

---

## « THE LAW WHICH GOVERNS THIS AGREEMENT IS THE LAW OF THE REPUBLIC OF ITALY »: IL CONTRATTO ALIENO (1)

Dir. comm. internaz. 2007, 01, 3

Giorgio De Nova

1. *Il fenomeno.* - 2. *I contratti alieni: problemi di struttura.* - 3. *I contratti alieni e l'interpretazione.* - 4. *I contratti alieni e la (debole) barriera del diritto italiano.* - 5. *Le clausole dei contratti alieni e la barriera del diritto italiano.* - 5.1. *Le miscellaneous provisions e le clausole di stile.* - 5.2. *La nullità parziale e le clausole di severability.* - 5.3. *Le clausole di limitazione della responsabilità e il limite della colpa grave.* - 5.4. *Le clausole penali irriducibili.* - 5.5. *Il carattere commutativo del contratto e le clausole «if and when».* - 5.6. *I limiti delle clausole sulla proponibilità di eccezioni e le clausole che escludono ogni eccezione nel project financing.* - 5.7. *Le clausole «no waiver» e il divieto del venire contra factum proprrium.* - 6. *Considerazioni conclusive.*

1. *Il fenomeno.*

Il tema a me affidato, autonomia privata e modelli transnazionali, è molto ampio, e conviene limitarlo aggiungendo un sottotitolo: «*The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy*». Com'è facile intuire, il sottotitolo riproduce una clausola contrattuale: la clausola inserita in un contratto in lingua inglese nel quale le parti espressamente scelgono la legge applicabile, e scelgono il diritto italiano.

Il fenomeno, non nuovo, sta assumendo in questi anni una intensità sempre maggiore: le parti concludono un contratto pensato e scritto sulla base di un modello diverso dal diritto italiano, e cioè un modello di *common law*, in particolare un modello statunitense, pur indicando come legge applicabile il diritto italiano.

Ciò avviene quando un soggetto non italiano stipula un contratto in Italia con un soggetto italiano che ha forza contrattuale sufficiente per imporre come legge applicabile il diritto italiano; ciò avviene anche quando al momento della predisposizione del testo contrattuale non si sa chi sarà la controparte del soggetto italiano, perché tale soggetto sarà individuato solo all'esito di una gara internazionale, ed anche se alla fine la gara sarà vinta da un soggetto italiano il testo contrattuale rimarrà quello statunitense, dotato di idoneità generale; ciò avviene anche quando la controparte contrattuale del soggetto italiano è a sua volta un soggetto italiano, ma controllato da un soggetto non italiano; ciò avviene quando la casa madre statunitense della multinazionale impone alla società figlia di diritto italiano operante in Italia di utilizzare contratti *standard* elaborati negli Stati Uniti e neppure letteralmente tradotti in italiano, bensì lasciati in inglese.

Per queste ed altre ragioni, circolano in Italia con sempre maggiore frequenza contratti che di recente ho provato a chiamare «contratti alieni», dove il termine «alieni» ha come calco «*alius*», e quindi «altro, straniero», ma anche «*alien*», e quindi «extraterrestre» (2).

Ho pensato a questo termine perché il fenomeno considerato è più ampio del fenomeno dell'atipicità contrattuale.

Certo tra i contratti alieni troviamo contratti atipici *ex art. 1322 c.c.*, contratti cioè che non corrispondono ai tipi di contratto per i quali il diritto italiano detta una disciplina particolare (come il *leasing*, il *factoring*, l'*engineering*, e via dicendo). Ed anzi la circostanza che all'inizio la gran parte dei contratti alieni fosse costituita da contratti atipici ha avuto come conseguenza che i contratti alieni fossero esaminati sotto il profilo dell'atipicità. Ma, come dicevo, il fenomeno dei contratti alieni è più ampio, perché tra di essi troviamo contratti che possono essere ricondotti a tipi per i quali il diritto italiano detta una disciplina particolare: ad esempio il *sale and purchase agreement*, che ha ad oggetto la cessione di partecipazioni sociali qualificate, può essere ricondotto alla vendita, il *sale of business* può essere ricondotto alla cessione di azienda, il *covenant not to compete* può essere ricondotto al patto di non concorrenza. Ma non per questo i casi esaminati cessano di essere contratti alieni: rimangono contratti alieni perché essi, come si è detto, sono pensati, costruiti, scritti in funzione del diritto statunitense, ed ignorano il diritto italiano, anche quando esso prevede norme potenzialmente applicabili.

Come ho appunto avuto occasione di dire al recente Convegno organizzato dalla *Rivista di diritto civile* per festeggiare il suo cinquantesimo anno, non credo che in relazione a questi contratti che mirano - com'è stato scritto (3) - a «realizzare l'unità del diritto entro l'unità dei "mercati"» porti molto senso ipotizzare una disciplina nazionale, e d'altra parte non è un caso che il recente *Schuldrecht* germanico abbia ommesso di recepire i nuovi contratti di origine anglosassone.

Ciò non significa che il giurista italiano debba mettere in agenda la voce «adozione cieca dei modelli contrattuali alieni». Al contrario, il giurista italiano deve mettere in agenda la voce «confronto critico, alla luce del diritto italiano, con i modelli contrattuali alieni»: nessuna «*no action letter*» deve essere consegnata *a priori* nelle mani del redattore di un contratto alieno.

Provo ad impostare il problema con qualche appunto, quasi a tracciare un programma di ricerca.

2. *I contratti alieni: problemi di struttura.*

Troviamo contratti alieni che pongono innanzitutto un problema di struttura.

Abituati al contratto come accordo fra due parti incontriamo con qualche sorpresa e disagio nel mondo dei contratti dell'immagine le cosiddette «*releases*», che in italiano possiamo chiamare «liberatorie». Sinché si tratta di liberatoria in senso proprio, e cioè di

dichiarazione unilaterale del titolare dell'immagine che consente di utilizzarla, rinunciando ad ogni pretesa e sollevando chi la utilizza da ogni responsabilità nei suoi confronti, tutto bene: siamo, diremmo noi, nell'ambito del consenso dell'avente diritto che esclude possa parlarsi di abuso ex art. 10 c.c. Ma il discorso cambia quando incontriamo testi sottoscritti dal solo titolare dell'immagine (un modello, una modella, o un così detto *testimonial*), che dichiara quanto segue: «*in consideration of the payment provided below and other valuable consideration, receipt whereof is hereby acknowledged, I hereby agree as follows: I hereby give and grant to [...] (Agency) and its client (Advertiser) the right to use, publish and copyright my name, voice, picture, portrait and likeness in any and all media and types of advertising and promotion of [...], a product or service of Advertiser, etc.*». Dunque un contratto di scambio, ma strutturato come un atto unilaterale.

Abituati alla sequenza trattativa/contratto preliminare/contratto definitivo, ci imbattiamo in sequenze come quella che caratterizza la vendita di partecipazioni sociali qualificate: *letter of intent, due diligence, sale and purchase agreement, closing*(4). Sequenze che fanno sorgere, in relazione al diritto italiano applicabile, tutta una serie di quesiti se non inediti, certo nuovi nella prospettiva.

La *letter of intent* vincola le parti? La sua esistenza qualifica i comportamenti dei terzi? Le clausole che escludono che dalla conclusione della lettera d'intenti possa sorgere una responsabilità precontrattuale sono valide? Lo svolgimento della *due diligence* comporta se non conoscenza almeno conoscibilità, con conseguenze sulle garanzie? Che rapporto si instaura tra *agreement* e *closing*? Verificatesi le condizioni del *closing*, è possibile ottenere una pronuncia ex art. 2932 c.c.?

3. *I contratti alieni e l'interpretazione.*

I contratti alieni (quelli, in particolare, che mirano all'autosufficienza) si aprono con premesse, poi seguono definizioni dei principali termini utilizzati nel contratto, poi si trovano clausole del seguente tenore: «*This agreement signed by both parties and so initialed by both parties in the margin opposite this paragraph constitutes a final written expression of all the terms of this agreement and is a complete and exclusive statement of those terms*», clausole note come «*Entire Agreement Clauses*» o «*Merger Clauses*».

Abituati a considerare il contratto come oggetto dell'interpretazione, e non già all'interpretazione come oggetto del contratto, dobbiamo affrontare in termini nuovi il tema dell'interpretazione del contratto alieno.

Quanto alle premesse, è certo che esse, oltre a svolgere altre funzioni, sono utili all'interpretazione del contratto (5): forniscono dati sulle parti, sull'oggetto del contratto, spesso esplicitano lo scopo delle parti.

Quanto alle definizioni, la predisposizione di un elenco di definizioni convenzionali dei termini che saranno poi utilizzati nel contratto (e che ove ricorrano nel significato definito saranno scritti con la prima lettera maiuscola) offre lo strumento primo per l'interpretazione. L'interprete è vincolato a tali definizioni, e recupera uno spazio di manovra solo se vi siano incoerenze o contraddizioni tra le definizioni, o tra le clausole e le definizioni.

Quanto alle clausole che abbiamo ricordato, le *Entire Agreement Clauses* o *Merger Clauses*, esse non dettano propriamente regole interpretative, ma sono piuttosto volte a proteggere il testo contrattuale da manipolazioni interpretative (6).

Qui si pone il quesito, se in un contratto alieno tali clausole siano valide.

Torna alla mente un passaggio di un celebre scritto del 1922 di Carnelutti, «*L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*», in cui egli scriveva: «che abbia efficacia una clausola contrattuale, giusta la quale il contratto debba essere inteso secondo il senso letterale delle parole, anziché secondo l'intenzione dei contraenti, [...] non mi sembra che sia sostenuto da alcuno» (7).

Ritornando venti anni dopo sul tema, manifesta diverso avviso Verga (8) che scriveva «una clausola contrattuale secondo la quale il contratto deve essere inteso secondo il senso letterale delle parole dovrebbe avere effetto (artt. 1138 (9) e 1139 (10), oltre al 1123 (11) cod.civ.)». Ma Grassetto (12) non è d'accordo e scrive: «gli artt. 1131 (13) e 1136 (14) pongono norme inderogabili dalla volontà privata, e in ciò sta, tra l'altro, il loro valore. In contrario da ultimo il Verga ha fatto valere che una clausola contrattuale, secondo la quale il contratto deve essere inteso secondo il senso letterale delle parole, dovrebbe avere effetto ed ha invocato a conforto di tale tesi gli artt. 1138, 1139 e 1123 cod.civ. Ma i primi due articoli non sono, come il Verga stesso riconosce, che un complemento del principio contenuto nell'art. 1131 c.c., e non possono quindi risolvere il problema; quanto all'art. 1123, esso non può evidentemente fornire argomento alcuno, limitandosi ad esprimere in forma iperbolica la forza vincolante nel contratto *legalmente* formato. Sembra invece decisivo osservare che l'art. 1131 pone un principio di diritto cogente, perché il canone fondamentale «*voluntas spectanda*» non può essere disconosciuto dalle parti: esse possono sì parlare in un linguaggio di gergo, ma non possono predeterminare un linguaggio tale da escludere il valore della loro comune intenzione, quale risulterebbe dal contratto logicamente, e non solo letteralmente, inteso. Ciò sarebbe contrario anche al principio della buona fede di cui all'art. 1124 (15) cod.civ. Senza dire poi che l'art. 1131 cod.civ. pone uno dei fini del processo interpretativo, che si risolve nella ricerca della comune volontà *in concreto*, e quindi sancisce un principio che è fuori della libera disposizione delle parti, perché riguarda materia di interesse pubblico, ed ha per oggetto anche l'attività, e più ancora una determinazione di volontà, del giudice. E lo stesso, per identità di ragioni, deve dirsi per l'art. 1136 cod.civ., in quanto pone un principio complementare rispetto a quello contenuto nell'art. 1131 (16)».

Ma poco dopo Oppo, dialogando con Carnelutti e Verga (ma non, sul punto, con Grassetto), si pronuncia a favore della validità scrivendo: «non hanno [...] motivo di essere i dubbi sulla validità della clausola per cui il contratto deve essere interpretato secondo il senso letterale delle parole: riconoscendone la validità non si disapplica ma proprio si applica l'art. 1362 che vuole efficace la volontà delle parti, il cui intento comune corrisponde evidentemente in tale ipotesi al tenore letterale delle espressioni usate» (17).

Nella diversità delle soluzioni, un dato è comune: la discussione viene svolta tra Carnelutti, Verga, Grassetto e Oppo come se la clausola della cui validità si discute fosse

una mera ipotesi di scuola, elaborata per meglio chiarire la propria posizione sulla natura delle norme sull'interpretazione.

Soltanto negli anni Settanta il tema viene ripreso facendo riferimento alla prospettiva che ci interessa, quella del contratto di matrice angloamericana. Fabio Ziccardi ricorda che nella pratica contrattuale, in specie internazionale, si vanno diffondendo clausole volte ad escludere l'applicabilità di norme sull'interpretazione, e ipotizza che una parte contraente, appartenente ad un sistema di *common law*, desideri inserire in un contratto che pure rimane regolato dalla legge italiana elementi a sé familiari, e così una clausola che vieti di interpretare le parole dell'atto in senso diverso da quello grammaticale: di fronte ad una siffatta derogata all'art. 1362 c.c. Ziccardi sostiene che non vi sia alcuna ragione (per vero non offre una motivazione più articolata) per limitare l'autonomia privata tendente a restringere l'opera di comprensione del contenuto dell'atto (18).

Per parte mia ho forti dubbi sulla validità della clausola che imponga al giudice di fermarsi alla lettera del contratto, senza tenere conto della comune intenzione, quale risulti da elementi extratestuali. Il punto cruciale è se le parti possano dettare direttive vincolanti al giudice, nel momento in cui deve ricostruire il significato giuridicamente rilevante del contratto. Risponderei di no, perché le parti, così come possono qualificare elementi fattuali rilevanti ai fini della qualificazione, ma non qualificare il contratto in modo vincolante per il giudice (19), possono sottoporre al giudice elementi fattuali preinterpretati, tramite le premesse e le definizioni, ma non possono imporre al giudice i criteri per l'interpretazione complessiva del contratto. Le parti non possono vincolare il giudice con una interpretazione comune allegata in giudizio (20), allo stesso modo non possono vincolarlo ad una determinata interpretazione mediante clausole sull'interpretazione.

Ma proprio perché il punto è non tanto il contrasto con il principio di buona fede, quanto, per usare l'espressione di Grassetti, che l'attività del giudice è materia di interesse pubblico, la soluzione sarà diversa se non di giudice si tratta bensì di arbitro, perché allora vige il generale principio secondo cui l'arbitrato è fondato sull'autonomia delle parti. E poiché la presenza di una clausola compromissoria è di regola nei contratti alieni, le clausole in esame potranno essere salve.

#### 4. I contratti alieni e la (debole) barriera del diritto italiano.

Interpretato il contratto alieno, se ne deve valutare la validità alla luce del diritto italiano. Quali norme troviamo a presidiare il confine italiano?

Potremmo pensare a norme costituzionali. Sacco ha eretto un ampio inventario di norme costituzionali che proteggono l'autonomia contrattuale, e di valori protetti (21). E la giurisprudenza ordinaria ha avuto occasione di dare diretta rilevanza a norme costituzionali in materia di contratto, anche tramite la nozione di ordine pubblico, che già nel 1966 Rescigno indicava come il mezzo attraverso il quale attribuire efficacia ai diritti fondamentali nei rapporti privati (22). Penso alla decisione in cui la nullità della vendita di macchina utensile priva di dispositivo antinfortunistico viene comminata per contrarietà ai principi di ordine pubblico «tra i quali vanno ravvisate le esigenze di tutela della salute dei cittadini (art. 32 Cost.) e del lavoro (art. 35 Cost.)» (23) o alla decisione in cui la nullità della clausola del «titolo di studio massimo» viene pronunciata per violazione dell'art. 34, comma 3, Cost. (24).

Più probabile, a mio parere, è un rinnovato interesse per le norme «materiali», per le norme cioè la cui portata, secondo la nota definizione di Kohler (25), non va ristretta alla singola fattispecie considerata, ma che prendono di mira un dato risultato economico, e che dunque sono potenzialmente idonee a fermare al confine anche contratti alieni.

Ad uno sguardo d'insieme, la barriera posta dal diritto italiano si è dimostrata debole (26): i contratti alieni, prima o poi, sono stati accettati, ed anzi riconosciuti dal legislatore. Problemi di causa han posto i *performance bonds*, ma l'art. 75, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 richiede il rilascio di una garanzia «a semplice richiesta» nell'ambito dei lavori pubblici; analoghi problemi han posto i contratti derivati, ma l'art. 23, comma 5, t.u.f. si affretta a precisare che ad essi non si applica l'art. 1933 c.c.

Problemi di contrasto con il divieto del patto commissorio ha avuto il *lease back*, ma l'art. 2425-bis, comma 4 parla di plusvalenze «derivanti da operazioni di compravendita con locazione finanziaria al venditore», e quanto ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia l'art. 6, comma 2, d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 si affretta a statuire che «non si applica l'art. 2744 del codice civile».

Problemi di compatibilità con l'art. 2740 si sono posti per il *trust* interno. Ma l'art. 2645-ter benedice l'atto di destinazione a fini meritevoli, che sottrae i beni destinati alla garanzia generica dei creditori.

Problemi di compatibilità con il divieto di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto di azioni proprie ha avuto il *leveraged buy out*, ma oggi l'art. 2501-bis c.c. disciplina la fusione a seguito di acquisizione con indebitamento.

In definitiva, i contratti validi nella patria d'origine sono validi anche nella veste di contratti alieni.

#### 5. Le clausole dei contratti alieni e la barriera del diritto italiano.

Più efficiente appare la barriera del diritto italiano in relazione a singole clausole dei contratti alieni.

##### 5.1. Le miscellaneous provisions e le clausole di stile.

In chiusura dei contratti alieni si suole trovare un inventario di clausole finali, prive di contenuto economico, del contenuto il più vario, tanto da essere tutte insieme indicate come «*miscellaneous provisions*»: le *merger clauses* o *entire agreement clauses* di cui si è detto, e poi le *no waiver clauses*, volte a chiarire se e quando si può parlare di una rinuncia, le *severability clauses*, volte a disciplinare le conseguenze di una eventuale nullità di una clausola, e così via.

Un primo interrogativo generale si pone al riguardo: se tali clausole non siano per avventura clausole di stile, e quindi inefficaci. Clausole di stile, secondo la nozione giurisprudenziale, perché si limitano a rappresentare la consueta espressione di una prassi stilistica e non rispondono ad una effettiva volontà delle parti.

Per cercare di rendere più concreta questa formula giurisprudenziale, possiamo dire che

una clausola può essere presente in un contratto, ma non essere riferibile alla volontà delle parti, perchè è stata inserita d'iniziativa di un soggetto diverso dalle parti medesime, e cioè, in concreto, da coloro che hanno redatto il contratto nell'interesse delle parti, e dunque perché si tratta di clausola che le parti né hanno discusso, né hanno chiesto ai loro consulenti di inserire (fosse pure limitandosi ad indicare il loro intento pratico), né hanno considerato al momento di sottoscrivere il contratto.

Fenomeno marginale per i contratti autoctoni, e sostanzialmente limitato ai casi in cui i notai predispongono un atto utilizzando le formule consuete alla prassi notarile, ed anzi codificate dalla prassi notarile. Fenomeno invece più probabilmente ricorrente in relazione ai contratti alieni, in cui la tecnica delle *boiler plate clauses* regna sovrana. Tanto che non è raro trovare clausole che si limitano a ripetere ciò che comunque sarebbe vero per diritto applicabile: un esempio è dato dalle clausole che statuiscono solennemente che il contratto non può essere ceduto senza il consenso dell'altro contraente: «*Each Party shall not assign this Contract without the prior written consent of the other Party*».

#### 5.2. La nullità parziale e le clausole di severability

«*If any one or more of the provisions contained in this Agreement or in any other document delivered pursuant hereto shall, for any reason, be held to be invalid, illegal or unenforceable in any other respect, such invalidity, illegality or unenforceability shall not effect any other provision of this Agreement or any such document*»: ecco un esempio di *severability clause*.

Se consideriamo questa clausola come clausola che deroga alla disciplina della nullità, in particolare all'art. 1419 c.c., non possiamo che concludere per la sua nullità. Per salvarla dobbiamo leggerla come clausola con cui le parti dichiarano che il contratto è composto di precetti scindibili: ma una dichiarazione così generica convince poco.

#### 5.3. Le clausole di limitazione della responsabilità e il limite della colpa grave.

Il contratto alieno è sfacciato, contiene clausole che neppure prendono in considerazione le norme imperative del diritto italiano, e così troviamo clausole che si scontrano direttamente con norme imperative. Così troviamo clausole che limitano in ogni caso la responsabilità dell'appaltatore ad una percentuale del corrispettivo contrattuale: e qui occorre ricordare che opera invece il limite della colpa grave ex art. 1229 c.c. (27).

Delicati problemi pone la clausola che esclude il risarcimento degli «*indirect and consequential damages*». Perché una prima risposta è che - ex art. 1223 c.c. - i danni indiretti non sono risarcibili, mentre lo è il mancato guadagno, sicché la clausola in parte è inutile, in parte soffre il limite della colpa grave. Ma è chiaro che le nozioni non sono le stesse.

#### 5.4. Le clausole penali irriducibili

Per le stesse ragioni, troviamo clausole penali che indicano un importo che viene dichiarato irriducibile. Qui il richiamo all'art. 1384 c.c. chiude il discorso.

#### 5.5. Il carattere commutativo del contratto e le clausole «if and when».

La presenza, in contratti di appalto a cascata, di clausole «*if and when*», pone - in determinate circostanze applicative - il problema della loro validità, in relazione al principio di buona fede (28).

#### 5.6. I limiti delle clausole sulla proponibilità di eccezioni e le clausole che escludono ogni eccezione nel project financing.

Nei contratti funzionali ad un *project financing* troviamo clausole come la seguente «*each of the Parties waives any rights which it may have pursuant to articles 1460, 1467 or 2236 of the Italian Civil Code or otherwise to apply to have this Contract revised or set aside as an onerous contract; and each of Owner and Contractor hereby irrevocably and unconditionally waives, to the extent permitted by applicable law, any and all rights which it may now have or which may at any time hereafter be conferred upon it, by applicable law or otherwise, to terminate (risoluzione and rescissione), cancel (annullamento), quit or surrender this Contract, except in accordance with the express terms hereof or as otherwise agreed in writing between Owner and Contractor*».

Certo nel *project financing* ogni contratto va interpretato alla luce dell'intera operazione (29), ma almeno la rescissione deve essere fatta salva ex art 1462 c.c. ....

#### 5.7. Le clausole «no waiver» e il divieto del venire contra factum proprium.

«*No waiver of any provision of this Agreement nor consent to any departure therefrom from any of the Parties shall be effective unless the same shall be in writing and then such waiver or consent shall be effective only in the specific instance and for the purpose for which it is given. No default or delay on the part of any of the Parties in exercising any rights, powers or privileges hereunder shall operate as a waiver thereof or of any other rights hereunder, nor shall a single or partial exercise thereof preclude any other or further exercise thereof or the exercise of any other right, power or privilege*».

Si tratta di una clausola «*no waiver*», per la quale si pone il problema del contrasto con il principio secondo cui un soggetto decade dal diritto che non fa valere creando affidamento nell'altra parte.

#### 6. Considerazioni conclusive.

La diffusione in Italia di contratti alieni, redatti sulla base della prassi angloamericana, ma assoggettati al diritto italiano, pone in evidenza alcuni dati: il diritto dispositivo perde ogni interesse, perché i contratti alieni si propongono come completi e non vogliono l'integrazione; rilevano le norme imperative di principio, le norme materiali, capaci di applicazione al di là del caso espressamente previsto; si pone il problema della derogabilità di norme ispirate al principio di buona fede; la barriera del diritto italiano non ferma i contratti alieni; la barriera del diritto italiano pone in discussione singole clausole, anche sotto il profilo dell'essere clausole di stile.

## NOTE

(1) Relazione da me tenuta a Capri il 19 aprile 2006 al Convegno SISDiC «*I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*», di cui sono in corso di pubblicazione gli atti.

- (2) G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in Atti del Convegno di Treviso 23-25 marzo 2006, in *Riv. dir. civ.* 2006, fasc. 6, p. 345 ss.
- (3) GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impresa*, 2000, p. 197.
- (4) Sull'incerto significato del termine *closing* qualora inserito in ambiente italiano vedi M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati (traccia di un corso)*, E.S.I., 2001, p. 69.
- (5) A. CRIVELLARO, *La rilevanza dei preamboli nell'interpretazione dei contratti internazionali*, in questa *Rivista*, 2001, p. 790.
- (6) Di «tecniche di protezione letterale» parla N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 cod.civ.*, Cedam, 1996, p. 57 ss.
- (7) In *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 151.
- (8) *Errore e responsabilità nei contratti*, Giuffrè, 1941, p. 240, nota 5.
- (9) Vedi oggi art. 1364.
- (10) Vedi oggi art. 1365.
- (11) Vedi oggi art. 1372.
- (12) *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, c. 512 ss., ora in appendice alla ristampa di *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riferimento ai contratti*, Cedam, 1983, p. 258.
- (13) Vedi oggi art. 1362.
- (14) Vedi oggi art. 1363.
- (15) Vedi oggi art. 1375.
- (16) Per l'inderogabilità dell'art. 1124, secondo cui «I contratti debbono essere eseguiti secondo buona fede», considerata come norma sull'interpretazione si era già espresso MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, Macerata, 1906, p. 32.
- (17) OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Cedam, 1943, p. 88, nota 1.
- (18) *Le norme interpretative speciali*, Giuffrè, 1972, p. 25 e nota 51.
- (19) G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, p. 82.
- (20) In questo senso SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, Temi, 1963, p. 1135, seguito dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza: per un quadro CAPODANNO, *L'interpretazione del contratto*, Cedam, 2006, p. 12 ss. Confusa una recente decisione del Supremo Collegio (Cass. 18 marzo 2005, n. 5954) in cui si legge: «Osserva questa Corte che il giudice non è vincolato all'interpretazione che le parti danno al contratto sulla base di un principio di diritto sostanziale artt. 1362 e segg., in quanto detta interpretazione comune costituisce - sotto il profilo del comportamento successivo solo un canone ermeneutico, per quanto di primaria rilevanza, di cui egli deve tener conto, mentre nella fattispecie a tanto non ha provveduto il giudice di merito. Inoltre, sotto il profilo processuale, va osservato che, poiché il giudice è vincolato alla domanda ed ai fatti confessati dalle parti, e poiché l'individuazione della volontà contrattuale (non la qualificazione giuridica della stessa) ha ad oggetto una realtà fenomenica ed obiettiva e costituisce un accertamento fattuale del giudice di merito (Cass. 26/5/1999, n. 5103; Cass. 4/2/2002), questi non può adottare un'interpretazione della volontà contrattuale contraria a quanto espressamente e concordemente affermato dalle parti in giudizio e posto pacificamente a base delle proprie difese (cfr. Cass. 22/10/1981, n. 5528)». Si trattava però di un caso estremo, perché il giudice di merito aveva ritenuto che una parte avesse esercitato un diritto di recesso con efficacia anche per i rapporti di mediazione passati, mentre le parti concordavano sulle circostanze che tale diritto di recesso era stato convenuto in un successivo accordo, e in relazione a rapporti futuri rispetto ad esso.
- (21) SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, UTET, 2004, vol. I, p. 32.
- (22) RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 33.
- (23) Cass. 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, c. 309.
- (24) Cass. 11 dicembre 1979, n. 6452, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 118.
- (25) *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbücher*, 1878 (16), p. 144.
- (26) Di barriera debole del diritto italiano parla PATTI nell'introduzione a KOTZ, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, 2006.
- (27) U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Cedam, 1988, p. 53 ss.
- (28) F. BONELLI e S. RELLINI, *Effetti della clausola «if and when»*. *Una rassegna ragionata della giurisprudenza italiana ed internazionale*, in questa *Rivista*, 1997, p. 252.
- (29) G. DE NOVA, *Dieci «voci» per una tavola rotonda sul «nuovo diritto» dei contratti*, in VETTORI (cur.), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, 1999, p. 818.