



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito – Università degli Studi di Milano

UNA LETTURA OGGI DI “LE FONTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO” *

Nel suo libro del 1969 sulle fonti di integrazione del contratto Rodotà muove dall’art. 1374.

Osserva che è vero che l’art. 1374 è collocato nel Capo V degli effetti del contratto, ma che questa collocazione «*si spiega agevolmente con l’adesione del legislatore (...) alla predominante ideologia della fattispecie ed alla tradizionale veduta che fa dell’attività delle parti la fonte esclusiva del regolamento contrattuale*», e che l’interprete non è vincolato alle enunciazioni teoriche del legislatore (p. 92); che l’integrazione non si limita al riempimento di lacune (è tale il caso del 1349, ma non il caso del 1340); che ci si sta accorgendo di un problema vero «*poiché in una molteplicità di casi, sempre più frequente a causa dei meri rinvii che le parti fanno ad un tipo contrattuale, spetta al giudice il compito di determinare in concreto la portata del regolamento, è ai poteri del giudice che deve essere rivolta l’attenzione, al tempo stesso che si pongono in rilievo i legami tra interpretazione (cosiddetta integrativa) e tipo contrattuale*» (p. 98); che «*apparentemente articolato intorno ai due poli dell’accordo delle parti e della determinazione legale*» (p. 103), il sistema delle fonti del regolamento contrattuale si struttura diversamente per il rinvio che l’art. 1374 fa all’equità e in relazione alla correttezza *ex art. 1175* e alla buona fede *ex art. 1375* (che Rodotà aggiunge all’equità), per concludere che «*il sistema delle fonti del regolamento contrattuale contempla, in definitiva, l’attività delle parti, la determinazione legale, la determinazione ad opera del giudice*» (p. 104).

Quando negli anni appena successivi al 1969 ho affrontato il tema del tipo contrattuale ho scelto la via dell’analisi di come il giudice, in presenza di un contratto atipico, possa costruire una disciplina adeguata, traendola dalle discipline legali dei contratti tipici, e dunque una via diversa da quella proposta da Stefano Rodotà, che valorizza equità, correttezza e buona fede. Avevo allora notato che la tendenza dei giudici alla tipizzazione riduceva nei fatti la determinazione del regolamento contrattuale ad opera del giudice (p. 8), e che un invito a scoprire le carte e a motivare invocando la buona fede, invece che riconducendo il contratto ad uno o più tipi, avrebbe avuto «*un sapore prevalentemente moralistico*» (p. 57, nota 192).

Leggo ora, di Stefano, *Il moralista militante*, un librettino che riproduce la premessa all’«*Elogio del moralismo*», in cui egli esordisce dicendo di essere un «*vecchio, incallito mai pentito moralista*», e si fa struggente l’impossibilità di riprendere di persona le nostre discussioni.

Ma provo a farlo lo stesso, e mi pongo un quesito che mi pare centrale.

* Relazione al convegno “*Il diritto civile di Stefano Rodotà*” tenuto a La Sapienza il 26 ottobre 2017.

JUS CIVILE



Quei lavori del 1969 (e, se posso aggiungere facendo riferimento anche al mio, del 1974) affrontavano soprattutto il caso del contratto domestico, nel quale appunto le parti poco scrivono nel loro accordo, e per il resto rinviano alla legge, lasciando spazio all'intervento del giudice, vuoi per via della tipizzazione, vuoi per via del ricorso alle clausole generali.

Ma, mi chiedo oggi, quelle prospettive sono adeguate anche ai contratti c.d. completi, ai contratti predisposti dalle parti in modo estremamente analitico, spesso ispirati a ordinamenti diversi dal nostro, e che le parti predispongono con la precisa intenzione che nessuna integrazione operi in base alla legge applicabile (che si identifica solo perché non se ne può fare a meno) e tanto meno per intervento del giudice?

Mi pare evidente che la risposta sia negativa. In relazione a tali contratti, che sono sempre più frequenti, anche da noi, e spesso sono i più importanti, la prospettiva deve essere diversa.

In questi contratti, che per comodità chiamo contratti alieni, le parti intendono regolare in modo esaustivo i loro rapporti, e non vogliono l'intervento integrativo né della legge applicabile, né del giudice. Che non vogliano l'intervento del giudice risulta in modo palese dalla previsione di definizioni contrattuali e di clausole sull'interpretazione, dalla previsione di *merger clauses*, che vogliono evitare il rischio che il giudice dia rilevanza ai comportamenti delle parti anteriori alla conclusione del contratto, dalla previsione della forma scritta per ogni modifica al contratto, al fine di evitare che il giudice dia rilevanza al comportamento successivo delle parti, dalla previsione di clausole di *severability*, che vogliono evitare che il giudice deduca dalla nullità di una clausola la nullità dell'intero contratto, dalla previsione di clausole *no waiver*, che vogliono evitare che il giudice deduca una decadenza dell'inerzia di una parte nel lamentare un inadempimento dell'altra, dalla previsione di clausole di limitazione della responsabilità e di clausole penali, che vogliono evitare che sia il giudice a determinare il danno.

Di fronte a questi contratti il problema non è quello di costruire il regolamento contrattuale con il concorso di più fonti (l'attività delle parti, la determinazione legale, la determinazione ad opera del giudice).

Qui il problema è di verificare se l'ordinamento in base al quale il contratto alieno è stato elaborato si ponga o meno in contrasto con la legge applicabile, in ipotesi il diritto italiano. Si pone, alla fine, in termini che richiamano quelli di un possibile contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

La questione è estremamente delicata, perché il conflitto si pone tra l'esigenza di non rendere il nostro ordinamento ostile a questi contratti, il che porterebbe inevitabilmente alla scelta di una legge applicabile diversa dal diritto italiano, e l'esigenza di salvaguardare i principi fondamentali del diritto italiano dei contratti.

Un solo esempio perché il discorso sia più chiaro.

Le parti che predispongono un contratto di vendita di partecipazioni sociali di controllo, un cd. *Sale and Purchase Agreement*, adottano un modello angloamericano, e negoziano con estrema attenzione le *Representations & Warranties* e la loro durata, e le relative *Indemnity*, con i loro tetti, nella consapevolezza dello stretto legame tra queste previsioni contrattuali e il prezzo.

JUS CIVILE



Ebbene, se ad un siffatto contratto, che rimane fermo, si applica l'art. 1337, secondo la soluzione adottata dalla corrente della nostra Corte di Cassazione, che vede nell'art. 1337 un rimedio volto a rettificare l'equilibrio contrattuale tramite il risarcimento del danno, lo scontro tra culture giuridiche (se non si vuol dire tra ordinamenti) si fa palese.

La questione ha rilevanza pratica.

Anche da noi sta prendendo piede l'assicurazione del rischio delle *Representations and Warranties*. È chiaro che un'applicazione senza limiti del 1337 ad un *Sale and Purchase Agreement* ritenuto "sconveniente" porrebbe in discussione l'utilità stessa di tale assicurazione.