

Note minime sulla formazione progressiva del contratto

di Gianluca Navone

Tutto il lavoro precontrattuale, tutto l'iter di preparazione del contratto, può essere brevissimo o, all'incontro, molto articolato. Al riguardo, l'espressione "formazione progressiva del contratto" denota precisamente quelle ipotesi in cui il perfezionamento dello stesso si realizza attraverso lo svolgimento di trattative complesse, contrassegnate da accordi parziali sui vari punti del futuro negozio. Mentre memoria di questa serie (più o meno lunga) di passaggi è spesso affidata a documenti scritti, redatti a cura delle parti e nella prassi variamente denominati: minute, punteggiamenti o lettere d'intenti.

Il problema tipico che immediatamente si prospetta in relazione al fenomeno della formazione progressiva del contratto può essere allora così compendiato: quando, nella progressione di semi-accordi, o accordi parziali, si forma l'accordo necessario e sufficiente a determinare la conclusione del contratto?¹ In altri termini, qual è il guado al di là del quale c'è il contratto ed al di qua del quale ci sono soltanto trattative?

La stessa esperienza giuridica, del resto, e segnatamente la pratica giudiziale, mostra che proprio questo è il punto sul quale si incentrano le liti. Per tutte, basti por mente ad un caso divenuto famoso (quello IRI – Buitoni), interamente ruotato attorno al preteso carattere impegnativo di una "intesa preparatoria"².

La letteratura specialistica si è ampiamente occupata del tema in questione³.

¹ Così, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 138.

² A tale riguardo, si veda App. Roma, 9 marzo 1987: «l'intesa scritta, raggiunta dal presidente dell'IRI con il legale rappresentante di una società, mediante la quale, dopo le reciproche dichiarazioni di disponibilità alla cessione e al rilievo, a determinate condizioni, delle azioni Sme possedute dall'istituto, il primo si impegna a sottoporre, con proprio parere favorevole, all'approvazione del consiglio di amministrazione l'operazione e "a richiedere, tempestivamente, all'autorità di governo, l'autorizzazione di legge" non costituisce accordo definitivo e vincolante ma puntualizzazione del contenuto del futuro contratto, perfezionabile subordinatamente alla sussistenza del presupposto dalle parti individuato, in linea con il potere di direttiva attribuito dall'art. 13, 3° comma, l. 12 agosto 1977, n. 675, in materia di smobilizzi al ministro per le partecipazioni statali, nell'assenso o nella mancata opposizione del medesimo», in *Giur. di Merito*, 1987, 1137 (con nota di M. D'AMBROSIO), in *Giust. Civ.*, 1987, I, 2643 (con nota di L. ATTOLICO), in *Riv. Dir. Proc.*, 1987, 719 (con nota di A. D'ALESSIO), in *Corriere Giur.*, 1987, 431 (con nota di G. LOMBARDI). Alla pronuncia della Corte d'Appello di Roma ha fatto seguito Cass., 11 luglio 1988, n.4570: «è congrua ed immune da vizi logici e giuridici la motivazione della sentenza di appello che ravvisa nella intesa scritta, raggiunta dal presidente dell'IRI con il legale rappresentante di una società (mediante la quale, dopo le reciproche dichiarazioni di disponibilità alla cessione e al rilievo, a determinate condizioni, delle azioni Sme possedute dall'istituto, il primo si impegna a sottoporre, con proprio parere favorevole, all'approvazione del consiglio di amministrazione l'operazione e "a richiedere, tempestivamente, all'autorità di governo l'autorizzazione di legge"), non un accordo definitivo e vincolante ma la puntualizzazione del contenuto del futuro contratto, perfezionabile subordinatamente alla sussistenza del presupposto dalle parti individuato, in linea con il potere di direttiva attribuito dall'art. 13, 3° comma, l. 12 agosto 1977, n. 675, in materia di smobilizzi al ministro per le partecipazioni statali, nell'assenso o nella mancata opposizione del medesimo" in *Dir. Fall.*, 1988, II, 825 (con nota di G. RAGUSA MAGGIORE) ed in *Corriere Giur.*, 1988, 829 (con nota di G. LOMBARDI).

³ In argomento: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 137; P. GRASSO, *La formazione progressiva del consenso contrattuale nelle figure della punteggiatura, del contratto normativo e del preliminare ad effetti anticipati*, in *Dir. Formazione*, 2001, 99; C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 228; V. RICCIUTO *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), Torino, 1999, 151; I. NASTI, *I problematici confini tra le trattative e la conclusione del contratto*, in *Corriere Giur.*, 1999, 470; U. SALVESTRONI, "Progetto" di testamento, "minuta" di contratto e interpretazione dell'intento negoziale, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 793; M. EROLI, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, *Riv. Dir. Comm.*, 1997, I, 67; A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. Notar.*, 1994, 35; ID., *La formazione del contratto*, I, Milano, 1966, 73; V. FRANCESCHELLI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Contratti*, 1993, 144; F. BENATTI,

Già Carnelutti, cui si deve il conio della formula "*formazione progressiva del contratto*", propose di considerare il regolamento negoziale completo, e quindi concluso il contratto, quando le parti avessero raggiunto l'accordo sugli elementi astrattamente essenziali (c. d. contenuto minimo essenziale) ed indipendentemente dalla determinazione di quelli accidentali⁴.

Ciò nondimeno, questo primo tentativo di fissare criteri operativi per l'individuazione dell'incerto confine esistente fra trattative e contratto palesò presto i suoi limiti. E la suesposta soluzione, interamente giocata sulla distinzione degli elementi di un contratto in essenziali ed accessori, fu a ragione giudicata tanto rigorosa quanto arbitraria. In modo particolare, si osservò che in pratica elementi astrattamente accessori possono avere (ed hanno) un peso decisivo ai fini del consenso. Basti pensare all'importanza che nella ricerca dell'accordo può assumere un termine, una condizione, la rateizzazione o meno del pagamento del prezzo, la scelta della moneta di pagamento⁵.

Sempre nella prospettiva della completezza del contenuto, un sicuro progresso è stato allora compiuto da quella dottrina e da quella giurisprudenza per le quali il contratto si conclude, allorché le parti raggiungono l'accordo sugli elementi concretamente essenziali (*id est*, determinanti), ai fini del consenso. Teoria certamente suggestiva e sottile a favore della quale sembra oggi militare la recente tendenza dei paesi più industrializzati al superamento del principio di piena conformità tra proposta ed accettazione (corrispondente alla *mirror mail rule* di *common law*) ed alla progressiva affermazione della regola in base alla quale l'accettazione che contenga clausole aggiuntive o modificative determina la conclusione del contratto, ove queste non alterino sostanzialmente i termini della proposta⁶ (senza pretesa di stendere un elenco completo, in questa chiave si possono leggere disposizioni contenute nello *Uniform Commercial Code* statunitense⁷, nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili⁸, nei *Principles UNIDROIT*⁹ e nei Principi "Lando" di diritto europeo dei contratti¹⁰).

A questo punto del discorso, rimane però d'affrontare un'ineludibile questione di fondo, e cioè se il problema della formazione del contratto sia correttamente impostato facendo leva sulla completezza del contenuto (del quale gli elementi concretamente o astrattamente essenziali fanno ovviamente parte), piuttosto che sulla volontà di vincolarsi ad un determinato programma contrattuale.

Si è così acutamente osservato che la valutazione della sufficienza del contenuto, pur condizionando la validità del negozio (cfr. art. 1346 cod. civ.), è un *posterius* rispetto alla formazione del contratto e che anzi presuppone quest'ultima come già accertata¹¹.

Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali, in *Contratto e Impr.*, 1994, 1101; G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, 281; ID., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, 303; L. GIORGIANNI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Corriere Giur.*, 1993, 574; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990; A. FUSARO, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, II, 201; P. VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *Foro pad.*, 1968, I, 481; ID., *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1967, 203; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1966, 85.

⁴ F. CARNELUTTI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 308.

⁵⁵ Così, G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, 292.

⁶ Sul punto si veda A. BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta ed accettazione*, Padova, 1992, spec. 117.

⁷ Cfr. § 2-207.

⁸ Cfr. art. 19.

⁹ Cfr. art. 2.11.

¹⁰ Cfr. art. 2:208.

¹¹ Così, G. B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, cit., 292.

Sicché il contratto deve reputarsi concluso quando le parti manifestano la propria volontà di vincolarsi giuridicamente. Solo questo conta ai fini del perfezionamento, null'altro.

Dalla soluzione testé prospettata discendono serie conseguenze pratiche. Basti notare come, in concreto, vi può essere un accordo che si realizza su un contenuto deficitario per l'ordinamento, come, d'altro lato, può essere stata predisposta dalle parti una completa regolamentazione di interessi non ancora sorretta, però, dall'intenzione di vincolarsi giuridicamente. Per cui, in tal caso si è ancora di fronte ad un piano, ad un'ipotesi di contratto¹².

Bisogna dunque distinguere tra completezza e perfezionamento¹³. Ciò nondimeno, i due aspetti sono suscettibili d'intersecarsi. Nel senso che dalla prima può per lo più inferirsi il secondo, per il tramite di una massima d'esperienza spesso posta a base del ragionamento giudiziale: se le parti raggiungono l'accordo su tutti i punti venuti in discussione, è ragionevole pensare (sino a prova contraria) che queste si siano vincolate al programma concordato; per contro, se le parti sono d'accordo soltanto su alcuni dei punti oggetto di trattativa mentre sugli altri è ancora aperta la discussione, è parimenti ragionevole pensare (sino a prova contraria) che tra queste il contratto non sia ancora sbocciato¹⁴.

A questo punto resta da far cenno al variegato genere delle intese preparatorie¹⁵, con il quale il fenomeno della formazione progressiva del contratto è chiaramente collegato.

Trattasi di documenti scritti, redatti a cura delle parti, accomunati da un tratto comune: si riferiscono ad una trattativa in corso, e presuppongono come già acclarato che il contratto cui la trattativa è rivolta non si sia ancora perfezionato. Ma al di là di questa convergenza, i loro contenuti possono sensibilmente variare. Pertanto, rientrano nella categoria in questione sia i documenti che contengono intese parziali in ordine al futuro regolamento d'interessi (cosiddetta puntuazione di clausole), sia i documenti che predispongono una completa regolamentazione d'interessi non ancora sorretta, però, dalla definitiva volontà di assumere il vincolo (cosiddetta minuta di contratto¹⁶).

L'eterogeneità è tale da non consentire la predeterminazione di rigidi automatismi circa l'incidenza di questi atti sulla responsabilità precontrattuale¹⁷. È di tutta evidenza, però, che la possibilità di disporre di una minuta o di una puntuazione ne agevola largamente la prova quando, ad esempio, la controparte abbia abbandonato senza giustificato motivo le trattative ovvero le abbia proseguite pretendendo capricciosamente di ridiscutere i punti sui quali l'accordo si era già formato.

¹² Cfr. R. BRACCIO, *Minuta completa e volontà di obbligarsi*, in *Contratti*, 1988, 113; G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, cit. 307.

¹³ Pur tuttavia, i due profili paiono chiaramente commisti nell'art. 2:101 dei "Principi del diritto contrattuale europeo" (predisposti dalla Commissione presieduta dal prof. Ole Lando) laddove si precisa che «il contratto è concluso quando (a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e (b) hanno raggiunto un accordo sufficiente».

¹⁴ *Ex plurimis*, Cass., 16 luglio 2002, n.10276, in *Arch. Civ.*, 2003, 531; Cass., 22 agosto 1997, n.7857, in *Contratti*, 1998, 113 (con nota di R. BRACCIO), in *Notariato*, 1998, 422 (con nota di M. VENTURUZZO); Cass. civ., 30 marzo 1994, n. 3158, in *Foro pad.*, 1995, I, 151, (con nota di R. PERIZZOLO); *Trib. Milano*, 4 aprile 2003, in *Gius*, 2004, 5, 716.

¹⁵ Cfr.: G. CAPECCHI, *Il valore giuridico delle lettere di intenti*, *Dir. Comm. Internaz.*, 2001, 383; M. GRONDONA, *Lettere di intenti*, in *Contratti Cendon*, III, Torino, 2000, 79; A. ANGIULI, *Rapporti fra contratto preliminare e "minuta" o "puntuazione": riflessi pratici*, in *Giur. it.*, 2000, 2040; A. VENCHIARUTTI, *Lettera di intenti e formazione del contratto*, *Contratti*, 1998, 548; F. DE LY, *Letters of intent under recent belgian case law*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1990, 707; C. CARRASSI, *Le lettere d'intenti fra prassi e necessità di nuove regole in margine al <caso Sme>*, in *Riv. Critica Dir. Privato*, 1988, 843; U. DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e Sme*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1987, 239; ID., *Ancora sulla efficacia delle lettere di intento nella prassi commerciale internazionale*, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 1985, 763; R. SPECIALE, *Lettere di intenti – Natura*, in *Nuova Giur. Civ.*, 1986, I, 172.

¹⁶ Al riguardo, s'impiega anche l'espressione "puntuazione completa di clausole".

¹⁷ In argomento, A. ORESTANO, *Intese prenegoziali a struttura "normativa" e profili di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Critica Dir. Privato*, 1995, 55.