

II Colloquio biennale dei Giovani Comparatisti
Privato, pubblico, globale nelle prospettive del diritto comparato
Catania-Enna 28-29 maggio 2010

Fallimento della trattativa, investimento precontrattuale e rimedi*

Antonio Las Casas (Università di Catania)

1. Il problema: il fallimento della trattativa ed il possibile trattamento giuridico degli interessi delle parti

Oggetto della ricerca è il problema della tutela degli interessi delle parti di una contrattazione che possano essere stati pregiudicati dal “fallimento della trattativa”, cioè dal mancato coronamento della trattativa attraverso la conclusione del contratto cui le parti aspiravano.

Il problema del fallimento della trattativa e della eventuale tutela delle parti verso i danni che esso possa aver loro cagionato, dal punto di vista dell’ordinamento italiano, viene ordinariamente descritto come un problema di “recesso ingiustificato dalla trattativa” e chiama immediatamente in causa la regola dell’art. 1337 del codice civile (art. 1337 c.c.: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”).

Da questa norma, com’è noto, si fa derivare la c.d. responsabilità precontrattuale per “recesso ingiustificato dalla trattativa”. Essa sussisterebbe nel caso in cui una parte abbandoni la trattativa “senza giustificato motivo” (o “giusta causa”) dopo aver ingenerato nella controparte un “ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto” ed aver cagionato così a questa un danno. Il danno risarcibile viene quantificato con riferimento alle spese sostenute ed alle occasioni alternative perdute a causa della trattativa e descritto facendo riferimento alla nozione di “interesse negativo”.

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

Pertanto, il fallimento della trattativa, in presenza di affidamento precontrattuale di una parte, sembra porre ad un sistema di tutela così organizzato esclusivamente un problema che attiene al riconoscimento dell’interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa.

Recenti studi comparatistici mostrano come queste coordinate per il trattamento giuridico del problema siano, in una certa misura, omogenee entro una pluralità di sistemi giuridici europei, che contengano norme (legali o giurisprudenziali) di responsabilità precontrattuale paragonabili all’art. 1337 del codice civile italiano.

Da tale modello si discosterebbero i sistemi c.d. di *Common Law* (o, quantomeno, alcuni di essi), che possono essere assunti come esempi di sistemi caratterizzati da una regola di “immunità precontrattuale”. Entro i sistemi di *Common Law* non esiste una regola di disciplina del comportamento precontrattuale delle parti espressa in termini di “buona fede”. Si afferma, inoltre, che tali sistemi non conoscerebbero alcun altro criterio alternativo alla regola di libertà per disciplinare il comportamento precontrattuale delle parti. Nei sistemi di *Common Law*, pertanto, non sarebbe configurabile alcuna dottrina della responsabilità precontrattuale che, prescindendo dalla conclusione del contratto, consenta di imputare responsabilità in dipendenza dell’abbandono della trattativa da una delle parti.

Questo trattamento giuridico del problema sarebbe dunque caratterizzato dal c.d. “*all-or-nothing approach*”. Poiché non esiste un’autonoma regola che ponga obblighi di comportamento nella fase precontrattuale, il

* Per l’esposizione analitica dei casi giurisprudenziali presi in considerazione e per i riferimenti bibliografici mi permetto di rinviare al mio *Tutele dell’investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici*, Torino 2009

problema posto dal fallimento della trattativa dovrebbe essere trattato soltanto sulla base della verifica della, avvenuta o meno, conclusione del contratto. In assenza di regole diverse dalla libertà, infatti, è soltanto dal libero consenso delle parti (e cioè dal contratto) che possono trarsi obblighi e conseguenti responsabilità per le parti.

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

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

Sussisterebbe, pertanto, rispetto al trattamento giuridico del fallimento della trattativa, una "frattura" tra sistemi "a responsabilità precontrattuale" (quali sarebbero i sistemi europei continentali o almeno alcuni di essi) e sistemi "a immunità precontrattuale" (rappresentati dai sistemi di *Common Law*).

2. L'ambito e gli obiettivi dell'indagine

L'occasione della ricerca nasce proprio dall'intenzione di verificare, mediante un'analisi dei casi giurisprudenziali, la effettiva sussistenza e l'entità di questa "frattura" quanto alla disciplina della fase precontrattuale.

Si è cercato, dunque, mediante un'analisi della casistica, di verificare come fosse effettivamente trattato entro alcuni sistemi di *Common Law* il problema del fallimento della trattativa, e se non fossero, a dispetto delle affermazioni tradizionali, ravvisabili dei rimedi a favore della parte che si assumesse pregiudicata dal fallimento della trattativa.

Questo lavoro è stato condotto rispetto al diritto inglese e statunitense, con alcuni riferimenti al diritto australiano. Mediante l'analisi casistica sono stati individuati alcuni modi di trattamento giuridico del conflitto che sfociano nella concessione di un rimedio al danneggiato.

3. Il diritto inglese (e australiano)

A fronte di enunciazioni tradizionali particolarmente rigide nell'escludere la configurabilità di una qualche responsabilità precontrattuale, sono stati riscontrati istituti e regole, riguardanti vari ambiti, che hanno consentito in varie occasioni alle corti di riconoscere un qualche rimedio al danneggiato.

a) Anticipazione del vincolo contrattuale con funzione di tutela dell'affidamento precontrattuale

In certi casi, l'interesse della parte delusa dal fallimento della trattativa viene tutelato dichiarando già avvenuta la conclusione del contratto "finale", cui le trattative tendevano, pur in mancanza di sicuri indici che consentano di ritenere perfezionato l'accordo delle parti. Questa impostazione sfocia in un rimedio commisurato al c.d. *expectation interest* e che pertanto riconosce al danneggiato non il mero recupero dei costi sostenuti a causa della trattativa, ma il conseguimento del risultato economico finale dello scambio. Tale trattamento del problema si dimostra formalmente coerente con il punto di vista di un sistema caratterizzato dall'enfasi sulla regola di libertà contrattuale (rispetto alla disciplina del comportamento precontrattuale delle parti) e dalla conseguente adozione di un regime di "immunità precontrattuale". In questo modo, infatti, il titolo del rimedio non è costituito dalla delusione dell'affidamento precontrattuale o dalla violazione di un qualche regola di comportamento precontrattuale (ad es. "correttezza" o "buona fede"), bensì dal contratto, che le corti ritengono

già concluso (e quindi da una fonte di obblighi e responsabilità coerente con la regola di libertà). Tuttavia, la dottrina inglese segnala come in certi casi si possa ritenere che la stessa individuazione di un contratto già concluso non sia altro che una finzione utilizzata al fine di proteggere l'affidamento precontrattuale in assenza di altri rimedi. Pertanto, anche se dal punto di vista formale il rimedio rimane fondato sul contratto, secondo parte della dottrina, la stessa esistenza del contratto (con la conseguente responsabilità contrattuale) verrebbe "scoperta" ed utilizzata proprio al fine di tutelare l'affidamento precontrattuale di una parte. In questi casi la tutela dell'affidamento precontrattuale resta un motivo "latente" (ma, secondo parte della dottrina, nella sostanza, determinante) del rimedio, il quale viene poi articolato sul terreno della conclusione del contratto¹.

b) *Equitable estoppel*

La dottrina dell'*estoppel*, consente invece di porre espressamente l'affidamento a fondamento del rimedio, senza che sia necessario far ricorso alla "scoperta" del vincolo già contrattuale. Il principio che ispira la dottrina dell'*estoppel*, nel diritto inglese, ha assunto il massimo grado di incidenza nel caso di modificazioni della sfera patrimoniale di una parte indotte, al di fuori di una relazione contrattuale già esistente, dall'affidamento su impegni (o rappresentazioni circa un comportamento futuro) non contrattuali della controparte che avessero ad oggetto il futuro trasferimento di diritti immobiliari. A tali rappresentazioni, quando seguite da un concreto affidamento del destinatario, è stata conferita una rilevanza particolarmente incisiva, attraverso argomentazioni riassunte sotto la denominazione di *proprietary estoppel*. In relazione a queste situazioni, è stato formulato il principio per cui una promessa non contrattuale (per mancanza di *consideration* o di altre formalità, quali l'espresso incontro delle volontà), che rappresenta al destinatario il (futuro) trasferimento di un bene immobile o di un diritto immobiliare e che lo induce perciò, con consapevolezza del promittente, a compiere atti di organizzazione della propria sfera economica, finalizzati al godimento del bene/diritto il cui (futuro) ingresso nel suo patrimonio viene rappresentato dalla "promessa", fa sorgere un' "equity" in favore del promissario. Tale "equity" può essere idonea a fondare autonomamente un'azione e può essere tutelata anche riconoscendo al destinatario della dichiarazione il diritto di agire per il pieno soddisfacimento dell'aspettativa all'adempimento della "promessa" (*expectation interest*). Anche in tal caso, il fallimento della trattativa, qualificato dall'affidamento precontrattuale di una parte, dà luogo ad un rimedio che tutela l'interesse del danneggiato al conseguimento del risultato finale dell'attribuzione. Il giudice, cioè, attribuisce all'affidamento il ruolo di "surrogato" delle formalità richieste per la vincolatività della promessa, applicando un rimedio molto simile a quello che sarebbe conseguito ad un contratto già perfetto tra le parti. Ciò però avviene, grazie all'istituto dell'*estoppel*, utilizzando espressamente l'affidamento come fondamento del rimedio in modo più diretto ed esplicito rispetto ai casi che utilizzano la "finzione" che fa leva sulla conclusione del contratto².

Al di fuori del campo dei diritti immobiliari, la dottrina dell'*equitable estoppel* è soggetta a molteplici limitazioni che, allo stato, rendono difficile che essa possa essere applicata come mezzo di disciplina generale dei problemi dell'affidamento precontrattuale. È significativa, tuttavia, rispetto alle possibili prospettive di evoluzione dell'*estoppel* in seno al diritto inglese, la rilevanza che tale istituto ha assunto nel diritto australiano, dove esso è stato applicato come autonoma fonte di rimedi proprio per un caso di responsabilità conseguente al fallimento di una trattativa volta alla stipulazione di un contratto di *lease*. Quando il potenziale *lessee*, senza che il contratto fosse ancora concluso ma dopo che la sua controparte aveva realizzato una porzione significativa dell'opera di ricostruzione dell'immobile, abbandonò la contrattazione, il potenziale *lessor* agì allegando la già avvenuta conclusione del contratto.

La corte riconobbe che il contratto di *lease* non era in realtà stato concluso, poiché era mancato lo scambio tra le parti dei documenti completi di tutte le formalità necessarie e quindi le parti avrebbero potuto considerarsi, in astratto, libere di abbandonare la contrattazione. Tuttavia, i giudici ritennero operante a favore del potenziale *lessor* la dottrina dell'*equitable estoppel*, in forza della quale al potenziale *lessee* era ormai precluso di smentire, in

¹ Cfr. *Gibson v. Manchester City Council* (1978) 2 All ER 583, CA

² Cfr. *Crabb v. Arun District Council* 1975 3 All ER 865, CA

confronto della controparte, la rappresentazione indotta, e relativa alla prossima conclusione del contratto, sulla quale questa aveva agito in affidamento, in modo ragionevolmente prevedibile. Poiché tale rappresentazione aveva ad oggetto la futura conclusione del contratto ed era tale da farla apparire come ormai certa e dipendente soltanto dall'esecuzione di alcune formalità, fu ritenuto che il potenziale *lessee* fosse ormai obbligato a comportarsi come se il contratto fosse stato effettivamente concluso ed egli fu perciò condannato al risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo (*damages in lieu of specific performance*)³.

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

c) *Misrepresentation* e *preliminary agreements*

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

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

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

È rilevante notare come la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale non appare in questi casi del tutto evidente. Ciò vale sia per il requisito della *consideration*, che, rispetto all'impegno a non trattare con terzi, è stato valutato con molta indulgenza (in relazione al caso che ha assunto particolare rilievo per la disciplina di questa materia, la dottrina ha espresso molti dubbi sul fatto che tale impegno fosse effettivamente sorretto da una idonea *consideration* fornita dalla controparte⁴); sia per la manifestazione del consenso (le corti si sono accontentate di individuare un consenso implicito che obbligasse una delle parti all'adozione di un certo procedimento di contrattazione⁵). Di contro, i giudici, in alcuni di questi casi, nel motivare i rimedi concessi, hanno fatto particolare riferimento all'esigenza di tutelare l'interesse delle parti a non sostenere perdite ingiustificate a causa delle modalità di conduzione della trattativa adottate da controparte.

³ Cfr. *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* 1988 76 ALR 513

⁴ Cfr. *Pitt v. PHH Asset Management Ltd.* (1993) 4 All ER CA 961

⁵ *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd. v. Blackpool Borough City Council* (1990) 3 All ER 25

d) *Implied promise to pay*

Questo modo di argomentare il rimedio risulta di solito adeguato rispetto ad una contrattazione nella quale il contenuto del futuro contratto non risulti ancora definito in modo completo e la trattativa abbia proprio la funzione di consentire alle parti di acquisire le informazioni necessarie per decidere se ed a quali condizioni concludere il contratto. Nell'ambito di tale contrattazione, può accadere che una parte, che si assume interessata alla conclusione del contratto, richieda all'altra il compimento di alcune attività economicamente onerose da svolgersi nella fase precontrattuale. Normalmente tale richiesta sarà giustificata, almeno in astratto, dalla necessità di tali attività proprio al fine di accertare se e a quali termini lo scambio sia fattibile e conveniente per entrambe le parti (ad esempio: il soggetto interessato alla ristrutturazione di un immobile chiede al potenziale appaltatore di realizzare studi e progetti preliminari⁶).

Le attività onerose vengono perciò compiute da una delle parti, per il perseguimento del comune interesse alla stipulazione del contratto.

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

Quando tuttavia la quantità di servizi precontrattuali svolti da una parte ecceda quella misura che un attore economico può ragionevolmente aspettarsi di svolgere "gratuitamente" (*rectius*: aspettandosi, come remunerazione, la mera acquisizione di una *chance* di conclusione del contratto), allora le corti, nel caso in cui la trattativa fallisca, ritengono che sia implicita (comunque per effetto di una valutazione legale e non dell'intento implicito delle parti: *promise implied by law*) una promessa di rimborsare le spese sostenute nella fase precontrattuale.

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

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

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

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

⁶ Cfr. *William Lacey (Hounslow) Ltd. v. Davis (1957) 2 All ER 712*

4. Prime considerazioni sull'indagine comparatistica

Più che entrare ulteriormente nel merito di questi istituti e regole importa sottolineare immediatamente un dato che emerge dall'analisi. Dal modo in cui vengono applicati tali istituti e regole emerge che i rimedi a tutela del danneggiato dal fallimento della trattativa si muovono su due distinti piani:

- in certi casi l'interesse del danneggiato a causa del fallimento della trattativa viene tutelato mediante rimedi che riconoscono tutela all'interesse al conseguimento del risultato economico dello scambio. Cioè il danneggiato viene tutelato obbligando la sua controparte ad eseguire (in forma specifica o per equivalente) l'operazione economica rappresentata nella trattativa e non ancora resa espressamente vincolante mediante la conclusione del contratto. Quindi, al fine di tutelare l'interesse della parte delusa dal fallimento della trattativa viene preso in considerazione e tutelato il suo interesse al conseguimento del risultato economico dello scambio, anche in mancanza di una sicura conclusione del relativo contratto. Viene concesso, pertanto, un rimedio che va oltre il consueto ambito della responsabilità per "recesso ingiustificato dalla trattativa" e che si situa più precisamente sul piano dei rimedi, in senso lato, contrattuali;

- in altri casi, invece, l'interesse del danneggiato viene tutelato mediante rimedi che riconoscono il risarcimento dei costi subiti a causa della trattativa e divenuti inutili e ingiustificati a causa del fallimento della stessa. Si tratta perciò di un rimedio sostanzialmente coerente con la nozione di interesse negativo e con la logica meramente "compensativa" che ispira la responsabilità precontrattuale per fallimento della trattativa entro i sistemi nei quali essa è presente.

5. Il diritto statunitense

L'impressione che i rimedi applicati per il fallimento della trattativa entro i sistemi di *Common Law*, in assenza di regole espresse di responsabilità precontrattuale, si situino su un duplice piano è rafforzata dall'analisi del diritto statunitense, dove tale duplice ordine di rimedi assume una configurazione più chiara e di carattere più generale.

Nel diritto statunitense, infatti, il principio espresso dalla dottrina equitativa del *promissory estoppel* si è consolidato come criterio alternativo e concorrente rispetto a quello della *consideration* per il riconoscimento di vincolatività giuridica alle dichiarazioni di volontà ed ha assunto nel tempo un'analogia valenza generale.

Il *promissory estoppel*, nel diritto statunitense ha così dato vita al modello dell'affidamento (espresso dalla *sec. 90 del Restatement second of contracts*), che si pone come criterio generale, alternativo a quello dello scambio (espresso mediante il requisito della *consideration*), per l'attribuzione di valore giuridicamente vincolante alle dichiarazioni con contenuto "promissorio".

In virtù di questo modello, una dichiarazione (qualificabile come "promessa") può essere vincolante per il suo autore anche se il destinatario non abbia dato nulla in cambio, non abbia cioè fornito una *consideration*, purché il destinatario abbia agito in modo per sé oneroso in affidamento su questa dichiarazione ed il compimento di tali atti in affidamento fosse "ragionevole e prevedibile".

Quindi, anche in assenza di *consideration*, una dichiarazione può essere vincolante quando ci sia stato un affidamento del destinatario che comporterebbe che questi soffrirebbe un danno, qualora alla promessa non venisse riconosciuta alcuna rilevanza giuridica.

Ci sono però due modi di rendere vincolante la promessa: obbligando il promittente all'esecuzione del trasferimento patrimoniale rappresentato; oppure obbligandolo a risarcire il costo dell'affidamento di controparte che abbia agito in modo economicamente oneroso confidando nell'adempimento della promessa.

Questa dottrina dell'affidamento è in grado di ricomprendere entrambi i rimedi e di dar luogo all'applicazione sia dell'uno che dell'altro. La *sec. 90* dà conto di questa possibile diversa portata del rimedio, prevedendo che il rimedio conseguente alla "vincolatività" della promessa possa essere "limitato secondo quanto richiede la giustizia".

Ciò accade anche nei casi in cui tale dottrina venga applicata ai conflitti precontrattuali, dove le dichiarazioni delle parti idonee a suscitare affidamento consistono essenzialmente nella formulazione di una

proposta contrattuale o nella rassicurazione circa le probabilità di conclusione del contratto, unita alla richiesta del compimento di alcuni atti onerosi precontrattuali: in certi casi il danneggiante viene costretto, in virtù dell'affidamento di controparte, ad eseguire l'operazione economica rappresentata nella trattativa; in altri solo a risarcire il costo dell'affidamento del danneggiato.

- a) Applicazione del *promissory estoppel* con funzione di tutela dell'interesse delle parti al conseguimento del risultato finale dello scambio.

Tale applicazione del *promissory estoppel* assume rilievo rispetto al problema del trattamento giuridico del fallimento della trattativa e della conseguente tutela dell'affidamento precontrattuale nei casi di *sub-contracting*.

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

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

Il problema viene posto in termini giuridici interrogandosi sulla rilevanza e sugli effetti che l'attività svolta dall'oblato (*general contractor*) in affidamento sulla proposta (da parte del *sub-contractor*), prima della manifestazione dell'accettazione, possa avere sul potere di revoca dell'offerta da parte del proponente. Nel caso *Drennan v. Star Paving Co*⁷ la Corte Suprema della California decise che il principio espresso dalla sec. 90 potesse essere applicato a vantaggio del *general contractor*. La corte, giudicando la posizione dell'oblato meritevole di tutela alla luce del principio espresso dalla sec. 90, ritenne, anche sulla base di un'applicazione analogica delle regole in tema di *unilateral contracts*, che fosse implicita nell'offerta una promessa di non revocare. Tale promessa non era giustificata dalla prestazione di alcuna autonoma *consideration* dalla controparte e pertanto non avrebbe dovuto essere vincolante. Essa tuttavia acquistava vincolatività giuridica, per effetto del principio della sec. 90, proprio in virtù dell'affidamento ragionevole e prevedibile riposto dall'oblato.

L'affidamento rende vincolante la promessa implicita nell'offerta contrattuale, obbligando il proponente a non revocare la propria proposta. Egli dunque, in concreto, sarà obbligato a rendere la prestazione alle condizioni dichiarate nell'offerta o a sopportare il maggior costo che il *general contractor* dovesse sostenere per procurarsi *aliunde* la stessa prestazione. L'affidamento pertanto rileva, grazie al principio espresso dalla sec. 90, nel senso di obbligare il dichiarante ad eseguire lo scambio rappresentato mediante l'offerta. Si tutela così, a fronte del fallimento della trattativa, l'interesse del danneggiato al conseguimento del risultato finale dello scambio.

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

- b) Applicazione del *promissory estoppel* con funzione di tutela dell'interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa.

In altri casi, dove la contrattazione ha diversa struttura, il *p.e.* viene applicato sulla base di condizioni diverse e sfocia in rimedi limitati al risarcimento del costo dell'affidamento precontrattuale. Si tratta di contrattazioni caratterizzate dall'assenza di una compiuta definizione del contenuto economico dello scambio (a differenza, invece, dei casi di *sub-contracting*, che, poiché caratterizzati dalla presenza di una vera e propria offerta contrattuale, non possono che implicare anche la già avvenuta definizione, in sede ancora precontrattuale, di tutti i termini essenziali dello scambio e la rappresentazione di tali termini come ormai definitivi). L'affidamento, in questo tipo di casi, consegue a reiterate rappresentazioni del convenuto relative alla probabile futura conclusione del contratto, le quali tuttavia non definiscano ancora con precisione il contenuto delle attribuzioni patrimoniali che il contratto sarebbe destinato a realizzare. La trattativa manifesta una definizione soltanto parziale del contenuto contrattuale, unita alle rassicurazioni da parte di uno dei potenziali contraenti circa la probabile futura conclusione del contratto ed alla richiesta, da questi rivolta alla controparte, di compiere una serie di atti onerosi. Il compimento di tali atti in sede ancora precontrattuale si presenta astrattamente giustificato in quanto essi vengono rappresentati dal danneggiante come utili, nel comune interesse delle parti, al fine di poter determinare la fattibilità ed il possibile contenuto del futuro contratto (ad esempio: al fine di poter concludere un contratto di *franchise* il potenziale *franchisor* richiede alla controparte di dismettere la propria azienda ed iniziare un'attività di impresa nel settore specifico oggetto del *franchise*, in modo da poter valutare le capacità imprenditoriali del potenziale *franchisee* e stimare, così, il valore del *franchise*⁸). Al tempo stesso il contraente che poi viene ritenuto responsabile del danno, pur richiedendo (o incoraggiando) il compimento di tali atti onerosi, si astiene dall'assumersi espressamente responsabilità per essi, evitando di inquadrarli in un qualche rapporto già contrattuale con l'attore (in particolare evitando che tali atti possano assumere la veste di *consideration* per una qualche obbligazione del convenuto) e mantenendoli invece all'interno di una fase ancora "precontrattuale" (e dunque di teorica immunità per le parti). Le corti, in questo tipo di casi, impiegano il *promissory estoppel* come fondamento del rimedio, qualificando le rappresentazioni di una delle parti, relative alla prossima e probabile conclusione del contratto, come "*promissory representations*", e ritenendo che il conseguente comportamento oneroso della controparte sia determinato dal ragionevole affidamento su tali rappresentazioni. In questo modo si ritengono soddisfatti i requisiti posti dalla sec. 90, che richiede l'esistenza di una promessa ed di un ragionevole e prevedibile affidamento su di essa, che vale a rendere la promessa "vincolante".

Si giunge così a far operare il *p.e.* non solo in presenza di impegni compiutamente definiti nel loro contenuto e che risulterebbero non vincolanti soltanto per inosservanza delle *formalities* tradizionali (forma, incontro delle volontà, *consideration*), come avviene nei casi di *sub-contracting* sopra riferiti (dove manca solo l'espressa accettazione del *general contractor* – oblato), ma anche quando sussistano più generiche manifestazioni di intenzione che causino un danno al destinatario in quanto lo inducano, prevedibilmente e ragionevolmente, a sostenere dei costi.

La portata della "vincolatività" della promessa, tuttavia, in questi casi, è limitata al risarcimento dei costi sostenuti dal danneggiato nella fase precontrattuale.

L'affidamento precontrattuale, unito al fallimento della trattativa, in questo tipo di casi pone dunque un problema di tutela dell'interesse delle parti a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa. Esso si risolve, a prescindere dal linguaggio utilizzato e dagli impieghi per cui gli stessi istituti chiamati qui in causa (*promissory estoppel*) sono stati utilizzati in altri casi (e cioè come rimedio esteso all'interesse positivo), secondo una logica di mera riparazione dell'interesse negativo.

⁸ V. *Hoffman v. Red Owl Stores* 26 Wis. 2d 683 (1965)

6. Considerazioni di sintesi sull'indagine comparatistica

Il problema del fallimento della trattativa riceve dai sistemi giuridici considerati un trattamento che in realtà, a dispetto delle affermazioni tradizionali, può dar luogo a rimedi a tutela del soggetto che si assuma pregiudicato dal fallimento della trattativa. Si può ritenere, tuttavia, che le probabilità di ottenere un rimedio per la parte che si assuma danneggiata dal fallimento della trattativa siano inferiori rispetto a quei sistemi nei quali siano presenti regole autonome ed espresse di responsabilità precontrattuale (spesso incentrate sulla nozione di “buona fede” quale regola di comportamento).

Il dato più rilevante che complessivamente emerge dall'indagine riguarda tuttavia la peculiare articolazione che caratterizza il trattamento giuridico del fallimento della trattativa entro i sistemi considerati, in assenza di regole espresse ed autonome di responsabilità precontrattuale. Tale trattamento, come si è visto, si articola su due diversi piani. La differenza tra le due forme di trattamento giuridico è immediatamente evidente se si guarda alla portata del rimedio cui esse danno luogo. In alcuni casi, a fronte del fallimento della trattativa e di un qualche affidamento precontrattuale di una parte, si prende in considerazione e si tutela l'interesse di questa al conseguimento del risultato dello scambio. In altri casi, invece, si tutela l'interesse del danneggiato a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa. Solo in quest'ultimo caso l'esito, almeno per quanto riguarda la portata del rimedio, è coerente con una dottrina della responsabilità precontrattuale organizzata attorno ai concetti di buona fede ed interesse negativo.

Le due forme di tutela, poi, sono anche subordinate alla ricorrenza di condizioni di fatto rispettivamente diverse. Il rimedio che si estende alla tutela dell'interesse al conseguimento del risultato dello scambio è subordinato all'esistenza di una complessiva condizione della contrattazione che legittimi un affidamento sulla conclusione del contratto. Più in particolare, si può riscontrare dall'esame dei casi rilevanti che generalmente questo tipo di tutela viene accordata quando sussista quella condizione di “certezza pratica” della conclusione del contratto, che consegue alla definizione completa ed ormai definitiva (anche se non ancora qualificata dalla conclusione del contratto) del contenuto del futuro scambio. Si tratta di una condizione analoga (o, in alcuni casi, esattamente coincidente) a quella che si determina in seguito alla emissione, da una delle parti della contrattazione, di una proposta di contratto che richieda soltanto l'accettazione di controparte per dar vita al vincolo giuridico definitivo. Gli atti nei quali si concretizza l'affidamento precontrattuale, di conseguenza, sono direttamente riferiti al risultato finale dello scambio. Si compiono atti di organizzazione del proprio patrimonio coerenti col futuro ingresso nel patrimonio del bene oggetto del contratto o si inizia l'esecuzione della prestazione: si tratta di atti di “anticipata appropriazione” del risultato economico dello scambio o di “anticipata esecuzione” di esso (come nel caso del *general contractor* che “utilizza” anticipatamente, prima della conclusione del contratto, la posizione contrattuale che deriverà dalla conclusione del contratto col *sub-contractor*).

I rimedi limitati al c.d. *reliance interest*, invece, non risultano in effetti subordinati all'esistenza dell'affidamento sulla conclusione del contratto così inteso. Essi vengono applicati quando la contrattazione non abbia ancora raggiunto lo stadio della formulazione completa e definitiva del contenuto contrattuale. Le dichiarazioni del danneggiante, in questi casi, infatti, si limitano a rappresentare una generica “disponibilità” alla conclusione del contratto, segnalando l'esigenza che si compiano in fase precontrattuale alcune attività giudicate utili per poter definire il contenuto contrattuale o per poter decidere sulla opportunità dell'affare, oppure comunicano l'intenzione di tenere un certo comportamento durante la trattativa (ad esempio non trattare con terzi). Si tratta, pertanto, di dichiarazioni relative soltanto allo stato ed alle caratteristiche della trattativa, non idonee a determinare un affidamento sulla “certezza dello scambio”. Si dà luogo, in questi casi, ad un rimedio che ha una portata coerente con le modalità di funzionamento delle regole di responsabilità precontrattuale, ma che non opera in realtà sulla base di quello che viene ritenuto il presupposto ordinario della responsabilità precontrattuale e cioè l'affidamento sulla conclusione del contratto.

Gli atti nei quali si concretizza l'affidamento non sono direttamente riferiti al risultato finale dello scambio ma appaiono in astratto giustificati dall'esigenza di acquisire informazioni, circa la fattibilità ed il possibile contenuto del contratto, utili alla prosecuzione della trattativa.

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

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

7. Il problema comune ai casi di fallimento della trattativa: l’investimento precontrattuale

Il problema che, in generale, tutti questi casi pongono al sistema giuridico non è costituito dall’affidamento sulla conclusione del contratto o su un certo comportamento di controparte ma, più precisamente, dall’esistenza di un investimento precontrattuale compiuto dal danneggiato, che appaia utile ed abbia un senso dal punto di vista economico o in quanto sia correlato al risultato finale dello scambio o in quanto svolga una qualche funzione utile per la conduzione della trattativa. Si tratta quindi del problema posto da un investimento eseguito prima del perfezionamento del vincolo contrattuale e del quale occorra imputare il rischio, in conseguenza della mancata conclusione del contratto.

L’affidamento del danneggiato, invece, rileva come criterio giuridico di soluzione del problema posto dall’investimento. Il danneggiato, cioè, ha diritto al rimedio quando il suo investimento direttamente correlato al risultato finale dello scambio sia giustificato da dichiarazioni di controparte che manifestano una situazione di certezza dello scambio e quindi fanno sorgere un “affidamento sullo scambio”; oppure quando il suo investimento utile alla prosecuzione della trattativa sia giustificato da dichiarazioni di controparte che manifestano una sua disponibilità allo scambio e segnalano l’esigenza di compiere delle attività utili al fine di precisare il contenuto del contratto oppure da dichiarazioni che indicano il comportamento che la parte terrà in futuro nella trattativa e che per questo inducono la controparte a compiere attività precontrattuali giustificate ed utili in relazione alla struttura della trattativa (ad es. una parte dichiara che non tratterà con terzi ed allora l’altra commissiona una perizia sul bene oggetto del contratto; oppure una parte si dichiara in linea di massima disposta a contrattare e tuttavia segnala l’esigenza che la controparte esegua determinate attività che vengono rappresentate come utili al fine di addivenire alla determinazione del contenuto contrattuale).

Si è in presenza, quindi, di due diversi tipi di investimento giustificati da due diversi tipi di affidamento: “sullo scambio” e “sulla trattativa”.

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

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

In entrambe le tipologie di casi la terminologia dell'affidamento evoca una verifica della obiettiva correlazione tra lo stato e le caratteristiche complessive della contrattazione e la funzione economica degli investimenti. Tale verifica consente in realtà di attribuire rilevanza, non alla mera "fiducia" soggettiva di una parte sul comportamento futuro di controparte, bensì alla ragionevolezza economica delle scelte di investimento compiute dal danneggiato. Esse si qualificherebbero ragionevoli in quanto siano obiettivamente giustificate dalle complessive condizioni della contrattazione così come esse si presentano anche alla luce delle dichiarazioni e dei comportamenti di controparte. Dalla verifica di tale obiettiva correlazione i sistemi giuridici considerati sono propensi a far dipendere la tutela, nelle due forme descritte, degli interessi della parte che si assuma delusa dal fallimento della trattativa.

I due tipi di investimento precontrattuale individuati (investimento correlato "allo scambio" e investimento correlato "alla trattativa") hanno due distinte funzioni economiche. La considerazione della loro rispettiva funzione economica consente di spiegare la diversa portata dei rimedi e le diverse condizioni cui i rimedi sono subordinati.

7.1 L'investimento "performativo".

L'investimento direttamente correlato al risultato finale dello scambio, serve, dal punto di vista economico per l'incremento dell'utilità che lo scambio ha per le parti. L'organizzazione anticipata che consista in anticipata appropriazione del risultato finale dello scambio o in anticipata esecuzione ha senso dal punto di vista economico perché consente alle parti di trarre maggiori benefici dallo scambio o di risparmiare sulla sua esecuzione, quindi consente loro di eseguire uno scambio più vantaggioso.

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

Occorre poi considerare che un investimento che abbia tale funzione economica è economicamente razionale e giustificato soltanto ad alcune condizioni.

In primo luogo, il contenuto della futura attribuzione deve essere già compiutamente definito, perché altrimenti l'investitore non disporrebbe delle informazioni necessarie per determinare costi e benefici del proprio investimento ed esso, di conseguenza, risulterebbe prematuro ed avventato.

Inoltre, le probabilità di conclusione del contratto devono apparire sufficientemente elevate in modo da far sì che i benefici attesi dall'investimento si presentino superiori ai suoi costi e che esso appaia *ex ante* efficiente. Un investimento di questo genere, infatti, produce i suoi benefici economici soltanto qualora il trasferimento patrimoniale venga effettivamente eseguito. In caso contrario esso (essendo, per ipotesi, specifico) si risolve in

una perdita dal punto di vista sociale (ed è indifferente, dal punto di vista sociale, che una regola risarcitoria ponga il suo costo a carico di una parte o dell'altra).

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

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

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

Queste caratteristiche dell'investimento spiegano, dal punto di vista economico, le condizioni per la sua tutela giuridica. Esso viene tutelato soltanto a condizione che si sia determinata una condizione di (apparente) certezza dello scambio, che implica sia la già avvenuta definizione del suo contenuto sia la definitività dell'accordo (ancora non propriamente contrattuale) raggiunto dalle parti. In questo modo il sistema giuridico tende a riconoscere tutela all'investimento performativo quando esso avvenga in condizioni tali che facciano presumere che esso si approssimi all'efficienza *ex ante*.

Queste condizioni cui la tutela dell'investimento performativo può ritenersi subordinata svolgono, più in generale, la funzione di circoscrivere tale tutela ai casi nei quali l'esecuzione di investimenti performativi avvenga in situazioni in cui la ragionevolezza dell'affidamento sulla "certezza dello scambio" sia particolarmente evidente. Infatti, occorre notare che, dal punto di vista giuridico (e cioè dal punto di vista di un sistema giuridico che subordina la circolazione della ricchezza al principio di libertà di contrarre), un tale investimento sarebbe, in astratto, giustificato e razionale soltanto dopo che si sia perfezionato il vincolo contrattuale. Il diritto di pretendere l'esecuzione della prestazione, che sorge in conseguenza del perfezionamento del contratto, serve alle parti proprio per conseguire la piena "certezza giuridica" del conseguimento del risultato dello scambio e poter così investire senza rischi anche prima della sua esecuzione materiale. Perciò, in caso di fallimento della trattativa, la parte che abbia eseguito tale investimento viene tutelata soltanto in presenza di particolari presupposti, che rivelino una condizione di "certezza pratica" dello scambio.

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

È vero che, dal punto di vista economico, ciò implica, in singoli casi, l'imposizione ad una delle parti di uno scambio non più voluto. Ciò potrebbe generare un costo sociale superiore al beneficio dello scambio (pur incrementato dall'investimento). Il modello di tutela individuato, allora, indica che i sistemi giuridici analizzati sono propensi a considerare il costo sociale di questo rischio trascurabile nella generalità dei casi, rispetto al beneficio che tipicamente e nella generalità dei casi è prodotto da investimenti performativi effettuati in condizioni che li facciano apparire *ex ante* efficienti. Inoltre, il rimedio si giustifica perché imputa il rischio dell'imposizione dello scambio alla parte che, col suo comportamento, ha dato causa all'affidamento ragionevole sulla "certezza" dello scambio.

Il terreno proprio per la soluzione del problema dell'investimento performativo è dunque innanzitutto quello "contrattuale", cui si accede mediante la costituzione del vincolo all'esecuzione dello scambio. In certe condizioni, tuttavia, può considerarsi giustificata anche una tutela di portata minore, realizzata mediante la compensazione del costo dell'investimento. Tale tutela, infatti, poiché comunque protegge l'interesse individuale dell'investitore alla non dispersione dell'investimento, costituisce comunque un incentivo ad eseguire

investimenti, economicamente utili, in condizioni di efficienza *ex ante*. Essa, dunque, non potrà che essere retta dal medesimo criterio dell'affidamento sulla conclusione del contratto e dovrà perciò essere accessibile soltanto quando si siano determinate condizioni di "certezza pratica" dello scambio. Il sistema giuridico dovrà far ricorso a tale tutela rispetto a contrattazioni per le quali non intenda derogare al modello dell'accordo espresso e bilaterale ai fini della formazione del contratto. In tali casi l'investimento, sia pure ragionevole e giustificato dal punto di vista economico, non potrà essere sufficiente a dar luogo alla costituzione del vincolo all'esecuzione dello scambio. L'ordinamento perciò, può comporre gli interessi delle parti e l'interesse sociale all'esecuzione di investimenti performativi, consentendo alla controparte dell'investitore di sottrarsi allo scambio non più voluto, ma proteggendo la sfera privata dell'investitore, mediante un rimedio risarcitorio⁹.

7.2 L'investimento "informativo"

L'investimento correlato alla trattativa ha senso dal punto di vista economico perché consente alle parti di raccogliere, prima della conclusione del contratto, le informazioni rilevanti per poter definire l'opportunità dello scambio e le sue condizioni ottimali e cioè quelle informazioni necessarie alle parti per la prosecuzione della trattativa e la eventuale conclusione del contratto. L'investimento informativo, dunque, produce i suoi benefici rispetto alla conduzione della trattativa. Esso, pertanto, in quanto "utile alla trattativa" (e non allo scambio) svolge una funzione economica propriamente precontrattuale.

Tale tipo di investimento implica sempre un rischio per la parte che lo esegue. Tale rischio rappresenta un costo fisiologico della contrattazione.

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

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

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

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

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

Ordinariamente, un investimento di questo genere, in caso di fallimento della trattativa, è destinato a rimanere a carico dell'investitore. Esso rappresenta un costo fisiologico della attività negoziale, giustificato, per l'investitore e per il sistema, dalla sua funzione economica volta all'individuazione di impieghi produttivi delle

⁹ Per una soluzione di questo tipo nel diritto inglese v. *Box v. Midland Bank* 1979 2 *Lloyd's Rep.* 391

risorse. Poiché l'investitore godrà dei benefici economici derivanti dall'impiego produttivo (contrattuale) delle proprie risorse, è giustificato, dal punto di vista della *ratio* economica della libertà, che egli sostenga anche i costi per la ricerca delle necessarie informazioni. In questo modo egli sarà costretto a bilanciare costi e benefici dell'attività informativa precontrattuale e tale attività sarà così svolta in condizioni che le consentano di tendere all'efficienza.

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

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

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

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

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

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

8. Conclusioni e confronto col diritto italiano

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

La variabilità dei rimedi individuati e delle condizioni alle quali essi sono accessibili indica i differenti problemi nei quali si articola la tutela dell'affidamento precontrattuale ed il diverso modo in cui tali problemi interpellano la *ratio* economica della libertà, sollecitando differenti soluzioni giuridiche.

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

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

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

a) Sul problema dell'investimento "performativo".

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

Esempi di norme di questo genere sono, nel sistema italiano, gli artt. 1327 e 1328 del codice civile. L'investimento performativo che esse prendono in considerazione è l'inizio dell'esecuzione della prestazione contrattuale. Esso, in base all'art. 1327, viene tutelato dando luogo direttamente alla costituzione del vincolo contrattuale, quando consegua ad una proposta di contratto e sia coerente con la "natura" dell'operazione economica contrattuale o con gli "usi" o con la "richiesta del proponente". Ai sensi dell'art. 1328, invece, l'inizio dell'esecuzione che consegua ad una proposta non è idoneo a determinare la conclusione del contratto, ma, nel caso di revoca della proposta, dà titolo alla compensazione del costo dell'investimento.

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

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

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

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

La duplicità delle forme di tutela (formazione del contratto o compensazione del costo dell'investimento) si spiega considerando che soltanto in alcuni ambiti l'ordinamento considera preminente l'obiettivo della

produttività dell'investimento e risponde al fallimento della trattativa mediante la costituzione del vincolo contrattuale. Questi sono gli ambiti nei quali opera l'art. 1327.

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

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

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

b) Sul problema dell'investimento "informativo".

L'investimento informativo, invece, come si è visto, svolge una funzione propriamente precontrattuale: esso consente alle parti di raccogliere le informazioni necessarie per decidere sul contratto.

Il rischio dell'investimento informativo è, allora, il rischio tipico della trattativa ed è al governo di questo specifico rischio che sono rivolte le norme che disciplinano il comportamento precontrattuale delle parti e che danno luogo alle regole di responsabilità precontrattuale (sul modello dell'art. 1337 del codice civile italiano). Tali regole operano con la specifica funzione di amministrare e minimizzare il costo sociale della trattativa, dovuto alla necessità di reperire informazioni utili per la conclusione del contratto.

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

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

parti rispetto allo scambio e l'effettiva utilità degli atti di investimento per la proficua prosecuzione della trattativa.

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