p. 237 e ss.; mentre sul rapporto tra sviluppo di tale teoria e tema del recesso ingiustificato dalle trattative si veda P. GALLO, “*Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*”, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 2, p. 295 e ID., “*Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*”, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 2, p. 239.

È stato osserva, ad ogni modo, come nella fase delle trattative, tanto la buona fede quanto la teoria dell’abuso del diritto appaiano intrinsecamente

viene unanimemente individuata nella violazione dell'obbligo di buona fede durante la fase precontrattuale, e, secondo alcuni autori²⁵², la responsabilità viene affermata anche in ipotesi in cui manca l'intento di nuocere e la rottura delle trattative è imputabile semplicemente a colpa (dove per colpa si intende la violazione della diligenza dell'*homme normalement avisé*)²⁵³.

In generale, la responsabilità precontrattuale viene esaminata attraverso una ricostruzione sistematica del principio di correttezza. I giuristi francesi²⁵⁴ ritenevano che la fase delle trattative non creasse obblighi relativi al futuro contratto, ma semplicemente obblighi di comportamento delle parti nell'ambito di

connesse (D. TALLON, "Le concept de bonne foi en droit français du contrat", in "Saggi, conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero", diretto da M. J. BONELL, 1994, n.15, reperibile al sito internet <http://www.roma1.it/idc/centro/centro.htm>).

Al riguardo è interessante notare che l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations (artt.1101-1386 du Code civil) e du droit de la prescription (artt. 2234-2281 du Code civil)*, del 2005, comunemente denominato *Avant-projet Catala*, dal nome di uno dei giuristi incaricati di redigerlo, ha espressamente affrontato il problema delle regole applicabili alla formazione del contratto, collocandole in un'ottica più ampia, nella quale il valore preminente sembra essere l'aspirazione verso un'idea di giustizia contrattuale, cosicché anche i principi di rilievo primario, quali la libertà contrattuale, risultano temperati dall'imposizione di doveri di lealtà e cooperazione in capo alle parti del rapporto obbligatorio, non necessariamente di natura convenzionale (cfr. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 64). In tale ottica, viene riconosciuto ampio spazio al principio di buona fede, la cui operatività viene estesa esplicitamente anche alla fase delle trattative e degli accordi precontrattuali: cfr. in particolare l'art. 1104, alinea 1 dell'*Avant-projet*, inserito nella sezione rubricata "De la formation du contrat (artt. 1104-1107)". Nello specifico, la §1, rubricata "De la négociation", dispone in questo modo: "Art. 1104 L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties. Art. 1104-1 Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination. Art. 1104-2 Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent sous-titre".

²⁵² Cfr. L. ROVELLI, *op. cit.*, p. 206.

²⁵³ N. SAPONE, *op. cit.*, p. 4.

²⁵⁴ In particolare J. CARBONNIER, "Droit civil – Les obligations", t.4, Paris, PUF, 1963.

tale fase (astenersi da manovre sleali, informarsi su tutte le circostanze ritenute determinanti ai fini della conclusione del contratto, ecc.). Se il contratto giungeva a conclusione, la responsabilità si considerava avere natura contrattuale, mentre in caso di mancata conclusione la responsabilità era connotata da natura extracontrattuale.²⁵⁵

La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative, nello specifico, è però sempre stata qualificata, dalla dottrina francese più autorevole, come extracontrattuale, dal momento che la diversa qualificazione si fondava sulla finzione dell'esistenza di una sorta di *avantcontrat*²⁵⁶ tacito tra le parti, in realtà mai intervenuto tra di loro (che permettesse di assimilare la rottura delle trattative a un'ipotesi di responsabilità per inadempimento)²⁵⁷. Di fronte a un'ipotesi di responsabilità precontrattuale (*in primis* di rottura ingiustificata dei *pourparlers*), dunque, l'indagine del giurista francese verterà (i) sul danno (che deve essere certo)²⁵⁸; (ii) sul

²⁵⁵ F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 10.

²⁵⁶ Come spiega A. MUSY (*op. cit.*, p. 394) l'inesistenza di un regime specifico per la fase precontrattuale fa sì che le parti spesso preferiscano cautelarsi, contro possibili imboscate durante le trattative, contrattualizzando le situazioni precontrattuali tipiche attraverso quelli che prendono il nome di *avantcontrats*; un esempio tipico è quello offerto dalla *lettre de confort* (lettera di *patronage*).

²⁵⁷ Per tutti si veda L. BOYER, "*Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats*", in *RTD civ.*, 1949, p. 1 ; e di recente J. M. MOUSSERON – D. MAINGUY – N. GUIBAL, "*L'avant-contrat*", 2001, ed. Lefebvre, p. 68 e ss.

È stato notato (F. FORTINGUERRA, *op. e loc. cit.*) come, sebbene quest'ultima posizione non abbia mai avuto molto seguito, il principio che regge l'intera materia sia quello della libertà contrattuale, che consente alle parti di recedere dalle trattative in qualsiasi momento, per cui è stato osservato che "*pas de contrat vaut mieux qu'un mauvais contrat*" (J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 104).

²⁵⁸ Ad esempio: le spese sostenute per lo studio di fattibilità e per adeguare un immobile alle esigenze del futuro compratore (Cass. 20.3.1972, *Bull.*, 1972, IV, n. 93; Cass. 29.11.1960, *Gaz. Pal.*, 1961, I, 152). Si veda anche Cass. 3.10.1978, *D.*, 1980, 55, con nota di J. SCHMIDT, dove il danno era dovuto alla divulgazione di notizie riservate di cui si era venuti a conoscenza durante le trattative.

comportamento tenuto²⁵⁹ (che quantunque si ritenga, come visto sopra, che debba essere quello del buon padre di famiglia – *homme normalement avisé* – indipendentemente dalla gravità e dall'intenzionalità dello stesso, non di rado viene identificato nella mala fede e nella slealtà della parte²⁶⁰) e infine (iii) sull'esistenza del nesso di causalità²⁶¹.

Per quanto riguarda il danno risarcibile in caso di rottura delle trattative, in particolare, esso potrà consistere nel tempo impiegato e nel denaro speso in vista della conclusione del contratto; nella perdita di valore economico di un'informazione riservata utilizzata o rivelata dalla controparte al termine delle negoziazioni o, comunque, in qualunque altro danno attuale (danno emergente) o perdita di guadagno (lucro cessante).²⁶² Tuttavia, è stato notato come il requisito del danno "certo" pone limiti alla tipologia ed all'entità del danno risarcibile.²⁶³ La dottrina francese ha evidenziato come, attesa la libertà di non contrarre riconosciuta alle parti, non possa sostenersi in ogni caso che la negoziazione abbia quale esito necessario la conclusione del contratto. Pertanto la rottura delle trattative legittimerebbe la parte danneggiata a

²⁵⁹ J. SCHMIDT – SZALEWSKI, *op. cit.*, p. 550; B. STARCK, *op. cit.*, p. 265.

²⁶⁰ Specialmente dalla giurisprudenza, v. ad esempio Cass. 19.1.1977, *Bull.*, 1977, I, n. 36: la lesione di un legittimo affidamento è considerata una fattispecie tipica di illecito civile quando vi sia stato un rifiuto di accettazione dopo lunghi tentennamenti, oppure vi sia stato un rifiuto di rinnovare il contratto dopo aver ingenerato nella controparte l'idea opposta, v. A. MUSY, *op. cit.*, nota 6, p. 394.

²⁶¹ In caso non vi sia un collegamento diretto tra il fatto illecito ed il danno non potrà essere riconosciuto alcun risarcimento; la parte, ad esempio, potrebbe recedere in modo in equivoco, offrendo delle condizioni diverse rispetto a quelle precedenti. Cass. 9.2.1981, *D.*, 1982, 4. Si veda anche F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 11.

²⁶² P. LE TORNEAU – L. CADIET, "*Droit de la responsabilité et des contrats*", Paris, Dalloz 2002-2003, n. 847 ; O. DESHAYES, "*Le dommage précontractuel*", in *RTD civ.*, avril 2004, 187 e ss.; si veda anche D. MAZEAUD, "*Réparation des préjudices précontractuelles: toujours moins..?*", note ss Cass. civ. 3^e, 28.6.2006, *D.*, 2006, p. 2963.

²⁶³ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 60.

vedere risarcita, se del caso, esclusivamente la perdita della *chance* di concludere il contratto²⁶⁴. Tale danno andrebbe quindi ascritto alla categoria del danno da perdita di *chance*, che, seppur invocato con riguardo a fattispecie tra loro eterogenee, troverebbe un naturale campo di applicazione nelle vicende precontrattuali.²⁶⁵ Il giudizio relativo alla sussistenza dei requisiti di danno viene qualificato, come nell'ordinamento italiano, come giudizio di fatto e, in quanto tale, demandato al giudice di merito. Di conseguenza, un'indagine approfondita in tema di danno precontrattuale appare ostacolata dalla tendenza delle corti a non esplicitare gli elementi in base ai quali il danno viene quantificato.²⁶⁶

Passando all'analisi dei casi pratici, si nota innanzitutto come anche a livello di formante giurisprudenziale si sia seguito l'orientamento che qualifica la responsabilità precontrattuale, e in particolare quella per rottura ingiustificata delle trattative, come ipotesi di fatto illecito, rientrante nella disciplina dell'art. 1382 c.c.

In un'emblematica sentenza²⁶⁷ in tema di recesso dalle trattative, i giudici francesi hanno delineato alcuni principi generali che possono essere presi, secondo la dottrina²⁶⁸, come criteri decisionali per ipotesi di responsabilità precontrattuale in generale.

²⁶⁴ Cfr. M. FONTAINE (a cura di), *“Les procès du formation du contrat”*, Bruxelles, 2003.

²⁶⁵ Non mancano visioni contrarie alla risarcibilità del danno da perdita di *chance* in caso di rottura ingiustificata delle trattative, specialmente recenti, cfr. Cass. civ. 28.6.2006, (*Bull. civ.*, III, n. 164, p. 136; *JCP*, ed. G, 2006, II, 10130, p. 1509,12, con nota di O. DESHAYES) sulla scia della sentenza *Manoukian*, in tema di negoziazioni parallele, Cass. com., 26.11.2003, *Bull. civ.*, IV, n. 186.

²⁶⁶ J. SCHMIDT – SZALEWSKI, *“French Report”*, in M. FONTAINE (a cura di) *“Formation of contracts and precontractual liability”*, International Chamber of Commerce (ed. by), Paris, 1990.

²⁶⁷ App. Pau, 14.1.1969, *D.*, 1969, 716.

²⁶⁸ F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 11; G. ALPA, *“Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica”*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 537.

La sentenza riguarda un caso di rottura di trattative precontrattuali per la fornitura di vetri per un complesso immobiliare. Nel testo emerge, innanzitutto, la preoccupazione dei giudici transalpini di far venir meno il principio della libera determinazione delle parti contraenti²⁶⁹, specialmente quando si tratta di negoziazioni tra operatori professionali. La sentenza stabilisce infatti che “*comporterebbe un grave attentato alla libertà individuale ed alla sicurezza dei commerci ammettere che un commerciante debba essere considerato responsabile per non aver dato seguito a delle trattative; l’illecito in contrahendo, deve essere evidente e indiscutibile*”²⁷⁰.

Per quanto riguarda i tratti salienti della responsabilità in analisi, i giudici francesi hanno stabilito innanzitutto che (i) nella fase preliminare dei *pourparlers*, dove si discutono i contenuti del contratto, sono imposte alle parti obbligazioni di lealtà e di rettitudine, non riferite al contratto di futura conclusione ma alla condotta delle parti nella fase stessa della trattativa. In secondo luogo, (ii) la fase della trattativa, che ha la funzione di consentire alle parti di analizzare i rischi ed i vantaggi dell’affare, può determinare responsabilità solo per esistenza di una *culpa in contrahendo* palese ed indiscutibile, altrimenti si creerebbe un grave danno alla libertà individuale e alla sicurezza dei traffici. Infine, (iii) la rottura delle trattative deve essere ingiustificata e contraria all’affidamento della parte danneggiata.²⁷¹

²⁶⁹ Cfr. note 244 e 245.

²⁷⁰ App. Pau 14.1.1969 *cit*, dove si parla di “*faute patente et indiscutable*”. La traduzione è tratta da F. FORTINGUERRA, *op. e loc. cit.*
Si veda anche Cass. 10.6.1986, *Bull.*, IV, n. 123; J. SCHMIDT - SZALEWSKI, *op. cit.*, p. 544; H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 387.

²⁷¹ G. ALPA, *op. e loc. cit.*

Al di là delle remore sulla limitazione della libera volontà dei contraenti, le regole della responsabilità civile sono, dunque, secondo la dottrina e la giurisprudenza, “*perfettamente atte (...) a regolare i casi di delusione dell’affidamento precontrattuale*”²⁷².

Si ha, invece, dibattito giurisprudenziale sulla questione se l’elemento soggettivo dell’illecito debba individuarsi nell’intenzionalità oppure semplicemente nella colpa²⁷³.

Al riguardo, vi sono due casi, tra loro contemporanei, che giungono a conclusioni opposte in merito.

Il primo caso, il caso “*Hydrotile machine*”,²⁷⁴ nasce a seguito della rottura delle trattative incorse tra la società Gerteis (attrice) e la società Vilbert-Loumat, distributore esclusivo in Francia dei macchinari americani Hydrotile. La Vilbert-Loumat, dopo lunghe negoziazioni, smette di rispondere alle richieste di informazioni su alcuni modelli di macchinari inviatele dalla Gerteis; quest’ultima viene poi a scoprire che la Vilbert-Loumat non le ha inviato il preventivo per l’acquisto, ricevuto dal produttore americano, e ha anzi concluso la vendita dei macchinari con una concorrente della Gerteis, impegnandosi, nel contratto, a non vendere quei medesimi macchinari per 42 mesi nella stessa zona.

²⁷² A. MUSY, *op. cit.*, p. 393.

²⁷³ Come sostenuto da parte della dottrina, v. nota 252.

²⁷⁴ Cass. Com., 20.3.1972, *Bull. civ.*, IV, 93; JCP, 1973.I-17543, con nota di J. SCHMIDT; *RDT civ.*, 1972.729, con nota di G. DURRY.

Qui di seguito il *Sommaire* come formulato dalla *Cour de Cassation*: “*Une Cour d’Appel peut retenir a l’encontre d’une société chargée par le fabricant de la distribution exclusive d’un matériel spécialisé, une responsabilité délictuelle envers une autre société, qui avait entretenu avec elle des pourparlers avancés en vue de l’acquisition d’une de ces machines, et avait, à sa connaissance, engagé de gros frais, en relevant que la société distributrice avait de propos délibéré, retenu le devis du fabricant destiné a l’acquéreur éventuel, et après avoir volontairement maintenu celui-ci dans une incertitude prolongée, avait, sans raison légitime, brutalement et unilatéralement rompu de laborieuses négociations, manquant ainsi aux règles de bonne foi dans les relations commerciales*”.

Nella pronuncia in esame la *Cour de Cassation* ha dichiarato la responsabilità della società venditrice/distributrice per male fede precontrattuale, che si ha, secondo quanto espressamente stabilito dai giudici, quando una parte *intenzionalmente* tiene l'altra in uno stato protratto di incertezza, e poi, senza giustificato motivo, rompe le trattative ormai in stato avanzato, sapendo che l'altra parte è incorsa in ingenti spese.

Nel caso “*Monoprix*”²⁷⁵, invece, la società Monoprix esprime l'intenzione di acquistare alcuni locali per uso commerciale, a condizione che il costruttore apporti delle modifiche agli stessi. La società viene coinvolta nei lavori di ristrutturazione (fornendo progetti redatti dai suoi esperti); le negoziazioni tra la Monoprix e la società costruttrice vengono interrotte dal recesso della Monoprix, che stabilisce la propria sede in altri locali.

La *Cour d'Appel* aveva dichiarato l'assenza di responsabilità della Monoprix, sostenendo che il costruttore avesse agito a proprio rischio, e che, nonostante non ci fosse un giustificato motivo di recesso, non vi era abuso del diritto di recedere dalle trattative²⁷⁶, poiché non era provato che la Monoprix intendesse danneggiare il costruttore. La *Cour de Cassation* ha invece sostenuto, capovolgendo la visione della *Cour d'Appel*, che, affinché vi sia responsabilità precontrattuale, non è richiesto che le negoziazioni siano interrotte con l'intenzione di arrecare un danno alla controparte.²⁷⁷

²⁷⁵ Cass. Civ. 3e, 3.10.1972, *Bull. civ.*, III, 491.

²⁷⁶ Si nota che qui ancora si vedeva la responsabilità per rottura delle trattative come un'ipotesi di abuso del diritto, e in particolare, abuso del diritto di contrattare liberamente e, quindi, anche di non concludere alcun contratto. Si veda in tema R. MONZER, “*Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle*”, in *RIDC*, 2007, 3, 524, in partic. 538-544.

²⁷⁷ Similmente, Cass. com. 12.10.1993, n. 91-19.456, SARL Hubo c/Petit et Coopérative agricole du syndicat d'Arras.

Come si nota, gli orientamenti non sono univoci. Per di più, pochi anni dopo il caso Monoprix, la *Cour de Cassation*²⁷⁸ sembra avere nuovamente cambiato orientamento sostenendo che il venditore che non può vendere un terreno perché non risulta essere (come invece credeva) l'unico proprietario dello stesso, è responsabile solo se abbia inteso ledere il futuro compratore, o se sia in mala fede²⁷⁹.

La mala fede sembra oggi essere elemento caratterizzante della responsabilità per rottura delle trattative, anche in casi in cui i giudici sostengono non sia necessario l'elemento soggettivo dell'intenzionalità.²⁸⁰

Appare invece principio pacifico in giurisprudenza il fatto che la responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative sia abbia quando la rottura, ingiustificata, delle stesse avvenga in uno stadio in cui le trattative sono già avanzate. Infatti *“il grado di confidenza raggiunto man mano che le trattative volgono alla conclusione comporta una aumento della responsabilità per entrambe le parti; mentre nel caso di revoca dell'offerta vi sono maggiori ritrosie nel riconoscere la responsabilità delittuale: deve essere analizzato il grado di affidamento creato ed il tipo di offerta fatto”*²⁸¹.

²⁷⁸ Cass. Civ. 1re, 12.4.1976, *Bull. civ.*, I, 122; *Def.*, 1976.31434.5, 389, con nota di J. L. AUBERT.

²⁷⁹ Si comincia qui a intendere la responsabilità precontrattuale come comportamento contrario a buona fede, abbandonando l'istituto dell'abuso del diritto.

Si veda H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 388.

²⁸⁰ Si veda J. GHESTIN, *“La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers en droit français”*, *cit.*, p. 449.

²⁸¹ A. MUSY, *op. cit.*, p. 393. In giurisprudenza si veda (oltre al caso *Hydrotile machine* sopra analizzato - Cass. 20.3.1972) Cass., 13.1.1984, *Bull.*, 1984, I, 193; Cass. com., 11.2.1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 169.

1.3 Il sistema tedesco

Come in Francia, anche in Germania mancava, fino al 2002²⁸², una norma codicistica che sancisse il principio generale della responsabilità precontrattuale.

Il merito di avere avvertito l'esigenza di trovare una soluzione specifica nei casi in cui le parti non si comportino in modo onesto e leale nella fase delle trattative, come visto sopra, deve essere ascritto a von Jhering²⁸³.

Agli inizi del secolo la giurisprudenza e parte della dottrina tedesche erano riluttanti a teorizzare un generale principio di *culpa in contrahendo*; in particolare, la dottrina, sulla scorta di quanto avveniva in Francia, sembrava propendere per un approccio di tipo aquiliano all'istituto.²⁸⁴

Considerato, però, l'impianto normativo del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) così come entrato in vigore nel 1900²⁸⁵, "*per approntare la tutela contro le scorrettezze precontrattuali, come il giurista francese ha dovuto fare i conti con il dogma della libera volontà delle parti, così il giurista tedesco ha dovuto confrontarsi con il principio di tipicità degli atti illeciti*"²⁸⁶. Questa è la ragione

²⁸² Come si vedrà in seguito, nel 2002 si è avuta in Germania una riforma del diritto delle obbligazioni, su cui si veda C. W. CANARIS, "*La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*", a cura di G. DE CRISTOFARO, Padova, 2003.

²⁸³ Cfr. *supra* Nota 184.

²⁸⁴ Come nota A. MUSY, *op. cit.*, p. 395, riferendosi all'opera di CROME, "*System der deutschen bürgerlichen Rechts*", II, 1, Tübingen und Leipzig, 1902.

²⁸⁵ Con particolare riferimento al § 832 BGB, che non permette di estendere i casi di responsabilità extra-contrattuale.

²⁸⁶ N. SAPONE, *op. cit.*, p. 6.

fondamentale che ha spinto i giuristi tedeschi a far confluire la tutela precontrattuale nei confini della responsabilità contrattuale²⁸⁷, abbracciando una soluzione diversa da quella scelta dal modello francese.

La norma cardine venne identificata nel § 242 BGB, che sancisce l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede (*Treu und Glauben*): infatti, sebbene alcuni spunti della teoria di Jhering furono recepiti in diversi articoli del BGB²⁸⁸, una disciplina organica dei rapporti precontrattuali improntata ai principi della *culpa in contrahendo uti universa*, come detto, non ha trovato accoglimento nel codice. L'obbligo di comportamento secondo buona fede di cui al § 242 è però riferito alla fase esecutiva del rapporto obbligatorio: la principale via per concepire una concreta tutela contro le scorrettezze precontrattuali è consistita, quindi, nell'estensione del disposto di tale articolo alla fase precontrattuale.²⁸⁹

La dottrina della *culpa in contrahendo* ha, così, acquisito, in Germania, crescente importanza per effetto della tendenza delle corti a espandere i confini di siffatta teoria, al fine di ricomprendere nell'ambito di questa il maggior numero di quelle fattispecie che, altrimenti, sarebbero state prive di un'opportuna tutela.²⁹⁰

²⁸⁷ Si veda sotto, note 291 e ss.

²⁸⁸ Ad esempio il § 122 BGB secondo cui la dichiarazione viziata da errore o dall'assenza di un serio intento di concludere l'affare rende una parte responsabile verso l'altra, tutte le volte in cui quest'ultima abbia sofferto un danno per avere confidato senza colpa nella validità dell'atto; al disposto del § 122, si associa il § 123 in tema di correttezza nella formazione del contratto. Come nota A. MUSY, *op. cit.*, p. 395, "il richiamo della formula al l'affidamento riposto da una parte nella serietà e nella razionalità del contegno altrui evidenzia l'angolo visuale privilegiato dal modello tedesco".

²⁸⁹ Tra gli autori tedeschi ad aver prospettato un collegamento tra il tema della responsabilità precontrattuale e la buona fede si segnala in particolare B. WINDSCHEID, "Diritto delle pandette", trad. it. a cura di C. FADDA e P. E. BENZA, Torino, 1925, 187, n. 5.

²⁹⁰ Cfr. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.* p. 69.

In particolare, la giurisprudenza cominciò a dirigersi verso quelle posizioni dottrinali²⁹¹ che vedevano nella trattativa il concretarsi di un rapporto (*Sonderverbindung*) che dà origine ad una serie di obblighi reciproci, ispirati al principio di buona fede e correttezza, la cui violazione comportava responsabilità.²⁹² Il momento culminante dell'affermarsi di questo approccio si trova nella ricorrente massima giurisprudenziale per cui “*la trattativa – a prescindere dal suo esito – determina una situazione nella quale ciascuna delle parti è al tempo stesso vincolata a doveri di correttezza e tutelata contro le conseguenze del contegno scorretto altrui*”²⁹³. Le sentenze che si sono susseguite hanno definito il rapporto che si instaura tra le parti in trattativa come “paracontrattuale” o “di affidamento”. La dottrina, a sua volta, ha parlato di “contatto sociale”²⁹⁴ o, in alcuni casi, di “contatto negoziale”²⁹⁵. La *culpa in contrahendo*, attraverso la *fiction iuris* del contatto sociale o negoziale, è stata così inserita all'interno della responsabilità contrattuale.²⁹⁶ Grazie al regime della responsabilità contrattuale, la parte lesa ha una serie di vantaggi relativamente

²⁹¹ Si veda in proposito il riferimento effettuato da A. MUSY, *op. cit.* p. 395, all'opera di STOLL.

²⁹² Allo studio di Stoll fecero seguito diverse decisioni tra le quali RGZ, 665, 17, 19.

²⁹³ La massima viene affermata per la prima volta nella sentenza del *Reichsgericht* RGZ, 104, 265.

²⁹⁴ Si vedano, in proposito, i riferimenti fatti da A. MUSY, *op. cit.*, p. 395, alle opere di HAUPT, LORENZ e DÖLLE.

²⁹⁵ Si veda il riferimento fatto da A. MUSY, *op. e loc. cit.*, all'opera di LAURENZ.

²⁹⁶ Si vedano i riferimenti fatti da A. MUSY, *op. e loc. cit.*, alle opere di HONDIUS; MEDICUS.

Ma si vedano anche i rilievi critici espressi in proposito da B. S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, “*The German Law of Obligations. Vol. I. The Law of Contract and Restitution: A Comparative Introduction*”, Oxford, 1997, p. 64, secondo i quali, tale responsabilità non avrebbe natura contrattuale, ma consisterebbe in un tipo di responsabilità legale.

all'onere della prova, al termine di prescrizione ed al tipo di risarcimento richiedibile.²⁹⁷

Con l'aumentare delle fattispecie in cui veniva lamentata un *culpa in contrahendo*, giurisprudenza e dottrina sono arrivate ad indicare, in particolare, nell'*affidamento* della controparte la fonte dell'obbligo e la ragione della responsabilità.²⁹⁸

È stato notato come, in questo contesto, non suscitava alcuna difficoltà il riconoscimento della responsabilità in caso di rottura ingiustificata delle trattative, in quanto "*in linea di principio non si dubita che sia meritevole di tutela la parte che abbia ragionevolmente confidato nelle apparenze create dal comportamento altrui*"; dunque "*ancora una volta ogni problema si riduce a quello di valutare le circostanze di ogni singolo caso di recesso, per accertare se da esse risultano aspettative ragionevoli e contegni contrari al principio di correttezza*"²⁹⁹.

È opportuno, a questo punto, citare una decisione³⁰⁰ emblematica del *Bundesgerichtshof* che illustra gli orientamenti della giurisprudenza in punto a rottura ingiustificata delle trattative.

²⁹⁷ È stato osservato, in realtà, come "*as a matter of fact, the very reason why the courts have developed the doctrine of culpa in contrahendo lies in the shortcomings of German tort law. Under tort law pure economic loss is not recoverable unless the damage is caused intentionally – see § 823 paragraph 1 and § 826 BGB. For broken-off negotiations this implies that, in principle, recovery for expenditure or lost opportunities would be impossible. Moreover, in tort there is no real vicarious liability. Finally, the period of prescription for tort-based actions is rather short. On all this points contractual liability is much more favourable for the plaintiff*" (H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 385. Si veda sul tema anche A. VON MEHREN, "*The Formation of Contracts*", in "*International Encyclopedia of Comparative Law*", vol. VII "*Contracts in General*", Tubingen, 1992, ch. 9, para 121.

²⁹⁸ A. MUSY, *op. cit.*, p. 395.

²⁹⁹ M. BESSONE, *op. cit.*, p. 1014.

³⁰⁰ BGH, 10 luglio 1970, LM §276 [Fa] BGB No. 34, NJW 1970, 1840. Si veda il relativo commento in H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, pp. 383-385.

La corte ha affermato in un primo momento la regola generale in tema di rottura delle trattative precontrattuali stabilendo che *“anche allo stadio in cui le negoziazioni vengono condotte in vista della conclusione del contratto, ciascuna di esse deve alla controparte, alla luce della relazione di fiducia venutasi ad instaurare per effetto delle trattative – relazione analoga a quella esistente in un rapporto di natura contrattuale – il dovere di avere ragionevole riguardo ai legittimi interessi della controparte medesima. Ciò comprende il dovere in capo a ciascuna parte di non interrompere le trattative senza giustificato motivo, una volta che questa abbia indotto o incoraggiato nella controparte il ragionevole affidamento circa il positivo esito delle stesse. Una violazione colpevole di siffatto dovere può dar luogo, sulla base della dottrina della culpa in contrahendo, a responsabilità per il risarcimento alla controparte dei danni subiti per effetto di tale affidamento”*³⁰¹

Dopo aver enunciato tale principio la corte non ritenne, tuttavia, che nel caso di specie fossero stati soddisfatti i requisiti per l'affermazione della responsabilità precontrattuale della parte recedente, sostenendo che *“se la condotta o le dichiarazioni di un soggetto, nel corso delle negoziazioni, fanno sorgere nella controparte un legittimo affidamento circa la stipulazione del contratto finale, ciò nondimeno, tale condotta o tali dichiarazioni non vincolano l'autore delle stesse per un tempo indeterminato, sebbene, come poc'anzi affermato, tale circostanza possa ingenerare in capo a questi un'ipotesi di culpa in contrahendo. Difatti non soltanto la condotta di costui, ma anche quella della controparte dovrà essere valutata alla luce del principio di buona fede (§ 242 BGB). In ossequio a tale principio, la controparte deve, in particolare, entro un ragionevole periodo di tempo, attivarsi per ottenere un chiarimento*

³⁰¹ Conformi a tale decisione: 4 marzo 1955, V ZR 66/54, BB 55, 429; 14 luglio 1967, V ZR 120/64, NJW 67, 2199; BGH 6 febbraio 1969 LM, No 28 re § 276 (Fa) BGB, WM 69.

*circa le reali intenzioni del primo; in particolare, se questi intenda o meno stipulare effettivamente il contratto definitivo*³⁰². Si nota, quindi, come l'inerzia del promissario abbia concorso, nel caso in esame, ad escludere la sussistenza di una responsabilità per rottura ingiustificata della trattativa.

In una successiva sentenza³⁰³, il *Bundesgerichtshof* ha ritenuto insussistente la responsabilità in base a diverse circostanze. È

³⁰² La traduzione è tratta da L. M. FRANCIOSI.

³⁰³ Decisione inedita del 1989 citata da W. F. EBKE, "Federal Republic of Germany", in M. FONTAINE (a cura di), "Formation of Contracts and Precontractual Liability", International Chamber of Commerce (ed. by), n. 440/9, Paris, 1990. Si veda anche il relativo commento di L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 244, in cui si enunciano le vicende che hanno dato origine alla lite. In particolare, nel caso di specie, le parti erano in trattative per la vendita di una casa editrice di giornali e riviste; esse avevano concordato che il venditore – poi convenuto – in giudizio, dovesse predisporre una "proposta dettagliata" per la vendita della società in oggetto. Inoltre si era reciprocamente convenuto che l'accettazione da parte dell'acquirente/attore fosse subordinata all'approvazione dell'operazione ad opera della sua controllante svizzera, cui si doveva la richiesta di preventiva visione della proposta dettagliata. In data 3 marzo 1986 il venditore predispose la proposta, che, in larga parte, si basava su di una bozza redatta dai consulenti legali dell'attore, e in data 7 aprile dello stesso anno la società controllante diede la propria approvazione, in linea di principio, all'operazione di acquisizione. Nello stesso giorno, i consulenti dell'attore abbozzarono una comunicazione di un'operazione di concentrazione (in seguito la "comunicazione"): nello specifico si trattava di una comunicazione analoga a quella contemplata dall'art.16, 1° comma, L. 287/1990 istitutiva, tra l'altro, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; tale comunicazione avrebbe dovuto essere presentata alla competente autorità antitrust nazionale (*Bundeskartellamt*). Venne, altresì, predisposta una prima bozza del contratto di acquisizione, inviata al venditore/convenuto in data 11 aprile 1996. Nel corso delle negoziazioni fu redatta una seconda bozza del medesimo contratto. Il giorno successivo all'invio della seconda bozza del contratto le parti raggiunsero un accordo su tutti i termini essenziali dello stipulando contratto; i consulenti dell'attore predisposero, così, una terza bozza che includeva le modifiche concordate alla precedente versione e presentarono la comunicazione all'autorità antitrust tedesca. Dopo dieci giorni, l'attore comunicò formalmente per iscritto alla propria controparte di aver accettato la proposta di acquisizione, di cui al 3 marzo 1986. A questo punto, il venditore informò l'acquirente di non essere più intenzionato a vendere allo stesso la propria società, probabilmente a causa di una migliore offerta d'acquisto pervenutagli da un terzo; le negoziazioni furono quindi interrotte. Il compratore citò in giudizio la controparte chiedendo un risarcimento danni che includeva, *inter alia*, gli onorari dei suoi consulenti legali e fiscali, i costi di trasporto e le spese sostenute per la presentazione della comunicazione all'autorità antitrust. La Suprema Corte si pronunciò a favore del convenuto/venditore.

stato affermato, innanzitutto, quale regola generale, che ciascuna parte sopporta il rischio di ogni perdita derivante dal recesso dalle trattative della controparte e, inoltre, che la responsabilità per le perdite subite da una parte nel corso delle negoziazioni sorge solo se una delle parti, durante lo svolgimento delle stesse, suscita l'impressione nella controparte – e questa vi faccia ragionevole affidamento – che il contratto finale verrà effettivamente concluso, ma, a dispetto di ciò, interrompa le trattative senza giustificato motivo³⁰⁴ (ponendosi così in linea con i precedenti sopra menzionati).

La corte ha individuato anche, come ulteriore requisito per affermare la sussistenza di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, la necessità di riscontrare in capo alla parte che recede dalle trattative una ferma intenzione di concludere l'affare: il fatto che le parti, ad uno stadio avanzato delle trattative, potessero avere raggiunto un accordo sui termini essenziali del contratto da stipulare, non è stato ritenuto sufficiente per provare la ricorrenza di tale requisito.³⁰⁵

Come anticipato in precedenza, si è avuta in Germania una recente riforma del diritto delle obbligazioni del BGB, entrata in vigore il 1° gennaio del 2002, che, per quanto concerne la nostra materia, ha

³⁰⁴ Con riguardo alla fattispecie oggetto della controversia in esame, la corte ritenne che il convenuto non avesse fatto sorgere tale affidamento nella controparte: la “proposta dettagliata” del 3 marzo 1986, infatti, era stata predisposta al solo scopo di permettere alla società controllante del potenziale acquirente di valutare se autorizzare o meno il proseguimento delle negoziazioni sull'operazione di acquisizione; inoltre, tale proposta non prendeva affatto in considerazione, tra gli elementi essenziali dell'operazione, il prezzo, la cui determinazione avrebbe dovuto formare oggetto di uno specifico accordo.

³⁰⁵ In tema si veda anche H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 385, dove si sostiene che “*Under German law only a party who by his fault has made the other party believe that a contract will certainly be concluded, but then without a good reason (ohne triftigen Grund) or from non pertinent motives (sachfremde Erwägungen) breaks off negotiations, is liable on the basis of the doctrine of culpa in contrahendo as it was developed by the German courts*”.

tenuto conto della necessità di disporre di norme orientate a disciplinare il tema dei rapporti precontrattuali, mutando così, sensibilmente, il quadro normativo di riferimento. Infatti, accanto ad alcune disposizioni volte a regolare espressamente alcuni aspetti specifici in tema di trattative e formazione del contratto, sono state inserite anche disposizioni a carattere generale. In particolare, la norma fondamentale in tema di responsabilità precontrattuale è oggi il § 311³⁰⁶, comma 2 BGB, che, in deroga a quanto stabilito dal 1° comma³⁰⁷ del medesimo articolo, dispone che: *“un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al § 241, comma 2³⁰⁸, sorge anche mediante:*

1. *l'avviamento di trattative contrattuali;*
2. *l'avvio di un contratto nel quale, in vista di un eventuale rapporto negoziale, una delle parti concede all'altra la possibilità di produrre effetti sui suoi diritti, beni o interessi, o li affida questi ultimi, o*
3. *simili contatti negoziali”.*

Infine, rilevante è anche il comma 3 della medesima disposizione, che prevede che *“un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al comma 2 del § 241 può sorgere anche nei confronti di persone che non sono destinate a divenire parti del contratto. In particolare, un rapporto obbligatorio siffatto sorge anche quando il terzo induce le parti a riporre fiducia in misura notevole nella sua persona e, in forza di detto affidamento, riesce ad influire sullo svolgimento delle trattative o sulla stipulazione del contratto”.*

³⁰⁶ § 311 BGB: *“Rapporti obbligatori negoziali e simili a quelli negoziali”.* La traduzione italiana degli articoli del BGB in commento è tratta da *“Codice Civile Tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch)”*, trad. it e presentazione a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

³⁰⁷ *“Salvo che la legge disponga altrimenti, per la costituzione di un rapporto obbligatorio mediante negozio giuridico, come per la modifica del contenuto di un rapporto obbligatorio, è necessario un contratto tra le parti”.*

³⁰⁸ § 241 (*“Obblighi derivanti da rapporto obbligatorio”*) comma 2: *“Il rapporto obbligatorio può obbligare, secondo il suo contenuto, ciascuna parte al rispetto dei diritti, dei beni giuridici e degli interessi dell'altra parte”.*

La dottrina ha rilevato come il comma 2 del § 311 BGB appena citato riproponga i casi noti di *culpa in contrahendo* nei rapporti intercorrenti tra due soggetti; esso rimane fedele, nel contempo, al requisito dell'esistenza almeno di un "contatto negoziale" tra gli stessi, in modo da "*porre un argine alla proliferazione delle ipotesi di mero contatto cd. sociale*"³⁰⁹, conformemente all'orientamento unanime che è emerso in seno alla Commissione di riforma del codice. Il comma 3, invece, richiamerebbe le regole elaborate da dottrina e giurisprudenza in tema di *culpa in contrahendo* dei terzi.³¹⁰

Le nuove disposizioni in tema di responsabilità precontrattuale (da contatto negoziale) vanno, poi, conseguentemente, coordinate con il § 280 in tema di inadempimento, che prevede che se il debitore non adempie a un dovere sullo stesso gravante per effetto dell'obbligazione assunta, il creditore può richiedere il risarcimento per i danni subiti.³¹¹

Per quanto riguarda il risarcimento del danno, la diversa qualificazione della natura della responsabilità precontrattuale (nell'ambito della responsabilità contrattuale), non sembra comunque, determinare differenze rispetto agli altri modelli europei quanto alla tipologia di danno risarcibile. Come nota la dottrina³¹² infatti, quanto a "misura" del danno risarcibile, nel diritto tedesco, la parte che recede dalle trattative in maniera contraria a buona fede è tenuta a risarcire l'interesse negativo³¹³. Nella maggior parte

³⁰⁹ C. W. CANARIS, *op. cit.*, p. 26 e ss.

³¹⁰ Si veda comunque, C. W. CANARIS, *op. e loc. cit.*, secondo cui l'ampia formulazione delle disposizioni menzionate deve far escludere che le stesse possano ostacolare un ulteriore sviluppo dell'istituto in esame.

³¹¹ Cfr. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 70.

³¹² H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 408.

³¹³ In tema si veda la decisione BGH 10 luglio 1970 sopra commentata.

dei casi l'interesse negativo consiste nelle spese sostenute per le trattative; esso può estendersi anche alle opportunità perse³¹⁴, come accade anche negli altri modelli europei che si analizzano in questa sede. Il risarcimento dell'interesse positivo non viene generalmente riconosciuto poiché “*a negotiating party is under no duty to contract*”³¹⁵. È opportuno rilevare, ad ogni modo, che l'interesse positivo è stato risarcito in alcuni casi di *culpa in contrahendo*, non riguardanti, tuttavia, specificamente la rottura ingiustificata delle trattative.³¹⁶

Occorre ancora osservare, per concludere la trattazione della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative in diritto tedesco, che le nuove norme codicistiche, inserite nel BGB con la riforma del 2002, sopra riportate, hanno segnato il riconoscimento in sede legislativa delle regole in tema di responsabilità

³¹⁴ Si veda ad esempio BAG NJW 1963, 1843; JZ 1964, 324 (7 giugno 1963), dove l'attore ha ottenuto il risarcimento degli stipendi che avrebbe avuto se non avesse lasciato la sua posizione lavorativa facendo ragionevole affidamento sul buon esito delle trattative in corso per una nuova posizione di lavoro.

³¹⁵ H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 409. Gli autori si riferiscono alla pronuncia BGH LM § 276 (Fa) BGB No 28; WM 1969, 595 (6 febbraio 1969).

³¹⁶ Ci si riferisce al caso BGH 25 novembre 1992, NJW 1993, 520, denominato “*Oolitic stones*”, la cui massima prevede che “*A party is entitled to compensation in the measure of the positive interest if he can establish that, had the correct tendering procedure been followed, he would certainly have been awarded the contract*”. In questo caso, in tema di contratti pubblici, viene riconosciuto il risarcimento dell'interesse positivo in quanto è certo che il contratto sarebbe stato concluso con l'attore/offerdente se il committente che ha emanato il *call for tenders* avesse rispettato i suoi obblighi precontrattuali, considerando solo offerte che contenessero progetti costruttivi basati su determinati materiali, ed escludendo le altre (nel caso di specie, invece, il committente affida l'opera e conclude il contratto con un altro offerente, il cui progetto è basato su un particolare tipo di pietra non richiesto dal regolamento di gara).

Anche in casi riguardanti obblighi informativi precontrattuali [si veda ad esempio BGH 108, 200 (4 luglio 1989), in cui l'assicuratore non ha correttamente informato l'assicurato sui paesi inclusi nella copertura della polizza assicurativa] viene risarcito l'interesse positivo. Come nota la dottrina (H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. e loc. cit.*) in questi casi “*the expectation interest was justified by the purpose of the duty concerned*”.

precontrattuale elaborate dagli interpreti sino a quel momento. Va da sé, quindi, che le stesse debbano essere interpretate alla luce dei precedenti giurisprudenziali già affermatasi sul punto.³¹⁷

1.4 Il sistema inglese

Passando all'analisi della responsabilità precontrattuale nel sistema inglese, è utile citare un'affermazione che pare rispecchiare perfettamente lo stato d'animo di chi si avvicina alla materia: *“prima di affrontare questo sistema è necessario un vero e proprio cambiamento di disposizione interiore; dall'apparente ordine franco-tedesco ci si impegna alquanto per abituarsi all'apparente disordine dei common lawyers”*³¹⁸. Non esiste nel *common law* inglese una regola paragonabile a quella del *Sonderverbindung* tedesca³¹⁹, né i giuristi inglesi declamano la sua vacuità e la sostituiscono con la responsabilità per fatti illeciti come fatto da quelli francesi³²⁰.

La regola declamatoria che può essere presa come punto di partenza per l'analisi del sistema di *common law* è che il bene

³¹⁷ Cfr. S. LORENZ – W. VOGELSANG, “*German Report*” sub caso 1, in J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK (a cura di), “*Precontractual Liability in European Private Law*”, Cambridge, 2008, p. 34.

³¹⁸ A. MUSY, *op. cit.*, p. 396.

³¹⁹ Anche se molti autori in realtà ammettono l'influenza di Jhering sulla dottrina di *common law*, cfr. F. H. LAWSON, “*A Common Lawyer Looks at the Civil Law*”, Ann Arbor, 1959, p. 171 ss; F. KESSLER – E. FINE, “*Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: a Comparative Study*”, in 77 *Harv. L. Rev.*, (1964) p. 401; R. A. NEWMAN “*The Reinassance of Good Faith in Contracting Anglo-American Law*”, in 55 *Cornell L. Rev.*, (1969), p. 553; E. MILLNER, “*Contracts in Contract and Tort*”, in *Current Leg. Problems*, 1963, p. 68.

³²⁰ Cfr. F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 29 e A. MUSY, *op. e loc. cit.*

supremo cui la teorica del contratto deve piegarsi è quello della “*security of transactions*”, corollario fondamentale della teoria dichiarativa.³²¹

Il sistema giuridico angloamericano ha tradizionalmente rifiutato di interferire nella fase preparatoria del contratto, preferendo lasciare alle parti la più ampia libertà di autodeterminazione. La trattativa, per definizione, doveva rimanere aleatoria.³²² Il rapporto instauratosi tra le parti in trattativa risultava assoggettabile al principio cardine del liberalismo economico del “*laissez-faire*”, o “*freedom of contract*”³²³ (che comporta, per converso, anche la “*freedom not to contract*”³²⁴).

Quest’approccio è andato di pari passo con la diffusa diffidenza che il pensiero di *common law* ha da sempre riservato all’utilizzo di nozioni “discrezionali e indeterminate”³²⁵, quali la buona fede (nell’ambito della trattative precontrattuali)³²⁶.

³²¹ Cfr. S. WILLSTON, “*Contracts*”, Cambridge, 1936, par. 21; D. PATTERSON, “*Equitable relief, for unilateral mistake*”, in *Colum. L. Rev.*, (1928), p. 859; KESSLER – FINE, *op. cit.*, p. 401, questi ultimi osservano come il diritto anglo-americano si emancipò dalla teorica di *civil law* nella seconda metà del XIX secolo ed uno dei maggiori divari si ebbe con l’abbandono della teoria volontaristica del contratto in favore di quella dichiarativa.

³²² E. A. FARNSWORTH, “*Pre-contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*”, *cit.*, p. 5: “*At the root (...) of the precontractual period is what I call the common law’s “aleatory view” of negotiations: a party that enters negotiations in the hope of the gain that will result from ultimate agreement bears the risk of whatever loss results if the other party breaks off negotiations*”.

³²³ F. KESSLER – E. FINE, *op. cit.*, p. 409. In giurisprudenza *Printing and Numerical Registering Co. V. Sampson* [1875] LR 19 Eq. 462, Ch (“*If there is one thing more than another which public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts, when entered into freely and voluntary, shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice*”).

³²⁴ Si veda W. H. HOLMES, “*The freedom not to contract*”, in *Tul. L. Rev.*, 751 (1986).

³²⁵ G. CORDERO MOSS, “*International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal*

Nel diritto inglese, un leading case in proposito è ancora oggi costituito da *Walford vs. Miles*³²⁷, nel quale la House of Lords rigettò l'esistenza di un dovere precontrattuale di buona fede,

Standards Such as Good Faith", in *Global Jurist*, 2007, pag. 1 "The Common Law of Contracts is based on the principles of certainty and predictability. The parties are presumed to be able to assess the risks connected with the transaction and to provide for appropriate regulation of the relationship and allocation of risk. [...] Notions of good faith and fair dealing are not necessary to integrate the regulation agreed between the parties; even, they are deemed undesirable, because they would introduce an element of discretion and uncertainty that is not acceptable in business and commerce".

³²⁶ È acceso, tuttavia, il dibattito circa la ammissione della sussistenza del principio di buona fede nel diritto inglese; tra i sostenitori si veda, *ex multis*, P. S. ATIYAH, "Essay 6: The Liberal Theory of Contract", in *Essays on Contract*, Oxford, 1991, pag. 128 "Good faith is not openly recognized as a principle of English contract law, but it can hardly be disputed that the general idea of good faith permeates various principles". È stato sostenuto come l'ordinamento inglese conoscesse e facesse uso del principio generale di buona fede, divenuto parte integrante di tale modello grazie all'opera delle corti di Equity, che avevano recepito tale principio dal diritto canonico: "it was the canon law that put in legal forms the religious and moral ideas which, at this period, coloured the economic thoughts of all the nations in Europe" e ciò "contributed to enforce those high standards of good faith and fair dealing which are the very heart of the trade" (Sir W. HOLDSWORTH, "A history of English law", 7^a ed. Rev., 1936, London-Methuen, p. 79. Si veda anche J. F. O'CONNOR, "Good faith in English law", Dartmouth, 1990.

In tema si vedano poi G. TEUBNER, "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences", in *The Modern Law Review*, vol. 61, n.1, 1998, p. 11, e A. DE VITA, "Buona fede e common law (Attrazione non fatale nella storia del contratto)", in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 251 e ss.

Parte della dottrina, comunque, sostiene come il ricorso a tecniche ermeneutiche – ad esempio ai concetti di *express* e *implied terms* – abbia consentito di pervenire ad alcuni di quei risultati che negli altri ordinamenti vengono conseguiti proprio tramite la buona fede (S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN, "Good faith in European contract law: surveying the legal landscape", in "Good Faith in European Contract Law" Cambridge, 2000, pp. 45-46). Dello stesso avviso anche A. MUSY, *op. cit.*, p. 396.

³²⁷ *Walford vs. Miles*, [1992] 2 W.L.R. 174, 181 (H.L.)

Nel caso in esame l'attore, Walford, era entrato in trattative con il convenuto, Miles, per l'acquisto di un'attività di quest'ultimo. I due raggiunsero un accordo generico per la cessione dell'attività; in più, il convenuto si impegnò a contrattare in via esclusiva con l'attore per la cessione della propria attività in cambio della presentazione, da parte dell'attore, di una lettera attestante la disponibilità di una banca a concedergli un mutuo per agevolare l'operazione commerciale nella quale era impegnato. Nonostante tale accordo, tuttavia, il convenuto entrò in trattative con una terza parte e stipulò con questa un contratto per la cessione della propria attività. Alla luce di ciò, l'attore decise di agire in giudizio contro il convenuto, chiedendo di essere risarcito per il guadagno che avrebbe conseguito in caso di conclusione del contratto.

affermando che “*The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations ... A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party*”.³²⁸

Con riguardo al tema del recesso dalle trattative, il caso in esame è interessante in quanto piuttosto esplicito nell’affermare che “*each party to the negotiations is entitled to pursue his/her own interest, so long as he avoids making misrepresentations*” e ancora “*while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason*”.

Anche la dottrina appare tutt’ora sfavorevole tanto al riconoscimento di una teoria sistematica degli affidamenti precontrattuali, quanto alla sussistenza di uno specifico dovere di negoziare in buona fede.³²⁹

È opportuno porre in evidenza, in relazione a tale ultimo profilo, che nonostante l’ampio dibattito acceso in merito al recepimento

³²⁸ La sentenza in esame supera espressamente un precedente in tema, *Hillas and co. Ltd. V. Arcos Ltd.*, (1932) 147 L.T. 503, in cui era stato affermato che “*there is an obligation to the parties at least to negotiate bona fide, with a view to try to reach an agreement*” ed era stato attribuito rilievo all’interesse manifestato dalle parti contraenti ad essere giuridicamente vincolate da un *agreement to negotiate*.

Per una parziale critica all’orientamento espresso dal caso *Walford vs. Miles*, inoltre, si veda Lord J. STEYN, “*Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*” in *113 Law Q. Rev.* 433, 439 (1997), secondo il quale, sebbene il concetto di buona fede sia un elemento irrinunciabile di un sistema giuridico, tuttavia lo stesso apparirebbe superfluo se rapportato al diritto inglese, dal momento che quest’ultimo mostra di aver sviluppato nel proprio ambito un principio ermeneutico – la necessità di tutelare gli affidamenti ragionevoli delle parti – che assolverebbe alla medesima funzione del principio di buona fede. Si veda *amplius* L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, nota 85, p. 39.

³²⁹ Per tutti N. COHEN, “*Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to negotiate*”, in J. BEATSON - D. FRIEDMANN (a cura di), “*Good faith and Fault in Contract Law*”, Oxford, 1995, p. 25, e in precedenza T. HASSAN, “*The Principle of Good faith in the Formation of Contracts*”, in *Suffolk Transnational L. J.*, 1980, 5, 20 e ss, dove viene espressamente statuito che “*the duty of good faith is not expressly laid out in English law*”.

della direttiva europea sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori e alla sua eventuale introduzione del principio di buona fede nel diritto inglese,³³⁰ non sembrano essere stati introdotti mutamenti significativi in tema di responsabilità precontrattuale³³¹. Anche volendo ammettere una “flessione” dell’ordinamento inglese verso il principio di buona fede, bisognerebbe tuttavia notare che la direttiva non disciplina il periodo precontrattuale; al contrario, il primo comma dell’art. 3 della stessa indica, tra i fattori che determinano l’applicabilità della disciplina in tema di clausole abusive, l’assenza di negoziazione circa il contenuto dello stipulando contratto, o quantomeno di una clausola dello stesso.³³²

Quanto sopra descritto non implica, però, l’ammissibilità e la liceità di qualsivoglia condotta prenegoziale, nè tantomeno la assoluta indifferenza della disciplina di *common law* alle vicende anteriori alla formazione del contratto. Nonostante la fase formativa del contratto sia strettamente legata al c.d. “*all (contractual liability after negotiations) or nothing (no liability before conclusion) approach*”³³³, infatti, si raggiunge la consapevolezza dell’esigenza di regolamentare tale fase e vengono progressivamente elaborate delle *piecemeal solutions* al fine di tutelare le situazioni più evidenti di scorrettezza precontrattuale. Invece di ricorrere

³³⁰ V. nota 326.

³³¹ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 50.

³³² E inoltre, le disposizioni della direttiva trovano applicazione, *ratione personae*, solo con riguardo a contratti intercorsi tra professionista e consumatore.

³³³ L’approccio *all or nothing* consiste nel delineare una linea di demarcazione tra la fase formativa del negozio, da una parte, e la sua conclusione dall’altra la portata di tale atteggiamento emerge chiaramente dalle parole di Lord J. Rattee nel caso relativamente recente *Regalian Properties Plc v London Docklands Development Corporation* [1995] 1 WLR 212 (“*Where, however much the parties expect a contract between them to materialize, both enter negotiations expressly... on terms that each party is free to withdraw from the negotiations at any time... any cost incurred by either party in preparation for the intended contract will be incurred at his own risk*”).

espressamente alla nozione europea continentale di buona fede, il sistema di *common law* ha cercato soluzioni compatibili con i propri principi e valori, rivisitando istituti nati e cresciuti in seno alla propria tradizione giuridica, mitigando così la regola del *caveat emptor*.³³⁴ Proprio con riguardo a questa tendenza, è stata individuata da autorevole dottrina, a partire dal 1870, una nuova epoca storica non a caso denominata “*Decline of Freedom of Contract*”³³⁵.

I rimedi offerti dal diritto inglese per risolvere i casi di *precontractual liability* provengono in parte dalla *law of contract*, in parte dalla *law of tort* o infine debbono essere ricercati in rimedi processuali che vedono la loro origine nell'*equity*. E così si potrà ricorrere, a seconda dei casi, all'*unjust enrichment*, alle *implied warranties* con conseguenti obblighi di *disclosure*, all'*unilateral mistake*, alla *misrepresentation*.³³⁶

L'analisi di tutte le “*piecemeal solutions*” richiederebbe un'intera trattazione; è più opportuno, quindi, soffermarsi solo sulle soluzioni che possono avere qualche rilevanza nei casi di rottura ingiustificata delle trattative.

È importante osservare che la *misrepresentation* è la figura più spesso utilizzata per sanzionare le fattispecie di *culpa in*

³³⁴ Una sintetica descrizione del sistema di *common law* è contenuta nelle parole di Lord Brimham LJ in *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1988] 2 WLR 615: “*English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle as the principle of good faith but has developed piecemeal solutions in response to demonstrate problems of unfairness*”.

Sull' “avversione” delle corti nei confronti della *culpa in contraendo* e del principio di buona fede precontrattuale R. GOODE, “*The concept of good faith in English law*”, in *Saggi, conferenze e seminari del Centro di Studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, diretto da M. J. BONELL, 1992, n.2, reperibile al sito internet <http://www.uniroma1.it/idc/centro/centri.htm>.

³³⁵ Cfr. P. S. ATIYAH, “*An Introduction to the Law of Contract*”, V ed., Oxford, 1995, p. 15.

³³⁶ In tema si vedano ampiamente A. MUSY, *op. cit.*, p. 397-398; F. FORTINGUERRA, *op. cit.*, p. 9 e ss.

contrahendo. Essa, nella duplice versione di *fraudolent misrepresentation* o *negligent misrepresentation*, può essere invocata quando una parte rappresenta all'altra la realtà in modo travisato al fine di convincerla a contrarre o a contrarre a determinate condizioni. Il suo sviluppo è dovuto all'ampliamento delle figure di illecito sanzionabili portate dal binomio *duty of care - tort of negligence* (di cui essa è una specificazione)³³⁷.

La giurisprudenza ha saputo superare il rigore delle disposizioni contenute nel *Misrepresentation Act* del 1967, che limitano la fruibilità dell'istituto ai soli casi in cui le parti siano prevenute alla stipula di un contratto, ricomprendendo nel suo ambito di applicazione le ipotesi in cui le parti non siano pervenute alla conclusione del negozio. Un esempio è il caso *Box v. Midland Bank Ltd*³³⁸, nel quale il dipendente di una banca è stato ritenuto responsabile per aver indotto nel cliente una ragionevole aspettativa nella conclusione del contratto e conseguentemente nella concessione di un prestito monetario.

Il passo decisivo per l'affermarsi della *misrepresentation* quale rimedio fruibile nella fase di negoziazione del contratto è compiuto (come si deduce dal testo sopra riportato)³³⁹ dalla *House of Lords*, con il caso *Walford v. Miles*, in cui essa nega l'utilizzabilità dell'alternativa concorrente del *collateral contract*; la corte, pur

³³⁷ Cfr. A. MUSY, *op. cit.*, p. 397. L'autore sostiene anche che lo sviluppo della *misrepresentation* sia dovuto anche all'influenza della teorica tedesca della *Treu und Glauben*, il cui portato è da vedere nell'aumento delle situazioni in cui è riscontrabile un *duty of care* dal momento che vi è un maggiore o minore dovere di comportarsi secondo buona fede. In questo senso anche R. A. NEWMAN, *op. cit.*, p. 553; E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 217; J. F. O'CONNOR, *op. e loc. cit.*; N. W. PALMIERI, "Good faith disclosures required during precontractual negotiations", 70 *Seton Hall Law Rev.*, (1993-1994), p. 70; R. SHAW, "Precontractual negotiations in English law: *Walford v. Miles and its aftermath*", in *Europ. Rev. Priv. Law*, 1994, 2, p. 269.

³³⁸ *Box v. Midland Bank Ltd*, [1979] 2 *Lloyd's Rep* 391.

³³⁹ Che qui si riporta per comodità: "each party to the negotiations is entitled to pursue his/her own interest, so long as he avoids making misrepresentations", [1992] 2 AC 128.

mantenendo una precisa linea di demarcazione tra la fase negoziale e quella contrattuale, riconosce, in capo al ricorrente, il diritto al risarcimento del danno per l'affidamento incolpevole indotto dalle erronee dichiarazioni compiute dalla controparte nel corso delle negoziazioni.

La dottrina della *misrepresentation*, in realtà, pur con l'espansione che ha interessato l'istituto della *negligent misrepresentation*, non può essere considerata un equivalente funzionale della *culpa in contrahendo*. Per quanto riguarda la responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative, in particolare, sono infatti necessari, per l'applicabilità dell'istituto, determinati requisiti: un coordinamento tra l'insorgere, nella controparte, di un ragionevole affidamento ed una dichiarazione quantomeno inesatta.³⁴⁰

È stato osservato, con riguardo alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative, come una *liability in tort* sia difficilmente configurabile, a meno che non sia possibile provare che vi sia *fraud*.³⁴¹

Passando ai rimedi offerti dalla *law of contract* alle ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, la medesima dottrina ha osservato innanzitutto come, anche se le parti convengono espressamente che nessuna di loro "rompa" le trattative, il diritto

³⁴⁰ Cfr. M. J. BONELL, "Responsabilità precontrattuale, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze e... Principi Unidroit", in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 179.

E così è stato osservato che il silenzio, anche se relativo a circostanze rilevanti nell'economia del futuro contratto, rimane escluso dal raggio di azione della tutela offerta (G. CORDERO MOSS, *op. cit.*, p. 10).

³⁴¹ Si veda H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 388, in cui si osserva che "*liability in tort is difficult in this type of cases unless it can be shown that there was fraud because the courts have been reluctant to award damages in tort when the claimant's loss is purely financial*".

inglese nega la validità giuridica di un *contract to negotiate*³⁴², poiché troppo incerto.

Da quanto appena detto, dunque, si comprende come si ponga il problema di tutelare quelle fattispecie in cui una parte nutra un affidamento legittimo sul buon esito della trattativa, e quindi sulla conclusione del contratto, e, tuttavia, detto evento non si verifichi a causa della condotta della controparte che, seppur non illecita, si riveli comunque scorretta. Non riconoscendo alcun rimedio si legittimerebbe un esercizio indebito della libertà di non contrarre.³⁴³

Ora, nei casi in cui, nel corso delle trattative, una parte faccia affidamento sulla promessa fatta dall'altra, si pone il problema della *consideration*, poiché senza di essa una promessa non sarebbe *enforceable*.³⁴⁴ Laddove si sia fatto affidamento su una promessa, proveniente dalla controparte (senza *consideration*) gli attori hanno cercato di utilizzare l'istituto dell'*estoppel* per supplire alla carenza di *consideration*.

Si può dire che l'*estoppel* corrisponda al principio romano-germanico del *venire contra factum proprium*. L'*estoppel*, nelle sue diverse varianti (*promissory estoppel*, *proprietary estoppel*, *estoppel*

³⁴² Sempre nel celebre caso *Walford v. Miles*; in questo caso la House of Lords ha posto fine al dibattito circa la possibilità di ricorrere al c.d. *collateral contract*, e nello specifico a un *contract to negotiate in good faith*, per perseguire comportamenti precontrattuali scorretti. Questo istituto consentirebbe al giudice di ritenere l'esistenza di un contratto o di una stipulazione tacita tra le parti, complementare ed integrativa al contenuto esplicito risultante dal testo contrattuale. Il *contract to negotiate*, a differenza del contratto preliminare, non impone alle parti di pervenire alla stipula di un contratto, ma si limita a volere che esse si impegnino seriamente nel raggiungimento di tale obiettivo.

³⁴³ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 29.

³⁴⁴ "Even if one party had clearly indicated that it would agree to a contract with the other, the promise may be unenforceable for lack of consideration, unless the promise can show that it did or undertook to do something in return" (H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 389).

by representation, estoppel by convention), deriva dall'*estoppel in pais*, un istituto di *equity* che impediva alla parte non degna di un *equitable protection* di poter utilizzare un mezzo probatorio a suo vantaggio così che l'altra parte avrebbe visto volgere a proprio favore l'esito del giudizio.³⁴⁵

Nel contesto della fase precontrattuale assume particolare rilievo, per l'influenza che tale dottrina esercita negli Stati Uniti³⁴⁶ e in Australia³⁴⁷, il *promissory estoppel*.

L'espressione indica un'obbligazione assunta senza *consideration*, in cui, per l'affidamento dato al terzo, alla parte che tale obbligazione ha assunto non è più consentito, in deroga alla regola generale, invocare l'inesistenza giuridica dell'obbligazione. Questa figura va ad intaccare uno dei capisaldi del *common law* e promuove un principio di giustizia ed equità a tutela

³⁴⁵ Cfr. A. MUSY, *op. cit.*, p. 396.

³⁴⁶ Con il leading case *Hoffmann v. Red Owl Stores, Inc.*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1995).

In tema si vedano, *ex multis*, R. A. HILLMAN, "The Richness of Contract Law, An Analysis of Critique of Contemporary Theories of Contract Law", London, 2002, p. 43 e ss; A. T. VON MEHREN, "The Formation of Contracts", in "International Encyclopedia of Comparative Law", Tubingen, 1992, p. 23, in cui si osserva come "the closest common law analogue to the doctrine of culpa in contrahendo is an extended form of promissory reliance or estoppel doctrine".

È stato osservato da H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 400 (che riprende a sua volta FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 238 e A. T. VON MEHREN, *op. cit.*, ch. 9, para. 124) come il famoso caso *Hoffman v. Red Owl Stores*, comunque, "seems to be rather isolated in American law".

Non si può non osservare a riguardo come la decisione sia stata seguita anche in *Pop's Cones, Inc. v. Resorts Intern. Hotel, Inc.*, 704 A.2d 1321, 307 N.J. Super. 461 (N.J. Super. A.D. 1998) e dunque sembra potersi delineare una corrente che applica l'istituto del *promissory estoppel* nei casi *broken off negotiations*.

Per un approccio comparatistico del sistema statunitense con quello italiano si vedano, infine, G. MARINI, "Promessa e affidamento nel diritto dei contratti", Napoli, 1995; D. CARUSO, "La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana", Milano, 1993.

³⁴⁷ Con il caso *Walton Stores (Interstate) Ltd v. Maher*, 164 CLR 387 (1987).

dell'affidamento del terzo indipendentemente dalla sussistenza della *consideration*.

Il merito dell'introduzione di questo nuovo istituto nel panorama giuridico inglese viene attribuito a Lord J. Denning, nel caso *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd*³⁴⁸. Questo istituto, nel diritto inglese, può essere fatto valere solo in via di eccezione e non in via di azione³⁴⁹ (si dice infatti che "*estoppel is a shield and not a sword*"³⁵⁰). E proprio tale limite non consente al promissario di reclamare, autonomamente, la vincolatività delle promesse ricevute nel contesto delle trattative.

L'operare del principio è subordinato al sussistere di due requisiti: (i) una promessa (non vaga né equivoca, esplicita o implicita)³⁵¹; (ii) l'affidamento incolpevole del soggetto che solleva l'eccezione³⁵². *Consideration* ed *estoppel* si spartiscono il medesimo ambito applicativo identificabile nella vincolatività giuridica della promessa; mentre la prima, però, presuppone l'esistere di un

³⁴⁸ *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* [1947] KB 130, "The principle I am putting forward is the natural result of a fusion of law and equity. In my opinion the time has now come for the validity of such a promise to be recognized. The logical consequence, no doubt, is that a promise to accept a smaller sum in discharge of a larger sum, if acted upon, is binding notwithstanding the absence of consideration: and if the fusion of law and equity leads to this result, so much better"

³⁴⁹ Cfr. *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* [1947] KB 130 "Seeing that the principle never stands alone as giving a cause of action in itself, it can never do away with the necessity of consideration when that is an essential part of the cause of action. The doctrine is too firmly fixed to be overthrown by a side-wind... it still remains a cardinal necessity of the formation of a contract".

³⁵⁰ Si veda ad es. M. CHEN-WISHART, *Contract Law*, 2005, pag. 176 "Promissory estoppel operates defensively (to prevent the promisor from enforcing his original rights); it cannot operate offensively (to add to the promisee's enforceable rights or to confer a new cause of action on the promisee where there is no pre-existing legal relationship between the parties)".

³⁵¹ Cfr. *Woodhouse AC Israel Cocoa SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd* [1972] AC 741.

³⁵² Cfr. *D & C Builders v Rees* [1966] 2 QB 617.

bargain, per la seconda è necessaria, nonché sufficiente, una *reliance* ⁽³⁵³⁾.

Bisogna però prendere atto della mancanza di un contributo diretto del *promissory estoppel* nel diritto inglese per la sanzione dei comportamenti scorretti in fase precontrattuale. Esso infatti può trovare applicazione solo laddove vi sia una promessa di non avvalersi di un diritto nascente da contratto.³⁵⁴

È stato osservato come in alcuni casi i ricorrenti che reclamino di essere stati vittime di negoziazioni interrotte in stadio avanzato - avendo essi fatto affidamento sulla conclusione del contratto - abbiano cercato di utilizzare l'istituto del *proprietary estoppel*³⁵⁵. Nel recente caso *Cobbe v. Yeoman's Row Management Ltd*³⁵⁶ si trova una chiara descrizione dell'istituto: "*The estoppel becomes a 'proprietary' estoppel – a sub-species of a 'promissory' estoppel – if the right claimed is a proprietary right, usually a right to or over land (...)*". In base al *proprietary estoppel* il promissario che fa affidamento sulla promessa del proprietario-promittente di

³⁵³ Cfr. M. B. WESSMAN, "*Should we fire the gatekeeper? An examination of the doctrine of consideration*", in *University of Miami Law review*, 1993, p. 24 "*There should no longer be any difficulty in regarding reliance and traditional consideration as alternate, and equally sufficient, bases of contractual liability*".

³⁵⁴ Cfr. H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 400, "*(There is also a doctrine known as promissory estoppel, under which a party who has made a promise without consideration may be prevented from going back on it if the promisee has acted in reasonable reliance on the promise;) but it applies only when the promise is one not to enforce existing contractual rights*".

³⁵⁵ Per una efficace spiegazione dell'istituto cfr. M. CHEN-WISHART, "*Contract law*", Oxford, 2005, p. 181 "*The usual scenario is that A the landowner "stand by" while B improves A's land in the mistaken belief that B is the owner of the land, or while B incurs detriment in reliance on A's promise that he has, or will get, an interest in A's land*".

³⁵⁶ [2008] UKHL 55, [2008] WLR 1752.

concedergli un *interest in the land*, può avere diritto ad essere messo nella condizione promessa su cui fatto affidamento.³⁵⁷

Il caso *Cobbe v. Yeoman's Row Management Ltd* rappresenta un importante tentativo di applicazione dell'istituto in esame ad un caso di rottura di trattative precontrattuali. Nel caso in esame il ricorrente Cobbe si accorda (oralmente) con i convenuti per l'acquisto di un immobile, su cui effettuare dei lavori per ottenere appartamenti da rivendere (il cui ricavato andrà diviso tra il ricorrente e i convenuti). Facendo affidamento sulla conclusione del contratto, ed essendo espressamente incoraggiato e rassicurato dai convenuti in tal senso, il ricorrente incorre in ingenti spese per consulenze di architetti ed altri professionisti e per l'ottenimento dei permessi necessari per effettuare i lavori sull'immobile. I convenuti, poi, recedono dalle trattative e Cobbe agisce in giudizio chiedendo, tra l'altro, che i convenuti siano "*estopped from denying that he had acquired a beneficial interest in the property, because they had acted unconscionably in knowingly inducing and encouraging by their actions his belief, on which he relied to his detriment, that the property would be sold to him and then refusing to honor the oral agreement (...)*". Mentre in primo grado viene riconosciuta l'applicabilità del *proprietary estoppel*, in grado di appello e, successivamente, davanti alla *House of Lords*, le richieste di Cobbe non vengono accolte.

Secondo la dottrina³⁵⁸, con questa decisione la *House of Lords* ha posto molti limiti all'applicabilità dell'istituto del *proprietary estoppel*. La corte ha infatti precisato che esso possa trovare applicazione (i) solo quando l'*interest* sull'immobile sia estremamente certo (mentre nel caso in esame non viene giudicato tale) e (ii) quando le negoziazioni non siano *subject to contract*

³⁵⁷ V. in tema *JT Developments v. Quinn* (1991) 62 P & CR 33 (CA).

³⁵⁸ H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 395.

(mentre nel caso in esame lo sono, per cui il ricorrente non è legittimato a confidare sulla conclusione del contratto).³⁵⁹

Risulta quindi estremamente difficile, a seguito della decisione analizzata, che l'istituto possa essere utilizzato nel contesto delle trattative precontrattuali, per sanzionare condotte di recesso da trattative in stato avanzato. Come è stato osservato,³⁶⁰ infatti, l'*interest* di cui il ricorrente chiede il riconoscimento sarà normalmente ancora *subject to a negotiation* (e quindi ancora non certo); sarà necessario quantomeno un accordo sugli elementi essenziali.

Sembra quindi opportuno concludere l'analisi dell'applicabilità di questi istituti alla fase formativa del contratto riportando l'eloquente pensiero della dottrina in tema: "*Whether the English courts will ever be persuaded to follow the Australian lead and allow promissory estoppels in pre-contract cases of this type may be doubted, particularly in the light of Cobbe's case. That decision, together with Walford v. Miles, suggests that the English courts are not in favor of trying to protect parties who incur in expenditure before there is a contract (unless they have been positively misled by being given incorrect information, as the judge held was in Walford v. Miles)*"³⁶¹.I

Sembra, quindi, che non vi sia posto per una sanzione della rottura ingiustificata delle trattative precontrattuali in diritto inglese, a meno che non sia ravvisabile la fattispecie della *fraudolent misrepresentation*.

³⁵⁹ Inoltre, nel caso in esame, vi sono dei requisiti formali (forma scritta) per i *contracts for the transfer of interests in land* che non potrebbero essere superati concedendo un *proprietary estoppel*.

³⁶⁰ H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. e loc. cit.*

³⁶¹ H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. e loc. cit.*

È stato osservato come, in ultima ipotesi, quando nel corso delle trattative, non conclusesi in un contratto, una parte abbia conferito all'altra, a proprie spese, dei benefici (beni o servizi) senza ricevere alcun vantaggio corrispettivo, possa essere utilizzato l'istituto dell'*unjust enrichment*.³⁶² Evidenti, tuttavia, i limiti intrinseci che questa alternativa presenta all'atto di sanzionare il comportamento scorretto tenuto nel corso delle trattative prenegoziali. Innanzitutto, tale rimedio potrà essere invocato soltanto qualora, nel corso della negoziazione, determinati benefici siano stati trasferiti da una parte all'altra in previsione della futura conclusione del contratto, e vi sia un effettivo arricchimento in capo alla parte che li riceve³⁶³. In secondo luogo, l'onere della prova, gravando sul soggetto che invoca la tutela, imporrà a costui di dimostrare l'arricchimento altrui nonché il suo carattere indebito.³⁶⁴ Infine, la giurisprudenza inglese, tende a consentire l'invocabilità di tale istituto solo nei casi in cui i benefici siano stati

³⁶² Cfr. A. MUSY, *op. cit.*, p. 398.

Il primo caso in cui la *law of restitution* è stata ritenuta concretamente applicabile alla fase formativa del contratto è *William v. Davis*, [1957] 1 WLR 932.

³⁶³ In questo senso P. GILIKER, "A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French and Canadian Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 972, "the restitutionary response does not appear to provide an adequate response to pre-contractual liability. On the basis that the foundation of the claim rests on the fact that the defendant has been unjustly enriched at the claimant's expense, a number of difficulties arise. The requirement of "enrichment" immediately confines claims to circumstances where the defendant has received an identifiable gain" e ancora "pre-contractual damages do not fit easily into a regime of "gain-based" damages".

Estremamente chiara e calzante anche l'opinione di G. CORDERO MOSS, *op. cit.*, p. 10 "Even the doctrine of restitution [...] does not ensure the same results. Restitution aims not at compensating the losses suffered by the other party, but at recovering a benefit gained by the party breaking off the negotiations. If the unjustified break-off has caused losses for the other party but has not resulted in a gain for the party breaking off, therefore, the party suffering losses is not necessarily entitled to compensation under the doctrine of restitution".

³⁶⁴ Cfr. M.P. FURMSTON – T. NORISADA – J. POOLE, "Contract Formation and Letter of Intent", 1998, cap. 10, par. 10.7 "Recovery will be allowed if the defendant has obtained a benefit, at the plaintiff's expense, in circumstances where it would be unjust to allow the enrichment of the defendant".

trasferiti dietro specifica richiesta della controparte e non come semplice iniziativa spontanea ad opera di uno dei soggetti coinvolti;³⁶⁵ allo stesso modo, le corti non ritengono vi sia *unjust enrichment* laddove le prestazioni siano state dichiarate esplicitamente gratuite, oppure quando rientrano nel normale rischio della trattative (*cost of doing business*).³⁶⁶

Per quanto riguarda il risarcimento del danno, il ricorso a *piecemeal solutions* al fine di regolare la responsabilità delle parti nella fase precontrattuale, si riflette inevitabilmente sulla natura del danno risarcibile in queste fattispecie. Il tipo e l'ammontare del danno saranno determinati, infatti, dal tipo di rimedio concretamente invocato dalle parti, nonché concesso dal giudice.

³⁶⁵ Cfr. *British Steel Corp v Cleveland Bridge and Engineering Co. Ltd* [1984] 1 All ER 504, in cui R. Goff J. sostiene “*In my judgement, the true analysis of the situation is simply this. Both parties confidently expected a formal contract to eventuate. In these circumstances, to expedite performance under that anticipated contract, one requested the other to commence the contract work, and the other complied with that request. If thereafter, as anticipated, a contract was entered into, the work done as requested will be treated as having been performed under that contract; if, contrary, to their expectation, no contract was entered into, then, the performance of the work is not referable to any contract the terms of which can be ascertained, and the law simply imposes an obligation on the party who made the request to pay a reasonable sum for such work as has been done pursuant to that request, such an obligation sounding in quasi contract or, as we now say, in restitution*”. Nello stesso senso *Regalian Properties Plc. v London Docklands Development Corp.* [1995] 1 WRL 212, nelle parole di Lord J. Rattee: “*I can well understand why Goff J concluded that where one party to an expected contract expressly requests the other to perform services or supply goods that would have been performable or suppleable under the expected contract when concluded in advance of the contract, that party should have to pay a quantum meruit if the contract does not materialise. The present case is not analogous. The costs for which Regalian seeks reimbursement were incurred by it not by way of accelerated performance of the anticipated contract at the request of LDDC, but for the purpose of putting itself in a position to obtain and then perform the contract*”. In dottrina si veda A. N. KUCHER, “*Pre-contractual liability: protecting the rights of the parties engaged in negotiations*”, reperibile in <http://www.nyulaw.global.org>, 2004, p. 36: “*If there was no special request on the side of one of the parties to commence performance, courts in most cases will decide that the party that commenced performance of the yet-to-be-concluded agreement acted at its own risk and thus cannot claim compensation of damages incurred as a result of such performance of the agreement that has not been concluded*”.

³⁶⁶ Cfr. A. MUSY, *op. cit.*, p. 398.

Occorre, qui, menzionare come, nella tradizione giuridica anglosassone, si faccia riferimento a tre distinti interessi: *restitution interest*, *reliance interest* ed *expectation interest*.³⁶⁷ Il primo, come è facile intuire, rientra nel contesto dei rimedi restitutori, pocanzi menzionati, finalizzati ad impedire l'arricchimento senza giusta causa di una delle parti a danno dell'altra. Il secondo, equivalente al concetto europeo continentale di interesse negativo, mira a porre la vittima dell'illecito nella stessa posizione in cui questa si sarebbe trovata qualora non fosse genericamente intervenuta la promessa della controparte, promessa che, nel contesto della responsabilità precontrattuale, si specifica nelle dichiarazioni rese nella fase formativa, idonee ad ingenerare nell'interlocutore un legittimo affidamento; il terzo corrisponde al concetto di interesse positivo, nel senso dell'utile che la parte avrebbe conseguito dall'esecuzione del contratto.³⁶⁸

A seconda dei casi, dunque, la responsabilità sarà regolata in conformità ai rimedi che informano la disciplina.

Primaria importanza³⁶⁹ riveste, qui, il *reliance interest*, ai sensi del quale il ricorrente può ottenere il risarcimento per le spese

³⁶⁷ In tema L. L. FULLER – W. R. PERDUE, “*The Reliance Interest in Contract Damages*”, in *The Yale Law Journal* vol. 46, 1936, p. 54 “(...) *the prevention of unjust enrichment. The interest protected may be called the restitution interest. (...) to put him in as good a position as he was in before the promise was made. The interested protected in this case may be called the reliance interest. (...) to put the plaintiff in as good a position as he would have occupied had the defendant performed the promise. The interest protected in this case we may call the expectation interest*”.

³⁶⁸ Cfr. H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 401.

³⁶⁹ Poichè sembra non esserci spazio nell'ordinamento inglese per il risarcimento, in simili fattispecie, dell'*expectation interest*, cfr. D. K. ALLEN, “*England National Report*”, in E. HONDIUS (a cura di), “*Precontractual liability, Report to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*”, Kluwer, 1991, p. 143, secondo cui si può riscontrare “*a degree of rigidity in the law's response to pre-contractual losses in that expectation losses are only recoverable if the statements complained of is part of the contract, and in that promissory statements which are not part of a contract cannot be sued on*”.

sostenute (viaggi, redazione di contratto, consulenze, ecc.).³⁷⁰ La dottrina ha sostenuto come i *reliance damages* non siano limitati a ciò, ma comprendano anche il risarcimento per le *lost opportunities*, ad esempio “*the loss a party made by not concluding an alternative contract with a third party due to the fact that he was engaged in negotiations with this party*”³⁷¹. Il concetto di *reliance interest*, appare, così, in sintonia con il corrispondente istituto nel diritto romano germanico, e introduce nella tradizione giuridica di *common law*, una forte connotazione innovativa, in quanto “*(the reliance interest) strikes an appropriate balance between the protection of the misplaced reliance of the promisee and the respect for the freedom of the promisor*”³⁷² (consentendo di individuare una base oggettiva della responsabilità del promittente, pur in assenza di un contratto concluso in ossequio al rigido requisito della *consideration*).

Nei casi di *unjust enrichment*, applicando invece, la *law of restitution*, la parte rimasta pregiudicata nel corso della trattativa avrà diritto alla restituzione o al ristoro di quanto effettivamente conferito alla controparte durante il negoziato.³⁷³

Merita concludere la trattazione della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative nel diritto inglese menzionando una innovativa corrente dottrinale che si interroga sulla ammissibilità, nel modello inglese, di una figura unitaria di *tort*, destinato a

³⁷⁰ Cfr. H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. e loc. cit.*.

³⁷¹ E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, p.225. Non ci sono casi che stabiliscano espressamente quanto sostenuto dalla dottrina, ma nel caso *East v. Maurer*, [1991] 1 WLR 461, si stabilisce che la vittima di *fraud* possa ottenere il risarcimento delle opportunità perse di concludere accordi alternativi.

³⁷² N. COHEN, “*Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*”, *cit.*, p. 51.

³⁷³ Tale indennizzo va tenuto distinto dal concetto di *compensation* che indica, piuttosto, il risarcimento del danno patito.

sanzionare qualsivoglia ipotesi di *precontractual liability* - e a superare, così, le rigidità della tecnica delle *piecemeal solutions* - alla stregua del ruolo assunto dall'art. 1382 del codice francese.³⁷⁴

Nonostante l'autorevolezza delle teorie riportate, e il largo consenso che esse hanno riscosso nel panorama giuridico mondiale, si concorda con la dottrina che dubita che queste abbiano influenzato in maniera significativa l'atteggiamento delle corti inglesi in materia di trattative (d'affari); le corti continuano a sanzionare il comportamento delle parti solo nei casi in cui lo stesso integri i requisiti per l'applicabilità di un rimedio specifico.³⁷⁵

³⁷⁴ P. GILIKER, *op. cit.*, p. 969. La teoria si fonda sugli studi di P. S. ATIYAH (in particolare "*An introduction to the law of contract*", V ed., Oxford, 1995, p. 101 e ss.) secondo cui anche sulle parti coinvolte in trattative graverebbero degli obblighi specifici, appartenenti alla *Law of obligation* (della quale le regole della *tort law* e della *law of contract* sarebbero applicazioni specifiche) tra cui spiccherebbe, ad esempio, il dovere di comportarsi secondo correttezza nelle trattative stesse.

³⁷⁵ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 51.

2. La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative nello spazio giudiziario europeo.

Il tema della responsabilità precontrattuale è stato affrontato specificamente in sede comunitaria, pur se, fino ad oggi, solo sotto un particolare profilo: quello della qualificazione della natura di tale forma di responsabilità al fine di individuare il foro competente ovvero la legge applicabile ad una fattispecie di rilevanza precontrattuale, attraverso gli appositi criteri di collegamento.

Tale attività di qualificazione ha coinvolto, da un lato, il formante giurisprudenziale e, dall'altro, quello legislativo.

2.1 Il formante giurisprudenziale

Per quanto riguarda il primo profilo, la questione della qualificazione giuridica della responsabilità precontrattuale - con riferimento proprio ad un caso di rottura ingiustificata delle trattative precontrattuali - è stata sottoposta all'esame della Corte di Giustizia Europea e da essa specificamente analizzata nel celebre caso *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*³⁷⁶.

³⁷⁶ C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, 2002, E. C. R. I-07357 (ECJ). Per un commento alla sentenza si veda, *ex multis*, G. AFFERNI, "Case note. ECJ: Tacconi", in *E.R.C.L.*, 1/2005, p. 97.

Di seguito si farà riferimento al caso come "Tacconi v. HWS", e alle parti come "Tacconi" e "HWS", o "l'attrice" e "la convenuta".

La decisione, resa in sede di interpretazione pregiudiziale³⁷⁷ della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, stabilisce i criteri cui è rimessa l'individuazione del giudice competente nelle controversie in tema di responsabilità per recesso dalle trattative. Essa è stata pronunciata a sei mesi di distanza dall'entrata in vigore del Regolamento CE n. 44/2001 (che ha sostituito la Convenzione nei rapporti tra Stati Membri dell'Unione europea, esclusa la Danimarca), ma presenta un interesse tutt'ora attuale *“vuoi per la necessaria continuità che presiede al passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina della competenza in materia civile e commerciale³⁷⁸, vuoi (...) per la sostanziale assenza di specifici elementi di novità ricavabili dal regolamento in merito al tema considerato”³⁷⁹.*

È opportuno ancora osservare, prima di analizzare i fatti di causa, come la vicenda in esame assuma un'importanza fondamentale nella definizione del diritto privato dell'Unione europea³⁸⁰, poiché in mancanza di una specifica disposizione della Convenzione disciplinante la materia della responsabilità precontrattuale, questa controversia ha costituito la prima occasione in cui la Corte

³⁷⁷ Ai sensi del Protocollo 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione della Convenzione di Bruxelles.

³⁷⁸ Sulla continuità nell'interpretazione e nell'applicazione del regolamento (le cui norme, specie nella materia della competenza, riprendono in larga misura le disposizioni della Convenzione) si veda il Considerando n. 19 dello stesso Regolamento 44/2001.

³⁷⁹ P. FRANZINA, *“La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo”*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, p. 174.

³⁸⁰ Per un approfondimento sulle maggiori tematiche di diritto privato comunitario si veda G. BENACCHIO *“Diritto privato della Unione Europea – Fonti, modelli, regole”*, 5ª ed., Padova, 2010; e si veda C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *“Manuale di diritto privato europeo”*, Milano, 2007.

di Giustizia si è pronunciata sui profili giuridici delle trattative precontrattuali.³⁸¹

Questa la vicenda, in breve, che ha dato luogo alla decisione della Corte. La Officine Meccaniche Tacconi e la BN Commercio e Finanza, entrambe società italiane, concludono un contratto di leasing, ai sensi del quale la seconda si impegna a comprare, nell'interesse della prima, un macchinario industriale prodotto dalla HWS. La società di leasing e l'impresa tedesca non giungono tuttavia ad accordarsi sull'acquisto. La Tacconi (che aveva sede a Perugia) promuove davanti al Tribunale di Perugia un'azione contro la HWS per far accertare la mancata conclusione del contratto di compravendita a causa dell'ingiustificato rifiuto, da parte della stessa, di acconsentire alla vendita dell'impianto e per chiederne la condanna al risarcimento dei danni subiti secondo le norme sulla responsabilità precontrattuale. Secondo la Tacconi la convenuta, nell'interrompere senza giustificazione e all'improvviso le trattative - quando le stesse avevano già raggiunto uno stadio avanzato e la stessa HWS aveva già accettato il pagamento di un anticipo sul prezzo da parte della BN - avrebbe violato l'obbligo di negoziare in buona fede stabilito dall'art. 1337 c.c. it. e disatteso il suo affidamento, dal momento che essa aveva confidato legittimamente nella conclusione del contratto di vendita tra la HWS e la BN. La HWS eccepisce il difetto di giurisdizione del Tribunale di Perugia, adducendo l'esistenza di una clausola compromissoria stipulata tra le parti, e in via alternativa, invocando l'applicazione dell'art. 5,

³⁸¹ Cfr. M. J. BONELL, "Responsabilità precontrattuale, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze e... *Principi Unidroit*", p. 184.

Prima della sentenza Tacconi, il problema dei criteri di competenza applicabili in materia di responsabilità precontrattuale era stato sottoposto alla Corte di Giustizia in due occasioni, cfr. la sentenza C-89/91 *Shearson Lehman Hutton*, in *Raccolta*, 1993, p. I-139 e ss, punto 7, e la sentenza C-318/93, *Brenner*, ivi, 1994, p. I-4275 e ss, punto 12. In entrambi i casi, però, la questione (che riguardava, in verità, la sussunzione della mala fede *in contrahendo* nella materia dei "contratti conclusi dai consumatori" ex art 13 della Convenzione di Bruxelles) non fu affrontata perché preclusa dalla soluzione data dalla Corte ad altre questioni oggetto del rinvio.

comma 1³⁸² della Convenzione di Bruxelles.³⁸³ La Tacconi allora propone davanti alla Corte di Cassazione istanza di regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c. it., per far dichiarare la giurisdizione del giudice italiano a conoscere della controversia in questione. La Tacconi qualifica l'azione da lei proposta come riguardante un'obbligazione derivante da atto illecito, ai sensi di quanto previsto dall'art. 5, comma 3 della Convenzione di Bruxelles³⁸⁴, che dichiara competente il giudice del luogo dove l'evento dannoso è avvenuto. Si sarebbe dovuto

³⁸² Art. 5, comma 1 della Convenzione di Bruxelles: “*Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente:*

1) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; in materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività; qualora il lavoratore non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto.” Si segnala, al riguardo, che il Regolamento 44/2001 che ha sostituito la Convenzione ha così modificato il primo comma dell'art. 5: “*La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro:*

1) a) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita;

b) ai fini dell'applicazione della presente disposizione e salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio è:

- nel caso della compravendita di beni, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto,

- nel caso della prestazione di servizi, il luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto;

c) la lettera a) si applica nei casi in cui non è applicabile la lettera b)”.

³⁸³ È opportuno evidenziare, come emerge dalle conclusioni dell'Avvocato Generale su cui *infra*, che la convenuta HWS non contestò mai, neanche nel corso del giudizio davanti alla Corte di Giustizia, l'affermazione della Tacconi per cui ella avrebbe interrotto improvvisamente e senza giusta causa i negoziati.

³⁸⁴ Art. 5, comma 3 della Convenzione di Bruxelles: “*(Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente:)*

3) in materia di delitti o quasi-delitti, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto”. Si segnala, al riguardo, che il Regolamento 44/2001 che ha sostituito la Convenzione ha così modificato il terzo comma dell'art. 5: “*(La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro:)*

3) in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire.)

intendere, con ciò, il luogo in cui si è determinato l'impoverimento patrimoniale del soggetto leso e quindi, nel caso di specie, Perugia, luogo in cui il preteso danneggiato aveva la propria sede legale.

Nell'ordinanza di rinvio, la Corte di Cassazione rileva, innanzitutto, che il criterio di competenza speciale previsto dall'art. 5, comma 1, della Convenzione non sembrerebbe applicabile alla responsabilità precontrattuale, poiché la stessa non deriva dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale. Ritenendo, quindi, che sia necessario interpretare la Convenzione di Bruxelles, la suprema Corte italiana sospende il giudizio *de quo* e sottopone alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali:

1. se l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale di un convenuto rientri nella materia dei delitti o quasi delitti (art. 5, n. 3 della Convenzione di Bruxelles);
2. nell'eventualità di risposta negativa, se detta azione rientri nella materia contrattuale (art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles) e, nel caso positivo, quale sia "l'obbligazione dedotta in giudizio";
3. in caso di risposta negativa, se alla detta azione sia applicabile il solo criterio generale del domicilio del convenuto.³⁸⁵

Nella pronuncia della Corte di Giustizia vengono prese in considerazione, innanzitutto, dopo un breve richiamo ai fatti salienti della vicenda, le argomentazioni delle parti³⁸⁶ e della

³⁸⁵ Tacconi v. HWS, par. 10.

³⁸⁶ Come intuibile da quanto sopra esposto, la Tacconi riaffermò, nel procedimento davanti alla CGE, la sua posizione secondo cui la responsabilità precontrattuale rientra nella materia dei delitti o quasi delitti ai sensi dell'art. 5, comma 3 della Convenzione di Bruxelles: poiché nella fase precontrattuale, per definizione, non è stato ancora concluso un contratto, sarebbe evidente che manchi un vincolo obbligatorio di natura contrattuale tra le parti.

La HWS, invece, obiettò che la responsabilità precontrattuale si differenzierebbe dalla responsabilità per delitti o quasi delitti: quest'ultima si

Commissione³⁸⁷. Inoltre, nel rispondere ai quesiti posti dalla Corte di Cassazione italiana, la Corte di Giustizia fa propri gli orientamenti esposti nelle conclusioni dell'Avvocato Generale³⁸⁸ preposto alla causa in questione.

Nella sentenza viene affermata così, in primo luogo, la necessità di interpretare i concetti e le nozioni usate dalla Convenzione di Bruxelles autonomamente³⁸⁹, vale a dire con riferimento

avrebbe tutte le volte in cui una persona viola il dovere generale di *neminem ledere*, mentre la responsabilità precontrattuale potrebbe essere imputata solo nel caso in cui una persona si trovi in un rapporto speciale con la persona che ha subito il danno, in particolare, la relazione derivante dall'aver intrapreso trattative in vista della conclusione del contratto. La HWS concordò che, nel caso di specie, l'art. 5, comma 1, della Convenzione non fosse applicabile, in quanto non era stato ancora concluso un contratto. Concluse, però, che non potendo trovare applicazione nessuno dei due criteri di giurisdizione speciale previsti dall'art. 5, fosse competente a conoscere della causa il giudice tedesco, secondo il criterio generale dell'art. 2 della Convenzione.

³⁸⁷ È stato notato come “nella procedura pregiudiziale, possono svolgere osservazioni scritte e partecipare all'udienza gli Stati membri e le istituzioni comunitarie; la Commissione, considerata la sua funzione di vigilanza sul rispetto dei Trattati, svolge sempre e comunque il suo ruolo di *amicus curiae*” (G. TESAURO, “Diritto comunitario”, 3^a ed., Padova, 2003, p. 356) Le osservazioni presentate dalla Commissione, in qualità di *amicus curiae*, risultano di particolare importanza in una simile ipotesi di rinvio pregiudiziale interpretativo, la cui definizione appare di interesse generale in ambito comunitario. Essa sottolineò, innanzitutto, che tutte le azioni volte ad affermare la responsabilità di un convenuto ricadono sotto uno dei due criteri di giurisdizione speciale previsti dall'art. 5, n. 1 e n. 3. della Convenzione di Bruxelles. Richiamando, poi, il precedente *Handte* ([1992] ECR I-3967), in cui la Corte di Giustizia aveva statuito che la nozione di obbligazione contrattuale presupporrebbe “l'esistenza di un obbligazione liberamente assunta da una parte nei confronti dell'altra”, la Commissione concluse che, essendo la responsabilità precontrattuale basata sui doveri di comportamento imposti dalla legge, la stessa non potrebbe che ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 3.

³⁸⁸ Le conclusioni dell'Avvocato Generale M. L. A. Geelhoed sono disponibili al seguente indirizzo: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000Co0334:En:HTML>

³⁸⁹ Il concetto di “significato autonomo” fu affermato per la prima volta nella sentenza *Peters* (34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, E. C. R., 1983-00987), in cui la Corte precisò che “il concetto di ‘materia contrattuale’ ex art. 5 (1) della Convenzione (...) non deve essere interpretato come semplicemente facente riferimento al diritto nazionale di uno degli Stati contraenti; viceversa questo deve essere inteso come un ‘concetto autonomo’ che, ai fini dell'applicazione della Convenzione, deve essere interpretato facendo principalmente riferimento al

principalmente al sistema e agli obiettivi della Convenzione stessa e non attraverso un semplice rinvio a ciascun ordinamento nazionale, al fine di raggiungere l'obiettivo della uniformazione delle norme in materia di competenza giurisdizionale proprio della Convenzione.³⁹⁰

E così la Corte ricorda come, già in precedenti occasioni, essa avesse definito e sottolineato il carattere residuale dell'art. 5, comma 3, nel senso che la nozione di "materia di delitti e quasi delitti" si riferisce a tutte le domande miranti ad affermare la responsabilità di un convenuto e che non si ricolleghino alla "materia contrattuale" regolata dall'art. 5, comma 1.³⁹¹ Occorre, dunque, considerare preventivamente l'eventuale applicabilità del comma 1 e, solo in caso di esclusione della stessa, passare all'esame dell'applicabilità del comma 3.

Con riguardo all'art. 5, comma 1, la Corte di Giustizia specifica come, pur se l'espressione "materia contrattuale" non richiede la effettiva conclusione di un contratto³⁹², sia comunque essenziale

sistema ed agli scopi della Convenzione, onde garantire la piena efficacia di quest'ultima".

³⁹⁰ Un'interpretazione che tenesse conto del diritto nazionale applicabile farebbe dipendere l'attribuzione della competenza giurisdizionale da circostanze incerte e imprevedibili, per attore e convenuto, in palese contrasto con gli scopi della Convenzione. Cfr. M. J. BONELL, "Responsabilità precontrattuale, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze e... Principi Unidroit", cit., p. 188. Il principio, in tema di responsabilità aquiliana, è espresso nella sentenza *Marinari* (C-364/93 *Antonio Marinari v. Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company*, 1995, E. C. R. I-02719).

³⁹¹ *Tacconi v. HWS*, par. 21. Per quanto concerne il carattere residuale dell'art. 5, comma 3, la Corte di Giustizia cita, quali precedenti, i casi *Kalfelis* (C-189/87 [1988] E. C. R. 5565), *Reichert and Kockler*, (C-261/90 [1992] E. C. R. I-2149); *Réunion Européenne ed altri* (C-51/97 [1998] E. C. R. I-6511).

³⁹² Si sottolinea, in tema, come l'articolo trovi applicazione anche laddove sia in discussione la stessa esistenza del contratto; la *ratio* di un simile orientamento poggia sulla circostanza che, se così non fosse, sarebbe sufficiente per la parte negare l'esistenza di un contratto per escludere l'applicabilità della disposizione in questione. Cfr. L.M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 88.

per l'applicazione della disposizioni in questione, individuare un'obbligazione, poiché la giurisdizione speciale della Corte in materia contrattuale viene determinata in base al luogo in cui l'obbligazione in questione è stata o deve essere eseguita. Inoltre, in linea con sue precedenti pronunce, la Corte sottolinea come l'espressione "materia contrattuale" di cui all'art. 5, comma 1 della Convenzione, non possa ricomprendere fattispecie in cui non esista alcun "obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra"³⁹³.

Nel caso *de quo*, come fa notare l'Avvocato Generale (e come sostiene poi anche la Corte³⁹⁴) non sembra vi sia stata un'obbligazione liberamente assunta dalla HWS nei confronti della Tacconi, e l'obbligo della HWS di risarcire le perdite subite dalla Tacconi a causa della improvvisa e ingiustificata interruzione delle trattative potrebbe derivare solo dalla violazione di norme giuridiche, e in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto.

A completamento dello scenario prospettato, merita ancora soffermare l'attenzione sul ruolo fondamentale che la comparazione

³⁹³ Tale principio è stato espressamente affermato nella sentenza *Handte* (cit. *supra*, in nota 387) dove la Corte stabilisce che "La nozione di "materia contrattuale" ai sensi dell' art. 5, punto 1, della Convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l' esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che va considerata come una nozione autonoma, non ricomprende le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell' altra. Inoltre, lo scopo di tutela giuridica delle persone residenti nella Comunità, che la convenzione, tra l' altro, persegue, postula che le norme di competenza che derogano al principio generale sancito dall' art. 2 della convenzione siano interpretate in modo da consentire al convenuto normalmente accorto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice, diverso da quello dello Stato del proprio domicilio, potrà essere citato".

³⁹⁴ Tacconi v. HWS, par. 25.

giuridica³⁹⁵ assume per la decisione del caso in questione e di conseguenza, più in generale, in sede europea. Dopo aver passato in rassegna i precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, l'Avvocato generale esamina le disposizioni nazionali applicabili al tema oggetto di causa; nello specifico, vengono analizzate le soluzioni accolte nell'ordinamento italiano, tedesco, francese e inglese.³⁹⁶ Particolare attenzione viene prestata anche all'ordinamento olandese, con la soluzione adottata dal Codice civile del 1992, che, vista la sua recente emanazione, ha potuto trarre spunto sia dalle diverse soluzioni nazionali, sia dai dibattiti dottrinali in tema di negoziazioni precontrattuali, in modo da elaborare una disciplina più compiuta per la fattispecie in questione.³⁹⁷

E così è stato osservato, grazie all'indagine comparatistica effettuata e, in particolare, ad un noto precedente del diritto olandese³⁹⁸, la cui definizione ha influenzato anche il Codice civile, che la disciplina del periodo precontrattuale è differente, a seconda dello stadio cui le trattative sono giunte. Di conseguenza, le norme applicabili cambiano in maniera progressiva, da una situazione in

³⁹⁵ Come evidenzia P. G. MONATERI (*"I contratti di impresa ed il diritto comunitario"*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 942), il ricorso in sede comunitaria al metodo della comparazione giuridica deve essere inteso quale comparazione critica, vale a dire *"come comparazione non già volta al recepimento delle regole in vigore nella maggior parte degli Stati, ma anzi, come comparazione che deve rintracciare la soluzione più avanzata, nel senso della soluzione più aderente alla struttura dell'Unione, anche se essa è minoritaria nel diritto dei singoli Stati"*.

³⁹⁶ Su cui si rimanda a quanto analizzato *supra* nel presente Capitolo.

³⁹⁷ Cfr. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 91.

³⁹⁸ Cfr. il celebre caso deciso dalla Hoge Raad, *Plas v. Valburg* (18 giugno 1982, in *Ned. Jur.*, 1983, p. 723) in cui la corte elaborò la l'approccio tripartito al periodo precontrattuale fatto proprio dall'Avvocato Generale e dalla Corte di Giustizia. Il caso è riportato e commentato da H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 404; e da H. KÖTZ – A. FLESNER, (traduzione inglese a cura di T. Weir) *"European contract law"*, vol. I, Oxford, 2002, p. 37; e il Report olandese in E. H. HONDIUS, *"Precontractual liability, Report to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law"*, *cit.*, p. 71.

cui i vincoli imposti alle parti sono più blandi, ad una in cui questi acquistano maggiore rigore. Si arriva, pertanto, ad un momento in cui le negoziazioni non possono essere più interrotte se non per circostanze particolari e, a quel punto, si può anche ravvisare un rapporto di tipo contrattuale creatosi tra le parti, con conseguente obbligo di risarcire l'interesse positivo in caso di violazione dei doveri nascenti dal rapporto.³⁹⁹ Secondo questa impostazione, il periodo precontrattuale, nel diritto olandese, viene suddiviso in tre periodi distinti: una prima fase in cui le negoziazioni possono essere interrotte senza che ciò comporti alcuna forma di responsabilità; una seconda fase in cui le trattative possono, sì, essere interrotte ma con conseguente obbligo di rimborsare la controparte dei costi da essa sostenuti; e una terza fase in cui le negoziazioni non possono più essere interrotte. Quest'ultima fase si raggiunge quando la controparte ripone un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, oppure quando altre circostanze rendono ormai ingiustificato il recesso dalle trattative. E così, se una parte abbandona le trattative in questa fase, essa potrebbe addirittura essere ritenuta responsabile di risarcire il lucro cessante.⁴⁰⁰

È importante notare come, in apertura della sua panoramica comparatistica, l'Avvocato generale abbia fatto espresso riferimento, nel tentativo di offrire un'interpretazione "autonoma" del concetto di responsabilità precontrattuale per rottura

³⁹⁹ Cfr. il *National report* olandese, sub caso 3 "*Breaking off of negotiations*", in S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN, "*Good Faith in European Contract Law*", *cit.*

⁴⁰⁰ A sostegno di tale affermazione, l'Avvocato generale richiama la dottrina olandese (si veda A. S. HARTKAMP, "*Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands*", in 40 *Am. J. Comp. L.*, 551,554 [1992]) che sostiene che in questo stadio le azioni giudiziarie possono essere sussunte sotto l'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1, della Convenzione di Bruxelles, in virtù della "strettezza dei legami" instauratisi tra le parti (cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale, par. 62).

ingiustificata delle trattative, anche ai Principi Unidroit.⁴⁰¹ Egli, in particolare, richiama l'art. 2.15(2) per cui "*la parte che ha (...) interrotto le trattative in mala fede è responsabile per le perdite cagionate all'altra parte*", e il commento n. 2 che spiega come le trattative possano raggiungere un punto superato il quale non è più ammesso interromperle improvvisamente e senza giustificazione, ma che quando questo punto venga raggiunto dipende dalle circostanze del caso: in particolare, si valuta se, in conseguenza del comportamento della parte che recede, l'altra parte potesse ragionevolmente confidare nella conclusione del contratto, oppure se le parti avessero già raggiunto un accordo su un numero elevato di aspetti riguardanti il futuro contratto.

E così, alla luce dell'indagine comparatistica effettuata, l'Avvocato Generale distingue due fasi nel processo di negoziazione: nella prima fase le parti, in ossequio al principio della libertà contrattuale, possono interrompere le trattative in qualsiasi momento senza che in capo alle medesime sorga alcuna responsabilità⁴⁰²; in questa fase l'art. 5 della Convenzione di Bruxelles non ha nessuna rilevanza⁴⁰³: non si sostanzia alcun atto illecito, e nemmeno un contratto. Nella seconda fase, che può seguire alla prima o meno, avendo una parte indotto l'altra a ritenere ragionevolmente che un contratto si sarebbe concluso, esiste un legittimo affidamento che può cagionare danni; una parte non può più interrompere senza motivo e inaspettatamente le trattative. Qualora questo si verifichi, tale comportamento può, in determinate circostanze, determinare un *illecito* e la parte che lo pone in essere può essere condannata al rimborso delle spese sostenute dalla controparte o a un risarcimento per la perdita di

⁴⁰¹ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale, par. 55. Sul tema del rapporto tra diritto europeo e Principi Unidroit si veda oltre.

⁴⁰² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale, parr. 65 e 81.

⁴⁰³ Conclusioni, par. 81.

ulteriori occasioni sofferte⁴⁰⁴. In questa seconda fase, la responsabilità deriva “*dalla violazione di una regola di condotta imposta da una norma di diritto oggettivo, quale ad es. l’art. 1337 c.c. it., oppure l’art. 2.15 dei principi Unidroit, e quindi deve considerarsi di natura delittuale o quasi-delittuale ai sensi dell’art. 5, n.3 (ndr. della Convenzione di Bruxelles)*”⁴⁰⁵. Infine, sulla scorta dell’impostazione propria dell’ordinamento olandese, l’Avvocato Generale ha menzionato anche una terza fase, in cui i rapporti tra le parti sono tanto stretti da permettere la rivendicazione anche di un interesse positivo che si sostanzia o nell’azione volta alla conclusione di un contratto o in un risarcimento di valore equivalente. A suo avviso, peraltro, una situazione del genere ricorrerebbe soltanto a condizione che le parti abbiano assunto precisi impegni l’una nei confronti dell’altra, ad esempio qualora abbiano raggiunto un accordo sugli aspetti essenziali del contratto e lasciato da definire in un secondo momento soltanto alcuni aspetti secondari, oppure qualora una delle parti richieda all’altra di iniziare l’esecuzione del contratto. In questa fase, la responsabilità della parte che recede dalle trattative sarebbe di natura contrattuale e come tale sussumibile sotto la portata applicativa dell’art. 5, comma 1 della Convenzione; l’Avvocato Generale si pone, però, il dubbio se si possa ancora parlare, qui, di una fase “precontrattuale”.⁴⁰⁶

Nella pronuncia in esame, dunque, visto che l’elemento fondamentale dell’applicabilità della disciplina contrattuale rispetto a quella prevista per i casi di delitti e quasi-delitti, è il verificare se sia sorto un obbligo (“liberamente assunto”, come visto sopra), vengono ancora presi in considerazione i criteri di cui all’art. 17

⁴⁰⁴ Conclusioni, parr. 65 e 82.

⁴⁰⁵ M J. BONELL, *op. cit.*, p. 184.

Cfr. anche le conclusioni dell’Avvocato Generale, parr. 75 e 82.

⁴⁰⁶ Cfr. le conclusioni dell’Avvocato Generale, parr. 66, 77-78, e 83-64.

della Convenzione di Bruxelles. Ai sensi di tale articolo, qualora non vi sia ancora un contratto sottoscritto tra le parti, l'esistenza di un obbligo può dedursi, tra l'altro, da (i) pratiche che le parti hanno stabilito tra loro; (ii) nel commercio internazionale, un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.⁴⁰⁷

Siccome nel caso *de quo*, non sembra alla Corte di Giustizia (come all'Avvocato Generale) che vi sia stata un'obbligazione liberamente assunta dalla HWS nei confronti della Tacconi, l'obbligo della HWS di risarcire le asserite perdite subite dalla Tacconi a causa della improvvisa e ingiustificata rottura delle trattative può, secondo la Corte, derivare solo dalla violazione di una norma di diritto (in particolare dalla norma che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative)⁴⁰⁸. La Corte sostiene, allora, che nella fattispecie è chiaro che, se una qualche responsabilità si può riconoscere in capo alla HWS a causa della mancata conclusione del contratto con la Tacconi, non può che trattarsi di una responsabilità di tipo extracontrattuale. Il giudice

⁴⁰⁷ Art. 17, lett. b) e c).

⁴⁰⁸ Al riguardo sono state sollevate critiche da parte della dottrina (E. D'ALESSANDRO, *“La culpa in contrahendo nella prospettiva del regolamento CE n. 44 del 2001 e del regolamento CE n. 864 del 2007 (Roma II). Rapporti con la tecnica processuale degli ‘elementi a doppia rilevanza’”*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, p. 279), che ha osservato: *“Verosimilmente i giudici comunitari facevano riferimento all’art. 1337 del codice civile italiano. Così facendo, tuttavia, la Corte di Giustizia finisce per fare ciò che non voleva, ossia fornire un criterio interpretativo della norma sulla competenza giurisdizionale che non prescinde dalla legislazione dei singoli Stati membri ma che, invece, dipende dalla legge applicabile al merito della controversia: difatti, evidentemente, i giudici comunitari ipotizzano che sia la legge sostanziale italiana a regolare lo svolgimento delle trattative precontrattuali”*. Mentre invece, come sostiene l'autrice, secondo i criteri previsti dal Regolamento Roma II (di cui si veda in seguito), sarebbe la legge tedesca a disciplinare il merito della controversia.

europeo, dunque, così risponde alla (prima)⁴⁰⁹ questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di cassazione italiana: *“In un contesto come quello della causa principale, caratterizzata dalla mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti dell'altra in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto e dall'eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'ambito di tali trattative, l'azione con cui far valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi-delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale”*.

In conclusione, quindi, ai soli fini del Regolamento 44/2001 che sostituito, come visto sopra, le disposizioni della Convenzione di Bruxelles, la responsabilità precontrattuale, con riguardo specificamente alla responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative, deve essere ricondotta alla responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'accezione comunitaria di tale istituto. Ciò, a condizione, ovviamente, che non ricorrano i presupposti per la configurabilità di un impegno volontariamente assunto tra le parti, poiché in tal caso la fattispecie dovrebbe ricadere sotto l'ambito di applicazione della giurisdizione speciale in materia contrattuale.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Poiché la prima questione è stata risolta in senso affermativo, la Corte di Giustizia non ha più ravvisato la necessità di rispondere alle altre due questioni sollevate in sede di rinvio dalla Corte di Cassazione.

⁴¹⁰ Se ne deduce, come nota E. D'ALESSANDRO, *op. cit.* p. 279, che secondo i giudici comunitari, a fronte di una controversia riguardante la responsabilità precontrattuale – concernente, più probabilmente, la *violazione di obblighi diversi* rispetto a quello di buona fede nelle trattative prenegoziali – la giurisdizione potrebbe fondarsi, a seconda dei casi, vuoi sull'art. 5, n.1, vuoi sull'art. 5, n.3, posto che l'applicazione della prima disposizione non esige l'avvenuta conclusione di un contratto.

Questi principi sono stati ribaditi dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Engel* (del 25 gennaio 2005, nella causa C-27/02), pronunciata a seguito di

Sulla scorta delle critiche sollevate dalla dottrina tedesca⁴¹¹ a seguito di tale decisione, anche parte della nostra dottrina ha osservato come, se il criterio in base a cui valutare l'ambito di operatività dell'art. 5, n.1, Reg. 44/2001, è quello della volontaria assunzione di comportamenti che determinano l'assunzione di un obbligo, in virtù di condotte consapevoli rivolte verso altri soggetti, allora ogni controversia riguardante la responsabilità precontrattuale sarebbe da ascrivere proprio a tale disposizione, piuttosto che a quella di cui al n. 3 di tale articolo.⁴¹²

Vale ancora la pena di riportare una decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana⁴¹³ che adatta il principio stabilito

questione interpretativa sollevata dall'autorità giurisdizionale austriaca. Una cittadina austriaca aveva infatti citato in giudizio un'impresa tedesca, operante nel campo della vendita per corrispondenza, che le aveva indirizzato una lettera, ingenerando in lei la convinzione di aver vinto un premio. La presunta vincitrice aveva invocato, in causa, l'applicazione dell'art. 5 della legge austriaca sulla tutela dei consumatori che prevede che gli imprenditori che inviano al consumatore promesse di assegnazione di premi o altre analoghe comunicazioni, suscitando nel consumatore l'impressione di aver vinto un determinato premio, devono consegnare al consumatore detto premio; tale premio può essere richiesto anche per via giudiziaria. Da questa causa era sorta la questione interpretativa davanti alla Corte di Giustizia, riguardante la definizione della disposizione della Convenzione di Bruxelles fondante la competenza giurisdizionale. E così la Corte di Giustizia, dopo aver escluso che si fosse in presenza di un contratto concluso con un consumatore poiché la destinataria della lettera non aveva effettuato alcun ordine di acquisto, ha stabilito l'applicabilità dell'art. 5, n.1, della Convenzione, sostenendo la sussistenza (pur in assenza della conclusione di alcun contratto) di un'assunzione volontaria di un'obbligazione, rappresentata, nel caso di specie, dall'invio della lettera da parte della società tedesca.

⁴¹¹ Si veda il Report tedesco sull'applicazione del Reg. 44/2001, B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, *“Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States”*, in Study JLS/C4/2005/03.

⁴¹² P. FRANZINA; *op. cit.*, p. 222.

⁴¹³ SS. UU., ord. 10.7.2003, n. 10896. in *Corriere Giur.*, 2004, 4, p. 482. Si veda anche la più recente [SS. UU., ord. 17.12.2007, n. 26479, in Mass. giur. it., 2007, che ribadisce il concetto con riferimento al Regolamento 44/2001](#): *“Nella disciplina della competenza giurisdizionale di cui al regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, il criterio di collegamento posto dall'art. 5, numero 3, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, opera anche per l'azione con cui si faccia valere la responsabilità precontrattuale del convenuto (...)”*.

dalla Corte di Giustizia nella sentenza Tacconi alla versione italiana del Regolamento 44/2001, e che così prevede: “*questi criteri (ndr. quelli enunciati nella sentenza Tacconi) trovano applicazione anche nei giudizi regolati dal Regolamento (CE) n. 44/2001, perché la locuzione ‘delitti o quasi delitti’ contenuta nella Convenzione è stata sostituita nel Regolamento e nella sola versione italiana, con quella di ‘in materia di illeciti civili dolosi o colposi’, per i quali ricorre la giurisdizione del giudice del luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto o può avvenire*”⁴¹⁴

2.2 Il formante legislativo

La questione delle trattative precontrattuali è stata affrontata anche, più recentemente, in sede di emanazione del Regolamento c.d. “Roma II”⁴¹⁵ sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, destinato a trovare applicazione con riguardo alle fattispecie rientranti nella nozione di responsabilità civile, secondo la definizione propria del diritto comunitario⁴¹⁶.

È stata notata, in tema, una diretta influenza della sentenza Tacconi sulla riconduzione della fattispecie della *culpa in*

⁴¹⁴ La sentenza così continua: “*Nella materia, quindi, la giurisdizione deve essere attribuita a detto giudice e, per luogo in cui l’evento è avvenuto, si deve intendere sia quello in cui è stato posto in essere il comportamento del danneggiante denunciato dall’attore, sia quello, eventualmente diverso, in cui lo stesso attore ha subito inizialmente il danno causato da quel comportamento*”.

⁴¹⁵ Regolamento (CE) n.846/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali.

⁴¹⁶ L’art. 2 del Regolamento, in particolare, prevede che “*Ai fini del presente regolamento, il danno comprende ogni conseguenza derivante da fatto illecito, arricchimento senza causa, negotiorum gestio o culpa in contrahendo*”.

contrahendo, in sede legislativa, nell'alveo della responsabilità extracontrattuale.⁴¹⁷ E ciò anche se la sentenza esaminata non si riferiva alla responsabilità precontrattuale in generale ma soltanto alla specifica ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative.⁴¹⁸

La tematica è stata affrontata dal legislatore comunitario dal punto di vista della legge applicabile a tale fattispecie, mediante la predisposizione di criteri di collegamento appositamente volti a determinare la legge applicabile in casi di *culpa in contrahendo* (*rectius*, in caso di “*obbligazioni extracontrattuali derivanti da trattative precontrattuali*”).

E così, in ipotesi di obbligazioni extracontrattuali derivanti da trattative precontrattuali, in virtù del disposto dell'art. 12 del Regolamento, e a prescindere dal fatto che il contratto sia stato effettivamente concluso o meno, sarà applicabile la legge che si applica al contratto o che sarebbe stata applicabile al contratto se lo stesso fosse stato concluso.⁴¹⁹

Anche in questa sede, la nozione di *culpa in contrahendo* è “autonoma” ai fini dell'interpretazione del Regolamento in questione, e non va interpretata secondo il diritto nazionale. Ciò viene espressamente previsto dal Considerando n. 30 del Regolamento che così dispone: “*La culpa in contrahendo ai fini del presente regolamento è una nozione autonoma e non dovrebbe necessariamente essere interpretata ai sensi del diritto interno*”; nel cercare di definire la nozione, il Considerando prevede anche che:

⁴¹⁷ E. D'ALESSANDRO, *op. e loc. cit.*, che sostiene che “*La posizione assunta dai giudici comunitari nella pronuncia Tacconi ha fatto sì che l'istituto della culpa in contrahendo fosse ricondotto alla sfera di applicazione del Reg. Roma II riguardante la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, piuttosto che all'ambito di operatività del Reg. Roma I (concernente, invece, la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali)*”.

⁴¹⁸ R. ARENAS GARCIA, “*La regulaciòn de la responsabilidad precontractual en el regolamento Roma II*”, in http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf, *Revista para el analisis del Derecho*, Barcelona, 2008.

⁴¹⁹ Art. 12, comma 1.

“Essa dovrebbe includere la violazione dell’onere di informare e l’interruzione delle trattative contrattuali. Ciò significa che, se durante le trattative precontrattuali una persona subisce lesioni alla sfera personale, si dovrebbero applicare l’articolo 4 o altre disposizioni pertinenti del presente regolamento”.

L’art. 12 in tema di trattative precontrattuali prosegue prevedendo che, qualora la legge applicabile non possa essere determinata in base al principio stabilito nel primo comma, troverà applicazione la legge del paese in cui si verifica il danno, oppure quella del paese in cui le parti hanno la loro residenza abituale (se si tratta del medesimo paese), oppure quella del paese con cui esistono collegamenti manifestamente più stretti.

È stato osservato come la valenza degli interventi legislativi in esame, se da un lato dimostra una maggiore consapevolezza a livello europeo della rilevanza dei rapporti precontrattuali, dall’altro, però, appare molto limitata, se si considerano la varietà e la complessità delle problematiche sottese alle ipotesi di *culpa in contrahendo*.⁴²⁰ Ci si trova nuovamente di fronte, infatti, a un approccio di tipo internazionalprivatistico, poichè lo scopo delle disposizioni riportate - in linea con quello del Regolamento Roma II in sé - è quello di definire soltanto i criteri di collegamento applicabili alle fattispecie di responsabilità precontrattuale laddove vi sia un conflitto di leggi.

Una presa di posizione convincente sulla natura della responsabilità nelle fattispecie in questione, a ben vedere, sembra mancare.

Infatti, se a prima vista il diritto positivo europeo (Reg. Roma II) sembra in linea con l’orientamento della Corte di Giustizia volto a includere la responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative nell’ambito della responsabilità extracontrattuale, ad un’analisi più

⁴²⁰ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 98.

attenta del criterio di collegamento effettivamente scelto dal Regolamento Roma II per le ipotesi di “obbligazioni extracontrattuali derivanti da trattative precontrattuali”, ci si accorge che non è propriamente così, è una “mera apparenza”⁴²¹.

Secondo il primo comma dell’art. 12, infatti, la legge regolatrice della fattispecie (quella che si applica o che sarebbe stata applicabile al contratto, se lo stesso fosse stato concluso) finisce per essere quella individuata secondo i criteri di collegamento sanciti dal Regolamento Roma I (sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali),⁴²² che diventa così indirettamente applicabile alla responsabilità precontrattuale, nonostante il disposto dell’art. 1, par. 2, lett. i), Reg. Roma I.⁴²³

⁴²¹ E. D’ALESSANDRO, *op. e loc. cit.*

⁴²² Si veda in tema anche quanto commentato da C. CRAVETTO – B. PASA, “*The ‘non-sense’ of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts*”, *cit.*, p. 778.

⁴²³ Già prima dell’emanazione del Regolamento Roma II, vi era una parte di dottrina (ad es. si vedano A. DAVÌ, “*Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*”, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 302 e ss., spec. p. 345; C. BRIÈRE, “*Le règlement (CE) no 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligation non contractuelles (Rome II)*”, in *Journ. dr. int.*, 2008, p. 31 e ss., spec. p. 40.; R. ARENAS GARCIA, *op. e loc. cit.*) che riteneva che la responsabilità precontrattuale potesse essere compresa (in generale) sotto la sfera applicativa della Convenzione di Roma del 1980, sul presupposto che essa costituisse una fattispecie di responsabilità negoziale. Secondo questa impostazione, le controversie in tema di *culpa in contrahendo* sarebbero state disciplinate dalla legge regolatrice del contratto che avrebbe dovuto essere concluso tra le parti, e non dalla legge individuata secondo i criteri di conflitto in caso di responsabilità aquiliana.

Di fatto, poi, in sede di emanazione del Regolamento Roma II, solo i lavori preparatori del Regolamento hanno effettivamente ricondotto la disciplina della *culpa in contrahendo* al *genus* delle obbligazioni extracontrattuali sulla scorta di quanto stabilito nella pronuncia Tacconi, con conseguente operatività dei criteri di collegamento che sarebbero poi stati indicati dall’art. 4 del Reg. Roma II: in prima battuta, dunque, il merito delle controversie sulla responsabilità precontrattuale sarebbe stato disciplinato dalla legge del paese in cui danno si fosse verificato, indipendentemente dallo Stato in cui fosse avvenuto il fatto determinante il danno e a prescindere dal paese in cui si fossero verificate le conseguenze indirette del danno stesso.

Quando si è trattato di redigere il testo definitivo del Regolamento Roma II, sono state probabilmente tenute in considerazione le critiche espresse nei confronti di tale soluzione, in particolare dalla dottrina tedesca (su cui si veda ampiamente E. D’ALESSANDRO, *op. e loc. cit.*).

Come osserva la citata dottrina, è evidente che il risultato cui si tende è quello di far coincidere la legge applicabile alla responsabilità precontrattuale con quella applicabile al contratto, nell'ipotesi in questo venga successivamente concluso ma vi sia stata anche violazione dell'obbligo (di natura precontrattuale) di informazione della controparte. Non è chiaro, tuttavia, con riguardo all'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative, quale sia in concreto il criterio di collegamento del Reg. Roma I applicabile: se quello stabilito dall'art. 4, parr. 1 o 2, oppure se debba ritenersi che la legge applicabile al merito del contratto non sia determinabile, con conseguente applicazione del criterio sussidiario di cui al par. 4.

La questione della qualificazione della natura della responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative⁴²⁴, e della definizione e armonizzazione delle norme di diritto sostanziale applicabile alla fattispecie sembra, quindi, essere ancora aperta. Posto che la nozione di *culpa in contrahendo* (come visto espressamente nel Considerando 30 del Regolamento Roma II) deve essere una nozione comunitaria, è molto sentita l'esigenza dell'ausilio dell'attività interpretativa della Corte di Giustizia⁴²⁵ in questo campo.

⁴²⁴ Questione di primaria importanza, se si considerano le divergenze esistenti tra i principali ordinamenti giuridici europei sopra considerati.

⁴²⁵ La cui attività, probabilmente, interferirà anche sulla nozione di *culpa in contrahendo* ai fini dell'applicazione dell'art. 5, Reg. 44/2001.

3. Osservazioni conclusive

Occorre effettuare alcune considerazioni conclusive circa il rapporto tra il diritto europeo (con espresso riferimento in questa sede al Regolamento 44/2001 – Convenzione di Bruxelles) e i Principi Unidroit. L'Avvocato generale della causa che ha portato alla pronuncia Tacconi richiama espressamente i Principi Unidroit, nel tentativo di offrire un'interpretazione "autonoma" del concetto di responsabilità precontrattuale; la sentenza della Corte di Giustizia, che segue da vicino le conclusioni dell'Avvocato Generale, costituisce quindi, secondo la dottrina, un "*primo – sia pure implicito – riconoscimento del possibile ruolo dei Principi UNIDROIT come mezzo di interpretazione della Convenzione di Bruxelles*"⁴²⁶ e dunque, del diritto europeo. L'Avvocato Generale, riferendosi ai Principi Unidroit senza ulteriori spiegazioni, sembrerebbe intendere che è ormai generalmente riconosciuto che essi possano rappresentare una fonte per l'interpretazione "autonoma" della nozione di responsabilità precontrattuale nel contesto della Convenzione (e del Regolamento). D'altro canto, come è stato osservato dalla medesima dottrina, la possibilità di utilizzare i Principi Unidroit come mezzo per interpretare o integrare il diritto internazionale uniforme è esplicitamente prevista nel loro Preambolo⁴²⁷, oltre che essere stata riconosciuta da parte dei tribunali arbitrali e, pur in misura ridotta, da parte dei tribunali nazionali⁴²⁸.

⁴²⁶ M J. BONELL, *op. cit.*, p. 184

⁴²⁷ Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali, Preambolo, par. 5: "*I principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione del diritto internazionale uniforme*".

⁴²⁸ La maggior parte di queste sentenze riguarda l'interpretazione la integrazione della Convenzione di Vienna; per un elenco di decisioni rilevanti si veda M. J. BONELL, "*I Principi Unidroit nella pratica*", Milano, 2002, p. 58.

Un tale metodo di utilizzazione dei Principi Unidroit ha anche incontrato delle critiche⁴²⁹, sia in considerazione del carattere privato e non vincolante dei Principi, sia – con riferimento a strumenti adottati prima della pubblicazione degli stessi – sulla base del fatto che i Principi, essendo più recenti, non possono essere usati per interpretare strumenti meno recenti. Ma l’osservazione più interessante, per quanto concerne il tema del presente elaborato, è sicuramente quella per cui, volendo utilizzare uno strumento di *soft law* per l’interpretazione della Convenzione di Bruxelles, bisognerebbe utilizzare uno strumento di matrice propriamente europea, piuttosto che i Principi Unidroit; in particolare, la dottrina citata fa riferimento ai *Principles of European Contract Law* (PECL)⁴³⁰, già esistenti al momento della pronuncia Tacconi.

È vero, da un lato, che i PECL non contengono una disposizione equivalente al punto 5 del Preambolo dei Principi Unidroit, ma, d’altro canto, il Commento B all’art. 1:101(1), prevede che “*in ogni caso di rapporti intracomunitari in cui siano da applicare le norme generali di diritto dei contratti degli Stati membri questi Principi offrono (...) agli organi dell’Unione o alla Corte di Giustizia della Comunità un sistema di norme attentamente elaborato, fondato sulla ricerca comparativa*”.

E lo stesso discorso sembra valere, oggi, a parere di chi scrive, anche con riguardo al *Draft Common frame of Reference*, viste le funzioni che lo stesso strumento si prefigge di assolvere. Anche se,

Si veda, per un continuo aggiornamento sulla casistica in materia, la banca dati UNILEX, <http://unilex.info>.

⁴²⁹ Su cui si veda M. J. BONELL, “*Responsabilità precontrattuale, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle sentenze e... Principi Unidroit*”, cit., p. 190.

⁴³⁰ Cit. nel precedente capitolo, e di cui anche nel capitolo seguente.

come si legge nel testo⁴³¹, “Uno dei principali propositi del DCFR è quello di fungere da fonte opzionale di regole, concetti e termini per quanti sono chiamati a redigere contratti e progetti legislativi”, viene espressamente dichiarato che “Si auspica che le regole si rivelino altresì utili per giudici, arbitri, operatori, ricercatori ed accademici”. L’utilità che possono trarne i giudici, in particolare, è, tra le altre, proprio quella di utilizzare il testo di *soft law* per interpretare le questioni di diritto sottoposte al suo esame, in maniera da contribuire all’interpretazione uniforme del diritto contrattuale in ambito europeo. E così, è già possibile trovare esempi di interpretazione delle questioni di diritto controverse, portate davanti alla Corte di Giustizia, in maniera conforme al disposto del DCFR⁴³²: si tratta, proprio, dell’interpretazione di disposizioni del Regolamento n.44/2001, a seguito di questioni sollevate da un giudice nazionale, sulla competenza in materia di contratti conclusi con i consumatori. L’Avvocato generale, nella causa in esame, nel cercare di delineare un’interpretazione “autonoma” del concetto di “conclusione” del contratto, analizza, oltre alle varie soluzioni nazionali, la soluzione adottata nel DCFR e così si esprime: “ (...) dal documento redatto da un gruppo di esperti *Draft Common Frame of Reference* (in prosieguo: il «*DCFR*»), che costituirà forse in futuro una base di partenza per la creazione di una disciplina unitaria del diritto privato europeo, risulta che il contratto è concluso qualora le parti intendano allacciare un rapporto giuridico vincolante oppure ottenere qualche altro effetto giuridico, e pervengano ad un sufficiente grado di consenso (art. II.-4:101)”⁴³³. Per completezza, si segnala che l’Avvocato Generale richiama espressamente, in quella

⁴³¹ DCFR, Commenti all’art. I.-1:101 (“Ambito di applicazione”).

⁴³² Cfr. le conclusioni dell’Avvocato Generale Verica Trstenjak, nella causa C-180/06 *Renate Ilsinger v. Martin Dreschers (curatore fallimentare della società Schlank & Schick GmbH)*, reperibili al sito internet eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX...IT...

⁴³³ Cfr. le Conclusioni dell’Avvocato Generale al par. 49.

sede, anche le disposizioni dei PECL (“*Analoghe disposizioni erano già contenute nei Principi di diritto europeo dei contratti (...)*”)⁴³⁴.

Quanto sopra descritto non può che rappresentare un segnale positivo, testimone del fatto che gli operatori del diritto a livello europeo stanno prendendo coscienza del corpus di regole del DCFR e stanno attribuendo ad esso la giusta importanza e valenza interpretativa, nell’ottica di una progressiva uniformazione del diritto contrattuale europeo.

Considerando gli ultimi sviluppi a livello di futura legislazione di settore (e ci si riferisce qui alla proposta ufficiale per l’adozione di un Regolamento recante un strumento opzionale⁴³⁵, visto sopra), i prossimi passi per contribuire concretamente all’uniformazione del diritto europeo dei contratti si avranno quando anche i giudici nazionali utilizzeranno gli strumenti di *soft law* europei per interpretare le questioni di diritto controverse sottoposte al loro giudizio.

⁴³⁴ Conclusioni, par. 50

⁴³⁵ Anche in questa sede è, logicamente, prevista espressamente la necessità di un’interpretazione “autonoma” dello strumento, e precisamente al Considerando 29 e all’art. 4 del CESL.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ PER ROTTURA INGIUSTIFICATA DELLE TRATTATIVE NEGLI STRUMENTI DI UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO CONTRATTUALE

1. L'approccio della proposta di Regolamento per l'adozione di un *Common European Sales Law*

Si passa ora all'analisi della disciplina della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative precontrattuali nei progetti di uniformazione del diritto dei contratti in Europa.

Occorre partire, *in primis*, dall'esame della recente proposta di Regolamento per l'adozione di un *Common European Sales Law*⁴³⁶.

E così, ci si trova subito di fronte al dato di fatto che una norma specifica in tema di recesso ingiustificato dalle negoziazioni precontrattuali non è stata contemplata nella proposta ufficiale della Commissione.

A ben vedere, non è previsto espressamente nemmeno il più generale principio di comportamento secondo buona fede nel corso delle trattative.

Il CESL regola la fase precontrattuale prevedendo delle specifiche disposizioni⁴³⁷ sul contenuto e le tipologie di obblighi informativi⁴³⁸

⁴³⁶ COM(2011) 653 final, *cit.*

che devono essere rispettati dal professionista in tale contesto, sia nei contratti con i consumatori, sia nei contratti con altro professionista (evidentemente in situazione di disparità informativa). Addirittura scompare il riferimento stesso ad una fase di “trattativa”, e si fa riferimento, invece, alla fase di “conclusione di un contratto vincolante”⁴³⁹. Diversamente, il lavoro del Gruppo di esperti menzionato nel primo capitolo del presente elaborato⁴⁴⁰, che può considerarsi un “predecessore”⁴⁴¹ della proposta di Regolamento, dedicava una sezione⁴⁴² allo svolgimento delle trattative secondo il principio di buona fede e si prevedeva una responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative.

⁴³⁷ Si tratta degli art. da 13 a 28 CESL, con l’aggiunta dell’art. 29 sui *Rimedi in caso di violazione degli obblighi di informazione*.

⁴³⁸ Si vedano in tema, C. CRAVETTO B. PASA, “*The ‘non-sense’ of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts*”, cit.; A. DE BOECK, “*B2B Information Duties in the Feasibility Study: Analysis of Article 23*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, vol. 6, p. 787;

⁴³⁹ La Parte II del CESL è intitolata, in inglese, “*Making a binding contract*”, e contiene, oltre alle disposizioni sulle *Informazioni Precontrattuali* (Cap. II), anche le disposizioni sulla *Conclusione del Contratto* (Cap. III), quelle sul *Diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali conclusi tra professionisti e consumatori* (Cap. IV), e quelle sui *Vizi del consenso* (Cap. V).

⁴⁴⁰ “*Feasibility Study*”, cit., Cap. I.

⁴⁴¹ E parte di quel “moto pendolare europeo” descritto da S. MAZZAMUTO, “*La nuova direttiva sui diritti del consumatore*”, in *Europa e diritto privato*, 2011, 4, p. 861.

⁴⁴² Sez. 6 del *Feasibility Study*. (“*Section 6 Duties to negotiate in good faith and to respect confidentiality*”; in particolare “*Article 27: Negotiations contrary to good faith and fair dealing*”:

(1) *A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*

(2) *A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.*

(3) *A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.*

(4) *It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.”* Il testo dell’articolo è ripreso esattamente dall’art. II.-3:301 del *Draft Common Frame of Reference*.

La soluzione, drastica, adottata nel CESL è probabilmente la conseguenza del restringimento dell'ambito di applicazione dello strumento al solo contratto di vendita⁴⁴³ e alla scelta di adozione di uno strumento di tipo “*opt in*”.

Di qui l'alternativa, considerare l'assenza, nel contesto di riferimento, di una regolamentazione della trattativa quale mancanza di considerazione giuridica della stessa, oppure effettuare uno sforzo interpretativo del dato testuale e rinvenire comunque una valenza della fase precontrattuale.

Si predilige, chiaramente, la seconda alternativa e si nota come la scelta di omissione di regolamentazione effettuata dal CESL presenti qualche incongruenza.

Nel corso dell'articolato, infatti, si ritrovano espressi riferimenti alle trattative precontrattuali: in particolare si prevede che (i) nell'interpretazione del contratto si debba aver riguardo, tra l'altro, alle circostanze in cui è stato concluso, “*comprese le trattative*”⁴⁴⁴, e (ii) se l'adempimento diventa eccessivamente oneroso a causa del mutamento straordinario di circostanze, le parti hanno il dovere di “*sono tenute ad avviare trattative intese a modificare o risolvere il contratto*”⁴⁴⁵.

Inoltre, è difficile trovare una congruenza tra la scomparsa del dovere di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative e la presenza di una lunghissima sezione del CESL relativa ai doveri informativi precontrattuali⁴⁴⁶. Non sono anch'essi

⁴⁴³ Sulla “contrattualizzazione” del testo si veda A. VENEZIANO, “*Conclusion of the contract*”, in R. SCHULZE - J. STUYCK (a cura di) “*Towards a European Contract Law*”, Munich, 2011, pp. 81-95, spec. p. 86.

⁴⁴⁴ Art. 59, lett. a), CESL.

⁴⁴⁵ Art. 89 (1) CESL.

⁴⁴⁶ Potrebbe sembrare, in realtà, che vi sia una “contrattualizzazione” dei doveri informativi precontrattuali, che diventano parte del contratto stesso (v. ad esempio B. PASA, “*La forma informativa nel diritto contrattuale*”

tradizionale espressione del generale dovere di buona fede precontrattuale? Il generale dovere di buona fede sembra continuare a permeare l'intero strumento⁴⁴⁷ e trova riconoscimento esplicito con riguardo alla fase esecutiva del contratto. Prevedere una forma di responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative sembrerebbe in linea con le disposizioni esplicite in tema di buona fede e con l'importanza che viene, giustamente, attribuita alle negoziazioni in sede di interpretazione del contratto.

Secondo l'impostazione del CESL, restano, dunque, prive di chiarificazione le questioni fondamentali, in tema di responsabilità per rottura ingiustificata dalle trattative, riscontrate nel precedente capitolo in sede di esame della fattispecie nelle esperienze europee.

européo", Napoli, 2008) e vengono, infatti, inclusi nel CESL nella regolamentazione del "contratto" di vendita; sembra potersi delineare, con ciò, una distinzione all'interno dei doveri precontrattuali, tra quelli propriamente pre-contrattuali e non?

Si vedano in tema anche le osservazioni di S. GRUNDMANN, "The Future of Contract Law", in *E. R. C. L.*, 2011, 4, p. 491-527, spec. p 520, in tema di *formation of contract*.

⁴⁴⁷ Si vedano il Considerando n. 31: "È auspicabile che la collaborazione fra le parti sia improntata al principio della buona fede e della correttezza. Alcune disposizioni costituiscono manifestazioni specifiche del principio generale della buona fede e della correttezza e dovrebbero pertanto prevalere sul principio generale, che quindi non deve servire per modificare gli specifici diritti e obblighi delle parti definiti nelle norme. Gli obblighi concreti che discendono dal principio della buona fede e della correttezza dovrebbero dipendere anche dal livello relativo di perizia delle parti e non essere quindi gli stessi nelle transazioni tra imprese e consumatori e nelle transazioni fra imprese. Nei rapporti tra imprese, è opportuno che le buone pratiche commerciali della specifica situazione interessata costituiscano un fattore rilevante a questi fini"; - l'art. 2, let. b) del Regolamento: "(Ai fini del presente regolamento si intende per:) 'buona fede e correttezza': uno standard di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e considerazione degli interessi dell'altra parte della transazione o del rapporto in questione";

- l'art. 2 del CESL: "Buona fede e correttezza":

"1. Le parti sono tenute ad agire secondo buona fede e correttezza.

2. La violazione di tale dovere può precludere alla parte l'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbe altrimenti valersi, oppure può renderla responsabile per qualsiasi danno derivante dalla violazione all'altra parte.

3. Le parti non possono escludere l'applicazione del presente articolo, né derogarvi o modificarne gli effetti".

Si vedano inoltre tutti gli articoli in tema di doveri informativi precontrattuali e gli articoli sul dolo (art. 49), sull'interpretazione del contratto (art. 59), sulle clausole implicite (art. 68), sulle clausole inique (artt. 83, 86 e 170).

In particolare, manca, innanzitutto, una presa di posizione sulla natura della responsabilità precontrattuale in generale e sulla tipologia di danno risarcibile, posto che l'art 29, che sanziona la violazione degli obblighi informativi precontrattuali, si limita a prevedere che *“La parte che viola gli obblighi imposti dal presente capo risponde di qualsiasi danno causato all'altra parte da tale violazione”*. Non si riesce a comprendere che natura abbia il danno risarcibile, e non è quindi possibile neanche trovare una risposta estendendo alla rottura delle trattative una eventuale scelta sul tipo di danno effettuata per gli obblighi informativi precontrattuali. La questione del danno risarcibile, specialmente in caso in cui il contratto non sia concluso, rimane aperta ed è rimessa al vaglio delle corti nazionali. Allo stesso modo, anche la sanzione dei comportamenti scorretti durante le trattative, quando non si giunga alla conclusione del contratto, è lasciata alle diverse discipline nazionali.

E allora l'obiettivo di uniformazione delle normative contrattuali nazionali degli Stati membri, portato avanti per anni attraverso i diversi progetti di uniformazione, non sembra raggiunto dal CESL, per quanto riguarda la fattispecie oggetto di esame nel presente elaborato. Nonostante il CESL detti regole di coordinamento con le leggi nazionali,⁴⁴⁸ si determina un problema di legge applicabile alla fattispecie del recesso ingiustificato dalle trattative. Una volta che il *“blue button”*⁴⁴⁹ sia stato premuto, e sia stata scelta l'applicabilità del CESL, le leggi applicabili al contratto, in realtà, sono ancora più di una. Proprio con riguardo alla regolamentazione della fase precontrattuale, infatti, si evince come il CESL non sia uno *“standalone Instrument”*:⁴⁵⁰ la legge nazionale resta applicabile

⁴⁴⁸ Cfr. Cap. 1, par. 5.3

⁴⁴⁹ V. Cap.1, nota 169.

⁴⁵⁰ Cfr. C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.*, p. 777.

Anche l'Expert Group on Common Frame of Reference in European Contract Law sosteneva la necessità di uno strumento *“standalone”*, cfr. *Synthesis of*

in tutti quei casi in cui a seguito di scorrettezze precontrattuali, non si giunga alla conclusione del negozio. Quale sia la legge nazionale applicabile al caso, resta, dunque, una questione di conflitto di legge.⁴⁵¹ Questo approccio però, si discosta chiaramente dalla soluzione operata dall'art. 12 del Regolamento Roma II, che sottopone la fase precontrattuale alla stessa legge che sarebbe applicabile al contratto.

Allo stato dei fatti, si ritiene, comunque, che la responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative possa trovare spazio nel CESL grazie all'attività interpretativa⁴⁵² dello strumento stesso.

Nelle *Disposizioni Preliminari*⁴⁵³ si prevede infatti un generale dovere di comportamento delle parti secondo buona fede e correttezza; nulla vieta che esso possa essere interpretato in modo da ricomprendervi la repressione delle condotte scorrette nella fase delle trattative precontrattuali, anche laddove un contratto non si

the Fifth Meeting, 30 Sept.-1 Oct. 2010, Brussels, 5.10.2010, disponibile sul sito internet della Commissione, Directorate-General Justice, Unit A.2: Civil and contract law, dove gli Esperti sostengono, al punto 1), che “*appropriate measures have to be taken to ensure that the OI, where chosen, is the only applicable law and solves all the problems arising within its scope of application*”.

⁴⁵¹ S. WHITTAKER, “*The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*”, in *E.R.C.L.*, 2011, 3, p. 371 e ss., spec. p. 394; cfr. anche l'Expert Group, “*Synthesis of the Fifth Meeting*”, *cit.*, par. 1.

⁴⁵² E' utile, in proposito, ribadire l'importanza strategica che riveste l'attività interpretativa negli strumenti di diritto uniforme. Essa si pone come *condicio sine qua non* per l'esistere ed il sopravvivere di una disciplina effettivamente omogenea; come evidenzia M. J. BONELL, in C. M. BIANCA – M. J. BONELL (a cura di) “*Commentary on the International Sales Law*”, Milano, 1987, p. 65 “*The interpretation of a uniform law is of particular importance. Any legislation, whether national or international origin, raises questions concerning the precise meaning of its individual provisions. [...] In applying domestic statutes, one can rely on long established principles and criteria of interpretation to be found within each legal system. The situation is far more uncertain with respect to an instrument which, although formally incorporated in the various national systems, has been prepared and agreed upon at an international level*”.

⁴⁵³ Art. 2 CESL, “*Buona fede e correttezza*”, *cit. supra* in nota n. 447.

concluda ma sia chiaro che le parti avrebbero applicato il CESL ai loro rapporti.

Questa pare essere la soluzione più opportuna.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ L'opportunità di avere una regolamentazione a presidio della fase delle trattative precontrattuali emerge da quegli studi di *law and economics* volti a verificare se e quale regime di responsabilità precontrattuale sia preferibile in termini di efficienza economica, nonché come ciò possa influenzare la decisione di una parte di intraprendere le trattative (in tema si vedano, in particolare: G. CALABRESI, "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", 70 *Yale L. J.* 499 (1961); E. A. FARNSWORTH, "Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations", (1987) 87 *Columbia Law Review* 217, p. 221; L. FULLER – W. PERDUE, "Reliance interest in contract damages", in 47, *Yale L.J.*, 72 (1936-37); WOUTER P. J. WILS, "Who should bear the costs of failed negotiations? A functional inquiry into pre-contractual liability", in 4 *J. de Economistes et des études humaines*, 93 (1993); R. CRASWELL, "Offer, acceptance, and efficient reliance", in 48 *Stan. L. Rev.* 481 (1996); L. A. BEBCHUK – O. BEN SHAHAR, "Precontractual reliance", in 30, *J. Legal Stud.* 423 (2001); A. W. KATZ, "When should an offer stick? The economics of promissory estoppels in preliminary negotiations", in 105 *Yale L. J.* 1249 (1996); O. GROSSKOPF – B. MEDINA, "Regulating contract formation: precontractual reliance, sunk costs, and market structure", in *Connecticut Law Review*, 2007, p. 2; E. MELATO – F. PARISI, "A law and economics perspective on precontractual liability", in J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK (a cura di) "Precontractual Liability in European Private Law" Cambridge, 2008, p. 431).

Analizzando i due poli opposti in materia di responsabilità precontrattuale (i c.d. *polar regimes*) - da un lato, un sistema che prevede l'assenza di una responsabilità precontrattuale (tipico dei sistemi di common law), dall'altro, un sistema che prevede una responsabilità incondizionata (c.d. *strict liability*) - i giuristi-economisti hanno evidenziato che, tanto l'assenza di un regime di responsabilità precontrattuale di natura legale, quanto la previsione di un regime giuridico di *strict liability* per la fase delle trattative, generano soluzioni inefficienti che tendono a dare vita ad affidamenti sub-ottimali. Nel primo caso, infatti, si avrebbe un rilevante rischio di sotto-investimento in affidamento (*under-investment in reliance*), in quanto le parti, in assenza di responsabilità precontrattuale e dunque non avendo la possibilità di recuperare i costi sostenuti in relazione alle trattative poi interrotte, preferiranno evitare di sostenere dei costi supplementari (L. A. BEBCHUK – O. BEN SHAHAR, *op. cit.*, p. 425). Nel secondo caso, invece, si produrrebbe l'effetto opposto di un eccessivo investimento in affidamento (*over-investment in reliance*) in quanto i contraenti, avendo la consapevolezza che, qualora il contratto non dovesse perfezionarsi, potranno pretendere un risarcimento dalla controparte, saranno fortemente incentivati ad investire in affidamento (L. A. BEBCHUK – O. BEN SHAHAR, *op. cit.*, p. 434). Dunque, l'analisi, in chiave gius-economica, dei c.d. *polar regimes* della responsabilità precontrattuale porterebbe ad escludere che essi possano, in linea di principio, determinare investimenti efficienti in *reliance*: nel caso di no *liability* perché il livello di affidamento è troppo basso, nel secondo di *strict liability* perché lo stesso è eccessivo (P. PARDOLESI, "Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics", in *Danno e resp.*, 6/2005, p. 602).

L'interpretazione dello strumento deve avvenire, infatti, secondo l'art. 4⁵⁵ CESL, "*autonomously and in accordance with its*

La soluzione per cui sembra propendere la maggioranza degli studiosi gius-economici è quella di prevedere un regime intermedio (*intermediate liability*) in cui vengano sanzionati *ex lege* alcuni comportamenti ma ne siano consentiti altri: ciò indurrà le parti a compiere investimenti ottimali in affidamento. Sul punto, si individuano tre possibili regimi intermedi.

In base al primo regime intermedio, la responsabilità verrebbe addebitata alla parte che contratta in una "*ex post oportunist manner*" vale a dire proponendo condizioni che lasciano la controparte con un saldo negativo (L. A. BEBCHUK – O. BEN SHAHAR, *op. cit.*, p. 426, sottolineano che "*such aggressive tactic can be regarded as the cause for the failure of negotiations to reach a contract and can, ex ante, deter the other party from expending reliance costs*"): questa forma di responsabilità (che caratterizza negoziazioni aggressive, ostruzionistiche e strategiche) dovrebbe garantire alla controparte termini e condizioni più favorevoli, nonché incentivi ottimali all'investimento nell'affidamento precontrattuale (L. M. FRANCIOSI, *op. cit.* p. 402).

In virtù di un secondo regime intermedio (c.d. *sharing rule*), entrambe le parti sarebbero tenute a risarcirsi reciprocamente per una frazione delle spese effettuate facendo affidamento sulla conclusione delle trattative, indipendentemente dalle rispettive colpe per il fallimento delle trattative medesime (per L. A. BEBCHUK – O. BEN SHAHAR, *op. cit.*, p. 438, "*the parties will effect share the costs of reliance expenditures. When both parties rely, each party bears part of the total reliance costs – pays for part of other party reliance cost and recovers part of its own cost*").

In base al terzo regime intermedio (*socially optimally level of reliance*), la responsabilità sarebbe oggettiva ed incondizionata ma limitata ad un importo massimo dato dal livello di affidamento reputato socialmente ottimale (L. A. BEBCHUK – O. BEN SHAHAR, *op. cit.*, p. 426).

Al di là del regime intermedio prescelto, ciò che emerge con chiarezza dalle teorie della *law and economics* in materia di responsabilità precontrattuale, è che la presenza di norme giuridiche a presidio della fase delle trattative non scoraggerebbe le parti alla negoziazione ma, anzi, sarebbe idonea ad incentivare tale processo: in chiave gius-economica, infatti, solo in presenza di un regime intermedio di responsabilità precontrattuale si potrebbe raggiungere un grado ottimale di efficienza economica (come sostiene P. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 602 secondo cui la *intermediate liability* individuata dalla *law and economics* ricalcherebbe i tratti del sistema italiano).

⁴⁵⁵ "Articolo 4: Interpretazione

1. Il diritto comune europeo della vendita deve essere interpretato in modo autonomo e conformemente agli obiettivi e ai principi che lo ispirano.

2. Le questioni rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della

vendita che non siano da questo espressamente disciplinate devono essere risolte in base agli obiettivi e ai principi che lo ispirano e a tutte le sue disposizioni, senza ricorrere alla legge nazionale che sarebbe applicabile qualora non ne fosse stata concordata l'applicazione, né a qualunque altra legge.

3. Se una determinata situazione è disciplinata da una norma generale e da una norma speciale, in caso di conflitto prevale la norma speciale"

Sull'interpretazione si vedano anche i considerando n. 29 e 34 CESL: 29) "È opportuno che, sussistendo un accordo valido sull'uso del diritto comune

objectives and the principles underlying it”; bisogna privilegiare, cioè, per quanto possibile, un’interpretazione “comunitaria” dei termini impiegati.

Un’interpretazione autonoma del principio di buona fede e correttezza di cui all’art. 4 CESL non può non tenere conto del fatto che, come visto nel precedente capitolo, sembra potersi affermare la sussistenza di un *common core* europeo per i rapporti precontrattuali (sotteso alle singole soluzioni nazionali, ma che prescinde dalle peculiarità di ciascuna di esse), che si pone quale applicazione del principio stesso. Tale impostazione è stata seguita per la redazione del *Draft Common Frame of Reference*, che prevede espressamente la responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative quale espressione, in fase precontrattuale, del principio di *good faith and fair dealing* e che si ritiene debba essere in futuro strumento imprescindibile per l’interpretazione del CESL.

Il problema che permane è comprendere quando, nonostante la mancata conclusione del contratto, è chiaro che le parti avrebbero applicato il CESL ai loro rapporti.⁴⁵⁶ Si ritiene, a proposito, che il

europeo della vendita, soltanto tale diritto possa disciplinare le materie rientranti nel suo campo di applicazione. Le norme del diritto comune europeo della vendita devono essere interpretate in modo autonomo e conformemente ai principi consolidati sull’interpretazione della legislazione dell’Unione. Le questioni concernenti materie rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita che non sono da questo espressamente disciplinate sono risolte unicamente interpretando le sue norme, senza ricorrere ad altre leggi. Il diritto comune europeo della vendita andrà interpretato in base ai principi su cui si fonda, ai suoi obiettivi e a tutte le sue disposizioni”; e 34) “Al fine di rafforzare la certezza giuridica dando pubblico accesso alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e delle autorità giudiziarie nazionali sull’interpretazione del diritto comune europeo della vendita o di altre disposizioni del presente regolamento, è opportuno che la Commissione crei una banca dati contenente le decisioni definitive pertinenti. Perché la cosa sia fattibile, gli Stati membri dovranno fare in modo che le decisioni nazionali siano trasmesse rapidamente alla Commissione”.

⁴⁵⁶ Si segnala, a tal proposito, una proposta di formulazione di una clausola del CESL riguardante il suo ambito di applicazione: “*The CESL rules apply even if the negotiations fail before a contract is entered into, providing that the parties have chosen it when they started their negotiations, or they could reasonably be expected to have chosen it unless the circumstances indicate otherwise*” (C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.*, p. 784.

probabile ambito di applicazione del CESL sia prevalentemente quello dei contratti non preceduti da lunghe negoziazioni, quali ad esempio contratti standardizzati o contratti per via telematica, laddove l'imprenditore (presumibilmente il piccolo imprenditore che non è in grado di affrontare ingenti costi di consulenza legale per ogni contratto di compravendita concluso) che li predispone dichiara di volersi avvalere del CESL in tutti i suoi rapporti contrattuali transfrontalieri, in una maniera simile all'ipotesi prevista dall'art. 14, par.2, del Regolamento Roma II. La constatazione di questa circostanza porta a riconoscere la difficoltà con cui una responsabilità quale quella oggetto del presente elaborato trovi eventuale spazio nell'ambito applicativo del CESL.

Si segnala anche che l'art 14 del Regolamento Roma II prevede che le parti/imprenditori commerciali possano decidere, preventivamente al verificarsi del fatto dannoso e tramite accordo liberamente negoziato, che le eventuali rispettive obbligazioni extracontrattuali siano regolate da esso.

2. La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative nel *soft law* europeo: il *Draft Common Frame of Reference*

2.1 Il *Draft Common Frame of Reference* come unione dei *Principles of European Contract Law* e dei Principi *Acquis*.

Il *Draft Common Frame of Reference* dedica alle negoziazioni l'intero Capitolo III⁴⁵⁷ del Libro II⁴⁵⁸, imperniato su un'ampia nozione di buona fede, cui si aggiunge una disciplina estesa in tema di doveri informativi precontrattuali.⁴⁵⁹

In particolare, per quanto riguarda specificamente le disposizioni in tema di trattative precontrattuali, l'art. II.-3:301⁴⁶⁰ stabilisce,

⁴⁵⁷ Cap. III, “*Marketing and pre-contractual duties*”.

⁴⁵⁸ Libro II, “*Contracts and other juridical acts*”.

⁴⁵⁹ Per una bibliografia in merito alla fase precontrattuale nel DCFR si vedano: C. CASTRONOVO, “*Information Duties and Precontractual Good Faith*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2009, 4, p. 559 e ss., e B. FAGES, “*Pre-contractual Duties in the Draft Common Frame of Reference – What Relevance for Negotiation of Commercial Contracts?*”, in *E.R.C.L.*, 2008, 3, p. 305 e ss.; J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK, “*Conclusions*”, in J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK (a cura di) “*Precontractual Liability in European Private Law*” Cambridge, 2008, pp. 484-487; C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.*, p. 759 e ss. Menzionano la tematica anche M. MEKKI – M. KLOEPFER-PELÈSE, “*Good faith and fair dealing in the DCFR*”, in *E.R.C.L.*, 2008, 3, p. 338 e ss; G. DE GEEST - M. KOVAC, “*The Formation of Contracts in the DCFR*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2009, 2, p. 113 e ss.; L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pp. 228-229; G. ALPA, “*Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l’armonizzazione dei modelli regolatori e per l’uniformazione delle regole di diritto comune*”, in *Contr. impr.*, 2008, 4-5, p. 912 e ss.

⁴⁶⁰ II.-3:301: *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*

(1) *A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*

(2) *A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.*

innanzitutto, che la parte è libera di entrare in trattative e non è responsabile per il mancato raggiungimento di un accordo contrattuale. Il principio della libera volontà dei contraenti, caro a tutti i sistemi europei analizzati, è ampiamente rispettato.⁴⁶¹

Viene poi imposto alle parti, nel secondo paragrafo, un generico dovere di comportamento secondo buona fede e correttezza nelle trattative e un dovere specifico di non interrompere le trattative in maniera contraria a buona fede e correttezza.⁴⁶²

Questi doveri sono imposti alle parti a prescindere dal fatto che si tratti di contratti conclusi tra professionisti, o tra professionisti e consumatori, e non possono essere esclusi o limitati dal contratto.

(3) *A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.*

(4) *It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.*

⁴⁶¹ E così nei commenti all'articolo sopra riportato, in tema di *freedom to negotiate and to break off*, si spiega come, al di fuori di alcuni casi in cui la legge impone l'obbligo di stipulare determinati contratti, la parte è libera di decidere se avviare o meno delle trattative e se concludere o meno un contratto. In particolare, un soggetto può avviare trattative anche se non è certo di giungere alla conclusione di un contratto, e può interrompere le stesse senza essere tenuto a spiegarne le ragioni. I compilatori del *Draft Common Frame of Reference* forniscono, anche, alcuni esempi di casi quotidiani in cui il principio trova applicazione: i negozianti e i commercianti devono solitamente accettare che i clienti visionino la merce e chiedano informazioni in merito al prezzo e alle altre condizioni di vendita, senza poi acquistare i prodotti; lo stesso accade a chi affitta o vende appartamenti o case e invita i potenziali clienti a visionare gli immobili.

⁴⁶² Il caso esemplificativo di rottura delle trattative precontrattuali, in maniera contraria a buona fede e correttezza, illustrato dal *Draft Common frame of Reference*, rappresenta un'ipotesi che troverebbe pacificamente tutela in quasi tutti gli ordinamenti europei precedentemente analizzati. Esso è, infatti, lo stesso già proposto nei *Principles of European Contract Law*. Questo l'esempio riportato: B si è offerto di scrivere un programma software per A. Nel corso delle trattative B sostiene costi considerevoli per fornire ad A bozze, calcoli e documenti scritti. Poco prima della data prevista per la conclusione del contratto, A invita C a fare un'offerta per il programma, mettendogli a disposizione le informazioni fornite da B, e C formula un'offerta più bassa rispetto a quella di B. A interrompe quindi le trattative avviate con B e conclude il contratto C. A è responsabile nei confronti di B per i costi da questi sostenuti nel preparare la documentazione.

La responsabilità che consegue alla rottura ingiustificata delle trattative precontrattuali è disciplinata al paragrafo 3, che prevede che la parte che recede senza giustificato motivo dalle negoziazioni, violando il dovere di comportamento secondo buona fede, sia responsabile della perdita subita dall'altra parte a causa della violazione. Non si può non notare come il *Draft Common Frame of Reference* sia molto generico, nella sua formulazione, quanto alla tipologia di danni risarcibili. Andando a guardare i Commenti all'articolo, tuttavia, si può trovare una chiara presa di posizione sul tema - che si pone in linea con i dati emersi in sede di esame degli ordinamenti europei - con previsione di risarcibilità dell'interesse negativo. Al punto H dei Commenti, infatti, si spiega come le perdite di cui è chiamata a rispondere la persona che ha agito in maniera contraria ai principi di buona fede e correttezza comprendono (i) le spese sostenute, (ii) il lavoro svolto e (iii) le operazioni compiute facendo affidamento nella stipula del contratto. In alcuni casi, secondo quanto affermato dai compilatori del DCFR, viene riconosciuta quale voce di danno anche la perdita di chance. La parte danneggiata non può, invece, esigere di essere messa nelle condizioni in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato regolarmente concluso e le obbligazioni da esso derivanti fossero state correttamente adempiute.

La disposizione di cui al paragrafo 3 dell'art. II.-3:301 va coordinata con l'art. II.-3:501, che chiude il Capitolo sui doveri precontrattuali, dove si chiarisce semplicemente che la conseguenza pratica della violazione di uno dei doveri ivi previsti⁴⁶³, è che la persona che ha subito una perdita ha diritto al risarcimento del danno. Al risarcimento del danno per violazione dei doveri precontrattuali si applicano alcune norme in tema di

⁴⁶³ Si vedano, oltre all'articolo II.-3:301, paragrafo 3, sopra esaminato, l'articolo II.-3:109 (Rimedi per la violazione degli obblighi di informazione), paragrafo 3; l'articolo II.-3:201 (Correzione degli errori di inserimento dei dati), paragrafo 2; l'articolo II.-3:202 (Avviso di ricevimento), paragrafo 3; e l'articolo II.-3:302 (Violazione della riservatezza), paragrafo 4.

risarcimento del danno per inadempimento, quali in particolare, quelle che regolano il concorso di colpa del creditore.

La dottrina che ha analizzato gli articoli in questione, ha constatato, innanzitutto, come “*the field in which the flowing together of principles (n.d.r. i PECL) and acquis (gli ACQP) is more evident, (...) is Chapter 3 of Book II, on precontractual duties*”⁴⁶⁴.

Il Capitolo sulla commercializzazione e i doveri precontrattuali è composto, infatti, dall’unione dei principi in tema di negoziazioni contrarie a buona fede e correttezza già racchiusi nei PECL⁴⁶⁵, (inglobate quasi letteralmente nel DCFR, compresi i relativi Commenti ed Esempi) e i più specifici doveri informativi precontrattuali regolamentati nei Principi *Acquis*⁴⁶⁶.

Si condivide l’osservazione della dottrina⁴⁶⁷ per cui, dall’impostazione del testo⁴⁶⁸, sembra che il DCFR abbia scelto di identificare nel principio di buona fede e correttezza nelle trattative la fonte generale da cui far nascere tutti i doveri precontrattuali, inclusi quelli informativi derivati dai Principi *Acquis*, che vengono, conseguentemente, incastonati in un quadro di applicazione più ampio rispetto a quello d’origine, legato al consumatore.

⁴⁶⁴ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 561.

⁴⁶⁵ Cfr. l’art. 2:301 dei PECL, confluito nel DCFR:
2:301 PECL: “*Trattative contrarie alla buona fede:*
(1) *Le parti sono libere di entrare in trattative e non rispondono del mancato raggiungimento dell’accordo.*
(2) *Tuttavia, la parte che ha condotto o ha interrotto le trattative in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza è responsabile delle perdite cagionate all’altra parte.*
(3) *In particolare, è contrario alla buona fede e alla correttezza iniziare le trattative o continuarle in assenza di una effettiva volontà di raggiungere un accordo con l’altra parte*”.

⁴⁶⁶ Artt. 2:201 – 2:208 ACQP.

⁴⁶⁷ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 562 e p. 569.

⁴⁶⁸ In maniera simile a quanto accade nel sistema italiano.

Secondo questa logica, però, sarebbe stato più opportuno strutturare il Capitolo III del Libro II secondo un diverso ordine: il dovere di comportamento nelle trattative secondo buona fede e correttezza dovrebbe trovare la sua naturale collocazione, quale principio generale e omnicomprensivo, in apertura del Capitolo relativo alla fase precontrattuale, con successiva specificazione dei singoli comportamenti contrari allo stesso. In questo senso si sarebbe potuto attingere maggiormente dai principi *Acquis*⁴⁶⁹, che sono strutturati nel modo sopra descritto.⁴⁷⁰

Con riguardo alla scelta di imporre un generale dovere di negoziare in buona fede, è stato osservato come esso, in astratto, costituisca “*un formidabile strumento di governance del periodo precontrattuale*”⁴⁷¹: con una sola norma, formulata in termini generali e flessibili, si possono sanzionare una serie eterogenea di fattispecie e modulare le decisioni a seconda del contesto di riferimento. Con l'imposizione di un dovere generale, inoltre, si riducono molti interrogativi sull'opportunità o meno di rivedere e aggiornare la norma, visto l'ampio margine di interpretazione fornito da una clausola formulata in termini *open-ended*.⁴⁷² La scelta di prevedere, poi, una simile disposizione destinata a

⁴⁶⁹ V. artt. 2:101 – 2:103 ACQP.

⁴⁷⁰ Cfr. C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.*, p. 768.

⁴⁷¹ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 228.

⁴⁷² Le clausole generali, quali quella di buona fede, vengono definite da autorevole dottrina come “*forme di espressione legislativa che consentono una maggiore autonomia all'interprete*” (R. SACCO, “*Le clausole generali*”, in R. SACCO - G. DE NOVA, “*Il contratto*”, in “*Trattato di diritto civile*” diretto da R. SACCO, Torino, 2004, II, p. 131).

Si veda anche S. RODOTÀ, in “*Conclusioni: il tempo delle clausole generali*”, in “*Il principio di buona fede (Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985)*”, Milano, 1987, p. 255, dove si sostiene che “*il costo dell'innovazione legislativa, tuttavia, rimane elevato, soprattutto in termini di tempo, e conseguentemente, di tempestività dell'intervento. L'introduzione nella legislazione di clausole elastiche, allora, si conferma come una via più economica, che non garantisce soltanto, come da sempre si è detto, una apertura dell'ordinamento giuridico verso la società, ma pure la capacità di far fronte alle discontinuità che possono prodursi nel futuro*”.

disciplinare, in particolare, il periodo precontrattuale, pare derivare dalla consapevolezza dell'importanza di avere una regolamentazione volta a governare il corretto svolgimento delle trattative, stante l'importanza crescente che tale fase riveste e il rapporto di interdipendenza tra questa e la fase contrattuale.⁴⁷³ La soluzione accolta dal *Draft Common Frame of Reference* costituirebbe, nello specifico, una conferma di tale impostazione.

Con specifico riguardo ai contratti BtoB, poi, è stato osservato come il dovere di comportamento secondo buona fede e correttezza sia di grande importanza, nella prassi commerciale, in tutte le fasi del contratto, dalle trattative all'esecuzione. Esso infatti, conformemente a quanto visto in precedenza, “*does not play against but in favour of legal security and economic efficiency of contract*”⁴⁷⁴. L'apprezzamento della dottrina riguarda, in particolare, la scelta terminologica: il ricorso all'espressione “*fair dealing*” (oltre che alla “*good faith*”) sarebbe utile per adattare la

⁴⁷³ A proposito, è utile porre in evidenza come la motivazione dell'opportunità di prevedere regole volte a disciplinare la fase precontrattuale venga esposta chiaramente nell'*Introduzione* alle Parti I e II dei *Principles of European Contract Law*, in C. CASTRONOVO (a cura di) “*Principi di diritto europeo dei contratti*”, *cit.*, p. 15, laddove si afferma che i compilatori hanno optato a favore di un approccio funzionale nel decidere quali tematiche includere nella redazione dei PECL. A tale riguardo, viene sottolineato come gli stessi comprendano anche norme che in alcuni sistemi sono considerate rientranti nell'alveo della responsabilità civile o dell'arricchimento ingiustificato, qualora queste appaiano intrinsecamente connesse alle problematiche contrattuali disciplinate dai PECL. Esempio paradigmatico di tale opzione sarebbe proprio la previsione di una sezione dedicata esclusivamente alla responsabilità precontrattuale.

In tema si veda anche L. M. FRANCIOSI, *op. e loc. cit.*

Anche i Commenti ai Principi *Acquis* [Cfr. T. PFEIFFER – M. EBERS, “*Pre-Contractual Duties*”, in Research Group on Existing EC Contract Law (Acquis Group), “*Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*”, Munich, 2009 (che include una revisione della precedente edizione “*Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*”, Munich, 2007) p. 100] sostengono lo stretto legame tra la fase precontrattuale e contrattuale e la necessità, dunque, di regolamentarle entrambe.

⁴⁷⁴ B. FAGES, *op. cit.*, p. 312.

fattispecie anche ai contratti d'impresa, grazie anche ad un “*more objective appreciation of good faith*”⁴⁷⁵.

In questa tipologia contrattuale⁴⁷⁶, a differenza della categoria dei contratti con i consumatori, la mancanza di un palese squilibrio

⁴⁷⁵ B. FAGES, *op. cit.*, p. 313.

L'autore sostiene che “*fair dealing is good faith in action, the mind translated into behavior. And it is right that in contemporary contract law (...) the behavior of the contractor is clearly an essential consideration. This is particularly obvious during the pre-contractual period where, given the increase in litigation over break-offs of negotiations, the behavior of the parties is closely examined by the courts*”.

In tema si riporta anche quanto sostenuto dagli stessi compilatori dei *Principles of European Contract Law* al commento E, dove si sostiene che “*‘Good faith’ means honestly and fairness in mind, which are subjective concepts. A person should, for instance, not be entitled to exercise a remedy if doing so is of no benefit to him and his only purpose is to harm the other party. ‘Fair dealing’ means observance of fairness in fact which is an objective test*”.

Interessante l'opinione di M. HOCH, “*Is Fair dealing a Workable Concept for European Contract Law?*”, in *Global Jurist Topics*, 2005, p. 17: “*My proposition is that “fair dealing” was introduced in article 1:201 in order to make it less irritable to the English legal community; since a general principle of good faith would have been rejected “fair dealing” acts like a mask of objectivity which might help getting the English legal system to accept art. 1:201. In other words I assume that the fair dealing concept was introduced in order to avoid an automatic block on the English side to article 1:201 and consequently to the PECL as a whole*”.

⁴⁷⁶ Identificabile, nell'analisi di P.G. MONATERI (in “*Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*”, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 4, p. 409 e ss; ripresa anche in ID. “*Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*”, in A. D'ANGELO – P. G. MONATERI – A. SOMMA, “*Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*”, Torino, 2005, p. 57 e ss.) nel c.d. “*contratto rude*”, inteso come “*tregua provvisoria tra le parti*”, nel contesto di un gioco conflittuale tra i loro interessi, le cui disposizioni dovrebbero essere interpretate esclusivamente secondo la lettera dell'accordo, caratterizzato da un estremo dettaglio delle stesse ed in relazione al quale, salvo eccezioni, non si dovrebbero poter configurare obblighi e responsabilità al di fuori di quelli contemplati nel contratto medesimo, così come dovrebbe essere inteso in senso restrittivo il concetto di “*ragionevole affidamento*”. A tale tipologia contrattuale si contrappone il c.d. “*contratto rugiadoso*”, inteso quale vicenda cooperativa tra le parti, in vista del perseguimento di un fine comune, cosicché lo stesso verrebbe ad essere permeato da una nozione pervasiva di buona fede, come fonte di integrazione, inderogabile, del regolamento pattizio.

Secondo l'autore “*il trionfo del contratto rugiadoso lo si ritrova nei “Principi di diritto europeo dei contratti” della commissione Lando, laddove la buona fede diviene irrinunciabile limite alla stessa autonomia privata: art. 1:102 “Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza, nonché delle norme imperative contenute nei Principi”*”

tra i contraenti non giustifica, normalmente, uno stringente intervento normativo e determina l'affermarsi dell'autonomia negoziale quale fonte primaria degli obblighi del regolamento contrattuale. Il legislatore, in questi casi, assume una posizione generalmente neutra rispetto alla conclusione del contratto e al suo contenuto (salvi i casi in cui si integri una fattispecie da esso sanzionata); si ha una prevalenza di norme dispositive, destinate a trovare applicazione solo in ipotesi di mancanza di regolamentazione pattizia, e un ampio spazio lasciato all'autonomia contrattuale, a differenza delle ipotesi di contratto concluso col consumatore, dove si ha una figura di contratto fortemente vincolata, quanto a contenuti, da limiti normativi, disposizioni a carattere imperativo e dalla possibilità di intervento e modifica della regolamentazione pattizia in conformità ad una volontà legislativa superiore.⁴⁷⁷

Con riguardo ai contratti tra imprese, però, la fase delle trattative è giunta, col tempo, ad avere un ruolo di primaria importanza.⁴⁷⁸

Si va delineando, infatti, in generale, una progressiva espansione del controllo normativo a tutela del contraente in situazione di inferiorità di potere contrattuale anche nell'ambito dei contratti di

art. 1:201 "(1) Le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza.

(2) le parti non possono escludere o limitare questo obbligo.

Art. 1:202 "Le parti sono tenute reciprocamente a cooperare al fine di dare piena esecuzione del contratto" (P.G. MONATERI, "Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto", cit.).

Una simile impostazione sembra ritrovarsi anche nel *Draft Common Frame of Reference*, che nell'illustrare gli *underlying principles*, parla, nell'ambito del principio di sicurezza, proprio di cooperazione tra le parti e dovere di agire secondo buona fede, che prevede che l'interpretazione e l'integrazione delle Rules debba avvenire in conformità alla buona fede e correttezza (art. I.-1:102) e che all'art.

⁴⁷⁷ L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pp. 211-213.

⁴⁷⁸ Cfr. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 213.

impresa⁴⁷⁹. La dottrina propone, infatti, da tempo, di sostituire la categoria del contratto col consumatore con quella, più ampia, del “contratto concluso con un contraente debole” o quella del “contratto connotato da asimmetrie informative”⁴⁸⁰ (laddove si consideri lo squilibrio informativo come manifestazione per eccellenza di una sostanziale disparità di potere contrattuale).⁴⁸¹ Questa tendenza trova espressa applicazione nel *Draft Common Frame of Reference*⁴⁸², e sembra trovare riscontro, peraltro, anche

⁴⁷⁹ Esempi di questa tendenza, a livello europeo, possono considerarsi (i) l'adozione della direttiva sul ritardo nei pagamenti nelle relazioni commerciali (Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, attuata in Italia con D.lgs. n. 231 del 2002); (ii) l'affermazione del principio di “abuso di dipendenza economica” (art. 9 della legge sulla subfornitura, n.192 del 1998), e, a livello internazionale, (iii) l'inserimento della figura della *gross disparity* nella versione dei Principi UNIDROIT del 2004 (art. 3.10).

⁴⁸⁰ Oppure di “asimmetria economica”, secondo il pensiero della dottrina che critica che nel caso di contratti tra imprese si possa parlare di asimmetria informativa. V. G. D'AMICO, “*La formazione del contratto*”, in G. GITTI – G. VILLA (a cura di), “*Il terzo contratto*”, Bologna, 2008, p. 57 e ss.; G. AMADIO, “*Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di ‘abuso dell'autonomia contrattuale’)*”, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, p. 285 e ss.

Con riguardo alle ipotesi di contratti stipulati tra imprenditori in posizione di asimmetria economica la dottrina suole parlare di “terzo contratto”, a fronte del tradizionale binomio tra contratti d'impresa (tra imprenditori egualmente esperti) e contratti con il consumatore. Si vedano R. PARDOLESI, che utilizza l'espressione per la prima volta nella Prefazione all'opera di G. COLANGELO, “*L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*”, Torino, 2004, XIII; G. GITTI – G. VILLA, “*Il terzo contratto*”, *cit. passim*.

Si veda in tema anche V. ROPPO, “*Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*”, in *Corr. giur.*, 2009, p. 277.

⁴⁸¹ Cfr. V. ROPPO, “*Il contratto del duemila*”, Torino, 2002.

⁴⁸² Si vedano i “*Principi*”, in C. VON BAR et al., “*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*”, *cit.*, e in particolare il comment al concetto di *Giustizia*, applicato alla fase del Contratto, laddove si spiega che “*se la nozione di consumatore sia necessariamente il modo migliore per identificare coloro che necessitano di protezione speciale, è questione che è stata già sollevata e sarà indubbiamente successivamente avanzata. Alcuni sostengono che le piccole imprese o “gli operatori non abituali” di qualsiasi tipo possono essere ugualmente bisognosi di protezione. In qualunque modo questo quesito possa trovare soluzione in futuro, il punto centrale rimane che la protezione di quanti si trovano in una posizione di debolezza o di vulnerabilità può essere considerato un aspetto del principio cardine della giustizia all'interno del DCFR*”.

nell'impostazione stessa del CESL, che si pone in ottica fortemente protezionistica nei confronti della categoria (predominante, secondo la stessa Commissione, nel panorama imprenditoriale europeo) delle piccole e medie imprese (SMEs).

Normalmente nel contesto dei contratti d'affari, compresa la fase della trattative, è più difficile imporre vincoli di comportamento per le parti: per usare le parole della dottrina, *“naturalmente se scompare l'orizzonte rugiadoso della cooperazione, si appanna (...) anche quello della buona fede. Gli antagonisti possono ben vincolarsi a regole di fair play, e possono appunto volere che si giochi by the rules, anzi normalmente lo vogliono, ma ciò assume ovviamente un senso ben diverso da quello usuale”*⁴⁸³. In tale contesto, infatti, la buona fede delle parti in trattativa *“richiede di essere una buona fede delle mosse ammesse, non degli impegni assunti, cioè una buona fede come regole di fair dealing la cui infrazione comporta una responsabilità, e non una buona fede fonte di integrazione dei doveri contrattuali”*⁴⁸⁴. Il modello di buona fede che meglio si adatterebbe alle trattative tra imprenditori, allora, dovrebbe consistere in una nozione meno legata a valori quali solidarietà e tutela, e più orientata a garantire la correttezza contrattuale, mediante la sanzione di quelle condotte ritenute scorrette.⁴⁸⁵

Il *Draft Common Frame of Reference* sembra porsi proprio in quest'ottica, insistendo sul concetto di “correttezza”, accostato,

⁴⁸³ P.G. MONATERI, *“Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto”*, cit.

⁴⁸⁴ P.G. MONATERI, *op. e loc. cit.*

⁴⁸⁵ A tale nozione di buona fede si contrappone quella c.d. “rugiadosa” (secondo la definizione di P.G. MONATERI, *op. e loc. cit.*), molto più estesa, espressione di principi di mutua cooperazione, veicolo di un controllo giudiziale più pregnante sul regolamento contrattuale e fonte di limiti e vincoli all'autonomia delle parti contraenti: quella che nei paesi di *common law* viene definita *normative good. faith*.

nelle trattative, a quello di buona fede⁴⁸⁶, che permette, così, di individuare una sorta di “*déontologie précontractuelle*”⁴⁸⁷ e sanzionare, anche tra imprenditori, le condotte precontrattuali scorrette, quali l’interruzione delle trattative in maniera contraria a buona fede e correttezza, o l’avvio o continuazione delle trattative senza avere reale intenzione di raggiungere un accordo con l’altra parte (qualificati espressamente, dal paragrafo 4 dell’art. II.-3:301, come esempi di comportamenti contrari a buona fede e correttezza.

È utile osservare come la previsione di una disposizione come l’art. 2:301 nei *Principles of European Contract Law*, (e conseguentemente come l’art. II.-3:301 nel *Draft Common Frame of Reference*) testimonierebbe, vista la metodologia applicata dai compilatori, l’esistenza di un *common core* europeo in tema di doveri di comportamento secondo buona fede e correttezza nelle trattative precontrattuali.

Dagli stessi commenti esplicativi dei PECL, peraltro, si deduce come l’opzione prescelta, consistente nell’adozione di un’unica norma di portata generale per la disciplina del periodo precontrattuale e improntata alla buona fede, costituisca più che altro uno sbilanciamento a favore delle soluzioni in voga nei sistemi di *civil law* e meno familiari ai sistemi di *common law*. E invero, secondo le osservazioni della dottrina⁴⁸⁸, la soluzione accolta nel DCFR, più che rispecchiare un *common core* europeo, si tratterebbe

⁴⁸⁶ Cfr. B. FAGES, *op. cit.*, p. 313.

Sulla *regulative function* della nozione di *good faith e fair dealing* si veda anche M. MEKKI – M. KLOEPFER-PELÈSE, *op. cit.*, p. 354.

⁴⁸⁷ Il termine è ripreso da R. MONZER, “*Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle*”, in *R. I. D. C.*, 2007, 3, p. 523 e ss.

⁴⁸⁸ Cfr. J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK, in “*Precontractual Liability in European Private Law*”, *cit.*, p. 484-487; G. ALPA - G. CONTE, “*Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire*”, *cit.*, p. 160.

di una di quelle “norme” elaborate in una prospettiva *de jure condendo*, e concepite, cioè, per risolvere le antinomie esistenti e innovare i principi comunemente accolti.

Il concetto di “*fair dealing*”, come visto sopra, è stato apprezzato dalla dottrina anche grazie alla sua capacità di adattarsi, oltre che a categorie contrattuali non avvezze all'utilizzo della buona fede, anche a sistemi giuridici non propensi a riconoscere la clausola generale di buona fede.⁴⁸⁹

Certo è che, come osservato con riguardo ai *Principles of European Contract Law* e ai Principi UNIDROIT⁴⁹⁰, “*il fatto che due gruppi di studiosi, che hanno lavorato per lo più indipendentemente l'uno dall'altro, e che comprendevano nel loro ambito giuristi provenienti dal Regno Unito, gli Stati Uniti e l'Irlanda, abbiano prodotto restatements che includono in termini pressoché identici un principio generale di buona fede dovrebbe costituire un poderoso incentivo nel riconsiderare la tradizionale prospettiva del diritto inglese, almeno per ciò che concerne le transazioni internazionali*”⁴⁹¹.

2.2 Osservazioni in tema di *acquis* comunitario

E' opportuno spendere qualche parola in più sui Principi *Acquis* vista la diversa metodologia utilizzata rispetto ai PECL. Questi ultimi sono stati elaborati in base all'analisi dei diversi

⁴⁸⁹ Cfr. M. HOCH, *cit.*, nota 475.

⁴⁹⁰ Su cui si veda il paragrafo successivo.

⁴⁹¹ R. GOODE, citato in M. J. BONELL, “*An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*”, II ed., Irvington-on-Hudson, New York, 1997, p. 143, n. 93.

ordinamenti europei, i cui tratti salienti in tema di responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative sono già stati esaminati nel precedente capitolo, e l'analisi dettagliata dei relativi Commenti costituirebbe, dunque, una ripetizione. Il gruppo *Acquis*, invece, per perseguire lo scopo dell'organizzazione sistematica del diritto comunitario, si concentra primariamente sulle disposizioni di diritto privato europeo che emergono dall'*acquis communautaire*.

E così i compilatori hanno individuato nel diritto comunitario esistente alcuni principi in tema di responsabilità precontrattuale, contenuti nel Capitolo 2 dei Principi, intitolato "*Pre-contractual Duties*". Tali doveri possono essere divisi in due parti: da un lato i cosiddetti "doveri generali" (Sezione I del Capitolo 2) e dall'altro gli "obblighi informativi precontrattuali" (Sezione II del Capitolo 2) che, come accennato sopra, rappresentano il contenuto principale delle regole sulla responsabilità precontrattuale di cui al Capitolo 2 e che sono confluiti del DCFR.

Dalla lettura dei Commenti si evince come i membri dell'*Acquis Group* siano partiti dalla premessa secondo cui il diritto comunitario attuale non offrirebbe sufficienti appigli per fondare un principio generale di buona fede nel diritto dei contratti. Le disposizioni comunitarie che richiamano la buona fede, o che impongono comportamenti che possono ritenersi applicazione di tale principio, sarebbero numerose, ma mancherebbero i presupposti per elevare la buona fede a "clausola generalissima"⁴⁹² che investa l'intera materia contrattuale, dalla fase delle trattative a quella dell'esecuzione.⁴⁹³

⁴⁹² Per dirla come la dottrina sopra citata (P.G. MONATERI, "*Ripensare il contratto*", *cit.*) i Principi *Acquis* sembrerebbero allora meno "rugiadosi" rispetto ai PECL e al DCFR.

⁴⁹³ Cfr. S. TROIANO, "*Clausole generali e nozioni giuridiche indeterminate nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*", in G. DE CRISTOFARO (a cura di), "*I 'Principi' del diritto comunitario dei contratti - Acquis communautaire e diritto privato europeo*", Torino, 2009, p. 206.

Con specifico riguardo alla fase precontrattuale, ad ogni modo, viene riconosciuto un generale dovere di comportamento secondo buona fede, ricavandolo da alcune disposizioni contenute in diverse direttive europee.⁴⁹⁴ In particolare, esso è stato ricavato

In tema si richiama quanto sostenuto da T. PFEIFFER – M. EBERS, *op. cit.*, p. 103: “*Given the fact, that the requirement of good faith in community law is not limited to pre-contractual dealing, an alternative option could have been to include a general rule on good faith. However, currently, the acquis does not provide a solid basis for an overarching principle of good faith that could serve as a single standard for all aspects of contract law. The concept of good faith appears in the acquis in various different facets depending on whether it relates to pre-contractual, contractual, or even post-contractual matters. Therefore, it was preferred to include individual provisions for the different aspects of the good faith principle (cf. Art. 2:103, 6:301, 7:101 et sq. ACQP)*”.

⁴⁹⁴ I commentatori degli *Acquis Principles* osservano come il principio di buona fede sia esplicitamente menzionato:

- 1) nella direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, all’art 2, comma 1, lett. h), laddove si definisce la "diligenza professionale" come “*rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori*”;
- 2) nella direttiva 1997/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, all’art. 4, comma 2 sulle informazioni preliminari da comunicare al consumatore prima della conclusione di un contratto a distanza, laddove si stabilisce che “*Le informazioni di cui al paragrafo 1 (dove vengono elencate le informazioni da fornire al consumatore, ndr), il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in particolare i principi di buona fede* (tradotto, di ”lealtà” nella versione italiana, ndr) *in materia di transazioni commerciali e di protezione di coloro che secondo le disposizioni legislative degli Stati membri sono incapaci di manifestare il loro consenso, come ad esempio i minori*;
- 3) nella direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, all’art. 3, comma 2, sulle informazioni che devono essere fornite al consumatore prima che esso sia vincolato da un contratto a distanza o da un’offerta, laddove si stabilisce che “*Le informazioni di cui al paragrafo 1, il cui fine commerciale deve risultare in maniera inequivoca, sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo debitamente conto in particolare dei principi di buona fede nelle transazioni commerciali e dei principi che disciplinano la protezione delle persone che, secondo la legislazione degli Stati membri, sono ritenute incapaci, quali i minori*”;
- 4) nella direttiva 1993/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori, all’art. 3, comma 1, laddove prevede che : “*Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona*

constatando come, sia alcune norme più propriamente “contrattuali”, sia alcune regole sulla correttezza nei traffici commerciali⁴⁹⁵, impongano doveri di comportamento che possono essere intesi anche come concretizzazioni di un dovere di agire secondo buona fede nelle trattative precontrattuali: questa “interdipendenza” tra norme di diritto contrattuale e pratiche commerciali, da un lato, e fase precontrattuale, dall’altro, si noterebbe, *in primis*, nel campo dei doveri informativi.

Anche nei Principi *Acquis*, come nel DCFR e nei PECL, il dovere di buona fede assume una connotazione “procedurale”⁴⁹⁶ e “oggettiva”⁴⁹⁷, riferendosi ad uno standard generale di correttezza.

Grande rilevanza viene data alle “legittime aspettative” dell’altra parte contraente: e così i professionisti, quale applicazione specifica del dovere di comportamento secondo buona fede nelle negoziazioni precontrattuali, hanno il dovere di agire, nelle trattative, con la competenza e la diligenza che i consumatori possono ragionevolmente aspettarsi.⁴⁹⁸ Questo principio è sancito

fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”;

- 5) nella direttiva 86/653/CEE relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, (i) all’art. 3, comma 1 laddove si prevede che “*L’agente commerciale deve, nell’esercizio della propria attività, tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede*” e (ii) all’art. 4, comma 1, laddove si prevede che “*Nei suoi rapporti con l’agente commerciale, il preponente deve agire con lealtà e buona fede*”.

6)

⁴⁹⁵ Si veda ad esempio la stessa direttiva sulle pratiche commerciali sleali, sopra menzionata che prevede all’art. 3(1) che il suo ambito di applicazione si estenda “*before, during and after a commercial transaction in relation to a product*”.

⁴⁹⁶ Come si legge nei Commenti all’art. 2:101, “*its purpose is to enforce the standard of fairness and reasonableness in pre-contractual dealings*” e “*it seeks to promote procedural fairness, allowing the consumer to make an unforced and informed choice*” (T. PFEIFFER – M. EBERS, *op. cit.*, p. 103).

⁴⁹⁷ “*Given that ‘good faith’ refers to general standards of fairness, the term must be understood in an objective rather than subjective sense*” (T. PFEIFFER – M. EBERS, *op. cit.*, p. 104).

⁴⁹⁸ Cfr. art. 2:102 ACQP.

espressamente con riguardo ai rapporti tra professionisti e consumatori (e per questo motivo, infatti, la previsione è una peculiarità rispetto ai PECL) ma, secondo i compilatori dei Principi, vale anche nei rapporti tra professionisti.⁴⁹⁹ In applicazione del dovere di buona fede, la parte deve fare tutto ciò che ci si può aspettare da una persona comune, che agisca nelle medesime circostanze e che abbia lo stesso livello di informazione. E ciò include il dovere di rispettare i diritti e la posizione dell'altra parte durante la fase precontrattuale.

La Sezione I sui “*General duties*” è chiusa dall’art. 2:103⁵⁰⁰ intitolato “*Negotiations contrary to good faith*”. Il suo contenuto rispecchia quanto stabilito dai PECL e dal DCFR e stabilisce, tra il resto, anche una esplicita responsabilità per chi interrompe le trattative in maniera contraria a buona fede.

Come evidenziano gli stessi compilatori degli ACQP, l’articolo in questione prevede, di fatto, un caso di responsabilità che non è ancora espressamente riconosciuta come parte dell’*acquis* comunitario; la responsabilità per la rottura ingiustificata delle trattative sembra, però, potersi sostenere alla luce, in particolare, del senso che viene dato alle “legittime aspettative dei

⁴⁹⁹ Mentre nelle relazioni tra professionista e consumatore, infatti, si può individuare un certo grado di standardizzazione delle “legittime aspettative”, avendo come metro di paragone il consumatore medio, lo stesso risulta difficile nei rapporti tra professionisti. Ciò non deve significare, secondo i redattori degli ACQP, che nei rapporti tra professionisti le legittime aspettative delle parti non siano in alcun modo protette; la rilevanza delle legittime aspettative, in questo contesto, dev’essere stabilita caso per caso. (Cfr. T. PFEIFFER – M. EBERS, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁰⁰ Art. 2:103: “*Negotiations contrary to good faith*
(1) *A party is free to negotiate and is not liable for failing to reach an agreement.*
(2) *However, a party who has conducted or discontinued negotiations contrary to good faith is liable for loss caused to the other party.*
(3) *In particular, a party acts contrary to good faith if it enters into or continues negotiations with no real intention of reaching an agreement.*”

consumatori”. L’articolo è stato così inserito all’interno degli ACQP.⁵⁰¹

La responsabilità per conduzione o interruzione delle trattative in maniera contraria a buona fede viene dedotta da alcune disposizioni contenute nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali⁵⁰² e altre contenute in una direttiva in materia di appalti pubblici⁵⁰³.

⁵⁰¹ Cfr. le *Political Issues* in T. PFEIFFER – M. EBERS, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁰² In particolare, dall’Allegato I alla Direttiva (2005/29/CE), che ai punti 5 e 6 prevede che siano sempre sleali le seguenti condotte:

“(5) *Invitare all’acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l’esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all’entità della pubblicità fatta dal prodotto e al prezzo offerti (bait advertising ovvero pubblicità propagandistica)*” e

(6) *“Invitare all’acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:*

a) rifiutare di mostrare l’articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure

b) rifiutare di accettare ordini per l’articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure

c) fare la dimostrazione dell’articolo con un campione difettoso, con l’intenzione di promuovere un altro prodotto (bait and switch ovvero pubblicità con prodotti civetta)”.

⁵⁰³ In particolare la Direttiva 92/13/CEE (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni) ai Considerando n. 10 (*“considerando che devono sempre essere possibili richieste di risarcimento danni”*) e 11 (*“considerando che, qualora una persona presenti una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un’offerta o di partecipazione ad una procedura d’appalto, essa non deve essere tenuta, allo scopo di ottenere il rimborso delle spese in questione, a provare che in assenza della violazione di cui trattasi l’appalto le sarebbe stato aggiudicato”*);

all’art. 1, par. 2: *“Gli Stati membri provvedono a che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese che possono far valere un pregiudizio nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali”*;

all’art. 2, par 1, lett d): *“Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini del ricorso di cui all’articolo 1 prevedano i poteri che permettano: d) e, nei due casi summenzionati, di accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.*

all’art. 2, par. 7: *“Qualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un’offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è*

L'articolo trova applicazione per ogni categoria di "parte contrattuale" e non è limitato alle negoziazioni intercorse tra professionista e consumatore. I presupposti da cui partono i compilatori dei Principi *Acquis*, sono molto simili a quelli dei PECL: le parti sono libere di decidere se concludere un contratto oppure no; esse possono entrare in trattative e interromperle senza incorrere in responsabilità. I Commenti ai Principi riportano una sentenza del Tribunale di Primo Grado⁵⁰⁴ che riconosce come le parti, in particolare i professionisti, debbano sostenere i costi economici inerenti alla loro attività: nel corso delle trattative, tali rischi includono, tra il resto, i costi connessi alla preparazione di un'offerta contrattuale. I commenti mettono poi in luce come, ad ogni modo, una parte, in particolare un professionista, che ha condotto o interrotto le trattative in maniera contraria a buona fede è responsabile per i danni causati all'altra parte. Tale principio si applica, ad esempio quando una parte incoraggia l'altra ad effettuare investimenti irreversibili prima della conclusione del contratto e quindi ad andare oltre al rischio inerente al tipo di attività in questione⁵⁰⁵. Secondo la citata giurisprudenza, la parte offesa può chiedere il risarcimento dell'interesse negativo (rifusione

tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa".

⁵⁰⁴ CFI, 17 dicembre 1998, causa T-203/96, *Embassy Limousines & Services contro Parlamento europeo*.

⁵⁰⁵ Caso *Embassy Limousines*, cit., par. 76: "Il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione comunitaria gli abbia suscitato aspettative fondate. Se è vero a questo proposito che gli operatori economici devono sopportare i rischi economici inerenti alle loro attività e che, nell'ambito di una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico, tali rischi economici comprendono, in particolare, i costi della preparazione dell'offerta, si può avere violazione del principio del legittimo affidamento che può far sorgere la responsabilità della Comunità qualora, prima dell'aggiudicazione al vincitore dell'appalto di cui trattasi, un offerente sia sollecitato dall'istituzione aggiudicatrice a effettuare in anticipo investimenti irreversibili e, pertanto, ad andare oltre i rischi inerenti alle attività considerate, che consistono nel presentare un'offerta".

delle spese sostenute o dei lavori effettuati confidando nella futura conclusione del contratto).

I Principi *Acquis* non prevedono articoli specifici sul danno risarcibile in caso di violazione del dovere di svolgere le trattative secondo buona fede; esso è specificato soltanto nei Commenti sopra riportati. Vi è, però, un articolo sui *Remedies for breach of information duties*⁵⁰⁶ che prevede espressamente la risarcibilità dei *reliance damages*.

La struttura generale del Capitolo 2 sui *Precontractual duties* pare essere la più logica, tra gli strumenti di uniformazione sin qui analizzati, lasciando essa emergere come la base della disciplina della fase precontrattuale sia costituita proprio dal generale dovere di comportarsi secondo buona fede, e come tutti gli specifici doveri legati a tale fase siano una specificazione di quello di buona fede.⁵⁰⁷

L'impostazione dei compilatori dei Principi *Acquis* non è andata esente da critiche. È stato affermato che i riferimenti alla buona fede precontrattuale contenuti nel diritto comunitario sarebbero troppo fragili per giustificare una così ampia formulazione di questo dovere nella fase che precede la stipulazione di un contratto.⁵⁰⁸ Le direttive menzionate nei commenti degli ACQP non offrirebbero appigli convincenti in tal senso, e le stesse considerazioni varrebbero anche con riguardo all'art. 2:301 sulla responsabilità per trattative condotte in mala

⁵⁰⁶ Art. 2:208.

⁵⁰⁷ In tema si veda C. CRAVETTO – B. PASA, *op. cit.*, p. 768.

⁵⁰⁸ Si veda il riferimento al pensiero di JANSEN e ZIMMERMANN effettuato da S. TROIANO, *op. cit.*, p. 211. Secondo gli autori citati, se si esaminano le norme delle singole direttive comunitarie in cui la buona fede è richiamata, pochi sembrerebbero essere in realtà i riferimenti a tale regola specificamente riguardanti la fase precontrattuale. La maggior parte dei richiami normativi alla buona fede parrebbe piuttosto riguardare la fase successiva alla formazione dell'accordo.

fede, per fondare la quale i compilatori degli ACQP si rifanno soprattutto alla disciplina delle pratiche commerciali sleali: essa parrebbe sì giustificare l'enucleazione di doveri di informazione precontrattuale e di correttezza, ma non specificamente, un dovere di risarcire il danno.

Nonostante le critiche mosse alle scelte effettuate nei Principi Acquis, si concorda con la dottrina che sostiene che, pur se i riferimenti alla fase precontrattuale nelle direttive europee sono molto generici, essi, proprio in quanto generici, ben si prestano ad essere applicati anche nel senso prescelto dai compilatori degli ACQP, o quanto meno, non escludono (soprattutto se letti alla luce dei risultati acquisiti nelle esperienze giuridiche nazionali) un'interpretazione che muova in questa direzione.⁵⁰⁹

Come osservato in dottrina, anche se non è esplicitato nei commenti, è evidente che gli estensori del testo, nel ricostruire i riferimenti tratti dalle direttive così come risulta dagli ACQP, avevano in mente (giustamente) i principi consolidati negli ordinamenti degli Stati membri.⁵¹⁰ L'obbligo di risarcire il danno conseguente alla violazione della buona fede precontrattuale potrebbe forse avere un più incerto fondamento nel diritto comunitario; tuttavia, costituisce anch'esso una regola unanimemente condivisa nel diritto comune europeo, e dunque ben può ritenersi presupposta dal legislatore comunitario.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Cfr. S. TROIANO, *op. cit.*, p. 212.

Il fatto che i riferimenti abbiano ambiti limitati è solo la conseguenza della settorialità e frammentarietà degli interventi del legislatore comunitario, ma non pare alla dottrina, né una forzatura né un errore ritenerli espressione di un più generale dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase precontrattuale.

⁵¹⁰ Si veda il riferimento all'opera di ZOLL effettuato da S. TROIANO, *op. cit.*, p. 213.

⁵¹¹ S. TROIANO, *op. cit.*, p. 213.

3. La responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative negli strumenti internazionali di uniformazione del diritto contrattuale: la Convenzione di Vienna e i Principi Unidroit

È ora opportuno volgere lo sguardo alle esperienze internazionali di uniformazione del diritto contrattuale⁵¹², dove la situazione, a grandi linee, non pare essere molto differente rispetto al contesto europeo: a fronte di una norma di diritto uniforme che non regola la responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative precontrattuali, si ha uno strumento di *soft law* più completo, da questo specifico punto di vista, che può trovare una sua utilità dal punto di vista della integrazione e interpretazione della legge vigente.

Per quanto riguarda la Convenzione di Vienna⁵¹³, che si ricorda essere, per effetto della ratifica, legge uniforme vigente negli Stati firmatari, e dunque potenziale concorrente del CESL negli Stati firmatari che fanno parte dell'Unione europea, il dato iniziale con cui ci si confronta è l'assenza nel testo di qualsiasi disposizione specifica sulla responsabilità precontrattuale della parti: nella sezione sulla "*formation of contract*" la CISG si occupa delle negoziazioni solo con disposizioni volte a determinare se il contratto è concluso o meno.

⁵¹² Il riferimento, in questo caso, è al diritto dei contratti commerciali, con esclusione, dunque, dall'ambito delle riflessioni, dei rapporti con il consumatore.

⁵¹³ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* del 1980, redatta dalla *United Nation Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), su <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>.

È stato osservato in proposito che “*the essential problem is that although the goal of the Convention was to promote uniformity, no provision of the Convention expressly addresses the issue of precontractual liability and, potentially, differing rulings will result in various countries*”⁵¹⁴.

Numerosi sforzi di esegesi del dettato normativo sono stati compiuti, dalla dottrina, perché un principio di comportamento delle parti secondo buona fede nelle trattative potesse trovare accoglimento nella portata applicativa della disciplina in esame.⁵¹⁵ In particolare, l’attenzione si è concentrata sull’art. 7 della CISG, l’unica disposizione della Convenzione che menziona il principio di buona fede e che dispone: “(1) *Nella interpretazione della presente Convenzione si deve aver riguardo al suo carattere internazionale, e alla necessità di promuovere l’uniformità della sua applicazione e l’osservanza della buona fede nel commercio internazionale. (2) Le questioni concernenti materie disciplinate dalla presente Convenzione che non sono espressamente risolte da esso devono essere risolte in conformità con i principi generali sui quali essa si basa, ovvero, in mancanza di tali principi, in conformità con la legge applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato*”.

La norma, letteralmente intesa, si limita ad imporre al giudice i parametri di riferimento a cui subordinare la sua attività ermeneutica; parametri che la stessa individua nel carattere internazionale della Convenzione, nella necessità di promuovere

⁵¹⁴ D. M. GODERRE, *op. cit.*, p. 132.

⁵¹⁵ Per un esame completo delle diverse teorie in merito alla possibilità di sanzionare i comportamenti delle parti contrari a buona fede nel corso delle trattative si vedano D. M. GODERRE, “*International Negotiations Gone Sour: Pre-contractual Liability under the United Nations Sales Convention*”, 66 *U. Cincinnati Law Review* (1997), p. 258 e ss; e C. BACHECHI – J. KLEIN, “*Precontractual Liability and the Duty of Good Faith in Negotiation in International Transactions*”, in *Houston Journal of International Law*, 1994, p. 8 e ss

l'uniformità applicativa della stessa nonché la buona fede nel commercio internazionale⁵¹⁶.

Come è stato ampiamente osservato⁵¹⁷, l'inserimento del concetto di "buona fede" nell'ambito della norma sull'interpretazione è frutto di un compromesso creatosi, in sede di Commissione di redazione, a seguito della contrapposizione tra i rappresentanti dei diversi schieramenti di *civil law* e *common law*. Al tentativo degli uni, di attribuire rilevanza giuridica alle trattative, ricorrendo al concetto domestico di buona fede, si contrapponeva la forte ostilità degli altri, indisposti a riconoscere, non solo nel contesto precontrattuale, portata internazionale alla *good faith*.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Il concetto va inteso come rispondente a standard di buona fede internazionali, privo, quindi, di influenze da parte delle nozioni proprie dei Paesi firmatari. V. anche nota 536.

⁵¹⁷ Si veda ad esempio M. J. BONELL, in C. M. BIANCA – M. J. BONELL (a cura di) *Commentary on the International Sales Law*, cit., p. 83: "Article 7 (1) second part [...] represents a hard-won compromise solution between those who would have preferred a provision imposing directly on the parties the duty to act in good faith, and those who on the contrary were opposed to any explicit reference to the principle of good faith in the Convention"; si vedano inoltre D. M. GODERRE, *op. cit.*, p. 260-261; G. EÖRSI, "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in 31 *American Journal of Comparative Law*, 1983, p. 354; T. E. CARBONNEAU – M. S. FIRESTONE, "Transnational Law-Making: Assessing the Impact of the Vienna Convention and the Viability of National Adjudication", in *Emory Journal of International Dispute Resolution*, 1986, p. 74; E. A. FARNSWORTH, "Problems of Unification of Sales Law from the Standpoint of the Common Law Countries", in 7 *Digest of Commercial Laws of the world*, 1980, p. 19. Si veda anche P. J. POWERS, "Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", in 18 *Journal of Law and Commerce* (1999) p. 333-353.

⁵¹⁸ La polemica è nata dalla proposta del delegato ungherese all'interno della Commissione di redazione, di inserire nel testo della Convenzione una norma specificamente dedicata alla fase formativa del contratto: "In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith" (Cfr. *Report of the Working Group on the International Sale of Goods on the Work of its Ninth Session*, par. 70, U.N. Doc. A/CN.1/142 (1977)). Le reazioni. In primo luogo, si denunciava la pretesa vaghezza dei concetti, la quale avrebbe necessariamente condotto le Corti nazionali a ricorrere all'impiego di nozioni giuridiche domestiche al fine di attribuire pratica rilevanza al principio di buona fede. In secondo luogo, si lamentava la mancata indicazione delle conseguenze giuridiche nel caso dell'inosservanza dei doveri di buona fede. Nuovamente, la lacuna sarebbe stata inevitabilmente colmata dal giudice servendosi dei rimedi offerti dal

Vista la formulazione definitiva - oggetto di "compromesso" - del testo della Convenzione, la possibilità per l'interprete di affermare l'esistenza di una responsabilità precontrattuale, fondata sulla violazione del dovere di buona fede, non può che derivare da un'interpretazione estensiva dell'art. 7.

E così la dottrina assume tre diverse posizioni riguardo all'esegesi del dato testuale.⁵¹⁹ La prima propende per un'interpretazione di tipo letterale dell'art. 7 e ritiene che la buona fede rilevi soltanto quale criterio interpretativo della Convenzione:⁵²⁰ verrebbe esclusa, così, la possibilità di estendere il concetto alla fase delle trattative

proprio diritto interno. Le controveazioni scaturite tra i delegati di formazione romano germanistica erano finalizzate a supportare l'adozione della proposta nella stesura definitiva: secondo questi, il principio di buona fede, rappresentando un consolidato principio di diritto internazionale, non rappresenterebbe un'innovazione difficilmente gestibile; la stessa Carta delle Nazioni Unite, d'altronde, si serve del principio per indirizzare il comportamento degli Stati membri nell'adempimento dei loro obblighi (Cfr. art. 2 (2) Carta delle Nazioni Unite (San Francisco, 26 giugno 1945) "*I Membri, al fine di assicurare, a ciascuno di essi i diritti ed i benefici risultanti dalla loro qualità di Membro, devono adempiere in buona fede gli obblighi da loro assunti in conformità alla presente Carta*"). La non regolamentazione delle conseguenze della scorrettezza precontrattuale, invece che rappresentare una lacuna, costituirebbe, piuttosto, il frutto di una precisa scelta propensa a consentire al giudice di adattare la risposta sanzionatoria alle particolarità del caso concreto sottoposto al suo esame. Infine, l'esistenza stessa di un dovere di buona fede, pur in assenza di qualsivoglia sanzione, avrebbe guidato le parti nella conduzione delle trattative.

Nella contrapposizione tra le opposte posizioni, si configurarono anche alcuni tentativi di conciliazione (quali, ad esempio, la proposta di inserire il richiamo alla buona fede, anziché in un apposito articolo, nel preambolo; questa soluzione, tuttavia, avrebbe inevitabilmente privato la norma di ogni effetto vincolante, degradandola a mera esortazione).

La soluzione di compromesso si è trovata, poi, nel ricondurre il principio di buona fede all'interpretazione ed applicazione della Convenzione.

(Si vedano, per un esame dei temi sopra descritti, D. M. GODERRE, *op. cit.*, p. 258 e ss e C. BACHECHI - J. KLEIN, *op. cit.*, p. 8 e ss.).

⁵¹⁹ Per una panoramica sulle interpretazioni si veda D. M. GODERRE, *op. cit.*, p. 274 e ss.

⁵²⁰ Cfr. P. WINSHIP, "*Commentary on Professor Kasteley's Rhetorical Analysis*", in *North Western Journal of International Law and Business*, 1988, p. 631.

Si veda in tema anche l'analisi di E. A. FARNSWORTH, "*Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws*", in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, p. 56.

precontrattuali. Questa teoria non considera, dunque, il dovere di buona fede come principio generale sotteso alla disciplina pattizia, e ritiene che la fase delle trattative debba essere lasciata alla regolamentazione delle disposizioni dei singoli Stati firmatari.⁵²¹

La seconda posizione continua ad intendere la norma in senso letterale, ma, a differenza della prima interpretazione, rinviene nei principi generali sottesi alla disciplina internazionale un generico dovere di buona fede.⁵²² Parte della dottrina invoca, così, la *good faith* per giustificare l'imposizione alle parti di determinati obblighi aggiuntivi di carattere positivo, quale, ad esempio, l'obbligo di comportarsi secondo correttezza anche nelle trattative.⁵²³ Altri, invece, invocano il metro della buona fede per valutare il comportamento delle parti, ma nei limiti della Convenzione stessa, nel senso di avere riguardo esclusivo al suo ambito di applicazione *ratione materiae*, con la conseguenza di escludere dall'ambito operativo del principio la fase delle trattative precontrattuali.⁵²⁴

⁵²¹ “As a result, uniform treatment of good faith issues arising under the Convention would fail as each nation dealt with the issue in its own manner. No decisions governed by the Convention have articulated this interpretation of Article 7, though it is likely that courts have interpreted it in this manner without reducing it to writing” (D. M. GODERRE, *op. cit.*, p. 275).

⁵²² “The second scenario also involves a literal reading of the Convention, but, in this case, courts could find under Article 7(2) that there is a gap in the text of the Convention concerning duties of good faith and could extract that duty of good faith from the general principles on which the Convention is based. Because Article 7(1) includes a general provision of good-faith in interpreting the Convention, good faith may appear to be one of the “general principles” underlying the Convention as a whole and courts may, under this interpretation, hold parties to that duty” (D. M. GODERRE, *op. e loc. cit.*).

⁵²³ In questo senso M. J. BONELL, in “*Commentary on the International Sales Law*”, *cit.*, p. 85; G. REINHART, “*Development of the Law for the International Sales of Goods*”, in *Cumberland Law Review*, 1983, p. 100; P. SILVA-RUIZ, “*Some Remarks about the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sales of Goods-Emphasis on Puerto Rico*”, in *Arizona Journal of International Comparative Law*, 1987, p. 141.

⁵²⁴ Cfr. F. FERRARI, *Supplemento legge 11 dicembre 1985 n. 765. Vendita internazionale di beni mobili. Tomo I*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), “*Commentario del codice civile*”, p. 150. Nello stesso senso J. E. DEFRANCO – I. I. DORE, “*A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform*

Con la terza posizione, infine, si arriva ad estendere il dovere di buona fede, letteralmente finalizzato a coadiuvare il giudice nell'interpretazione della Convenzione, fino ad imporre il medesimo anche in capo alle parti durante l'intera vicenda contrattuale, a partire dalle trattative.⁵²⁵

A fronte della vivacità del formante dottrinale, la giurisprudenza in materia (in particolare se ci si riferisce alla fase precontrattuale) è decisamente meno incisiva. Meritano, tuttavia, di essere menzionate due pronunce che, sebbene riguardanti la fase esecutiva del contratto, testimoniano il fatto che i giudici nazionali (o gli arbitri) giungano a riconoscere la buona fede *ex art. 7* quale *general principle* della Convenzione: si tratta del caso francese *SARL Bri Production "Bonaventure v. Societe Pan African Export*⁵²⁶, e della pronuncia arbitrale *Cowhides*⁵²⁷. Questi casi, a ben vedere, nel richiamare il principio di buona fede, non menzionano espressamente limitazioni al suo ambito operativo, che dunque si

Commercial Code", in *Harvard International Law Journal*, 1982, p. 61. Questi ultimi affermano che il concetto di buona fede della Convenzione di Vienna corrisponde a quello dello *Uniform Commercial Code*, per cui, pur non costituendo un mero criterio interpretativo, essa non dovrebbe essere intesa nel senso di criterio con il quale misurare il comportamento da tenere in occasione della formazione del contratto.

⁵²⁵ "Finally, courts may choose not to interpret the language of Article 7(1) literally, but may read the phrase mandating the observance of good faith in international trade as imposing the good faith duty directly upon the parties. Commentators have favored this view and, though it is not possible to determine from the opinion, the court in *Societe Pan African Export* may have taken this approach" (D. M. GODERRE, *op. cit.*, p. 278). Si veda anche E. A. FARNSWORTH, "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws", *cit.*, p. 56.

⁵²⁶ CA Grenoble, February 22, 1995, reprinted in UNILEX, D.1995-7, (1995), in cui si sostiene che "the conduct of PAN AFRICAN, [is] going against the principle of good faith in international trade promulgated by article 7 of the Vienna Convention".

⁵²⁷ ICC Arbitration Case No. 7331 of 1994 (*Cowhides case*) reperibile in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html>, dove si sostiene che "General principles of international commercial practise, including the principle of good faith, should govern the dispute [...]. For the present dispute, such principles and accepted usages are most aptly contained in the CISG".

potrebbe prestare ad essere esteso dalla fase esecutiva del contratto fino a ricomprendere la fase delle trattative. Il primo caso menzionato, addirittura, potrebbe essere letto come una propensione dei giudici verso la terza interpretazione dottrinale, laddove arriva ad imporre un vero e proprio dovere positivo di comportamento secondo correttezza in capo alle parti contraenti.

Si concorda con la dottrina che, a proposito dell'art. 7 CISG, osserva come *“al di là della diversa interpretazione che talvolta è stata data a tale criterio interpretativo, appare fondata la tesi di chi osserva che l'esigenza di promuovere la « osservanza della buona fede nel commercio internazionale » risulterebbe frustrata laddove si ritenesse tale precetto diretto esclusivamente agli interpreti e non anche alle parti del rapporto”*⁵²⁸. Come visto sopra, in primo luogo, è possibile ravvisare già una sorta di “precedente” giurisprudenziale in tal senso (pur se non in tema di responsabilità precontrattuale). In secondo luogo, si osserva come nell'ambito della Convenzione, il fatto che la buona fede rilevi anche con riferimento al comportamento delle parti appare confermato dalla circostanza che un obbligo di comportamento delle parti secondo buona fede si può evincere anche da altre norme⁵²⁹ della CISG.⁵³⁰ Per arrivare ad estendere un simile dovere comportamentale in capo alle parti nella fase delle trattative precontrattuali, si può allora ricorrere all'ausilio interpretativo dei Principi UNIDROIT, i quali, secondo il relativo Preambolo, *“possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto*

⁵²⁸ A. FRIGNANI – M. TORSELLO, *“Il contratto internazionale – Diritto comparato e prassi commerciale”*, in *“Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia”*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2010, p. 465.

⁵²⁹ Si veda ad esempio l'art. 72, par. 2.

⁵³⁰ In questo senso, ad esempio: P. SCHLECHTRIEM, *“Uniform Sales Law. The Un Conventions on Contracts for the International Sale of Goods”*, Vienna, 1986, p. 39; G. LEFEBVRE, *“La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises”*, in *Rev. Jur. Thémis*, 1993, p. 561.

internazionale uniforme".⁵³¹ E così, visto che essi impongono alle parti un dovere di non condurre le trattative precontrattuali in malafede, un simile comportamento può essere imposto alle parti anche ai sensi della CISG, attraverso un'interpretazione in tal senso del concetto di buona fede internazionale.

Occorre, allora, soffermarsi sulla disciplina della fase precontrattuale offerta dai Principi UNIDROIT⁵³² (PICC). Essi, come i PECL, dispongono di una "norma"⁵³³ iniziale che prevede un generale dovere di comportamento delle parti contraenti secondo buona fede e correttezza nel commercio internazionale⁵³⁴. Trattasi di una delle poche norme a carattere "imperativo"⁵³⁵ del testo, e dunque sottratta alla libera disponibilità delle parti: questo ne

⁵³¹ "Courts may be further inclined to find that good faith is a general principle of the Convention due to the increasing influence of the UNIDROIT Principles. The UNIDROIT Principles were designed specifically to address the situation in which an international uniform law instrument, such as the Convention, lacks specific guidelines on a particular issue. Reliance upon the UNIDROIT Principles could aid decision makers in making internationally acceptable determinations. Although under Article 7(2), gaps in the Convention are to be resolved on the basis of the general principles of the Convention itself, the UNIDROIT Principles nevertheless have the potential to be instructive in determining what those general principles are" (D. M. GODERRE, *op. cit.*, p. 277).

⁵³² I Principi dei Contratti Commerciali Internazionali, redatti dall'*International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) sono consultabili sul sito internet <http://www.unidroit.org/italian/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>.

⁵³³ Si ricorda che siamo, a differenza della CISG, in ambito di *soft law*, come nel caso dei PECL e del DCFR.

⁵³⁴ Art. 1.7 Unidroit: "ciascuna parte deve agire in conformità ai principi di buona fede e correttezza nel commercio internazionale". Si veda in tema H. FLECHTNER, "Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality", 13 *Pace International Law Review* (2001) 295-337.

⁵³⁵ Ci riferisce pur sempre a un testo di *soft law*. Per un'analisi in tema di norme imperative e dispositive nei progetti di uniformazione diritto europeo dei contratti si veda A. GAMBARO, "Contratto e regole dispositive", in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 e ss.

testimonierebbe l'importanza che riveste nei traffici internazionali. È importante notare come il richiamo al concetto di "buona fede nel commercio internazionale" effettuato dall'art. 1.7, rende manifesto che l'applicazione del principio non deve avvenire secondo gli standard originariamente adottati nell'ambito dei differenti sistemi nazionali; ad esso deve, al contrario, essere attribuito un significato indipendente ed autonomo⁵³⁶.

Accanto alla disposizione sulla buona fede in generale i Principi UNIDROIT contemplano, poi, disposizioni *ad hoc* per la disciplina dei rapporti precontrattuali: queste parrebbero porsi in applicazione dello stesso generico dovere di comportamento secondo buona fede, ma ciò viene in parte smentito dai commenti, come si vedrà tra poco.

Nello specifico, per quanto riguarda l'argomento che ci concerne, l'art. 2.1.15, pressoché identico al corrispondente art. 2:301 dei PECL, e quindi simile anche all'art. II.-3:301 DCFR, dispone: "(1) *Ciascuna parte è libera di condurre trattative e non è responsabile per il mancato raggiungimento di un accordo. (2) Tuttavia, la parte che ha condotto o interrotto le trattative in mala fede è responsabile per le perdite cagionate all'altra parte. (3) In particolare, si considera mala fede iniziare o continuare trattative malgrado l'intenzione di non raggiungere un accordo con l'altra parte*".

Al riguardo è stato osservato come i Principi Unidroit, mediante la predisposizione di norme *ad hoc* volte a disciplinare il comportamento precontrattuale delle parti, abbiano arrecato un contributo significativo agli scambi internazionali, laddove la maggior parte delle Convenzioni – e *in primis* la stessa CISG – partono dal presupposto che un contratto sia già stato concluso,

⁵³⁶ M. J. BONELL, "An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract", *cit.*, p. 138.

per regolarne la fase esecutiva o al massimo la formazione, intesa come offerta e accettazione.⁵³⁷

I Commenti⁵³⁸ all'articolo appena menzionato, esplicitivi delle scelte operate dai redattori, rendono evidente come l'opzione di adottare un'unica norma di portata generale, improntata a buona fede, che disciplini la fase precontrattuale, costituisce un consapevole sbilanciamento a favore delle soluzioni di *civil law*.⁵³⁹ A tale riguardo, però, è stato osservato come mentre nel caso dei PECL non si può dubitare che l'opzione a favore di una nozione di buona fede applicata espressamente ai comportamenti precontrattuali sia l'esito di un simile sbilanciamento verso le soluzioni in voga negli ordinamenti di *civil law*, considerato anche il corredo dottrinale e sistematico che ad esse si accompagna, nell'ipotesi dei Principi UNIDROIT la situazione è diversa.⁵⁴⁰ Infatti, sebbene sia stato reputato preferibile, a livello di tecnica legislativa, avere delle norme *ad hoc* a tutela dei rapporti precontrattuali, formulate secondo i modelli di *civil law*, le stesse, tuttavia, dovranno essere interpretate alla luce del commercio internazionale e non secondo le nozioni proprie dei singoli ordinamenti internazionali, per espressa previsione dell'art. 1.6(1) dei PICC. Anche la scelta terminologica testimonia il parziale allontanamento dalle soluzioni proprie di *civil law* e dai PECL: infatti nell'art. 2.1.15 (intitolato, si noti, "Trattative in mala fede" e non "trattative contrarie a buona fede") "*damages caused to the*

⁵³⁷ H. VAN HOUTE, "The UNIDROIT Principles as a Guide for Drafting Contracts", in Institute of International Business Law and Practice (ed.), UNIDROIT Principles, p. 115 e ss, spec. p. 121, riportato da M. . BONELL, *op. cit.*, p. 35, n. 38.

⁵³⁸ Si veda ad esempio J. KLEINHEISTERKAMP, in S. VOGENAUER – J. KLEINHEISTERKAMP, "Commentary o the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)", Oxford, 2009, p. 215 e ss.

⁵³⁹ Come accade nei PECL.
Si veda M.J. BONELL, *op. cit.*, p. 136-137.

⁵⁴⁰ Cfr. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 228, n. 301.

*other party by certain behaviour during negotiations are only accepted for cases in which that behaviour can be qualified as bad faith*⁵⁴¹. Secondo i commentatori dei Principi, da un punto di vista letterale, il dovere di non agire in *mala fede* sancito dall'art. 2.1.15 non può essere equiparato in tutto e per tutto al dovere di comportarsi in buona fede stabilito dall'art. 1.7: stabilire espressamente, come fanno i PECL, un responsabilità per la parte che “*negotiates or breaks off negotiations contrary to good faith and fair dealing*” avrebbe voluto dire riconoscere espressamente un generale dovere di negoziare in buona fede nel commercio internazionale, “*i.e. a position which is incompatible with the position in most common law countries*”⁵⁴². La soluzione dei redattori dei PICC appare dunque di tipo “diplomatico”, e fa sì che perché si abbia un comportamento rilevante in ambito internazionale e determinante una responsabilità precontrattuale da rottura ingiustificata delle trattative, “*more is needed than just ‘negligence’ or légèreté blâmable. (...) ‘Bad faith’ .. requires more than just the simple lack of ‘faithfulness’ in the sense of faithful fulfilment of implied obligations. In the absence of any specific circumstances or agreement of the parties that indicate otherwise, only acts or omissions that qualify as manifestly dishonest or vexatious can give rise to liability*”⁵⁴³.

Alla luce dei Commenti dei redattori, ad ogni modo, non sembrerebbe errato sostenere che l'art. 2.1.15 si ponga come concretizzazione del generale dovere di buona fede ex art 1.7, laddove si dice che le parti sono libere di entrare in trattative, ma

⁵⁴¹ J. KLEINHEISTERKAMP, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁴² J. KLEINHEISTERKAMP, *op. e loc. cit.*

⁵⁴³ J. KLEINHEISTERKAMP, *op. e loc. cit.*

La soluzione sembra porsi in linea con i primi orientamenti francesi in tema, in particolare con CA Pau, 14 gennaio 1969, *cit. supra* nel capitolo 2.

ciò “*must not conflict with the principle of good faith and fair dealing laid down in Art. 1.7*”⁵⁴⁴.

Per concludere, quindi, sembra che il concetto di “buona fede internazionale”, secondo l’impostazione dei Principi UNIDROIT e della CISG, includa un dovere di non interrompere ingiustificatamente le trattative, pur se inteso nel senso restrittivo descritto, tale da includere solo comportamenti in mala fede.

Lo scenario internazionale costituisce, dunque, un modello simile a quello europeo quanto a soluzioni in tema di repressione delle condotte precontrattuali scorrette; questo paragone, ad ogni modo, investe principalmente le trattative d’affari, cui le normative internazionali analizzate espressamente si applicano.

⁵⁴⁴ V. Commento n. 2, p. 59 dei PICC.

Conclusioni

Nel corso dell'elaborato, si è proceduto all'analisi delle diverse soluzioni nazionali in tema di responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative precontrattuali⁵⁴⁵. E' emerso, quale dato comune a tutti gli ordinamenti, il generale riconoscimento del principio della libertà di non contrarre, quella accezione della libertà contrattuale per cui le parti sono libere, in linea di massima, di decidere di non proseguire le trattative. Tale libertà, tuttavia, non è assoluta: specialmente nei sistemi di *civil law*, essa è limitata dalla necessità di avere riguardo al legittimo affidamento della controparte nella futura conclusione del contratto, per cui, una volta giunti ad un determinato "punto di non ritorno" nelle negoziazioni, una parte può recedere da queste solo in presenza di un giustificato motivo. Nell'ambito del *common law* (in particolare del sistema britannico analizzato) la *freedom not to contract* appare più incisiva e nel processo di bilanciamento dei contrapposti interessi, la tutela dell'affidamento della controparte nella conclusione del contratto tende generalmente a soccombere.⁵⁴⁶ Le questioni su cui si concentrano maggiormente gli interpreti riguardano (i) la verifica dei parametri in base ai quali si possa configurare un affidamento meritevole di tutela di una parte e quali

⁵⁴⁵ Cfr. per un'analisi più dettagliata il Cap. II.

⁵⁴⁶ Dall'analisi degli strumenti di uniformazione del diritto contrattuale, europei e internazionali, si deduce, d'altro canto, che la stigmatizzazione del recesso ingiustificato delle trattative nei Principi Unidroit, quale espressione della *bad faith in negotiation*, e le analoghe soluzioni adottate nei PECL e nel DCFR, dovrebbero comportare un ripensamento – almeno in tema di contratti del commercio internazionale – dei tradizionali principi in tema di negoziazioni.

circostanze rendano il recesso dell'altra parte giustificato; (ii) la qualificazione della natura della eventuale responsabilità per rottura delle trattative e del danno risarcibile: mentre la giurisprudenza dei vari ordinamenti europei analizzati tende quasi unanimemente a riconoscere la risarcibilità dei soli *reliance damages*, il dibattito circa la natura giuridica della responsabilità resta aperto.

Si è cercato allora conforto negli orientamenti della Corte di Giustizia e del legislatore europeo. Dalla famosa pronuncia Tacconi analizzata nell'elaborato, di notevole importanza per le riflessioni di matrice comparatistica, si deduce come sia possibile configurare una sorta di *common core* per i rapporti precontrattuali, derivato dalle singole soluzioni nazionali, per cui la responsabilità precontrattuale, in caso di rottura ingiustificata delle trattative, deriverebbe dalla violazione di un dovere legale (di comportamento non contrario a buona fede e correttezza) e non dall'inadempimento di un'obbligazione di natura contrattuale, di talché la responsabilità sarebbe ascrivibile (n.b.: ai fini internazionalprivatistici) al *genus* della responsabilità extracontrattuale.

L'impostazione assunta dalle Istituzioni europee in sede di uniformazione del diritto contrattuale degli Stati Membri non tiene conto del vivace dibattito in corso ed espunge dal testo della proposta di Regolamento per l'adozione di un "diritto comune europeo della vendita" la regolamentazione delle negoziazioni precontrattuali e la sanzione del recesso ingiustificato dalle stesse. I comportamenti precontrattuali trovano una propria disciplina solo con riguardo ai doveri informativi, che entrano a far parte della fase di "conclusione" del contratto.

Non viene dunque fornita alcuna risposta, nel CESL, ai quesiti emersi in sede di analisi della fattispecie nei diversi ordinamenti europei.

La mancanza, nel CESL, di una disciplina della responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative non può, tuttavia, essere interpretata come presa di posizione nel senso della non rilevanza giuridica dei comportamenti in fase delle trattative, e ciò è testimoniato, come visto, dall'ampia regolamentazione dei doveri informativi precontrattuali – espressione, secondo parte della dottrina, del dovere di comportamento secondo buona fede nelle trattative –, dai riferimenti espressi alla fase delle negoziazioni nel corso del testo e dalla presenza costante del generale principio di buona fede e correttezza in tutto il CESL. La scelta sembra essere, piuttosto, conseguenza del restringimento dello *scope of application* dello strumento (che, in maniera simile a quanto accade nella CISG, si concentra sulla regolamentazione del contratto di compravendita) e dalla natura opzionale dello stesso.

E allora l'obiettivo di uniformazione delle normative contrattuali nazionali degli Stati membri, portato avanti per anni attraverso i diversi progetti di uniformazione, non è raggiunto dal CESL con riguardo alla fattispecie oggetto di esame nel presente elaborato. Come visto, in questa fattispecie (strettamente collegata a quella propriamente contrattuale) le diverse leggi nazionali degli Stati membri restano applicabili e il CESL non può, dunque, considerarsi uno *standalone instrument*.⁵⁴⁷

Si è osservato⁵⁴⁸ come la responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative potrebbe trovare spazio nel CESL grazie all'attività interpretativa. Un'interpretazione "autonoma" dell'art. 2 del CESL potrebbe portare a ritenere che il generale principio di buona fede e correttezza ivi sancito ricomprenda la repressione delle condotte precontrattuali scorrette, anche laddove un contratto non si

⁵⁴⁷ Per un esame delle implicazioni internazionalprivatistiche del CESL si veda il Cap. I, par. 6.

⁵⁴⁸ Cfr. Cap. III, par. 1.

concluda ma sia chiaro che le parti avrebbero applicato il CESL ai loro rapporti.

Un importante ausilio interpretativo, in questo senso, deriva dal DCFR e dalla sua regolamentazione espressa della responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative quale espressione, in fase precontrattuale, del principio di *good faith and fair dealing*; si ritiene che il DCFR debba essere, in futuro, strumento imprescindibile per l'interpretazione del diritto contrattuale uniforme europeo, quali che siano i suoi sviluppi.

E' chiaro che, allo stato attuale, si pongono numerosi problemi di applicabilità del CESL alla fase delle trattative, vista la sua natura di strumento *opt in*, difficilmente applicabile finché non c'è una scelta delle parti (che presumibilmente avviene con il contratto).

Ciò sembra confermare che il destino del CESL è quello di essere applicato in contratti non preceduti da lunghe negoziazioni, quali ad esempio contratti standardizzati o contratti per via telematica, laddove l'imprenditore (presumibilmente il piccolo imprenditore che non è in grado di affrontare ingenti costi di consulenza legale per ogni contratto di compravendita concluso) che li predispone dichiara preventivamente di volersi avvalere del CESL in tutti i suoi rapporti contrattuali transfrontalieri.

La constatazione di questo probabile ambito di applicazione, porta a riconoscere la difficoltà con cui possano determinarsi situazioni di delusione degli affidamenti precontrattuali sanzionabili tramite il CESL. Se così non fosse si sarebbero previste regole espresse per la fase delle negoziazioni, fase che non smette di acquisire importanza e interesse nell'ambito del diritto del commercio internazionale, proprio a causa della lunghezza, e intensità e complessità abituali delle trattative e degli sforzi e investimenti che esse richiedono.

Bibliografia

- G. AFFERNI, “*Responsabilità precontrattuale e rotture delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*”, in *Danno e resp.*, 2009, 5, p. 469.
- G. AFFERNI, “*Case note. ECJ: Tacconi*”, in *E.R.C.L.*, 1/2005, p. 97.
- G. AJANI – H. SCHULTE NOLKE, “*The Action Plan on a more coherent European Contract Law: Response on behalf of the Acquis Group*”, in www.acquis-group.org.
- G. AJANI – S. FERRERI – M. GRAZIADEI, “*Introduzione ai principi di diritto comunitario in materia di contratto*”, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 271.
- D. K. ALLEN, “*England National Report*”, in E. HONDIUS (a cura di), “*Precontractual liability, Reports to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*”, Kluwer, 1991, p. 143.
- G. ALPA, “*European Community Resolutions and the Codification of Private Law*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2000, 1, p. 3.
- G. ALPA, “*Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l’armonizzazione dei modelli regolatori e per l’uniformazione delle regole di diritto comune*”, in *Contr. impr.*, 2008, 4-5, p. 912.
- G. ALPA, “*Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*”, in *Resp. civ. prev.*, 1981, p. 537.

- G. ALPA - M. J. BONELL – D. CORAPI – L. MOCCIA – V. ZENOVICH – A. ZOPPINI (a cura di), *“Diritto privato comparato. Istituti e problemi”*, Bari, 2008.
- G. ALPA - G. CAPILLI, *“Lezioni di diritto privato europeo”*, Padova, 2007.
- G. ALPA - G. CONTE, *“Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire”*, in *Riv. dir. civ.* 2008, 2, p. 160.
- G. AMADIO, *“Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di ‘abuso dell’autonomia contrattuale’)”*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, p. 285.
- L. ANTONIOLLI - F. FIORENTINI (a cura di), *“A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference”*, Munchen, 2011.
- R. ARENAS GARCIA, *“La regulaciòn de la responsabilidad precontractual en el regolamento Roma II”*, in http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf, *Revista para el analisis del Derecho*, Barcelona, 2008.
- R. ASTOLFI, *“In tema di responsabilità precontrattuale”*, in *Foro it.*, 1954, I, p. 1110.
- P. S. ATIYAH, *“An Introduction to the Law of Contract”*, V ed., Oxford, 1995.
- P. S. ATIYAH, *“The rise and fall of freedom of contract”*, Oxford, 1979.
- P. S. ATIYAH, *“Essay 6: The Liberal Theory of Contract”*, in *Essays on Contract*, Oxford, 1991, p. 128.
- C. AUBRY – C. RAU, *“Cours de droit civil français”*, t. 4, a cura di E. BARTIN, Litec, VI ed., 1936.

- C. BACHECHI – J. KLEIN, “*Precontractual Liability and the Duty of Good Faith in Negotiation in International Transactions*”, in *Houston Journal of International Law*, 1994, p. 8.
- J. BASEDOW, “*European Contract Law – The Case for a Growing Optional Instrument*”, in R. SCHULZE – J. STUYCK (a cura di), “*Towards a European Contract Law*”, Munich, 2011, p. 169.
- J. BASEDOW, “*Codification of Private Law in the European Union. The making of a hybrid*” in *Europ. rev. priv. law*, 2001, p. 35.
- J. BASEDOW - G. CHRISTANDL - W. DORALT - M. FORNASIER - M. ILLMER - J. KLEINSCHMIDT - S. A.E. MARTENS - H. RÖSLER - J. P. SCHMIDT - R. ZIMMERMANN, “*Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 Final (January 27, 2011)*”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, Vol. 75, p. 371.
- J. BASEDOW et al. (a cura di), *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2010.
- E. BATTELLI, “*Il nuovo diritto europeo dei contratti nell’ambito della strategia ‘Europa 2020’*”, in *Contratti*, 2011, 11, p. 1065.
- H. BEALE, “*European contract law: the Common Frame of Reference and beyond*”, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), “*The Cambridge companion to European Union Private Law*”, Cambridge, 2010, p. 117.
- H. BEALE – B. FAUVARQUE COSSON – J. RUTGERS – D. TALLON – S. VOGENAUER, “*Cases, materials and texts on Contract Law*”, Oxford and Portland, Oregon, 2010.
- L. A. BEBCHUK – O. BEN SHAHAR, “*Precontractual reliance*”, in 30, *J. Legal Stud.* 423 (2001).

- A. BÉNABENT, *“Droit civil, Les obligations”*, Montchrestien, coll. Domat, XI ed., 2007.
- G. BENACCHIO *“Diritto privato della Unione Europea – Fonti, modelli, regole”*, 5^a ed., Padova, 2010.
- F. BENATTI, *“Culpa in contrahendo”*, in *Contr. imp.*, 1987, p. 287.
- F. BENATTI, *“La responsabilità precontrattuale”*, Milano, 1963.
- M. BESSONE, *“Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno ‘ingiusto’*, in *Giur. merito*, 1978, I, p. 1165.
- C. M. BIANCA, *“La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205.
- C.M. BIANCA, *“Diritto civile, III, Il contratto”*, Milano, 1987.
- L. BIGLIAZZI GERI, *“Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato”*, Milano, 1967, p. 258.
- M. J. BONELL, *“An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract”*, II ed., Irvington-on-Hudson, New York, 1997.
- M. J. BONELL, *“Art. 6”*, in M. BIANCA (a cura di) *“Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili. Commentario”*, Padova, 1992.
- M. J. BONELL, in C. M. BIANCA – M. J. BONELL (a cura di) *“Commentary on the International Sales Law”*, Milano, 1987.
- M. J. BONELL, *“Responsabilità precontrattuale, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle sentenze e... Principi Unidroit”*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 179.
- M. J. BONELL, *“I Principi Unidroit nella pratica”*, Milano, 2002.

- F. BORTOLOTTI, “*Il Diritto Comune Europeo della Vendita*”, in http://www.mglobale.it/Internazionalizzazione/Contratti/Vendita/Il_Diritto_Comune_Europeo_Della_Vendita.kl.
- L. BOYER, “*Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats*”, in *RTD civ.*, 1949, p. 1.
- G. BRANCA, “*Istituzioni di diritto privato*”, Bologna, 1873.
- C. BRIÈRE, “*Le règlement (CE) no 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligation non contractuelles (Rome II)*”, in *Journ. dr. int.*, 2008, p. 31.
- C. BUSCH, ‘*Scope and content of an optional instrument for EU contract law*’, in <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>.
- M. BUSSANI – U. MATTEI (a cura di) “*Making European law. Essays on the <Common Core> project*”, *Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche*, Trento, 2000.
- G. CALABRESI, “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”, 70 *Yale L. J.* 499 (1961).
- S. CAMARA LAPUENTE, “*The Hypothetical ‘European Civil Code’: Why, How and When?*”, in *ERA Forum*, 2002, p. 89.
- C. W. CANARIS, “*La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*”, a cura di G. DE CRISTOFARO, Padova, 2003.
- T. E. CARBONNEAU – M. S. FIRESTONE, *Transnational Law-Making: Assessing the Impact of the Vienna Convention and the Viability of National Adjudication*, in *Emory Journal of International Dispute Resolution*, 1986, p. 74.
- J. CARBONNIER, “*Droit civil - Les Obligations*”, t.4, Paris, PUF, XXII ed., 2000.

- G. CARRARA, *“La formazione dei contratti”*, Milano, 1915.
- F. CARRESI, *“In tema di responsabilità precontrattuale”*, in *Temi*, 1965, p. 467.
- J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK (a cura di) *“Precontractual Liability in European Private Law”*, Cambridge, 2008.
- D. CARUSO, *“La culpa in contrahendo. L’esperienza statunitense e quella italiana”*, Milano, 1993.
- C. CASTRONOVO, *“Information duties and precontractual good faith”*, in *Europ. rev. priv. law*, 2009, 4, p. 559.
- C. CASTRONOVO, *“Introduzione”*, in *“Principi di diritto europeo dei contratti”*, Milano, 2001.
- C. CASTRONOVO, *“I <Principi di diritto europeo dei contratti> e l’idea di codice”* in *R. d. comm.*, 1995, p. 23.
- C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *“Manuale di diritto privato europeo”*, Milano, 2007.
- C. CAVAJONI, *“Ingiustificato recesso dalle trattative e risarcimento del danno”*, nota a Cass. 27.10.2006, n. 23289, in *I Contratti*, n. 4/2007, p. 313.
- M. CHEN–WISHART, *“Contract law”*, Oxford, 2005.
- N. COHEN, *“Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to negotiate”*, in J. BEATSON - D. FRIEDMANN (a cura di), *“Good faith and Fault in Contract Law”*, Oxford, 1995, p. 25.
- H. COLLINS, *“Why Europe needs a Civil Code: European identity and the Social Market”*, in *“Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law beyond the National Systems”*, London, 2007.
- G. CONTE, *“Codici etici e attività di impresa nel nuovo spazio globale di mercato”*, in *Contratto e impr.*, 2006, p. 108.

- G. CORDERO MOSS, “*International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith*”, in *Global Jurist*, 2007, p. 1.
- R. CRASWELL, “*Offer, acceptance, and efficient reliance*”, in 48 *Stan. L. Rev.* 481 (1996).
- C. CRAVETTO – B. PASA, “*The non-sense of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 6, p. 762.
- G. CRISCUOLI, “*Buona fede e ragionevolezza*”, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 709.
- V. CUFFARO, “*La responsabilità precontrattuale*”, in *Encicl. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1271.
- E. D’ALESSANDRO, “*La culpa in contrahendo nella prospettiva del regolamento CE n. 44 del 2001 e del regolamento CE n. 864 del 2007 (Roma II). Rapporti con la tecnica processuale degli ‘elementi a doppia rilevanza’*”, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, p. 279.
- G. D’AMICO, “*La formazione del contratto*”, in G. GITTI – G. VILLA (a cura di), “*Il terzo contratto*”, Bologna, 2008, p. 57.
- A. DAVÌ, “*Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*”, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 302.
- A. DE CUPIS, “*La natura della responsabilità*”, Milano, 1966.
- G. DE GEEST - M. KOVAC, “*The Formation of Contracts in the DCFR*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2009, 2, p. 113.
- A. DE VITA, “*Buona fede e common law (Attrazione non fatale nella storia del contratto)*”, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 251.
- E. DELL’AQUILA, “*La correttezza nel diritto privato*”, Milano, 1980.

- O. DESHAYES, “*Le dommage précontractuel*”, in *RTD civ.*, avril 2004, p. 187.
- G. DONADIO, “*Diritto contrattuale europeo e ‘optional instrument’: una valutazione preventiva*”, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, 2, p. 649.
- W. F. EBKE, “*Federal Republic of Germany*”, in M. FONTAINE (a cura di), “*Formation of Contracts and Precontractual Liability*”, International Chamber of Commerce (ed. by), n. 440/9, Paris, 1990.
- G. EÖRSI, “*A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *American Journal of Comparative Law*, 1983, p. 354.
- European Research Group on Existing EC Private Law, prepared by G. DANNEMANN, ‘*Draft for a First Chapter (Subject Matter, Application and Scope) of an Optional European Contract Law*’, (2011) *Oxford U Comparative L Forum* 2, reperibile in ouclf.iuscomp.org.
- M. FABRE-MAGNAN, “*Les obligations*”, PUF, 2004.
- B. FAGES, “*Pre-contractual Duties in the Draft Common Frame of Reference – What Relevance for Negotiation of Commercial Contracts?*”, in *E.R.C.L.*, 2008, 3, p. 305.
- G. FAGGELLA, “*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*”, in “*Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*” vol. III, Napoli, 1906, p. 271.
- G. FARJAT, “*Droit privé de l’économie*”, t.2, “*Théorie des obligations*”, PUF, 1975.
- E. A. FARNSWORTH, “*Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and*

National Laws”, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, p. 56.

- E. A. FARNSWORTH, “*Problems of Unification of Sales Law from the Standpoint of the Common Law Countries*”, in “*Problems of Unification of International Sales Law*”, II, 19 (1980).

- E. A. FARNSWORTH, “*Pre-contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*”, (1987) 87 *Columbia Law Review* 217.

- H. FLECHTNER, “*Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality*”, 13 *Pace International Law Review* (2001) 295-337.

- J. FLOUR – J. L. AUBERT – E. SAVAUX, “*Les obligations-L’acte juridique*”, vol. I, Armand Colin, XII ed., 2006.

- M. FONTAINE (a cura di), “*Formation of Contracts and Precontractual Liability*”, International Chamber of Commerce (ed. by), n. 440/9, Paris, 1990.

- L. M. FRANCIOSI, “*Trattative e due diligence*”, Milano, 2009.

- A. FRIGNANI – M. TORSELLO, “*Il contratto internazionale – Diritto comparato e prassi commerciale*”, in “*trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*”, diretto da F. GALGANO, Padova, 2010.

- F. FORTINGUERRA, “*Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell’esperienza europea*”, in “*La responsabilità precontrattuale*”, a cura di A. DE MAURO – F. FORTINGUERRA, nel Trattato diretto da P. CENDON, Padova, 2002.

- P. FRANZINA, “*La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo*”, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, p. 174.

- L. FRANZONI, “*Introduzione all’economia del diritto*”, Bologna, 2003.

- L. L. FULLER – W. R. PERDUE, “*The Reliance Interest in Contract Damages*”, in 46 *Yale Law Journal* (1936) 52-96.
- M.P. FURMSTON – T. NORISADA – J. POOLE, “*Contract Formation and Letter of Intent*”, Chichester, 1998.
- F. GALGANO, “*Il negozio giuridico*” in, “*Trattato di diritto civile e commerciale*”, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, III, Milano, 1988, p. 443.
- P. GALLO, “*Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*”, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 519.
- P. GALLO, “*Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*”, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 2, p. 295.
- P. GALLO, “*Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*”, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 2, p. 239.
- A. GAMBARO – R. SACCO, “*Sistemi giuridici comparati*” III ed, in R. SACCO (diretto da) “*Trattato di diritto comparato*”, Torino, 2008.
- G. GANDOLFI, “*Per la Redazione di un ‘Codice Europeo dei Contratti*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1073.
- J. GHESTIN, “*Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*”, LGDJ, 3° ed., 1993.
- P. GILIKER, “*A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French and Canadian Law*”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 972.
- J. GHESTIN, “*La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers en droit français*”, in “*Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law beyond the National Systems*”, London, 2007, p. 436.

- D. M. GODERRE, “*International Negotiations Gone Sour: Pre-contractual Liability under the United Nations Sales Convention*”, 66 *U. Cincinnati Law Review* (1997) 258-281.
- R. GOODE, “*The concept of good faith in English law*”, in *Saggi, conferenze e seminari del Centro di Studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, diretto da M. J. BONELL, 1992, n.2, reperibile al sito internet <http://www.uniroma1.it/idc/centro/centri.htm>.
- M. GRANATA, “*Natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*”, *RDCo*, 1956, II, p. 36.
- O. GROSSKOPF – B. MEDINA, “*Regulating contract formation: precontractual reliance, sunk costs, and market structure*”, in *Connecticut Law Review*, 2007, p. 2.
- S. GRUNDMANN, “*The Future of Contract Law*”, in *E.R.C.L.*, 2011, 4, p. 491.
- K. GUTMAN, “*The Commission’s Green Paper on European contract law: reflections on Union competence in light of the proposed options*”, in *E.R.C.L.*, 2011, 2, p. 151.
- A. S. HARTKAMP et al., a cura di, “*Towards a European Civil Code*”, Njimegen, 2004.
- A. S. HARTKAMP, “*Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands*”, in 40 *Am. J. Comp. L.*, 551,554 [1992].
- T. HASSAN, “*The Principle of Good faith in the Formation of Contracts*”, in *Suffolk Transnational L. J.*, 1980, 5, 20.
- B. HESS – T. PFEIFFER – P. SCHLOSSER, “*Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*”, in Study JLS/C4/2005/03.

- H. HEISS – N. DOWNES, “*Non-optional elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law perspective*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2005, 13, p. 693.
- H. HEISS, “*Party Autonomy*”, in F. FERRARI – S. LEIBLE (a cura di) “*Rome I Regulation; the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*”, Munich, 2009.
- M. HESSELINK, “*How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission’s proposal for a regulation*”, Centre for European Contract Law Working Paper Series n. 2011-15, reperibile su <http://ssrn.com/abstract=1950107>.
- M. HESSELINK, “*The European Commission’s Action Plan: Towards a more coherent European contract law?*” in *Europ. rev. priv. law*, 2004, 12, p. 397.
- R. A. HILLMAN, “*The Richness of Contract Law, An Analysis of Critique of Contemporary Theories of Contract Law*”, London, 2002.
- M. HOCH, “*Is Fair dealing a Workable Concept for European Contract Law?*”, in *Global Jurist Topics*, 2005, p. 17.
- W. HOLDSWORTH, “*A history of English law*”, 7^a ed. Rev., London-Methuen, 1936.
- W. H. HOLMES, “*The freedom not to contract*”, in *Tul. L. Rev.*, 751 (1986).
- E. HONDIUS, (a cura di), “*Precontractual liability, Reports to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*”, Kluwer, 1991.
- E. IORIATTI FERRARI, “*Codice Civile Europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*”, Padova, 2006.
- M. JAGIELSKA, ‘*Issues of private international law linked with the adoption of an optional EU instrument in the field of contract law*’,

<http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Jagielska%20EN.pdf>.

- A. JOHNSTON – H. UNBERATH, “*European private law by directives: approach and challenges*”, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), “*The Cambridge companion to European Union Private Law*”, Cambridge, 2010, p. 85.
- L. JOSSEERAND, “*De l’abus des droits*”, Paris, 1905.
- A. W. KATZ, “*When should an offer stick? The economics of promissory estoppels in preliminary negotiations*”, in 105 *Yale L. J.* 1249 (1996).
- F. KESSLER – E. FINE, “*Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: a Comparative Study*”, in 77 *Harv. L. Rev.*, (1964), p. 401.
- H. KÖTZ – S. PATTI, “*Diritto europeo dei contratti*”, Milano, 2006.
- A. N. KUCHER, “*Pre-contractual liability: protecting the rights of the parties engaged in negotiations*”, reperibile in <http://www.nyulaw.global.org>, 2004, p. 36.
- O. LANDO, “*Comments and Questions Relating to the European Commissions’ Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*”, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 6, p. 717.
- O. LANDO, “*On a European Contract Law for Consumers and Businesses – Future Perspectives*”, in R. SCHULZE – J. STUYCK (a cura di), “*Towards a European Contract Law*”, Munich, 2011, p. 203.
- O. LANDO, “*The structure and legal values of the Common Frame of Reference*”, in *E.R.C.L.*, 2007, p. 249.
- O. LANDO, “*Some features of the law of contract in the third millennium*” in G. ALPA - R. DANОВI, a cura di, “*Diritto contrattuale*

europo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile", Quaderni di rassegna forense 11, Milano 2003.

- O. LANDO, "European Contract Law", in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31, n. 4, 1983, p. 653.

- C. LARROUMET, "Droit civil, Les obligation, Les contrats", Economica, V ed., 2003.

- A. LAS CASAS, "Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici", Torino, 2009.

- B. LASSALLE, "Les pourparlers", in *Rev. de la rech jur, dr. Prosp*, 1994, 850.

- F. H. LAWSON, "A Common Lawyer Looks at the Civil Law", Ann Arbor, 1959.

- P. LE TORNEAU, "Droit de la responsabilité et des contrats", Dalloz Action, 2004.

- P. LE TORNEAU – L. CADIET, "Droit de la responsabilité et des contrats", Paris, Dalloz 2002-2003, n. 847.

- E. LEIN, 'Issues of private international law, jurisdiction and enforcement of judgments linked with the adoption of an optional EU contract law',
<http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Lein%20EN.pdf>.

- M. L. LOI e F. TESSITORE, "Buona fede e responsabilità precontrattuale", Milano, 1974.

- S. LORENZ – W. VOGELSANG, "German Report" sub caso 1, in J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK (a cura di), "Precontractual Liability in European Private Law", Cambridge, 2008, p. 34.

- A. LUMINOSO, “*La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile*”, in *Contr. impr.*, 1988, p. 794.
- P. MALAURIE – L. AYNÈS – P. STOFFEL-MUNK, “*Les obligations*”, Defrénois, 2004.
- P. MALINVAUD, “*Droit des obligations. Les mécanismes juridiques des relations économiques*”, Litec, X ed., 2007.
- B. MARKESINIS, “*Why a Code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity*”, in G. ALPA- E. BUCCICO (a cura di) “*Codice Civile Europeo*”, *Quaderni di rassegna forense* 5, Milano, 2001, p. 297.
- B. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, “*The German Law of Obligations. Vol. I. The Law of Contract and Restitution: A Comparative Introduction*”, Oxford, 1997.
- G. MARINI, “*Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*”, Napoli, 1995.
- U. MATTEI, “*Hard Code Now!*”, in *Global Jurist Frontiers*, 2002, p. 1.
- U. MATTEI, “*A Transaction Costs Approach to the European Code*”, in *Europ. rev. priv. law*, 1997, 5, p. 537.
- H., L., et H. MAZEAUD, “*Leçons de droit civil*”, t.2, 1^{er} vol. “*Obligations, théorie générale*”, a cura di F. CHABAS, Montchrestien, IX ed., 1998.
- D. MAZEAUD, “*Réparation des préjudices précontractuelles: toujours moins..?*”, note ss Cass. civ. 3^e, 28.6.2006, *D.*, 2006, p. 2963.
- S. MAZZAMUTO, “*La nuova direttiva sui diritti del consumatore*”, in *Europa e diritto privato*, 2011, 4, p. 861.

- E. MCKENDRICK, “*Harmonisation of European contract law: the state we are in*”, in S. VOGENAUER – S. WEATHERILL, a cura di, “*The harmonisation of European contract law. Implications for European private laws, business and legal practise*”, Oxford e Portland, Oregon, 2006.
- M. MEKKI – M. KLOEPFER-PELÈSE, “*Good faith and fair dealing in the DCFR*”, in *E.R.C.L.*, 2008, 3, p. 338.
- E. MELATO – F. PARISI, “*A law and economics perspective on precontractual liability*”, in J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK (a cura di) “*Precontractual Liability in European Private Law*” Cambridge, 2008, p. 431.
- L. MENGONI, “*L’Europa dei Codici o un Codice per l’Europa?*”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 517.
- L. MENGONI, “*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*”, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 363.
- F. MESSINEO, “*Il contratto in genere*”, in, “*Trattato di diritto civile e commerciale*”, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXI, Milano, 1968, I, p. 302.
- F. MESSINEO, voce “*Contratto / diritto privato*”, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 892.
- H. MICKLITZ, “*Prospettive di un diritto privato europeo: ‘ius commune praeter legem?’*”, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, p. 35.
- E. MILLNER, “*Contracts in Contract and Tort*”, in *Current Leg. Problems*, 1963, p. 68.
- G. MIRABELLI, “*Dei contratti in generale*”, 3^a ed., in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, p. 116.
- P.G. MONATERI, “*Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*”, in A. D’ANGELO – P. G. MONATERI – A.

SOMMA, *“Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto”*, Torino, 2005, p. 57.

- P. G. MONATERI, *“I contratti di impresa ed il diritto comunitario”*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 942.

- P.G. MONATERI, *“Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto”*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409.

- P.G. MONATERI, *“La responsabilità civile”*, in *“Trattato di diritto civile”*, diretto da R. SACCO, vol. III, Torino, 1998.

- P.G. MONATERI, *“Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale”*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 361.

- R. MONZER, *“Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle”*, in *R. I. D. C.*, 2007, 3, p. 523.

- J. M. MOUSSERON – D. MAINGUY – N. GUIBAL, *“L’avant-contrat”*, ed. Lefebvre, 2001.

- A. MUSY, *“Responsabilità precontrattuale”*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 2007.

- A. MUSY, *“Comportamenti affidanti e valutazione del danno risarcibile: il recesso dalle trattative in materia di locazione. Note comparatistiche”* nota a Cass. 14.02.2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 12, p. 2250.

- F. NATTINI, *“Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale”* in *Dir. comm.*, 1920, II, p. 235.

- R. A. NEWMAN *“The Reinassance of Good Faith in Contracting Anglo-American Law”*, in *55 Cornell L. Rev.*, (1969), p. 553.

- G. OSTI, voce *“Contratto”* in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 514.

- J. F. O’CONNOR, *“Good faith in English law”*, Darmouth, 1990.

- D. PALMIERI, *“La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza”*, Milano, 1999.
- N. W. PALMIERI, *“Good faith disclosures required during precontractual negotiations”*, 70 *Seton Hall Law Rev.*, (1993-1994), p. 70.
- B. PASA, *“La forma informativa nel diritto contrattuale europeo”*, Napoli, 2008.
- D. PATTERSON, *“Equitable relief, for unilateral mistake”*, in *Colum. L. Rev.*, (1928), p. 859.
- S. PATTI, *“Responsabilità precontrattuale”*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 164.
- T. PFEIFFER – M. EBERS, *“Pre-Contractual Duties”*, in Research Group on Existing EC Contract Law (Acquis Group), *“Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services”*, Munich, 2009.
- M. PLANIOL – G. RIPERT, *“Traité pratique de droit civil français”*, Vol. 6, *“Obligations”*, 1re partie, a cura di P. ESMEIN, LGDJ, 2° ed. 1954.
- P. J. POWERS, *“Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”*, 18 *Journal of Law and Commerce* (1999) 333-353.
- P. RESCIGNO, *“Incapacità naturale e inadempimento”*, Napoli, 1950.
- I. RIVA, *“Nuove tendenze in tema di danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale”*, in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 2008, 3, p. 1013.

- V. ROPPO, “*Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*”, in *Corr. giur.*, 2009 p. 277.
- V. ROPPO, “*Il contratto del duemila*”, Torino, 2002.
- P. ROUBIER, “*Essai sur la responsabilité précontractuelle*”, Lyon, 1911.
- L. ROVELLI, “*La responsabilità precontrattuale*”, in M. BESSONE (a cura di) “*Trattato di diritto privato*”, Torino, 2000, XIII, 2.
- R. SACCO - G. DE NOVA, “*Il contratto*”, in “*Trattato di diritto civile*” diretto da R. SACCO, Torino, 2004, II.
- R. SACCO, “*Codificare: un modo superato di legiferare*”, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 29, p. 133.
- R. SALEILLES, “*De la responsabilité précontractuelle; à propos d’une étude nouvelle sur la matière*”, in *RTD civ.*, 1907, p. 607.
- N. SAPONE, “*La responsabilità precontrattuale*”, Milano, 2008.
- J. SCHMIDT - SZALEWSKI, “*La période précontractuelle en droit français*”, in *RIDC*, 1990, p. 544.
- J. SCHMIDT – SZALEWSKI, “*French Report*”, in M. FONTAINE (a cura di) “*Formation of contracts and precontractual liability*”, International Chamber of Commerce (ed. by), Paris, 1990.
- H. SCHULTE-NÖLKE, “*The way forward in European Consumer Contract Law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws*”, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), “*The Cambridge companion to European Union Private Law*”, Cambridge, 2010, p. 131.
- H. SCHULTE-NÖLKE, “*EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’*”, *Europ. rev. priv. law*, 2007, 3, p. 332.

- R. SCHULZE, *“The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law”*, in *“Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law”*, Munchen, 2008.
- R. SCHULZE – J. STUYCK (a cura di), *“Towards a European Contract Law”*, Munich, 2011.
- R. SCHULZE – T. WILHELMSSON, *“From the Draft Common Frame of Reference towards European contract law rules”*, in *E.R.C.L.*, 2, 2008.
- I. SCHWENZER – P. HACHEM *“Introduction to Articles 1-6”*, in I. SCHWENZER (a cura di), *“Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods”*, 3rd ed, Oxford, 2010.
- R. SCOGNAMIGLIO, *“Dei contratti in generale”*, in *Commentario al codice civile diretto da A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Bologna-Roma, 1970, p. 213.
- R. SEFTON-GREEN, *“Diversità culturale e codice civile europeo”*, in *“Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti”* a cura di Somma, Torino, 2007.
- R. SEFTON-GREEN, *“Cultural Diversity and the Idea of a European Civil Code”*, in M. W. HESSELINK (a cura di), *“The Politics of a European Civil Code”*, Kluwer International law, 2006, p. 71.
- R. SHAW, *“Precontractual negotiations in English law: Walford v. Miles and its aftermath”*, in *Europ. Rev. Priv. Law*, 1994, 2, p. 269.
- A. SOMMA, *“Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4, p. 1097.
- B. STARCK, *“Droit civil. Obligations”*, T.1, *“Responsabilité delictuelle”*, a cura di H. ROLAND – L. BOYER, 3^a ed., Paris, 1988.

- D. STAUDENMAYER, *“The Commission Communication on European contract law and its follow-up”*, in GRUNDMANN – J. STUYCK, a cura di, *“An academic green paper on European contract law”*, The Hague, 2002.
- Lord J. STEYN, *“Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men”* in *113 Law Q. Rev.* 433, 439 (1997).
- Study Group on Social Justice in European Private Law, *“Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”*, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, Nov. 2004, p. 653.
- D. TALLON, *“Le concept de bonne foi en droit français du contrat”*, in *“Saggi, conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero”*, diretto da M. J. BONELL, 1994, n.15, reperibile al sito internet <http://www.roma1.it/idc/centro/centro.htm>).
- G. TAMBURRINO, *“I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto”*, 2^a ed., Milano, 1991.
- E. TERRYN, *“Contract Formation – An Illustration of the Difficult Interface with National Law and Enforcement”*, in R. SCHULZE - J. STUYCK (a cura di), *“Towards a European Contract Law”*, Munich, 2011, p. 65 ss.
- G. TESAURO, *“Diritto comunitario”*, 3^a ed., Padova, 2003, p. 356.
- G. TEUBNER, *“Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences”*, in *The Modern Law Review*, vol. 61, n.1, 1998, p. 11.
- S. TROIANO, *“Clausole generali e nozioni giuridiche indeterminate nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti”*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *“I ‘Principi’ del diritto comunitario dei contratti – Acquis communautaire e diritto privato europeo”*, Torino, 2009, p. 205.

- C. TURCO, *“Interesse negativo e responsabilità precontrattuale”*, Milano, 1990.
- C. TWIGG - FLESNER, *“Introduction: key features of European Union private law”*, in C. TWIGG - FLESNER (a cura di), *“The Cambridge companion to European Union Private Law”*, Cambridge, 2010, p. 6.
- F. VIGOTTI, *“La responsabilità precontrattuale”*, NGCC, 1986, II, p. 175.
- G. VISINTINI, *“La reticenza nella formazione dei contratti”*, Milano, 1972.
- M.J. VAN DER HEIJDEN – A. KEIRSE, *“Selecting the best Instrument for European Contract Law”*, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 5, p. 565.
- S. VOGENAUER – S. WEATHERILL, a cura di, *“The Harmonization of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Businesses and Legal Practice”*, Oxford-Portland, 2006.
- C. VON BAR et al., *“Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference”*, Munich, 2009.
- C. VON BAR et al., *“Introduction”*, in *“Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference”*, a cura di Von Bar et al., Munchen, 2009.
- C. VON BAR, *“From principles to codification: prospects for European private law”* in G. ALPA-R. DANOVI, *“Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori”*, Quaderni di rassegna forense 11, Milano 2003.
- T. VON MEHREN, *“The Formation of Contracts”*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubingen, 1992, p. 23.

- S. WEATHERILL, “*Competence and Legitimacy*”, in C. BARNARD – O. ODUDU (a cura di), “*The outer limits of European Union Law*”, Oxford, 2009.
- M. B. WESSMAN, “*Should we fire the gatekeeper? An examination of the doctrine of consideration*”, in *University of Miami Law review*, 1993, p. 24.
- S. WHITTAKER, “*The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*”, in *E.R.C.L.*, 2011, 3, p. 371.
- S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN, “*Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*”, in S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN (a cura di), “*Good Faith in European Contract Law*” Cambridge, 2000, p. 7.
- S. WHITTAKER – R. ZIMMERMANN (a cura di), “*Good faith in European Contract Law*”, Cambridge, 2000.
- S. WILLSTON, “*Contracts*”, Cambridge, 1936.
- P. J. WILS WOUTER, “*Who should bear the costs of failed negotiations? A functional inquiry into pre-contractual liability*”, in 4 *J. de Economistes et des etudes humaines*, 93 (1993).
- B. WINDSCHEID, “*Diritto delle pandette*”, trad. it. a cura di C. FADDA e P. E. BENZA, Torino, 1925, 187, n. 5.