



LAURA MARIA FRANCIOSI

*Trattative e contratti internazionali:
una dialettica tra modelli e formanti*

Abstract: The topic of the legal framework for the negotiations and the relevant precontractual liability is particularly interesting from a comparative perspective: first, because of the involvement, besides the rules of law, of historical, cultural and economic values representing the matrix of a legal system; second, because this area of law is still typified by differences between the civil law family and the common law one. While the dominant paradigm of the first one is the duty of good faith - which has influenced even recent codifications, for example the new Chinese civil code - the second one, in particular the English legal system, persists in the traditional aleatory view of negotiations as well as in preserving the freedom not to contract and relying upon the so called “piecemeal approach” in order to provide for the negotiation-period. Moreover, while the English legal system maintains a clear disfavour towards any precontractual duty of good faith, a more mitigated approach is adopted by the US legal system, whereby, on one side, the aleatory view of negotiations is affirmed but, on the other, the concept of “reliance” has been expanded to protect the precontractual expectations of the parties, and the Courts tend to enforce the duty to negotiate in good faith if it is undertaken through an agreement between the parties. However, the absence of clear guidelines and the inconsistencies within the case law raised uncertainties and enhanced the transaction costs under both models. Within the field of international contracts, the above-described dichotomy and the need to grant business parties with a proper legal framework for the precontractual period is particularly enhanced due to peculiar features of such context. This induced, on one side, the development of *rules of law* aimed at governing the negotiations and, on the other side, the adoption of specific legal tools by the international business community, in particular the so-called letters of intent. However, unless parties specifically address the typical issues dealing with precontractual negotiations, it will be up to Arbitral Tribunals (or to national Courts) to intervene in order to solve them. Such phenomenon, therefore, determines an ongoing interaction among different models and formants, generating a unique context of analysis from the comparative point of view.

Keywords: international contracts, good faith, precontractual liability, letters of intent, legal formants.

1. Introduzione

Il tema della disciplina giuridica delle trattative e della responsabilità precontrattuale è di particolare interesse, in prospettiva comparatistica, sia perché le regole a presidio di tale fattispecie si rivelano espressione di valori storici, economici e culturali di un dato contesto, sia perché, ancor oggi, le soluzioni proprie dei sistemi di *civil law* e quelle dei



sistemi di *common law* tendono a divergere. Mentre i sistemi di *civil law* sono caratterizzati dall'adozione legislativa del, o dal ricorso in sede giurisprudenziale al, dovere generale di buona fede nelle trattative – e questa opzione mostra di aver influenzato sia codificazioni più recenti, quali quella cinese, sia le *rules of law*¹ per i contratti internazionali – i sistemi di *common law*, in particolare quello inglese e statunitense, tendono ancora a prediligere, seppur con alcune differenze, il tradizionale approccio che valorizza la *freedom not to contract* e ricorre alle cd. *piecemeal solutions*. Negli Stati Uniti, pur non esistendo un dovere precontrattuale di buona fede di natura normativa, si tende tuttavia, a determinate condizioni, a riconoscere rilevanza giuridica ad accordi che contemplino l'assunzione per le parti coinvolte in trattative del dovere di negoziare in buona fede, dunque su base convenzionale. Inoltre, proprio in questo modello si è assistito a un intervento dottrinale di concettualizzazione della buona fede contrattuale, con riflessi anche sui rapporti precontrattuali.

Nonostante le differenze di approccio tra le famiglie considerate, le incertezze operative permangono e risultano particolarmente acute nel contesto dei contratti internazionali², in cui, come noto, manca una disciplina giuridica uniforme, così come

¹ F. Ferrari, “Brevi osservazioni sull'applicabilità delle convenzioni di diritto materiale uniforme nell'arbitrato internazionale”, *Diritto del commercio internazionale*, (2021), 2, pp. 255 ss., a pp. 264-265 evidenzia che, nel contesto dei contratti internazionali e nei correlati procedimenti arbitrali, è più appropriato utilizzare l'espressione ‘regole di diritto’, intese in una connotazione più ampia rispetto al tradizionale riferimento alla ‘legge’, perché “l'espressione ‘regole di diritto’ identifica norme sostanziali non necessariamente appartenenti ad un ordinamento giuridico nazionale” dovendosi con ciò comprendere “qualsiasi norma a-nazionale, di origine non statale, come ad esempio i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali” (*Ibid.*). Tale impostazione trova ad esempio conferma nelle 2021 ICC Arbitration Rules, il cui Art. 21 - *Applicable Rules of Law* - prevede: “The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate” (https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_21).

² È un rilievo comune la considerazione che, mentre in passato la stipulazione di contratti internazionali fosse un fenomeno limitato a poche imprese operanti in una dimensione transnazionale, oggi, per effetto della globalizzazione e dell'avvento di nuove tecnologie, il ricorso a contratti internazionali sia divenuto un fenomeno assolutamente diffuso e comune a una molteplicità di realtà imprenditoriali, anche di piccole dimensioni: F. Bortolotti, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, 2009³, vol. I, p. v e Id., *Il contratto internazionale*, Padova, Cedam, 2017², p. 3; G. Cordero-Moss, *International Commercial Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 1-3; A. Frignani, M. Torsello, *Il contratto internazionale – Diritto comparato e prassi commerciale*, in F. Galgano, a cura di, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2010², vol. XXII, p. 3; F. Marrella,



un'Autorità unitaria, deputata alla risoluzione delle controversie; il valore economico degli scambi commerciali è particolarmente rilevante; e lo scenario giuridico ed economico risulta meno stabile di quello dei contratti puramente nazionali: tutti fattori che aumentano i costi transattivi³. In ragione di ciò la prassi ha sviluppato il ricorso, particolarmente diffuso, a lettere di intenti e altri accordi precontrattuali, finalizzati a disciplinare i principali profili delle trattative, che a loro volta devono confrontarsi con le peculiarità dei sistemi considerati e con il ruolo dell'interprete⁴

2. Il modello di *civil law* e la sua circolazione

Il modello di *civil law* è connotato da un approccio uniforme al tema delle trattative, caratterizzato dal ricorso al dovere generale di buona fede⁵. Anche in ordinamenti in cui, in passato, mancava un esplicito riconoscimento normativo in tal senso, il formante giurisprudenziale ha colmato tale lacuna, ricorrendo proprio alla clausola di buona fede⁶.

Manuale di diritto del commercio internazionale, Padova, Cedam, 2020², pp. 26-29. Analoghi rilievi, sebbene in prospettiva differente (perché il riferimento è a contratti cui si applica il diritto italiano), in G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, Giappichelli, 2010², in particolare pp. 7-9.

³ Pone l'attenzione sui connotati transnazionali delle professioni e dei rapporti commerciali, che superano i confini statuali, suscitando problematiche peculiari A. Guarneri, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2012⁵, pp. 1-3.

⁴ “Come allora, però anche oggi non si possono studiare i contratti internazionali prescindendo da una prospettiva comparatistica [...]”: così A. Frignani e M. Torsello nella presentazione della II edizione dell'opera *Il contratto internazionale – Diritto comparato e prassi commerciale*, in F. Galgano, a cura di, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., vol. XXII, p. v.

⁵ Come noto, il primo codice a disciplinare espressamente tale questione fu quello italiano, con gli artt. 1337 e 1338 c.c., quest'ultimo, secondo l'opinione concorde, avrebbe recepito la teoria della *culpa in contrahendo* di R. Von Jhering (*Della culpa in contrahendo. Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. a cura di F. Procchi, Napoli, Jovene, 2005).

⁶ Esempio paradigmatico è la Germania in cui, com'è noto, il BGB non prevedeva alcuna disposizione specifica in tema di disciplina delle trattative. La formulazione originaria del BGB, invero, comprendeva alcune disposizioni, ad esempio i §§ 122-123 ispirate alla teoria di Jhering, ma mancava una disciplina di portata generale per le negoziazioni. Per tutti: A.M. Musy, “Responsabilità precontrattuale (*culpa in contrahendo*)”, *Digesto delle Discipline privatistiche*, Torino, UTET, vol. XVII, pp. 391 ss. È stata invece la giurisprudenza tedesca, ricorrendo al §242 del BGB, ad affermare la sussistenza di una serie di doveri di protezione, espressione della buona fede e di natura contrattuale, nello svolgimento delle trattative. Sul ruolo della buona fede nel BGB: A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2018⁴, p. 241. Per una sintesi del tema si vedano: i *Reports* tedeschi nel volume di R. Zimmermann, S. Whittaker, a cura di, *Good Faith in European Contract Law*,



Le successive evoluzioni⁷ occorse in alcuni modelli hanno portato al riconoscimento della buona fede nel corso delle negoziazioni⁸. Con la riforma del 2002 del Libro II del BGB sulle obbligazioni, il legislatore tedesco ha inserito il nuovo §311 che, nel comma 2(1), individua nelle trattative la fonte di obblighi di protezione (ex §241 comma 2) nei confronti della controparte⁹. In Francia¹⁰, con la riforma del codice civile del 2016, la sezione dedicata alla formazione del contratto comprende alcune norme specificamente dedicate alle trattative: gli artt. 1112, 1112-1 e 1112-2. La prima disposizione richiama dapprima la libertà di non contrarre, per poi focalizzarsi sulla responsabilità e sui conseguenti obblighi risarcitori in caso di violazione del dovere di buona fede. Gli articoli

Cambridge, Cambridge University Press, 2000; A. Diurni, P. Kindler, *Il codice civile tedesco 'modernizzato'*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 7.

⁷ Per un'interessante lettura innovativa delle codificazioni in prospettiva comparata, si rinvia a S. Lanni, *Greening the Civil Codes: Comparative Private Law and Environmental Protection*, London, Routledge, 2023.

⁸ Il codice civile olandese del 1992 non contempla espressamente il dovere di buona fede precontrattuale, tuttavia l'Art. 6.1 impone alle parti di un rapporto obbligatorio doveri di correttezza e onestà. Inoltre, il riferimento alla buona fede per le tematiche precontrattuali è un elemento assolutamente consolidato nella giurisprudenza della Corte Suprema olandese (Hoge Raad), che ha adottato un approccio tripartito per le negoziazioni. H. Kötz, A. Flessner, *European Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, Vol I, pp. 37-38. In Louisiana, per effetto della riforma del 1985, il codice civile attualmente contempla una disposizione specifica - l'Art. 1759 - in virtù della quale viene imposto alle parti di un rapporto obbligatorio il dovere di comportarsi secondo buona fede ("Good faith shall govern the conduct of the obligor and the obligee in whatever pertains to the obligation"): tale norma ha esteso alle obbligazioni in generale un principio già presente nella precedente versione del codice, sebbene circoscritto al momento dell'esecuzione del contratto (attuale Art. 1983, comma due).

⁹ In particolare: C.W. Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. De Cristofaro, Padova, Cedam, 2003, pp. 26-28, secondo cui il comma 2 del § 311 si riferirebbe ai casi classici di *culpa in contrahendo*, mentre il comma 3 richiamerebbe le regole elaborate in dottrina e giurisprudenza con riguardo alla responsabilità di terzi; D. Memmo, "Il nuovo modello tedesco", in F. Galgano, a cura di, *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 2015⁵, pp. 124-126.

¹⁰ Come noto, la formulazione originaria del *Code civil* non disciplinava espressamente il fenomeno delle trattative e la responsabilità precontrattuale veniva condotta nell'alveo della clausola generale dell'art. 1382 in tema di illecito civile. Per tutti: C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, a cura di E. Bartin, Paris, Litec, 1936⁶, t. 4; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Vol. 6 "Obligations, 1^{re} partie", a cura di P. Esmein, Paris, LGDJ, 1954²; J. Cedras, "L'obligation de négociateur", *Revue trimestrielle de droit commercial*, (1985), pp. 265 ss. Anche in questo ordinamento la Giurisprudenza si è soffermata soprattutto sul problema della rottura ingiustificata delle trattative quale esempio paradigmatico di responsabilità precontrattuale. J. Schmidt-Szalewski, "French Report", in M. Fontaine, a cura di, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Paris, ICC, 1990, pp. 89 ss.; G. Alpa, "Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica", *Responsabilità civile e previdenza*, (1981), pp. 535-541. È stata la dottrina francese, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, a valorizzare il dovere di buona fede (ex art. 1134 comma 3), ritenendolo applicabile anche al periodo precontrattuale e specificandone il contenuto, soprattutto in ragione di un dovere di informazione: per tutti, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans le contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992.



1112-1 e 1112-2 trattano, rispettivamente, del dovere di informazione e di quello di confidenzialità, e si ritiene concordemente che abbiano recepito le elaborazioni giurisprudenziali sul punto¹¹.

L'approccio di *civil law* ha altresì influenzato l'evoluzione normativa di altri Paesi: per tutti, la Cina. Infatti, il nuovo codice civile cinese del 2020, entrato in vigore il 1° gennaio 2021¹², contempla una disciplina specifica in tema di responsabilità precontrattuale¹³.

Se la previsione di una clausola generale di buona fede costituisce un'opzione particolarmente efficace per il formante legislativo, perché con un'unica norma si è in grado di disciplinare l'intero periodo precontrattuale, la sua natura *open-ended*, secondo la denominazione propria di *common law*, lascia tuttavia all'interprete il compito di individuarne il contenuto e l'ambito di applicazione¹⁴: il che, tuttavia, suscita notevoli perplessità tra le parti, soprattutto nella comunità di affari internazionale.

¹¹ Per un'interessante ed esaustiva disamina della riforma e delle critiche mosse dalla dottrina francese, si veda in particolare: E. Calzolaio, "La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del *code civil* francese. Profili comparatistici", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4 (2017), pp. 1301 ss. Cfr. anche S. Rowan, "The New French Law of Contract", *International & Comparative Law Quarterly*, 66 (2017), pp. 805 ss., ove rilievi critici alla formulazione dei "nuovi" doveri di informazione e confidenzialità.

¹² Si veda, in particolare, M. Timoteo, "Lungo sguardo verso oriente: il nuovo codice civile cinese", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4 (2021), pp. 1157 ss.

¹³ Cfr. l'Art. 500, che impone il generale dovere di buona fede e l'Art. 501, che sanziona l'impropria divulgazione di informazioni apprese nel corso delle trattative. Il testo in inglese del nuovo codice è disponibile a [民法典英文版 \(npc.gov.cn\)](http://www.npc.gov.cn). [Nda: l'ultima data di accesso di tutti i siti web indicati è il 20 maggio 2023]. Come osservato da M. Timoteo, *op. cit.*: "Il modello tedesco, se guardiamo alla struttura del codice, è incarnato essenzialmente nel libro primo come parte generale, mentre i libri successivi, le parti speciali, sono stati disegnati sul preesistente sistema di leggi fondamentali e sul corredo normativo di queste leggi, composto in primis dagli atti interpretativi della Corte suprema cinese". Già la Legge sui contratti del 1999, che si richiamava anche alle previsioni della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale dei beni mobili e ai Principi Unidroit per i contratti del commercio internazionale (cfr. *infra*, paragrafo 4), disciplinava la responsabilità precontrattuale, secondo un approccio ispirato dalla tradizione di *civil law*.

¹⁴ Ad esempio, in Italia il dibattito si è concentrato soprattutto sulla natura della responsabilità precontrattuale, se contrattuale o extracontrattuale o integrante un *tertium genus*: mentre l'opinione prevalente in dottrina propendeva per la natura contrattuale, la giurisprudenza maggioritaria l'ha sempre qualificata come extracontrattuale. Un recente orientamento della Corte di Cassazione, tuttavia, fondato sul presupposto del "contatto sociale" tra le parti, è parso dare nuovo vigore alla teoria contrattualista. Per tutti: P. Pardolesi, "Responsabilità precontrattuale oltre la *culpa in contrahendo*: riflessioni comparative", *Foro italiano*, 5 (2016), pp. 1706 ss., nota a Cass. sez. I civ., 23 marzo 2016, n. 5762.



3. Il modello di *common law*

La tradizione di *common law* risulta dominata dal paradigma della *Classical Theory of Law*¹⁵, secondo un modello statico, connotato dall'immediatezza del processo di conclusione del contratto¹⁶. Di conseguenza, quanto accaduto prima di tale evento non avrebbe avuto, nella prospettiva della *law of contracts*, alcuna rilevanza. In virtù di questa impostazione il periodo precontrattuale risultava perciò assoggettato alle regole della *law of torts*¹⁷: il che comportava la possibilità di sanzionare alcune condotte soltanto laddove i presupposti per la sussistenza di uno specifico *tort* fossero stati soddisfatti.

Quali corollari del paradigma contrattuale descritto si ponevano due principi fondamentali, anche essi espressione per antonomasia della concezione classica del contratto: (i) in positivo, il principio di *freedom to contract*, in virtù del quale le parti sono libere di determinare il contenuto del regolamento contrattuale, in ossequio ai loro interessi; (ii) in negativo, il principio di *freedom not to contract*, in ossequio al quale le parti sono libere di non concludere affatto un contratto, tanto nel caso in cui un soggetto reputi lo stipulando contratto insoddisfacente in relazione ai propri interessi, quanto

¹⁵ In generale, con l'espressione *classical contract law* ci si riferisce alla concezione del contratto associata alle figure di C.C. Langdell, O.W. Holmes e S. Williston, nonché alla visione del contratto emergente dal *Restatement First of Contracts*; viceversa, con l'espressione *modern contract law* ci si richiama al *corpus* normativo nonché alla teoria contrattuale dominante, approssimativamente, a partire dalla prima adozione diffusa dello UCC e comprensiva anche del *Restatement Second of Contracts* – la cui compilazione iniziò nel 1962 – che viene considerato espressione per antonomasia di questa concezione. In proposito: P. Gabel, J.M. Feinman, "Contract Law as Ideology", in D. Kayris, a cura di, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York, Pantheon Book, 1982, p. 281; C. Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", *Yale Law Journal*, 94 (1985), pp. 997 ss., p. 1000; G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press, 1979.

¹⁶ Gli elementi essenziali del contratto sono quindi *offer, acceptance e consideration: Dickinson v. Dodds*, 2 ChD 463 (1876). A questi devono aggiungersi, quali requisiti essenziali, anche il cd. *intent to create legal relations* (altrimenti definito *intent to be bound*), nonché la certezza dei termini contrattuali (cd. *definiteness*), pena la *not enforceability* dell'accordo posto in essere, a causa del carattere eccessivamente vago delle obbligazioni assunte, oppure dell'impossibilità di ravvisare un serio intento di volersi obbligare contrattualmente in capo alle parti. Tali requisiti, seppur distinti, finiscono per sovrapporsi, cosicché le Corti tendono ad accordare prevalenza a questo o quel requisito, a seconda della fattispecie oggetto di disamina. Così, ad esempio, ove si tratti di valutare il carattere vincolante o meno di una lettera di intenti, il giudizio si focalizzerà sul requisito dell'*intent to be bound*. In generale, R. Goode, "Report of England", in M. Fontaine, a cura di, *Formation of contract and precontractual liability*, cit., pp. 51 ss.

¹⁷ 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, Oxford University Press, 1995, p. 25.



nell'ipotesi in cui questi abbia semplicemente cambiato idea circa la sua conclusione, anche ove tale mutamento di parere non sia imputabile ad alcuna specifica ragione¹⁸. Da questo principio discende, quindi, la sostanziale irrilevanza di tutto ciò che si collochi in un periodo antecedente alla conclusione del contratto. Proprio la *freedom not to contract* spiega un ulteriore dogma proprio della realtà dei traffici commerciali di matrice anglosassone: la cd. aleatorietà delle trattative, ossia il fatto che chiunque intraprenda una negoziazione di affari lo faccia a proprio rischio e pericolo, data l'eventualità che la trattativa non giunga a buon fine¹⁹. Inoltre, qualora una parte abbia sostenuto delle spese nel corso della negoziazione – rientrando anche siffatto esborso nella normale alea negoziale – tali oneri dovranno essere sopportati esclusivamente dalla medesima, senza che sia possibile ravvisare alcuna forma di responsabilità in capo alla controparte²⁰.

In termini rigorosi, quindi, il citato approccio finiva per escludere la rilevanza giuridica di qualsivoglia forma di affidamento, dal momento che la negoziazione integrava un processo aleatorio. La *ratio* di questa impostazione versava nel timore che l'imposizione di specifici obblighi o doveri in capo alle parti coinvolte in una trattativa avrebbe finito per disincentivare il processo di negoziazione e avrebbe reso eccessivamente formale le relazioni d'affari, cristallizzando queste in schemi predefiniti. In entrambi i casi ciò si sarebbe risolto in un pregiudizio per il libero svolgimento dei traffici commerciali²¹.

¹⁸ Per approfondimenti: W.H. Holmes, "The Freedom Not to Contract", *The Tulane Law Review*, 60 (1986), pp. 751 ss.

¹⁹ Per tutti E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, 87 (1987), pp. 217 ss.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Il *common law* e, in particolare, il diritto inglese, è da sempre considerato la *governing law* per eccellenza dei rapporti d'affari. La natura *business oriented* del diritto inglese viene fatta risalire all'assorbimento, nelle Corti della *curia regis*, della giurisprudenza e delle regole elaborate sia dalle Corti mercantili (ove veniva applicata la *lex mercatoria*) che da quelle marittime (V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2021⁷, p. 256). Anche oggi, nel campo dei contratti commerciali internazionali, il diritto inglese è la *governing law* più di frequente scelta dalle parti contraenti. Per tutti: J. Cuniberti, "The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws", *Northwestern Journal of International Law & Business*, 34 (2014), pp. 455 ss. In un successivo articolo, lo stesso A. evidenzia che il diritto inglese si attesta tra le tre *governing laws* più diffuse nei contratti commerciali internazionali stipulati in Asia (fermo il primato del diritto inglese, le altre due sono il diritto statunitense, quando una delle parti è americana e, in misura minore, quello di Singapore): Id., "The Laws of Asian International Business Transactions", *The Pacific Rim Law & Policy Journal*, 25 (2016), p. 35. In



L'approccio descritto non postulava l'ammissibilità di qualsivoglia condotta negoziale né, tantomeno, l'assoluta indifferenza del *common law* alle vicende anteriori alla formazione di un contratto. Tuttavia, attesa l'inapplicabilità delle regole proprie della *law of contracts*, la disciplina dei rapporti precontrattuali è stata tradizionalmente demandata alle disposizioni della *tort law* o, ricorrendone i presupposti, dell'*unjust enrichment*²². D'altro canto, qualora la negoziazione avesse dato esito positivo e si fosse conclusa con la stipula di un contratto, la parte che si fosse comportata impropriamente nel corso delle trattative avrebbe potuto essere privata dei benefici derivanti dal concluso accordo, sulla base di rimedi di matrice contrattuale. La concorrenza di rimedi e discipline di differente natura (*law of contracts, law of torts, unjust enrichment*) dà luogo a un eterogeneo complesso di norme, comunemente denominato *piecemeal solutions*²³, che da sempre connota l'approccio di *common law* alle problematiche precontrattuali e, *inter alia*, ha tradizionalmente giustificato il rifiuto delle Corti inglesi di riconoscere un generale dovere di buona fede precontrattuale²⁴.

Questa rigorosa ripartizione tra rimedi distinti, tuttavia, lascia sprovvista di disciplina una sorta di "area grigia", composta da fattispecie eterogenee e caratterizzata da quelle ipotesi in cui una parte nutra un affidamento legittimo sul buon esito della trattativa, ma detto evento non si verifichi a causa della condotta della controparte che, seppur non illecita, si riveli comunque scorretta. In questi frangenti il non riconoscere alcun tipo di

particolare, secondo l'A.: "English law appears to be the only law to be considered as attractive to international commercial parties operating in Asia and seeking an option other than the laws of the party's home country". Cfr. anche L.G. Meira Moser, "Parties' Preferences in International Sales Contracts: An Empirical Analysis of the Choice of Law", *Uniform Law Review*, 20 (2015), pp.19 ss., che ha eseguito una ricerca empirica sulla scelta del diritto applicabile effettuata dalle parti di contratti internazionali e l'interazione tra questo e le controversie ordinarie e/o arbitrali.

²² Tale ultimo istituto non è tuttavia mai riuscito ad affermarsi quale rimedio generale per la disciplina delle trattative e il suo utilizzo è rimasto circoscritto a ipotesi ben definite. E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements", cit., pp. 232-234.

²³ Nel novero di siffatti rimedi si ricordano, ad esempio, *duress, fraud, misrepresentation, unilateral mistake* e *unconscionability*. Per una panoramica generale su tali rimedi: J.D. Calamari, J.M. Perillo, *Contracts*, St. Paul, Thomson-West, 2003⁵, §9-10.

²⁴ *Ex multis*: R. Goode, *The Concept of Good Faith in English Law*, Roma, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero. Saggi, Conferenze e Seminari, 1992, n. 2.



rimedio alla parte il cui affidamento sia stato deluso si rivelerebbe ingiusto e, nel contempo, legittimerebbe un esercizio indebito della libertà di non contrarre.

Al fine di ovviare a siffatti inconvenienti si è manifestata la tendenza, da parte di alcune Corti statunitensi, ad includere nel novero di rimedi già esistenti anche le fattispecie di rilevanza precontrattuale: il caso più celebre è quello di *Hoffman vs Red Owl*²⁵, nell'ambito del quale la Corte Suprema del Wisconsin applicò il rimedio del *promissory estoppel*, all'epoca disciplinato dalla §90 del *Restatement First of Contracts*, sebbene le parti non avessero concluso alcun contratto definitivo. Tale rimedio tradizionalmente trovava applicazione nei casi in cui un accordo doveva reputarsi *not enforceable* perché sprovvisto di una valida *consideration*. In questi frangenti qualora una parte, confidando ragionevolmente nella promessa resa dalla controparte, avesse mutato la propria situazione economica o giuridica, detta promessa avrebbe dovuto essere considerata vincolante seppur carente di *consideration*, onde evitare esiti ingiusti. Per la prima volta, dunque, questo rimedio fu utilizzato estendendolo ai rapporti precontrattuali, al di fuori perciò del suo campo elettivo di applicazione. Nonostante la notevole influenza esercitata dal caso in esame, tanto in ambito dottrinale, quanto in sede di redazione della seconda edizione del *Restatement of Contracts*²⁶, lo stesso ben presto fu oggetto di *distinguishing* sia dalla medesima Corte Suprema del Wisconsin, sia da parte di numerose altre Corti statali. Pertanto, sebbene il *promissory estoppel* sia divenuto un rimedio di frequente applicazione per ovviare ai limiti della *consideration*, tuttavia non sembra che la vicenda *Hoffman v. Red Owl* possa essere il *leading case* per la disciplina dei rapporti precontrattuali, non potendosi considerare il *promissory estoppel* quale rimedio generale per tale fattispecie²⁷.

La considerazione, in prospettiva unitaria, dei rimedi volti a fronteggiare ipotesi che, negli ordinamenti di *civil law*, vengono ricondotte alla *culpa in contraendo*, ha consentito

²⁵ *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965).

²⁶ Un riferimento al caso in esame è inserito nei Commenti ufficiali della §90 del *Restatement Second of Contracts*.

²⁷ Per tutti: R.E. Scott, "Hoffman vs. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance", *Ohio State Law Journal*, 68 (2007), pp. 71 ss.



tuttavia ad alcuni Autori di sostenere che anche nell'ordinamento statunitense potesse dirsi accolto, sebbene a livello implicito, quest'ultimo istituto. Il che ha permesso di sconfessare la convinzione, all'epoca piuttosto diffusa, in base alla quale, non esistendo in quel modello un principio di buona fede precontrattuale, la categoria della responsabilità precontrattuale fosse sconosciuta²⁸. Ciò deriva da una sorta di preconcetto secondo cui buona fede e responsabilità precontrattuale costituirebbero un binomio inscindibile, talché, in assenza dell'una, non potrebbe configurarsi l'altra. Il che invece non è perché, come si è visto, l'assenza di un dovere precontrattuale di buona fede non vuole affatto dire indifferenza o inadeguatezza di un sistema giuridico rispetto alle problematiche precontrattuali.

In Inghilterra prevale tuttora l'ortodossa tradizione di *common law* e le Corti persistono nella loro avversione nei confronti tanto della teoria della *culpa in contraendo*, quanto del principio di buona fede precontrattuale²⁹. Il *leading case* in proposito è ancora oggi costituito da *Walford vs. Miles*³⁰, nel quale la House of Lords rigettò l'esistenza di un dovere precontrattuale buona fede, 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. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party.

In proposito, tuttavia, appare opportuno nuovamente creare un distinguo tra la tematica della responsabilità precontrattuale, da un lato, e la buona fede, dall'altro. Difatti, il

²⁸ F. Kessler, E. Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study", *Harvard Law Review*, 77 (1963-1964), pp. 401 ss.

²⁹ *Ex multis*: P. Giliker, "Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?", *European Review of Private Law*, (2013), 1, pp. 79 ss.; H.E. Edlund, "Culpa in contrahendo: Tortious Liability, Breach of Contract or an Autonomous Legal Instrument?", *European Business Law Review*, 30 (2019), 5, pp. 815 ss.; P. Butler, "The CISG as the Tool for Successful MSME Participation in Global Trade", *Journal of Law & Commerce*, 38 (2019-2020), pp. 207 ss.; in particolare pp. 215-219.

³⁰ [1992] 2 W.L.R. 174, 181 (H.L.). Si rinvia anche ai *Reports* inglesi nell'opera di J. Cartwright, M. Hesselink, a cura di, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 24-25 e 66-70.



rischio è che, sulla sorta della sostanziale compenetrazione dei due concetti nei sistemi di *civil law*, che ha finito per influenzare notevolmente anche l'evoluzione di altri modelli e l'impostazione delle *rules of law* per i contratti internazionali, i discorsi sui rapporti precontrattuali finiscano per essere dominati dal solo dibattito circa l'esistenza o meno di un principio generale di buona fede. Al contrario, il riconoscimento di un dovere generale di negoziare in buona fede costituisce solo un'opzione, certamente la più celebre, per la disciplina del periodo in esame.

Come *supra* indicato, per le Corti inglesi sul punto, nel bilanciamento tra il timore di imporre vincoli eccessivamente gravosi alle parti coinvolte in trattative, da un lato, e la tutela delle aspettative di una parte nella conclusione del contratto, dall'altro, quest'ultima tenderà a soccombere. Sembra quindi mantenere intatta la propria efficacia la seguente descrizione dello scenario precontrattuale inglese:

The absence of general principles and a conceptual framework epitomizes the weakness and also the strengths of English law, which has in the main proved capable of adapting to new problems, [...]. In general, the rule indicates a free market approach which underlies the significance of a contractual relationship as conferring a status which the law will protect amply, whereas a disappointed negotiator will be left relatively unprotected by the law. General principles such as *culpa in contrahendo* or *responsabilité précontractuelle* are regarded with great suspicion by English law, and it is conceivable that either the legislature or the judiciary would consider the introduction of such principle in English law. At the end of the day, [...] such a principle would perhaps make little difference, and pragmatism at the expenses of conceptual elegance will continue to be a hallmark of English law³¹.

3.1 *Segue*: la concettualizzazione della buona fede nel modello statunitense

Il più controverso – e, dal punto di vista comparatistico, il più interessante – dovere precontrattuale è quello di negoziare in buona fede. L'impressione generale che si può evincere dall'analisi dei diversi ordinamenti nazionali è che l'indagine circa il

³¹ D.K. Allen, "England National Report", in E.H. Hondius, a cura di, *Precontractual Liability. Reports to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Deventer, Kluwer Law, 1991, p. 143.



riconoscimento di siffatto dovere esercita un *appeal* notevole, specialmente in ambito dottrinale, che non ha precedenti nel campo della formazione del contratto (a prescindere, forse, dai dibattiti su *causa* e *consideration*)³².

I più rilevanti sviluppi concernenti tale principio hanno avuto luogo nell'ordinamento statunitense, ove la presenza di una clausola generale di buona fede contrattuale può certamente imputarsi alla circolazione del modello tedesco in quel contesto e alla notevole influenza esercitata da quest'ultimo sulla dottrina americana³³. Invero, si ritiene concordemente che l'inclusione della buona fede nello *Uniform Commercial Code* ("UCC"), quale norma dotata di propria autonomia ed efficacia, fu ispirata dalla *Treu und Glauben* tedesca³⁴. Tuttavia, all'indomani dell'entrata in vigore dello UCC, i dubbi interpretativi sulla buona fede si erano tutt'altro che sedati, né la soluzione ivi adottata sembrava offrire un aiuto a risolverli: i compilatori di quest'ultimo, difatti, avevano consegnato un modello di buona fede contrattuale connotato da una serie di profili di criticità, acuiti dalla soluzione di compromesso cui si era pervenuti nell'ambito della versione finale del testo ufficiale. Il rilievo critico preponderante coincideva con la

³² Per tutti: R. Schlesinger, a cura di, *Formation of Contracts*, New York, Oceana Publications - Dobbs Ferry, 1968, voll. I e II. Per un'interessante comparazione tra *causa* e *consideration*: S. Litvinoff, *Still Another Look at Cause*, *Louisiana Law Review*, 48 (1987-1988), pp. 3 ss.

³³ L'influenza del modello tedesco su quello statunitense costituisce un dato unanimemente riconosciuto tanto dalla dottrina di quell'ordinamento, quanto dalle indagini di natura comparatistica. In generale: R.M. Powell, "Good Faith in Contracts", *Current legal problems*, 9 (1956), pp. 16 ss.; F. Kessler, E. Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith", cit., *passim*; S. Litvinoff, "Good Faith", *The Tulane Law Review*, 71 (1997), pp. 1645 ss. In dottrina, inoltre, si è rilevato un parallelismo tra il pensiero degli esponenti del realismo giuridico americano - quali, ad esempio, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Hermann Oliphant, Felix e Morris Cohen - e le scuole di pensiero minoritarie in Europa, specialmente quella del diritto libero: a testimonianza di ciò si ricordano le numerose visite di Llewellyn a Lipsia negli anni 1928-29 e 1931, il rapporto di conoscenza personale con autori quali Hermann Kantorowicz, nonché l'opera *Präjudizien recht und Rechtsprechung in Amerika* (Leipzig, 1933) a firma dello stesso Llewellyn. Cfr. anche: J. Klapisch, *Der Einfluss der Deutschen und Österreichischen Emigranten auf contracts of adhesion und bargaining in good faith im US-Amerikanischen recht: zugleich eine Darstellung der vorvertraglichen Haftung in den USA*, Baden-Baden, Nomos, 1991, in particolare p. 64 (che evidenzia altresì come la circolazione del modello tedesco in quello statunitense sia stata storicamente determinata anche dall'esodo di giuristi e intellettuali tedeschi, emigrati negli USA per sfuggire alle persecuzioni naziste); S. Herman, "Llewellyn the Civilian: Speculations on the Contribution of the Continental Experience to the Uniform Commercial Code", *The Tulane Law Review*, 56 (1982), p. 1125; W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Norman, University of Oklahoma Press, 1985.

³⁴ In aggiunta ai riferimenti bibliografici indicati nella nota che precede, cfr. anche E.A. Farnsworth, *The Concept of Good Faith in American Law*, Roma, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero. Saggi, Conferenze e Seminari, 1993, n. 10, p. 2 e 12.



necessità di una definizione di buona fede e il timore di una eccessiva deriva giurisprudenziale sul punto: quello del significato da attribuire a tale concetto si manifestava come un tema di fondamentale importanza, tutt'altro che risolto. Particolarmente problematica risultava la definizione di buona fede oggettiva, intesa come criterio di valutazione della correttezza della prestazione resa ovvero del comportamento tenuto da una delle parti in ambito contrattuale³⁵.

Considerate le vaghe e contraddittorie indicazioni desumibili dal formante legislativo sul punto, il numero esiguo e il carattere occasionale dei precedenti giurisprudenziali³⁶, nonché la dichiarata ostilità degli operatori professionali nei confronti di tale concetto³⁷, l'onere di delinearne i confini ontologici e normativi è sembrato perciò appannaggio della dottrina.

In particolare, nel modello statunitense si sono affermati tre principali orientamenti, che hanno assunto rilevanza anche a fini precontrattuali. Un primo orientamento è riconducibile a Edward Allan Farnsworth, uno dei più autorevoli esperti di *law of contracts* negli Stati Uniti: secondo questa impostazione, che riflette la tradizione di *common law*, la buona fede oggettiva deve essere ricondotta alla *doctrine of implied*

³⁵ *Ex multis*: W.D. Malcolm, "The Proposed Commercial Code", *Bus. Law*, 6 (1951), pp. 113 ss., pp. 127-128; B.D. Morant, "Contracts Limiting Liability: A Paradox with Tacit Solutions", *The Tulane Law Review*, 69 (1995), pp. 715 ss.; pp. 727-728; E.A. Farnsworth, *Farnsworth On Contracts*, New York, Aspen Publishers, 2004³, vol. I, p. 383.

³⁶ Le sole Corti dello Stato di New York e quelle della California erano solite pronunciarsi in favore della sussistenza di un *implied term of good faith and fair dealing* in quei contratti in cui l'entità del compenso di una parte veniva stabilita in termini di percentuale sui profitti, introiti, vendite o produzione della controparte. In tale frangente, pertanto, l'obbligo di buona fede oggettiva costituiva il fondamento per l'imposizione di un dovere implicito di cooperazione a carico della controparte, affinché quest'ultima finisse per corrispondere esattamente quanto dovuto alla prima. Cfr. ad esempio *Wigand v. Bachmann-Bechtel Brewing Co.*, 222 N.Y. 272, 277, 118 N.E. 618, 619 (1918); *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 188 N.E. 163 (N.Y. 1933); *Universal Sales Corp. v. California Press Mfg. Co.*, 20 Cal. 2d 751, 128 P.2d 665 (1942). Il circoscritto ambito di applicazione di tale *implied term* e il fatto che questo venisse riconosciuto soltanto dalle Corti di due Stati, ha fatto sì che tale dovere rimanesse sempre confinato a un ruolo di secondaria importanza nel diritto americano.

³⁷ All'indomani della diffusione della bozza finale dello UCC, l'American Bar Association's Section of Corporation, Banking and Business Law, chiese formalmente di eliminare dal testo di quest'ultimo ogni riferimento alla *good faith in performance*: il timore era che, attesa la indeterminatezza di tale concetto, una sua interpretazione lata desse luogo ad autonome ipotesi di responsabilità, imprevedibili e foriere di incertezze operative. E. A. Farnsworth, "Good Faith in Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code", *The University of Chicago Law Review*, 30 (1962-1963), pp. 666 ss., p. 673.



*terms*³⁸, e il principio generale per la disciplina dei rapporti precontrattuali resta quello della cd. *aleatory view* delle trattative, che limita al massimo la rilevanza degli affidamenti tutelabili, rende appropriato il sistema eterogeneo delle *piecemeal solutions* e, soprattutto, esclude qualsivoglia dovere di negoziare in buona fede, a meno che questo non sia oggetto di uno specifico accordo tra le parti³⁹. Un secondo orientamento è quello espresso da Steven Burton che, ispirandosi agli studi di matrice giuseconomica, si focalizza sulla funzione della buona fede nell'ambito di un contratto già stipulato, dando vita alla cd. "theory of the recapture of forgone opportunities"⁴⁰. In sintesi, a fronte di una promessa resa, una parte è legittimata ad aspettarsi in cambio il cd. *contractual expectation interest*, comprensivo delle opportunità alternative cui si sia rinunciato (*forgone opportunities*) per effetto della stipula di quel contratto. Secondo tale impostazione, ricorre la violazione del dovere di buona fede allorché una parte tenga un comportamento improntato allo scopo di riappropriarsi di tali opportunità: in particolare, ciò trova applicazione quando una parte debba esercitare la propria discrezione nell'esecuzione della prestazione cui è tenuta. La buona fede opera quindi come limite all'esercizio del potere discrezionale e impone di adoperarlo secondo correttezza, nel rispetto dell'equilibrio economico originariamente raggiunto. Ogni deviazione da questo standard integra un inadempimento contrattuale specifico (*breach of the duty of good faith*), fonte di responsabilità⁴¹.

Il terzo orientamento, elaborato da Robert Summers, si richiama alla teoria di matrice filosofica dell'*excluder*⁴², applicandola ai rapporti giuridici, in particolare a quelli

³⁸ *Ibid.*

³⁹ E.A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements", cit., *passim*. Tuttavia, anche in questo caso, viene operato un distinguo a seconda della natura e degli effetti giuridici del tipo di accordo, secondo una tassonomia binaria che verrà affrontata meglio in seguito.

⁴⁰ S. Burton, "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, 94 (1980-1981), pp. 369 ss.; Id., "More on Good Faith Performance of A Contract – A Reply to Professor Summers", *Iowa Law Review*, 69 (1983-1984), pp. 497 ss.

⁴¹ L'orientamento in esame è quindi pressoché esclusivamente concentrato sulla buona fede *in executivis*, nell'ambito di una particolare tipologia di contratti (*output e requirement contracts*) che, nell'ordinamento statunitense, trova la propria disciplina nella §2-306 UCC.

⁴² Lo sviluppo della teoria dell'*excluder* in filosofia si deve propriamente all'opera di J.L. Austin, *Sense and Sensibilia*, a cura di G.J. Warnock, Oxford, Oxford Clarendon press, 1962, nella quale l'Autore



contrattuali⁴³. In ossequio a tale teoria la buona fede opera quale “excluder” ossia quale concetto sprovvisto di significato specifico e la cui funzione è quella di “escludere” dal proprio perimetro semantico-normativo una serie di condotte scorrette (*bad faith*), come tali non ammissibili in un dato ordinamento giuridico. Interesse del legislatore, e compito dell’interprete, è focalizzarsi sulle condotte che rappresentano un comportamento scorretto (*bad faith behaviour*), indi, mediante un ragionamento *a contrario*, enucleare il contenuto preciso di tale principio. Ciascun ordinamento giuridico sarebbe perciò maggiormente interessato e propenso a focalizzarsi sulla nozione di *bad faith*, individuando le condotte da ‘escludere’. Inoltre, proprio per la sua natura, la buona fede quale *excluder* tende ad avere un contenuto distinto, a seconda del contesto considerato,

sottolinea come certi vocaboli siano privi di un significato positivo preciso e come la funzione degli stessi sia quella di “escludere” dal loro perimetro semantico una serie di significati opposti. In particolare Austin ricorre all’esempio dell’aggettivo “real”: nell’ipotesi dell’espressione “real duck”, la funzione di detto aggettivo sarebbe quella di escludere dal suo perimetro semantico tutti quei concetti che ricadono nella categoria di “non real duck”. Di conseguenza, soltanto dopo aver individuato con precisione tutte le ipotesi di “non real duck” ed avendo escluso queste ultime dal contenuto della locuzione che interessa, sarà possibile, procedendo a contrario, capire cosa “real duck” significhi: “[...] the function of ‘real’ is not to contribute positively to the characterization of anything, but to exclude possible ways of being not real [...]” (*Ibid.*, pp. 70-71).

In proposito, il primo ad attribuire il nome di *excluders* ai vocaboli dotati delle caratteristiche descritte da Austin fu Roland Hall nel suo saggio denominato, per l’appunto, “Excluders”, *Analysis*, 20 (1959), pp.1 ss. Secondo l’A., gli “excluders” sono quei termini che condividono una “open ambiguity”, segnatamente si tratta di aggettivi “attributivi” anziché “predicativi”; che servono a escludere qualcosa senza aggiungere nulla, e che escludono, in maniera ambigua, concetti distinti a seconda del contesto. Storicamente, la genesi di tale teoria si deve alla brillante intuizione di Aristotele, secondo il quale la funzione peculiare di alcune parole o frasi non sarebbe tanto quella di esprimere un significato preciso e ben definito, bensì quella di escludere una o più categorie di cose o concetti. In particolare secondo il filosofo, il termine “volontario” costituirebbe un’ipotesi di *excluder*, perché l’individuazione degli atti qualificabili come “volontari” avverrebbe *a contrario*, dopo aver individuato quelli “involontari”, tra i quali assumono primaria rilevanza quegli atti che, apparentemente volontari, di fatto sono involontari perché, pur frutto di una scelta, ad un’attenta analisi si rivelano anch’essi necessitati, in quanto indotti da circostanze estrinseche: gli stessi pertanto non possono essere ricompresi nella prima categoria. Aristotele, *Etica nicomachea*, Milano, Unicopli, 2022, a cura di M. Zanatta, Libro III, Sez. 1-3. Per un commento in proposito si veda H.L.A. Hart, “The Ascriptions of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, (1949), pp. 171 ss., p. 180.

⁴³ Robert Summers, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, *Virginia Law Review*, 54 (1968), 2, pp. 195 ss.; Id., “General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization”, *Cornell Law Review*, 67 (1981-1982), pp. 810 ss. Quest’ultimo articolo è stato scritto in replica alle critiche espresse da S. Burton alla teoria dell’*excluder* nel suo primo articolo sulla buona fede. Burton, dal canto suo, replicò con il secondo articolo citato nella nota 40 che precede. La dialettica tra i due Autori ha dato vita a un dibattito estremamente interessante sul significato e le funzioni della buona fede, la cui eco si è estesa oltre i confini del modello statunitense.



nonché in funzione delle circostanze del caso concreto. In considerazione di ciò, la prospettiva di lettura e analisi dei precedenti giurisprudenziali deve essere invertita, focalizzandosi sulle condotte non consentite, piuttosto che cercando di individuare direttamente quelle ammesse. Proprio per tale caratteristica, la buona fede si porrebbe quale *genus* di *species* tra loro differenti. La teoria in esame ne ha individuate quattro: buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto; buona fede nell'esecuzione della prestazione contrattuale; buona fede nel sollevare o risolvere contestazioni; buona fede nell'intraprendere azioni giudiziali. Ciascuna *species*, variando il contesto e le circostanze di riferimento, sarebbe perciò caratterizzata da contenuti differenti. Mentre la violazione della buona fede *in executivis* è un'ipotesi tipica di inadempimento contrattuale (*breach of contract*), nel caso specifico delle trattative, la buona fede quale *excluder* viene qualificata come *tort* (i.e. *bad faith in negotiation*). In particolare, costituirebbero esempi di comportamenti scorretti in tale ambito: negoziare senza il reale intento di addivenire alla stipulazione del contratto finale; interrompere ingiustificatamente le negoziazioni; approfittare indebitamente della superiorità di potere negoziale per concludere un accordo a condizioni inique per la controparte⁴⁴.

Questo approccio mostra di essere stato recepito da distinte regole di diritto per i contratti internazionali in tema di trattative: in proposito, si rinvia al paragrafo 4 che segue.

Come si può notare, il merito della dottrina americana è quello di essersi soffermata attentamente sul dovere di buona fede, analizzandone in profondo la portata e le implicazioni giuridiche: da un punto di vista comparatistico si tratta di un fenomeno doppiamente interessante, non solo come oggetto di studio del modello statunitense in sé, ma anche perché le acquisizioni ivi raggiunte, applicate a modelli distinti, hanno consentito di portare alla luce, in questi ultimi, regole operazionali sino a quel momento

⁴⁴ Robert Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", cit., pp. 220-232.



operanti in maniera crittotipica⁴⁵, divergenti dalle enunciazioni normative teoretiche: per tutti, l'utilizzo in funzione minimalista del dovere precontrattuale di buona fede, ex art. 1337 c.c., nell'ordinamento italiano, così come i criteri ermeneutici utilizzati dal formante giurisprudenziale con riferimento all'art. 1375 c.c.⁴⁶

4. Le *rules of law* dei contratti internazionali

La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (*Convention for the International Sale of Goods*: di seguito "CISG")⁴⁷, rappresenta una pietra miliare nel

⁴⁵Il riferimento è alla IV e V Tesi di Trento, che richiamano l'attenzione sulla necessità di portare alla luce le dissociazioni tra enunciati teoretici e regole operazionali, tenendo conto di tutti gli elementi che concorrono a formare un dato ordinamento e, in particolare, anche di quei fattori che influenzano, sovente inconsciamente, quindi inconsapevolmente, la nascita, l'interpretazione e l'applicazione di una regola giuridica, non necessariamente verbalizzata. Le cinque Tesi di Trento, originariamente sviluppate da un gruppo di comparatisti italiani, rappresentano il manifesto del comparatista, sintetizzando appunto i tratti costitutivi di tale scienza. Per approfondimenti: A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, "Comparazione giuridica", *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, vol. III, Torino, UTET, 1988, pp. 48 ss.; R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET, 2019⁷; p. 13 e pp. 58-61. I 'crittotipi', sono quegli elementi che operano in maniera non verbalizzata e che condizionano la mentalità e l'agire del giurista municipale. Normalmente, un giurista appartenente ad un sistema dato trova maggior difficoltà a liberarsi dall'insieme dei crittotipi presenti nel suo sistema, che non ad abbandonare le regole di cui sia pienamente consapevole. Questa soggezione ai crittotipi costituisce la "mentalità" del giurista di un determinato paese: così R. SACCO, "Crittotipo", in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, vol. IV, Torino, UTET, 1989, pp. 39-40.

⁴⁶ Per lungo tempo, infatti, la Giurisprudenza italiana ha circoscritto l'ambito di applicazione dell'art. 1337 c.c. alla sola ipotesi di interruzione ingiustificata delle trattative, sottovalutando il potenziale espansivo della clausola di buona fede, che invece oggi, come noto, comprende altri doveri precontrattuali, in *primis* quello di informazione. Per una disamina approfondita sul punto, si rinvia a R. Sacco, *Il contratto*, in F. Vassalli, diretto da, *Trattato di diritto civile*, Torino, UTET, 1975, VI, 2. La circolazione della teoria di Burton, ad esempio, ha consentito una rilettura in chiave giuseconomica dei precedenti venutisi a creare con riferimento all'art. 1375 c.c. Ad esempio: Cass. civ. 20 aprile 1994, n. 3775, *Corriere Giuridico*, (1994), pp. 566 ss., con nota di V. Carbone; L. Nanni, "Scelte discrezionali dei contraenti e buona fede", *Contratto e Impresa*, (1994), pp. 475 ss.

⁴⁷ La CISG è stata ratificata in Italia con la Legge 11 dicembre 1985 n. 765 ed è in vigore dal 1° gennaio 1988. La legge di ratifica si riferisce ai contratti di compravendita internazionale di "merci", tuttavia è opportuno notare che la traduzione italiana della CISG non è tra quelle ufficiali. Esiste appunto una versione in lingua italiana della Convenzione, contenuta nella citata Legge di ratifica 765/85, tuttavia la traduzione ivi adottata è stata oggetto di vari rilievi critici (per tutti: A. Busani, *Il contratto di compravendita internazionale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 8 e, in particolare, n. 24). Nel presente articolo si è quindi preferito fare riferimento alla versione ufficiale in lingua inglese, da ciò il riferimento nel testo all'acronimo CISG. Esiste altresì una traduzione in italiano della CISG disponibile sul sito della Pace University (che, come noto, cura uno dei più autorevoli database di materiale relativo alla Convenzione, comprensivo di



contesto del commercio internazionale, per aver introdotto una disciplina di diritto sostanziale uniforme del contratto di compravendita. La CISG, tuttavia, non contiene una disciplina esplicita del periodo precontrattuale⁴⁸. Inoltre, il ruolo della buona fede nella Convenzione è particolarmente circoscritto, essendo questa espressamente richiamata soltanto nell'Art. 7(1) CISG, come criterio interpretativo. La norma è il frutto di un “hard-won compromise solution” tra due concezioni opposte: alcuni delegati auspicavano che il testo della Convenzione comprendesse anche un dovere generale di buona fede oggettiva a carico delle parti; altri, in particolare i rappresentanti dei Paesi di *common law*, temevano che ciò si sarebbe tradotto in un eccessivo e indeterminato potere per i Giudici chiamati a decidere controversie relative alle compravendite internazionali e, pertanto, si opposero a qualsivoglia riferimento alla buona fede⁴⁹.

Per converso, fin dalla prima edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (“Principi UNIDROIT”) del 1994, la buona fede (“good faith and fair dealing”) ha assunto un ruolo di primo piano⁵⁰. L'Art. 1.7 impone alle parti il dovere generale di comportarsi secondo buona fede nell'ambito del commercio internazionale, sancendo la natura imperativa e non derogabile di tale previsione. Inoltre, come

contributi dottrinali e precedenti giurisprudenziali - sia di tribunali nazionali che arbitrali - oltre, appunto, a rendere disponibile il testo della Convenzione nelle varie lingue dei Paesi firmatari), reperibile a: [Translated text of the CISG in Italian | Institute of International Commercial Law \(pace.edu\)](#). Inoltre, una traduzione non ufficiale in lingua italiana della Convenzione è stata inserita nel volume a cura di C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 825-840. Poiché in entrambe queste traduzioni il termine “goods” viene tradotto come “beni mobili”, si è preferito optare per questa versione.

⁴⁸ Come si può evincere anche dal testo dell'Art. 1, inserito nel capo dedicato alla “Sfera di applicazione” della CISG: “This Convention applies to contracts of sale of goods [...]”.

⁴⁹ M.J. Bonell, “Art. 7 – Interpretation of the Convention”, in C.M. Bianca, M.J. Bonell, a cura di, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 65 ss., pp. 81-82. Si vedano anche i rilievi di M. Bridge, “Good Faith, the Common Law, and the CISG”, *Uniform Law Review*, (2017), 1, pp. 98 ss., secondo cui: “It is a notorious fact that one of the pressure points emerging when the common law and the civil law are set against each other lies in their differing attitudes to the notion of good faith. This was a matter of some significance during the evolution of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”. Cfr. anche I. Schwenger, “Global Unification of Contract Law”, *Uniform Law Review*, 21 (2016), pp. 60 ss., p. 67, che osserva “The frequent use of good faith [nell'ambito dei Principi UNIDROIT, n.d.a.] is hardly acceptable to many common lawyers”.

⁵⁰ Per il testo delle disposizioni citate e i commenti ufficiali si rinvia alla versione inglese dei Principi UNIDROIT: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>.



evidenziato nel commento ufficiale, il concetto di buona fede permea di sé molteplici altre disposizioni⁵¹. In linea con questa impostazione generale e con la volontà di dotare la comunità d'affari internazionale di regole giuridiche idonee a disciplinare tutti gli aspetti dei contratti internazionali, i Principi UNIDROIT, sin dalla prima edizione, disciplinano anche la fase delle trattative. L'art. 2.1.15, rubricato "Negotiations in bad faith", si focalizza sull'eventuale aspetto patologico della trattativa, secondo un concetto di buona fede che richiama la teoria dell'*excluder*. Il primo comma della disposizione in esame afferma, infatti, il principio generale di *freedom not to contract*, escludendo ogni responsabilità in caso di mancata conclusione del contratto. Il secondo comma stigmatizza, quale esempio paradigmatico di scorrettezza nelle trattative, il negoziare o interrompere le negoziazioni in *bad faith*, statuendo la responsabilità della parte che tenga questa condotta per i danni cagionati alla controparte. Il terzo comma individua come ipotesi tipica di *bad faith* la cd. trattativa maliziosa, ossia l'intraprendere o proseguire le trattative senza un serio intento di raggiungere un accordo con la controparte. Il commento 2 precisa, poi, che il danno risarcibile in questi frangenti è il cd. *reliance interest*, finalizzato a riportare la parte nella stessa condizione in cui la stessa si sarebbe trovata in assenza delle trattative, dovendosi escludere invece ogni responsabilità per il cd. *expectation interest*, che è invece quel danno che in *common law* viene riconosciuto in caso di inadempimento contrattuale e che tende a porre la parte nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato correttamente adempiuto⁵². Completa la disciplina l'Art. 2.1.16 (*Duty of confidentiality*), che impone alla parte, che riceva nel corso delle trattative informazioni confidenziali, di mantenerle riservate. Questa impostazione è stata successivamente adottata da altre *rules of law*.

⁵¹ Particolarmente significativo in proposito il Commento 1 all'Art. 1.7 dei Principi UNIDROIT che, richiamati i molteplici Articoli in cui la buona fede assume un ruolo determinante, afferma "This means that good faith and fair dealing may be considered to be one of the fundamental ideas underlying the Principles", sottolineando come tale dovere trovi applicazione anche nella fase delle negoziazioni.

⁵² Per una disamina di tali tipologie di danni resta tuttora una pietra miliare il celebre saggio di L.L. Fuller, W.R. Perdue Jr., "The Reliance Interest in Contract Damages: 1", *Yale Law Journal*, 46 (1936), 1, pp. 52-96 e "The Reliance Interest in Contract Damages: 2", *Yale Law Journal*, 46 (1937), 3, pp.373-420.



I Principles of European Contract Law (“PECL”)⁵³ nel Capitolo I, Sezione 2, individuano quali doveri generali quello di buona fede (Art. 1-201) e di cooperare (Art. 1-202). Inoltre, la Sezione 3 del Capitolo 2, dedicato alla formazione del contratto, tratta espressamente della responsabilità precontrattuale: l’Art. 2:301, rubricato *Negotiations contrary to good faith*, ripropone la disciplina dei Principi UNIDROIT. L’Art.2:302 disciplina espressamente il dovere di confidenzialità, in termini corrispondenti a quelli dei Principi UNIDROIT. Analoga impostazione quella adottata dal Draft Common Frame of Reference⁵⁴: in particolare, ferma la libertà di non contrarre, ai rapporti precontrattuali è dedicato il Capitolo 3 del Libro II, caratterizzato da un articolo di portata generale (Art. II-3:301 *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*) e da una serie di previsioni specifiche in tema di doveri di informazione (soprattutto nei rapporti B2C) e di confidenzialità.

Nell’aprile del 2009 il Centre for Transnational Law (CENTRAL) dell’Università di Colonia ha presentato i «Trans-Lex Principles» quale parte della propria piattaforma online di ricerca, denominata «TransLex»⁵⁵. Tali principi si pongono come espressione della *lex mercatoria* propria degli scambi commerciali transnazionali e sono corredati da riferimenti comparatistici alle legislazioni nazionali e da richiami a molteplici decisioni arbitrali o di giudici nazionali, oltreché da un commento esplicativo⁵⁶. Anche i Trans-Lex Principles prevedono una disciplina puntuale delle trattative, dichiaratamente ispirata al dovere di buona fede precontrattuale (seppur declinato *a contrario*, quale *bad faith in negotiation*, analogamente all’approccio dei Principi UNIDROIT). Il paragrafo (a) del Principle n. IV.8.1, rubricato *Principle of pre-contractual liability*, afferma chiaramente la libertà per una parte di negoziare e l’assenza di responsabilità in caso di mancato

⁵³ In proposito si vedano gli interessanti rilievi di L. Antonioli, A. Veneziano, a cura di, *Principles of European contract law and Italian law*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.

⁵⁴ C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, a cura di, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009.

⁵⁵ La piattaforma è reperibile al sito <http://www.trans-lex.org>.

⁵⁶ I Trans-Lex Principles si pongono quali successori del cd. “Transnational Law Database & Bibliography” a cura sempre del CENTRAL, che aveva lo scopo di evidenziare i principi e le regole della nuova *lex mercatoria* negli scambi commerciali transnazionali. Per ulteriori approfondimenti: K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, The Hague, Kluwer Law International, 2010².



raggiungimento di un accordo. Fanno da contraltare a tale affermazione di principio i due paragrafi successivi, in cui si stigmatizzano alcune condotte tipicamente causa di responsabilità precontrattuale: la rottura in mala fede (oggettiva) delle trattative e la trattativa maliziosa, intrapresa o condotta senza una reale intenzione di concludere un contratto ma che, tuttavia, abbia ingenerato nella controparte tale affidamento. Altra ipotesi di trattativa maliziosa è quella in cui una parte insista su termini manifestamente irragionevoli. La conseguenza di tali condotte è l'affermazione di responsabilità della parte e il conseguente obbligo di risarcire i danni provocati alla controparte.

Anche l'Unione Europea è intervenuta a disciplinare il tema della responsabilità precontrattuale, sebbene solo in prospettiva internazionalprivatistica: il primo intervento è stato quello della Corte di Giustizia Europea che, nel caso *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH* del 2002⁵⁷, ha affrontato il problema della qualificazione della responsabilità precontrattuale ai fini dell'individuazione del Giudice competente, ritenendola di natura extracontrattuale⁵⁸. Questo orientamento ha trovato conferma in sede legislativa, perché il Regolamento (CE) N. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II") disciplina espressamente il diritto applicabile alle ipotesi di *culpa in contrahendo*, prevedendo quale criterio generale (corredato da criteri sussidiari in caso il primo non possa trovare applicazione) che: "La legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali derivanti dalle trattative precontrattuali, a prescindere dal fatto che il contratto sia stato effettivamente concluso o meno, è la legge che si applica al contratto o che sarebbe stata applicabile al contratto se lo stesso fosse stato concluso"⁵⁹.

⁵⁷ Sentenza della Corte del 17 settembre 2002 - Causa C-334/00, reperibile a: [EUR-Lex - 62000CJ0334 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eur-lex-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0334-EN).

⁵⁸ *Rectius*, "materia dei delitti o quasi delitti" secondo le previsioni dell'art. 5, punto 3, della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, allora in vigore. Cfr. §27 del Dispositivo.

⁵⁹ Per il testo integrale del Regolamento si rinvia a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864>.



Interessante notare che, seppur qualificata come di natura extracontrattuale⁶⁰, la responsabilità precontrattuale viene comunque assoggettata, come criterio generale, alla *governing law* del contratto cui le trattative si riferivano.

La disamina delle disposizioni che precedono, a prescindere dalle differenze ravvisabili, consente di affermare che, oramai, la consapevolezza della necessità di disporre di una disciplina giuridica *ad hoc* per le trattative è un *acquis* comune a tutti i sistemi giuridici e alle *rules of law* per i contratti internazionali; l'opzione prediletta in tale ambito è indubbiamente quella a favore di una clausola generale di buona fede (declinata *a contrario*, quale *bad faith*); inoltre, le compilazioni più recenti individuano una serie di doveri precontrattuali specifici (di informazione, di confidenzialità, etc.) che costituiscono una sorta di *common core*⁶¹, trasversale ai vari ordinamenti e modelli.

5. Il ruolo della prassi e l'apporto della *business community* transnazionale: le lettere di intenti

Considerate le, tuttora persistenti, differenze di approccio tra sistemi al periodo precontrattuale e il fatto che, in ogni caso, sia l'opzione a favore di un dovere generale di buona fede contrattuale, sia quella strutturata sulle cd. *piecemeal solutions* lasciano comunque aperto il campo ad una serie di incertezze operative che, nell'ambito dei contratti internazionali, risultano maggiormente acute dalla mancanza di un regime giuridico uniforme e dalle incertezze del mercato – tutti fattori che aumentano i costi transattivi –, la risposta della *business community* è stata quella di ricorrere ad accordi

⁶⁰ Come noto, la qualificazione in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale rileva, ad esempio, sotto il profilo dell'onere probatorio e dei termini di prescrizione: secondo le previsioni del diritto italiano si tratta di differenze di non poco conto.

⁶¹ L'espressione richiama "The Common Core of European Private Law Project": questo progetto fu intrapreso nel 1993 dall'Università di Trento, in particolare da U. Mattei e M. Bussani, sotto l'egida del Professor Rudolph B. Schlesinger. Per una presentazione del progetto si rinvia a: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Common.core/Tncommon.core.html>. Nel 2009 è stato pubblicato dalla Cambridge University Press il volume, a cura di J. Cartwright e M. Hesselink, dal titolo "Precontractual liability in European Private Law", cit.



precontrattuali, individuati con la denominazione fenotipica⁶² di “lettere di intenti”, finalizzati a disciplinare, su base negoziale, i principali aspetti della trattativa⁶³.

Quella degli accordi precontrattuali è una storia recente, non ancora consolidatasi. Le Corti di *common law*, in presenza di un accordo precontrattuale, tendono a fare riferimento al tradizionale approccio, ponendo l’accento su due elementi: (i) la sufficiente specificazione dei termini dell’accordo (*definiteness*); e (ii) la volontà delle parti di obbligarsi ponendo in essere accordi giuridicamente vincolanti (*intent to be bound*). Le Corti inglesi, ancora oggi, faticano a riconoscere come *enforceable* i cd. *agreements to negotiate in good faith*, proprio per difetto di uno o di entrambi i requisiti sopra indicati, nonostante da più parti in dottrina si auspichi un *revirement*, anche parziale, finalizzato a tutelare la volontà delle parti e a garantire una maggiore certezza giuridica del periodo precontrattuale⁶⁴.

Negli Stati Uniti, per quanto fossero già diffusi in precedenza, è solo nel 1987 – e grazie all’opera del formante giurisprudenziale – che si viene a creare una tassonomia organica degli accordi precontrattuali. Il 1987 segna infatti (i) l’anno di pubblicazione del celebre saggio di Farnsworth sulla responsabilità e gli accordi precontrattuali⁶⁵; (ii) l’anno in cui è stata definita la – famosa e famigerata – vicenda *Texaco v. Pennzoil*⁶⁶ proprio in

⁶² Sulla nozione giuridica di fenotipo si rinvia a R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 2019⁷, pp. 48-49.

⁶³ Per una disamina delle lettere di intenti nel contesto dei contratti internazionali, si rinvia a: U. Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali – La formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1984, pp. 53-102; A. Frignani, M. Torsello, *Il contratto internazionale – Diritto comparato e prassi commerciale*, cit., pp. 170-178; G. De Nova, *Il contratto alieno*, cit., p. 51; F. Bortolotti, *Il contratto internazionale*, Padova, Cedam, 2017², pp. 241-246.

⁶⁴ Per tutti: L.E. Trakman, K. Sharma, “The Binding Force of Agreements to Negotiate in Good Faith”, *The Cambridge Law Journal*, 73 (2014), 3, pp. 598 ss. Le considerazioni espresse nell’articolo sono tuttora attuali, non essendovi stati sino ad oggi mutamenti di orientamento da parte delle Corti inglesi. Allo stato, il *leading case* tuttora insuperato è ancora *Walford v. Miles*, cit.

⁶⁵ E.A. Farnsworth, “Precontractual liability and Preliminary Agreements”, cit.

⁶⁶ 729 S.W. 2d 768 (Tex. Civ. App. 1987). Il caso è complesso e in questa sede non è possibile ripercorrerne tutte le fasi processuali. Ciò che, in sintesi, rileva ai fini della presente disamina, è il fatto che, a fronte della medesima lettera di intenti e di identica *governing law* (il diritto dello Stato di New York), le Corti (e le giurie) di due Stati diversi (Delaware e Texas) si sono pronunciate in modo esattamente antitetico sul valore giuridico di tale accordo precontrattuale: in una prima pronuncia (resa ad esito di un’azione contrattuale per *breach of contract* intrapresa da Pennzoil contro la Getty Oil Co.) la Corte del Delaware, in linea con il tradizionale approccio di *common law*, ha ritenuto che la lettera di intenti sottoscritta tra le parti fosse un



tema di lettere di intenti e, infine, (iii) l'anno in cui, con il precedente, *Teachers Insurance and Annuity Association of America v. Tribune Company*⁶⁷, questi accordi, prima di allora privi di una trattazione sistematica, sono assurti al rango di categoria giuridica autonoma, tanto è vero che da allora i due tipi principali di accordi, individuati dalla Corte in quella vicenda, vengono convenzionalmente appellati in sede ermeneutica Tribune I e Tribune II⁶⁸. Mentre i Tribune I sono considerati contratti a tutti gli effetti, in cui solo alcuni termini devono essere definiti in virtù di un successivo accordo tra le parti e quindi non sollevano particolari problemi di inquadramento⁶⁹, i Tribune II (cd. *agreements to agree*) si scontrano con differenti orientamenti ermeneutici, oscillanti tra il rifiuto di riconoscerne l'*enforceability*; la difficoltà di individuare quali clausole siano giuridicamente vincolanti e quali no, e la tendenza (sebbene in recessione) a ritenerli fonte di obbligazioni esclusivamente di natura morale. Caratteristica peculiare degli accordi Tribune II è quella di implicare a carico delle parti, esplicitamente o implicitamente, un dovere di negoziare in buona fede, questa volta però su base negoziale⁷⁰. Proprio la

mero accordo precontrattuale, come tale non *binding* sotto il profilo dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo. Viceversa, la Corte del Texas (in un'azione per l'illecito extracontrattuale di induzione all'inadempimento, intrapresa da Pennzoil contro Texaco) ha ritenuto che la lettera di intenti integrasse un vero e proprio contratto definitivo, che uno dei contraenti era stato indotto a violare a causa della *tortious interference with contractual relations* posta in essere da un terzo (Texaco). In considerazione di ciò, Texaco fu condannata a pagare 7.53 miliardi di dollari a titolo di *compensatory damages* e 3 miliardi di dollari a titolo di *punitive damages*. La vicenda si è conclusa con un accordo transattivo tra Texaco e Pennzoil. T. Petzinger Jr., *Oil & Honor, Inside the \$11 Billion Battle for Getty Oil*, Fairless Hills, Beard Books, 1999; R. Lloyd, "Pennzoil v. Texaco, Twenty Years After: Lessons for Business Lawyers", *Transactions – The Tennessee Journal of Business Law*, 6 (2005), pp. 321 ss. Per effetto di tale vicenda, che ha provocato uno *shock* senza precedenti nella comunità di affari mondiale, si è ritenuto che "a letter of intent is an invention of the devil and should be avoided at all costs" (A.R. Klein, "Comments, Devil's Advocate: Salvaging the Letter of Intent", *Emory Law Journal*, 37 (2003), pp. 99 ss., p. 100.

⁶⁷ 670 F. Supp. 491 U.S. Distr. Court (NY 1987).

⁶⁸ Nelle opere dottrinali, invece, questi sono indicati rispettivamente come "agreements with open terms" e "agreements to agree".

⁶⁹ Interessante notare che il nuovo codice civile cinese contempla una previsione, l'Art. 495, che disciplina proprio le fattispecie di "contratto preliminare".

⁷⁰ Uno degli studi più interessanti in proposito, che si è distinto per la modernità delle intuizioni in esso contenute, è quello di C. Knapp, "Enforcing the Contract to Bargain", *New York University Law Review*, (1969), pp. 673 ss.



presenza del *duty to negotiate in good faith* suscita le perplessità interpretative sopra richiamate⁷¹.

Nel sistema giuridico italiano vi è concordia di opinioni nel ritenere che un utile criterio di classificazione delle lettere di intenti, sebbene non di valore assoluto, sia quello teleologico. Sono state quindi individuate distinte ipotesi: lettere con cui le parti intendono fissare gli obiettivi che si prefiggono nella trattativa; lettere dal contenuto essenzialmente “organizzativo” sia procedurale, sia sostanziale (ad esempio, perché con esse si fa il punto della situazione); lettere con le quali le parti intendono rendere nota a terzi interessati l’esistenza di una trattativa nonché lo scopo di essa; lettere volte a disciplinare il comportamento delle parti nel corso della trattativa⁷².

A prescindere perciò dai modelli considerati, è evidente che, in caso di disaccordo tra le parti, considerata l’assenza di una disciplina giuridica uniforme per il contesto dei contratti internazionali⁷³, toccherà quindi all’interprete (Giudice nazionale o, come più di frequente accade in questo ambito, Tribunale arbitrale) inquadrare correttamente la fattispecie: qualora le parti stesse abbiano prescelto la *governing law* da applicare all’accordo precontrattuale, questo potrà costituire già un buon punto di partenza; in caso contrario spetterà all’interprete decidere anche questo delicato aspetto⁷⁴.

⁷¹ Le Corti che hanno mostrato un approccio estremamente tradizionalista, sono quelle dell’Illinois. Per tutti: *Feldman v. Allegheny Int’l Inc.*, 850 F.2d 1217 (7th Cir. 1988); M.K. Johnson, “Enforceability of Precontractual Agreements in Illinois: The Need for a Middle Ground”, *Chicgo-Kent Law Review*, 68 (1993), pp. 939 ss.

⁷² *Ex multis*: L. Canepa, “Dichiarazioni di intenti”, *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, UTET, vol. V, pp. 329 ss., p. 345; G. Capecci, “Il valore giuridico delle lettere di intenti”, *Diritto e commercio internazionale*, (2001), 2, pp. 383 ss.; M. Capodanno, “Lettere di intenti, doveri *in contrahendo* e buona fede nelle trattative”, *Rivista di diritto privato*, (2008), 2, pp. 305 ss.

⁷³ Fa eccezione il commento 3 all’Art. 2.1.15 dei Principi UNIDROIT, che prende espressamente in considerazione gli effetti giuridici di un *agreement to negotiate* precisando che, in tal caso, potranno trovare applicazione tutti gli ordinari rimedi di matrice contrattuale.

⁷⁴ I Regolamenti di molte Istituzioni arbitrali internazionali – *in primis* quello della ICC – attribuiscono agli arbitri il potere di individuare le *rules of law* più appropriate a seconda della fattispecie in questione.



Questo fenomeno, pertanto, comporta un'interazione continua e costante tra differenti modelli e formanti, che dà vita a un contesto di analisi unico dal punto di vista comparatistico.

Laura Maria Franciosi
Università di Bologna
lauramaria.franciosi@unibo.it