

Trattative e conclusione del contratto.

Di Vittorio Colosimo

Diversamente dai più recenti interventi normativi, il legislatore non dà una nozione di trattativa e conclusione del contratto, ma attraverso l'art. 1326 c.c. conferisce a tali istituti giuridici l'effetto giuridico proprio. La trattativa è, infatti, a mente della norma in questione il momento di scambio tra proposta ed accettazione, dove rileva per entrambe le figure giuridiche la loro natura recettizia ed al culmine delle quali si rileva il perfezionamento del consenso. Orbene, l'impostazione data dal codice del '42 tradisce evidentemente uno schema di formazione contrattuale decisamente obsoleto per i tempi attuali, e forse per lo stesso periodo di entrata in vigore del codice civile visto che l'art. 1326 c.c. si riferisce allo scambio di consensi tra parti assenti. Ma, prima di ripercorrere compiutamente la fattispecie in esame, è bene delineare un quadro normativo complessivo al fine di collocare le trattative e la conclusione del contratto all'interno di un ambito giuridico attuale. Infatti, La iniziale declinazione degli istituti veniva da un periodo in cui il negozio giuridico andava scemando come Istituto cardine degli atti di disposizione patrimoniale, confermandosi su ambiti più circoscritti, è spesso con un oggetto non patrimoniale, ed al contempo il contratto emergeva prepotentemente nel panorama degli accordi, probabilmente per l'immediatezza del suo perfezionamento. E' per questo che spesso in dottrina è in giurisprudenza le figure giuridiche in esame tendono a sovrapporsi e confondendosi senza differenze. Ma ciò che è emerso fin da subito nell'applicazione concreta dell'impianto codicistico è stata quella che oggi è riconosciuta dagli indirizzi giurisprudenziali come asimmetria contrattuale, inizialmente riconducibile alle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c. Sono queste ultime clausole, indizi dei primi fenomeni di contratti di massa, che costituiscono la pietra angolare dei primordi del nuovo fenomeno contrattuale, non più circoscritto alla fattispecie giuridica della vendita di cui all'art. 1470 c.c., ma sempre più legato all'esigenza delle fasi di contrazione della trattativa e dunque della conclusione del contratto soprattutto perché in realtà le clausole in questione seguono un processo abbreviato di consolidamento del consenso che presuppone la conoscenza effettiva o virtuale in nome del comportamento diligente della a parte che la subisce. E' viepiù evidente che tale constatazione del contratto soffre la contrapposizione con l'articolo 1326 e ss. C.c., dove la trattativa è ancora condizionata dalla proposta ed all'accettazione attraverso un meccanismo che non sembra essere adeguato ai tempi di un regolamento contrattuale incline a disciplinare i rapporti tra domanda e offerta che il mercato impone. Ma è anche vero che la struttura iniziale della trattativa è caratterizzata da una serie di strumenti giuridici che offrono una maggiore modernità; in particolare le clausole generali della buona fede e diligenza, di cui al combinato disposto degli Art. 1175 e 1176 c.c., che costituiscono sostrato giuridico dei concetti indispensabili per la risoluzione dei problemi giuridici legati all'interpretazione dell'istituto giuridico della trattativa. Più nel dettaglio il rilievo è alla responsabilità precontrattuale di cui al combinato disposto degli artt. 1337 e 1338 c.c., sulla cui natura giuridica la giurisprudenza della Corte di Cassazione in passato si è soffermata, affermando prima la qualificazione di responsabilità contrattuale e successivamente riconoscendo l'inquadramento della fattispecie fra le ipotesi di responsabilità extracontrattuale, senza tralasciare ipotesi residuali di un tertium genus di responsabilità. Per tale fattispecie giuridica è essenziale la correttezza e la salvaguardia

dell'interesse altrui che a mente dell'art. 1337 c.c. permane in tutta la fase delle trattative fino alla formazione del contratto. Per la predetta giurisprudenza, in tale contesto si leva anche la diligenza, che nelle sue dinamiche più o meno professionali che si evincono nei due commi dell'art. 1176 c.c., proprie degli obblighi senza prestazione che caratterizzano la responsabilità da contratto sociale qualificato. Se poi si intravede la trattativa come parte essenziale di un fenomeno contrattuale inteso come fattispecie a formazione progressiva, vale ricordare anche il contratto preliminare di cui all'art. 1351 c.c. In disparte il valore giuridico delle punteggiature, che secondo la prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione costituiscono l'essenza del riconoscimento della figura giuridica del preliminare, è indiscussa la tesi che il testo del contratto il quale violi le disposizioni di forma di cui al ricordato art. 1351 c.c. possa configurarsi come proposta contrattuale. Appare, pertanto, evidente che le fasi della trattativa e della conclusione del contratto nascendo giuridicamente autonome in virtù del già declinato impianto codicistico, tendono quasi a sovrapporsi, nei tempi del contratto dettato dalla regolamentazione del mercato, anche per il notevole apporto, in alcuni specifici campi della negoziazione, delle direttive dell'Unione Europea. Tali indirizzi rendono la tesi dichiarativa della proposta e dell'accettazione più inclini alla tutela dell'affidamento della parte contrattuale e tale evoluzione emerge in particolare nella disciplina dei contratti bancari che più di ogni altro settore ha usufruito di un passaggio epocale, in merito al fenomeno di sovrapposizione in precedenza descritto. A tal proposito, proprio richiamando l'esame delle fattispecie a formazione progressiva di cui al menzionato contratto preliminare, vale ricordare gli arresti giurisprudenziali della Corte di cassazione sull'accordo quadro di strumenti finanziari che non necessita di firma da parte dell'istituto di credito al momento della produzione in giudizio e dell'articolazione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. Orbene, in disparte le implicazioni che comporta tale indirizzo giurisprudenziale in ordine alla paternità delle clausole contenute nell'accordo quadro, il ricordato arresto della Corte di Cassazione è fondamentale per l'importanza che rivestono le informazioni negoziali nella nuova conformazione del contratto. In tal caso, tali obblighi non hanno origine dai concetti indeterminati delle clausole generali riconducibili al codice civile, ma da un'espressa previsione normativa identificabile nell'art. 117 e ss del d.lgs. 385/1993 e nell'art. 21 d.lgs. 58/1998 dove emerge l'onere dell'istituto di credito all'informazione relativamente alla fase delle trattative finalizzate alla stipulazione di contratti finanziari. Sono quest'ultimi contratti informati i quali introducono nello specifico le conseguenze patologiche delle nullità di protezione, oggetto di successivo richiamo nella presente trattazione, che al contempo richiamano all'ulteriore fenomeno giuridico del contratto amministrato. In tal senso, l'art. 117, comma 8, d.lgs. 385/1993 prevede che la Banca d'Italia può prescindere il contenuto di determinati contratti in virtù del potere regolamentare e sanzionatorio previsto normativamente. Il contratto amministrato è, quindi, l'esito dell'intervento dell'Autorità amministrativa indipendente che, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato, esercita il potere di discrezionalità tecnica. L'assetto che viene declinato attraverso l'Autorità amministrativa indipendente e che conforma il contratto amministrato è secondo l'indirizzo della giurisprudenza un esempio di giustizia distributiva, che previene la giustizia correttiva del giudice attraverso i canali processuali dell'annullamento o della nullità del contratto. Grava poi ricordare, che l'informazione è funzionale a rimuovere l'asimmetria contrattuale e tale apporto assume un ruolo strategico nell'ambito degli squilibri emergenti nella fattispecie giuridica del terzo contratto. Com'è noto, tale istituto emerge nell'ambito dei rapporti contrattuali tra imprese connotati da una asimmetria che comporta l'abuso

di posizione dominante, come per l'istituto giuridico disciplinato dall'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 sulla tutela della concorrenza e del mercato, e l'abuso da dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n.192 sulla subfornitura. In entrambi i casi la giurisprudenza della Cassazione sostiene la configurazione dell'abuso del diritto, inteso per esso l'uso distorto di una facoltà tutelata dell'ordinamento a fronte del quale la parte che subisce tale abuso può tutelarsi processualmente attraverso l'*exceptio doli*. Una volta concluso il contratto viene in emersione tutta l'eventuale fase patologica oggetto di accertamento da parte del giudice nell'ambito di quella giustizia correttiva di cui si è fatto cenno in precedenza, dove dai più recenti orientamenti giurisprudenziali viene in emersione il potere equitativo del giudice. Tale potere è stato, peraltro, oggetto di interventi della Corte di cassazione e della Corte costituzionale che ha esteso il potere riduttivo in via equitativa previsto per la clausola penale ex art. 1384 c.c. anche alla caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c. in ragione di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2 Cost. Anche alla luce delle nuove declinazioni del contratto giusto, vengono in emersione gli ambiti dell'annullabilità ex art. 1418 e ss c.c. ed, infine, della nullità di protezione ex art. 33 d.lgs. 206 del 2005. La tripartizione dei rimedi, offre spunti per una distinta articolazione in ragione della loro distinzione funzionale. Di talché, appare evidente che l'annullamento del contratto sia in primo luogo teso a tutelare un interesse particolare della parte. In tal modo si esprime l'art. 1441 c.c. sulla legittimazione all'esercizio dell'azione in cui l'interesse attuale e concreto, descrivibile ai sensi dell'art. 100 c.p.c., è circoscritto alla titolarità della parte lesa. Lo stesso termine di prescrizione quinquennale ex art. 1442 c.c. lascia spazio ad un'ampia disposizione del titolare sulle sorti del contratto che in tal modo, come in caso di omessa proposizione dell'azione, conserva integralmente la sua efficacia. Viste le sue caratteristiche, l'annullabilità è conformata alla tipicità delle fattispecie riconducibili alla mancanza di volontà espressione di incapacità, errore, violenza e dolo; di talché il legislatore prevede l'ulteriore rimedio normativo della convalida di cui all'art. 1444 c.c., istituto attraverso il quale si rafforza l'autonomia contrattuale esattamente come in altri casi in cui la proposta negoziale ha introdotto l'istituto giuridico della rinegoziazione. Distinta dall'annullamento è la nullità di cui all'art. 1418 c.c. che nella tripartizione corrispondente alla collocazione della sequenza dei commi è riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione come nullità virtuale, strutturale e testuale. Nella sua caratteristica di rimedio ablatorio, espressione di un interesse generale, è facilmente adottabile anche all'esercizio dell'azione da parte di associazioni esperienziali che, come specificamente indicato dagli indirizzi giurisprudenziali, devono perseguire statutariamente gli interessi esercitati ex art. 100 c.p.c. ed operare in ambiti regionali delimitati. Anche in virtù di precisi arresti giurisprudenziali la nullità è constatata dell'atipicità oltre che da un'azione imprescindibile ex art. 1422 c.c., e per questo ad essa prevalgono le regole di comportamento che attraverso l'istituto della buona fede consentono il consolidamento del vincolo contrattuale ed il risarcimento del danno per la parte contrattuale lesa.

Ai fini della conservazione del contratto tende invece la nullità di protezione ex art. 33 d.lgs. 206 del 2005, in quanto diversamente dall'istituto di cui all'art. 1418 c.c. è una figura giuridica che, assimilabile alla nullità parziale di cui all'art. 1419 comma 2 c.c., conserva il contratto eliminando la clausola viziata. Considerato che in virtù di un recentissimo orientamento della Corte di cassazione, la nullità di protezione può essere rilevata d'ufficio dal giudice, previa convocazione delle parti, essa si colloca al limite tra i rimedi manutentivi ed ablatori a tutela dell'equilibrio e della simmetria contrattuale, in precedenza esposta. Come si è potuto rilevare compiutamente, la

trattativa e la conclusione del contratto costituiscono fasi negoziali quasi coincidenti nella massificazione imposta dalla regolamentazione dei mercati. Nonostante il rilievo del contratto informato, assume un più rilevante valore il contratto filtrato dalla verifica delle Autorità amministrative indipendenti, le quali attraverso l'opera di regolamentazione di cui al potere implicato dedotto dalle singole leggi costitutive possono anteporre una efficace barriera avverso le clausole imposta dal rapporto tra la domanda e l'offerta.