

CAPITOLO I

LA GLOBALIZZAZIONE E L'AMERICANIZZAZIONE DEL DIRITTO ITALIANO ED EUROPEO

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. Dall'americanizzazione del diritto del commercio internazionale all'americanizzazione del diritto italiano. – 3. Il contratto alieno in Italia.

1. *Una premessa*

È un dato di fatto che, nell'ultimo ventennio, sempre più invasiva sia stata, nella prassi europea¹ e italiana, la presenza di elementi tipici del contratto di *common law* e in particolare americano, che vengono inglobati nei contratti commerciali italiani, o di interi schemi contrattuali della prassi anglo-americana trasposti senza alcuna mediazione nella nostra pratica e sottoposti alla legge italiana. Il modello di *common law* è così divenuto il prototipo del contratto tra operatori professionali, generando sia rilevanti problemi di compatibilità con il nostro sistema, sia un vero e proprio scontro di mentalità tra la pratica americana e quella europea e italiana.

Le implicazioni del primo aspetto sono facilmente intuibili: l'utilizzo di contratti – o meglio, di strumenti negoziali – propri di un altro ordinamento può facilmente provocare un conflitto quando tali strumenti siano sottoposti a una legge altra rispetto a quella di origine.

¹ È qui ovviamente impossibile – e andrebbe del resto al di là degli scopi del presente lavoro – un confronto tra il modello americano e i singoli ordinamenti europei. Tuttavia, sul dispiegarsi di tale fenomeno in paesi europei diversi dall'Italia, si vedano ad esempio gli atti del convegno *L'américanisation du droit*, in *Arch. Phil. Dr.*, 2001, che affrontano la questione dell'influenza americana sul diritto francese nonché, per la prospettiva tedesca, cfr. invece F. MAULTZSCH, *Anglo-amerikanische Rechtseghemonie in Deutschland und Europa?*, in *100 Jahre Rechtswissenschaft*, Francoforte, 2014. È poi possibile trovare una panoramica sulla diffusione in Europa dei modelli contrattuali anglosassoni, con specifico riferimento ai singoli ordinamenti e a come essi reagiscono all'introduzione di clausole anglo-americane, in G. CORDERO-MOSS (a cura di), *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, nonché in G. CORDERO-MOSS, *International contracts between common law and civil law: is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith*, in *Global Jurist*, 2007, Article 3.

Il secondo aspetto è invece forse più sottile ma altrettanto, se non più, rilevante. Il contratto americano nasce e si sviluppa con una concezione del tutto diversa dalla nostra, essendo il frutto di una cultura giuridica differente. Ciò comporta che quello che una clausola americana implica, con la sua specifica e peculiare formulazione – spesso diversa da quella familiare a noi europei – è molto di più di quello che la semplice lettera della clausola stessa indica, poiché essa ha alle spalle un bagaglio storico, culturale e giuridico implicito per la cultura giuridica statunitense, ma da noi del tutto assente.

Con la trasposizione nel nostro ordinamento tali clausole, dunque, rischiano di divenire strumenti di problematica applicazione e utilizzo, sia perché sottoposte a norme del tutto diverse da quelle che le regolano nel loro paese di origine, sia perché coloro che se ne servono spesso trascurano la rilevante implicazione culturale che le sostiene.

Diviene allora importante – nella ricerca di soluzioni che concilino la salvaguardia della libertà e volontà contrattuale delle parti con il rispetto dei principi e delle norme del nostro ordinamento – studiare e comprendere il retroterra cultural-giuridico che fa da base a tali strumenti negoziali.

2. Dall'americanizzazione del diritto del commercio internazionale all'americanizzazione del diritto italiano

L'origine della presenza di strumenti negoziali tipicamente anglosassoni nella nostra prassi è da ricercarsi nella predominante e consolidata influenza dei modelli americani – dello *American-style contract*² – nell'ambito internazionale³.

²“Globalization of the long, extremely complex and detailed ‘American’ form of business contracting” (M. SHAPIRO, *Globalization of freedom of contract*, in H. SCHEIBER (a cura di), *The state and freedom of contract*, Stanford University Press, Stanford, 1998, p. 290). Con tale termine qui si intende tanto l'utilizzo di clausole tipiche della prassi anglosassone (*merger clause*, *no oral modification clause*, clausole di interpretazione, *no waiver clause*, *severability clause* ecc.), quanto il servirsi dello *stile* americano, caratterizzato dalla ricerca della completezza assoluta del testo e del formalismo letterale nella sua applicazione – refrattario a qualsiasi integrazione – in contrapposizione con la redazione più sintetica e snella propria della tradizione europeo-continentale che si appoggia, invece, all'integrazione ad opera della legge o del giudice.

Sul confronto tra i due diversi stili redazionali – americano ed europeo-continentale –, che risultano, come si vedrà, diametralmente opposti sia come tecnica che come concezione del contratto, cfr. A. FRIGNANI-M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XII, Cedam, Padova, 2010, p. 106 e ss.

³Un autore preferisce parlare di forte influenza americana sulla *mondializzazione* del diritto, intendendo con tale parola la creazione, in ambito internazionale, attraverso convenzioni e prassi, di un *corpus* giuridico concepito e creato specificamente per il commercio internazionale (cfr. E.A. FARNSWORTH, *L'américanisation du droit – Mythes ou réalité*, in *Arch. Phil. Dr.*, 2001, p. 21). In ogni caso, il risultato appare essere il medesimo: una fortissima influenza americana su rilevanti aspetti della contrattualistica internazionale.

Ciò è dovuto sostanzialmente a due ragioni⁴. La prima, la più intuitiva, è la fortissima influenza che l'economia americana ha avuto e ha globalmente, cosicché i suoi operatori, forti di tale predominio, sono stati e sono tuttora in grado di imporre i propri strumenti contrattuali alle proprie controparti⁵. La seconda ragione è legata alle peculiari modalità della contrattualistica internazionale, nella quale la redazione delle clausole e l'utilizzo dei modelli contrattuali sono volti e concentrati sulla risoluzione di problemi pratici e immediati; l'operatore internazionale è chiamato a trovare una formulazione appropriata del negozio al fine di ottenere il risultato pratico voluto, senza legarsi a categorie dogmatiche: *“la redazione dei contratti internazionali non ha luogo a partire da nozioni giuridiche prestabilite, ma mediante ricorso a soluzioni concrete e pragmatiche atte a risolvere il caso di specie che occupa, di volta in volta, l'operatore”*⁶.

In quest'ottica, la teoria del contratto americana risulta relativamente più versatile e funzionale, perché, con il suo approccio pragmatico, rende più facile trovare, per operatori di nazionalità – e quindi cultura giuridica – diversa, un terreno comune sul quale strutturare un accordo, risultando inve-

⁴Per un'analisi più approfondita cfr. E.A. FARNSWORTH, *L'américanisation*, cit., p. 21, che individua e analizza sette specifiche ragioni a sostegno della predominanza del diritto americano in ambito internazionale, cioè a dire sette punti di forza che il diritto americano ha rispetto ad altri ordinamenti.

Per la prospettiva francese, cfr. H. MIUR-WATT, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, in *Arch. Phil. Dr.*, 2001, p. 34, che indaga le ragioni della diffusione del modello americano a partire dal concetto elaborato in diritto comparato per cui la forza motrice della circolazione dei modelli giuridici sia il loro prestigio: *“la science comparative admet aujourd'hui que la mutation des modèles juridiques s'inscrit essentiellement dans une dynamique de l'imitation, dont la force motrice est le prestige”*. In questa prospettiva, *“les signes du prestige américain sont très clairs, s'exprimant par la séduction qu'exerce le modèle américain – à fort renfort de mythe – sur la jeunesse, d'une part, dont la propension croissante à effectuer un séjour de fin d'études aux États-Unis l'expose aux idées américaines dans des conditions propices à en augmenter l'attractivité, d'autre part, sur les professionnels du droit, qui voient volontiers dans le droit américain des affaires un modèle efficace et autosuffisant, taillé en fonction des intérêts dont ils ont la charge, qu'ils soient rédacteurs de contrats, praticiens de la bourse ou techniciens du contentieux international”*.

In definitiva, *“le droit américain doit son prestige, d'un part, au fait qu'il est perçu comme étant en phase avec le besoins de l'économie, d'un autre part, à la force emblématique de la Constitution”*, oltre all'aura di maggiore efficienza e adattabilità di cui gode tale sistema in ambito internazionale.

⁵*“A certain American style of contracting arose and then spread to Europe and the rest of the world as American companies doing business abroad insisted on contracting that business in the style to which they had become accustomed”* (M. SHAPIRO, *Globalization*, cit., pp. 284-285). Cfr. anche M. VETTESE, *Multinational companies and national contracts*, in *Boilerplate clauses*, cit., p. 20, che analogamente individua le ragioni della diffusione dello stile contrattuale anglo-americano *“in the strong economic push given in the last century to the development of business by the Anglo-American system. The continuous use of the same type of international contracts creates standard documentation for day-to-day business”*.

⁶M. FONTAINE-F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali*, ed. italiana a cura di R. MORRESI, Giuffrè, Milano, 2008, p. 812.

ce di più complesso e difficoltoso utilizzo l'approccio dogmatico tipico del *civil law*.

Il predominio degli strumenti anglosassoni ha portato ad una inevitabile americanizzazione della *lex mercatoria*, che “*evolverebbe non più come diritto avulso dal diritto degli stati e proprio degli operatori del commercio internazionale, ma piuttosto come diritto contrattuale uniforme dominato dal diritto anglo-americano e dalle grandi firms, i grandi studi degli avvocati inglesi ed americani*”⁷, al punto che “*globalization of contract practices is, to a very great degree, the spread of the American style of long, detailed contracts, concocted by large American law firms for a very high fee, to the rest of the world*”⁸.

Nell'ultimo ventennio, poi, tale influenza si è fatalmente estesa anche ai contratti prettamente domestici, in quella che può chiamarsi americanizzazione del diritto nazionale: sempre più di frequente, infatti, gli operatori internazionali redigono e stipulano contratti esclusivamente nazionali, senza però abbandonare i modelli con cui hanno oramai maggior familiarità⁹. Questo per ragioni tanto pratiche quanto, potrebbe dirsi, psicologiche: l'utilizzo di strumenti contrattuali, formule e clausole *standard*, il più delle volte direttamente in lingua inglese, riduce sensibilmente i costi redazionali e contribuisce a creare una base comune di interazione linguistica e giuridica con la quale gli operatori del diritto – da qualunque paese provengano – hanno oramai familiarità. È quindi inevitabile che vogliano mantenere il medesimo assetto negoziale sia quando agiscono in campo internazionale che quando stipulano negozi di diritto interno: “*le case madri delle multinazionali trasmettono alle società figlie operanti nei sei continenti le condizioni generali predisposte per i contratti da concludere, accompagnate da una tassativa raccomandazione, che i testi contrattuali ricevano una pura e semplice trasposizione lin-*

⁷ M. FONTAINE-F. DE LY, *La redazione*, cit., p. 816.

⁸ M. SHAPIRO, *Globalization*, cit., p. 273.

⁹ Già venticinque anni fa tale rilevante fenomeno veniva paragonato all'influsso e alla diffusione che il diritto romano ebbe in Europa tra il XII e il XVI secolo come *ius commune* (cfr. W. WIEGAND, *The reception of American law in Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 229 (30 Am. J. Comp. L. 229 1991)). Nell'interessante analisi di tale autore si osserva anche come tale americanizzazione non si limiti alla sola pratica, ma si estenda – o forse proprio da lì cominci – agli studi universitari e post universitari di coloro che si trovano ad operare in tale campo: per lavorare ad alti livelli in ambito legale in Europa, la perfetta conoscenza dell'inglese e aver fatto studi di diritto americano sembrano oramai essere diventati un prerequisito. È dunque inevitabile che tali fattori influenzino poi in maniera decisiva anche la prassi contrattuale europea (cfr. in particolare p. 232 e ss.). Per la prospettiva francese del medesimo fenomeno, cfr. B. AUDIT, *L'américanisation du droit – Introduction*, in *Arch. Phil. Dr.*, 2001, pp. 10-11.

Sulla diffusione dei modelli anglo-americani, cfr. anche G. CORDERO-MOSS, *L'uso di clausole contrattuali sviluppate in tradizioni giuridiche diverse*, in S. FERRERI (a cura di), *Falsi amici e trappole linguistiche*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 124, che a questo proposito osserva come “*questa prassi contrattuale è stata certo incentivata dal notevole successo internazionale degli studi inglesi e nordamericani, che hanno esportato il proprio stile*”.

quistica, senza alcun adattamento, neppure concettuale, ai diritti nazionali dei singoli Stati; ciò che potrebbe compromettere la loro uniformità internazionale”¹⁰. Gli strumenti e la prassi creatisi in ambito internazionale come *self-regulation* – vale a dire la creazione, da parte degli operatori del diritto, di proprie regole in mancanza di discipline internazionali cogenti – sono quindi divenuti prassi anche in ambito nazionale, ove tali necessità non sono presenti. Peraltro, l'utilizzo di modelli americani, talvolta, deriva dalla necessità di sopperire a una lacuna dell'ordinamento nazionale che non prevede tra quelli tipici un determinato modello contrattuale¹¹, cosicché i contraenti sono costretti ad utilizzare uno strumento negoziale straniero.

Ciò è naturalmente avvenuto anche nel nostro Paese sin da tempi relativamente lontani, al punto che numerosi contratti nati come atipici, in quanto provenienti direttamente dal sistema anglosassone e privi di corrispondenza nel nostro codice civile, sono poi stati tipizzati con leggi apposite – quando la diffusione di tali negozi ne ha suggerito una regolamentazione – o sono comunque oramai divenuti dei “tipi” creati e ben conosciuti dalla prassi (esempi classici, solo per citarne alcuni: il *leasing*¹², il *franchising*¹³, il *facto-*

¹⁰ F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 199; cfr. anche M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 69: “la logica del mercato planetario procede in una direzione che non gradisce le diversità di regole, per analoghe vicende” e G. CORDERO-MOSS, *L'uso*, cit., p. 124 e ss.

¹¹ “Step by step, after World War II, these procedures [leasing, factoring, franchising] have established themselves outside the U.S. as an integral part of the process of Americanization and, today, are in use virtually worldwide” (cfr. W. WIEGAND, *The reception*, cit., p. 236).

¹² Il *leasing* nasce come antico istituto terriero nel diritto inglese, per poi svilupparsi dopo la Seconda Guerra Mondiale negli Stati Uniti evolvendosi e includendo nel suo ambito di applicazione qualunque bene per infine trasformarsi in una tecnica di finanziamento, approdando poi in Italia negli anni '60. Questa figura contrattuale, che oramai comprende una gamma molto ampia di modelli ed è di ordinario utilizzo nella prassi italiana, non ha tuttavia ricevuto una regolamentazione organica da parte del legislatore italiano, che si è limitato a disciplinare alcune specifiche figure, come il *leasing* agevolato di impianti industriali con la legge 2 maggio 1976, n. 183 e il c.d. *leasing* finanziario con la legge 4 agosto 2017, n. 124. Tuttavia è quindi considerato dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza un contratto atipico. Tuttavia, pur mancando una specifica ricezione da parte dell'ordinamento italiano, è innegabile l'estrema familiarità che la pratica italiana ha con tale negozio, poiché il modello e la regolamentazione, pur derivando dalla prassi o dagli usi, sono oramai precisamente definiti: non è più quindi un contratto straniero, ma un contratto al contrario ben conosciuto dal nostro ordinamento, anche se non formalizzato con una disciplina organica.

¹³ Anche questo contratto, nonostante i suoi prodromi siano forse individuabili in alcune prassi commerciali europee, vede la luce negli Stati Uniti per poi giungere in Italia negli anni '80. Prima che il nostro legislatore lo disciplinasse, esso era stato definito come “contratto atipico, di durata, sinallagmatico, di distribuzione, per adesione e contraddistinto dall'intuitus personae” (A. NEGRO, *Franchising*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto civile nella giurisprudenza*, vol. III, Utet, Torino, 2006, p. 18). L'utilizzo di tale contratto nella prassi è stato rilevato prima dall'Unione Europea, che ha provveduto a regolarlo coi reg. CEE 30 novembre 1988, n. 4087 e 22 dicembre 1999, n. 2790, poi direttamente dal nostro legislatore, con la legge 6 maggio 2004, n. 129, dando così una disciplina, almeno nelle inten-

ring¹⁴, l'*engineering*¹⁵). Naturalmente tale fenomeno è in continuo divenire, al punto che tuttora sono molto diffusi modelli contrattuali stranieri che, nonostante la loro rilevanza, ancora non hanno ricevuto – e mai forse riceveranno – una regolamentazione dal legislatore italiano che li faccia divenire tipici, come ad esempio nel caso del *sale and purchase agreement*¹⁶.

Tuttavia, l'utilizzo di tali modelli stranieri è andato anche oltre. Il passo ultimo di tale evoluzione è stato che l'*American-style contract* viene oramai utilizzato anche quando non vi sia alcuna lacuna nel nostro ordinamento cui sia necessario far fronte con uno strumento negoziale straniero e quando il rapporto da regolare corra tra parti italiane.

Tra gli operatori professionali¹⁷, il modello americano si è oramai impo-

zioni, esaustiva di tale fenomeno. Il contratto di *franchising*, dunque, costituisce l'esempio paradigmatico di tipo contrattuale nato *in toto* all'estero, giunto nella prassi commerciale italiana – e dunque nato come atipico – il cui utilizzo costante ha fatto sì che si sedimentasse nel nostro ordinamento, finché il legislatore non ha avuto la percezione della necessità di una normativa *ad hoc* che finalmente lo battezzasse come tipico.

¹⁴ Il contratto di *factoring* è anch'esso un negozio mutuato dal *common law*; realizza "lo smobilizzo a ciclo continuo di attività correnti, quali sono i crediti scaturiti dalla fornitura di beni o di servizi" (F. SANTI, *Factoring*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto civile nella giurisprudenza*, vol. III, Utet, Torino, 2006, p. 773). Tale contratto ha trovato luogo nella prassi italiana perché sopperisce alle lacune delle disposizioni del codice civile sulla cessione del credito, che risultano essere insufficienti a "fornire un quadro giuridico adeguato a operazioni di smobilizzo di crediti futuri e di crediti di massa" (F. SANTI, *Factoring*, cit., p. 772). Anche tale contratto straniero, dopo essere stato accolto dalla prassi, ha subito un tentativo di tipizzazione da parte del legislatore nostrano, con la legge 21 febbraio 1991, n. 52 che è "idealmente leggibile come una sezione aggiuntiva della disciplina della cessione dei crediti, e quindi delle vicende delle obbligazioni" (G. DE NOVA, *I nuovi contratti*, Utet, Torino, 1994, p. 16). Tale legge, tuttavia, si applica ad un ambito molto ristretto della cessione dei crediti d'impresa e non ne dà una definizione o qualificazione, cosicché il contratto di *factoring* rimane un contratto largamente atipico (cfr. Cass. 27 agosto 2008, n. 17116).

¹⁵ L'introduzione del contratto di *engineering* nel nostro ordinamento ha dovuto dapprima scontrarsi con la rigida interpretazione data dalla giurisprudenza alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, riguardante le professioni protette. Tale orientamento considerava infatti illecita la società tra professionisti e dunque nulli i contratti stipulati con essa (cfr. App. Torino 15 luglio 1983, in *Giur. comm.*, 1984, p. 65). La percepita crescente importanza di tali attività professionali di progettazione e il sostegno della dottrina portarono poi ad un mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale nel senso della validità di tali negozi, sancendone prima la validità della causa ad essi sottesa e la meritevolezza degli interessi perseguiti, poi riconducendo il contratto di *engineering* alla figura dell'appalto, di cui è considerato una moderna evoluzione, cui vengono applicate le norme di tale tipo contrattuale, oltre alle specifiche disposizioni che il legislatore ha introdotto con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificata dalla legge 1° agosto 2002, n. 166.

¹⁶ "Una prima risposta al perché anche in Italia si concludono *Sale and Purchase agreements* in lingua inglese per comprare partecipazioni societarie è che questo tipo di contratto non è espressamente disciplinato dal diritto italiano come autonomo tipo contrattuale. Manca una disciplina legislativa apposita malgrado, come detto, esso sia un contratto particolarmente rilevante sul piano economico" (G. DE NOVA, *Il sale and purchase agreement: un contratto commentato*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 2).

¹⁷ Nei c.d. *business to business contracts*, cioè i contratti stipulati tra imprese. Sono ta-

sto come generale schema contrattuale, anche quando non vi sia un'apparente ragione per ricorrervi, semplicemente perché risulta essere quello più diffuso, quello cui sia le parti che i loro avvocati – facenti parte di studi internazionali – sono abituati¹⁸.

Nell'ambito commerciale, quindi, l'influenza americana si è dapprima spiegata sulla prassi internazionale, poi sui contratti che gli operatori internazionali stipulano in ambito nazionale, infine è giunta a condizionare anche la prassi esclusivamente domestica.

Anche in Italia, dunque, l'*American-style contract* sembra diventato il modo predominante di redigere i contratti tra parti professionali, anche per rapporti esclusivamente interni e sottoposti alla legge italiana: *"il contratto, pur se destinato a regolare rapporti interni ad uno Stato, rapporti interni all'Italia, nel nostro caso, è pensato e scritto sulla base di un modello del tutto estraneo all'ordinamento italiano, che pure costituisce la legge applicabile al contratto. ... Il modello statunitense viene adottato perché ha capacità di circolazione globale"*¹⁹.

3. Il contratto alieno in Italia

Il fenomeno appena descritto è evidentemente qualcosa di più ampio e diverso dalla semplice atipicità e ha meritato il conio di una definizione apposita, quella di contratto "alieno": *"circolano in Italia con sempre maggiore frequenza contratti che di recente ho provato a definire 'contratti alieni', dove il termine 'alieni' ha come calco 'alius', e quindi 'altro, straniero', ma anche 'alien', e quindi 'extraterrestre'"*²⁰.

li contratti ad essere al centro della presente analisi. Come si vedrà ampiamente *infra*, infatti, la contrattazione d'impresa, internazionale e non, ha assunto caratteri peculiari molto distanti dall'impostazione tipica del *civil law*, quali ad esempio l'utilizzo di modelli contrattuali anglosassoni, le trattative spesso lunghe che comportano un amplissimo scambio di documentazione tra le parti, lo svolgimento di *due diligence*, l'assistenza costante di consulenti specializzati. Cfr. G. DE NOVA, voce *Contratti di impresa*, in *Enc. dir. – Annali dal 2007*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 244, che osserva come *"se ci volgiamo a considerare i contratti di impresa che la prassi contrattuale attuale ci offre, ci accorgiamo che si tratta di contratti alieni"*.

¹⁸ *"Può capitare che un operatore con attività prevalentemente interna produca un contratto standard nella propria lingua, ma questo avviene spesso traducendo nella propria lingua il modello anglosassone. La struttura ed i concetti giuridici di common law, quindi, esercitano oramai il loro influsso non solo quando le parti devono scrivere in inglese, ma persino quando scrivono nella propria lingua"* (G. CORDERO-MOSS, *L'uso*, cit., p. 125). In altre parole, per gli operatori professionali la standardizzazione dei modelli utilizzati nella propria attività commerciale è avvenuta servendosi dei modelli anglo-americani (cfr. M. VETTESE, *Multinational companies*, cit., p. 20 e ss.).

¹⁹ G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011, p. 2.

²⁰ G. DE NOVA, *"The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy"*:

Tale fenomeno è descrivibile su due livelli: in un primo senso, viene importato in blocco e utilizzato uno strumento negoziale tipicamente americano (una specifica clausola o un intero modello contrattuale); l'effetto è che le clausole tipiche dell'*American-style contract* divengono clausole molto frequenti nella prassi italiana.

Ad un livello più profondo, è innegabile come questa familiarità con strumenti negoziali d'oltreoceano abbia portato ad una americanizzazione dello stile stesso con cui vengono scritti i contratti italiani, nei quali viene ricercata la medesima completezza e seguito il formalismo tipici dei contratti statunitensi, nonché vengono inserite le clausole tipiche del sistema americano, che sembrano dare agli operatori una maggiore sicurezza²¹.

I problemi che derivano da questo duplice fenomeno hanno origine in un unico punto: la prassi contrattuale d'oltreoceano si è evoluta in un dato modo, con un certo stile redazionale e ha creato certe clausole, per specifiche ragioni giuridiche e culturali, che mancano nel nostro ordinamento, che ha seguito linee evolutive del tutto diverse. Utilizzare tali strumenti negoziali e tale stile, ignorando – il più delle volte – il presupposto cultural-giuridico che li fonda, rischia perciò di portare a gravi equivoci e risultati distorti²².

L'utilizzo italiano dell'*American-style contract* ha infatti portato alla creazione di veri e propri ibridi²³: contratti redatti tendenzialmente in inglese²⁴, con struttura tipicamente americana – formalismo, lunghezza, preamboli, definizione di ogni espressione usata, rifiuto dell'integrazione – e clausole tipicamente americane – clausole di interpretazione, *merger clause*, *no oral modification clause*, ecc. Inevitabilmente sono però sottoposti alla legge ita-

il contratto alieno, in *Il contratto*, cit., p. 32. Cfr. anche G. ALPA, *Introduzione al seminario*, in G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 2: “è una prassi significativa quella che si registra oramai nella maggior parte dei Paesi occidentali, e cioè imprese di diversa nazionalità che concludono contratti con lingua, terminologia giuridica e istituti, del mondo di common law, o addirittura imprese di identica nazionalità che si avvalgono della medesima tecnica contrattuale”.

²¹ Si tratta di un contratto che “a prescindere dalla nazionalità delle parti o dal luogo di esecuzione o altro, è regolato dalla legge italiana ma è ‘internazionale’ perché redatto secondo uno stile e con ricorso a clausole fortemente radicati in una diversa cultura giuridica” (A. GENTILI, *Senso e consenso – Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giapichelli, Torino, 2015, p. 643).

²² “Oggi in Italia molti contratti, almeno quelli cui hanno messo mano i legali, sono spesso la traduzione di modelli statunitensi, con aspirazione all'autosufficienza, pur se contengono una clausola che indica come applicabile la legge italiana: che talora si tratti di mostri è un altro discorso” (G. DE NOVA, *Contratto*, cit., p. 3).

²³ O *xenomorfi* (da *xenos*, estraneo e *morphé*, forma).

²⁴ È da notare, tuttavia, che non mancano, nella prassi del nostro paese, frequenti casi di contratti in stile americano redatti in italiano, ad ulteriore riprova di come la commissione di tecniche redazionali sia sempre più accentuata. Cfr. G. CORDERO-MOSS, *L'uso*, cit., p. 125, che osserva come oramai, anche quando si utilizza una lingua diversa dall'inglese, la si utilizza sostanzialmente traducendo, poiché il modello contrattuale utilizzato rimane quello anglosassone.

liana, non solo perché è la legge applicabile nonché quella scelta dalle parti, ma anche perché contengono molto spesso riferimenti specifici ad articoli del codice civile italiano, in un tentativo di trovare, per le clausole tipicamente anglosassoni, un ancoraggio negli istituti e nelle regole del nostro ordinamento; infine, vengono interpretati ed eseguiti da soggetti italiani.

Deprecabile o no che sia questo modo di procedere, ne è emersa una prassi contrattuale nuova, nella quale si rileva una commistione tra elementi estranei al nostro sistema e sporadici richiami al nostro codice civile, cui viene applicato il diritto italiano, al solo fine di ottenere il risultato voluto dalle parti con il linguaggio a loro più familiare, spesso ignorando istituti del nostro ordinamento²⁵ e, in generale, le tessiture dogmatiche e cultural-giuridiche sottese ai due sistemi.

Si tratta di un fenomeno, definibile trasposizione giuridica²⁶, sempre più frequente, enormemente accentuato dalla globalizzazione dei traffici economici che, inevitabilmente, si traduce in globalizzazione degli strumenti negoziali.

Il tramite necessario della trasposizione, quando oggetto ne sia un contratto, è per forza di cose l'interpretazione: è dunque necessario comprendere quali siano i modi e le attitudini ermeneutiche del diritto americano²⁷,

²⁵ "Perché accanto ai contratti che non corrispondono a tipi di contratto per i quali il diritto italiano detta una disciplina particolare, troviamo contratti come... il sale of business, che ignora le norme italiane sulla cessione d'azienda, norme che tuttavia ci sono. ... Se tali contratti ignorano il diritto italiano, è per una scelta" (G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 44-45).

²⁶ È già da tempo noto alla dottrina comparatistica il fenomeno del "juridical transplant" (cfr. ad es. A. WATSON, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Edimburgo, 1974, che coniò tale termine per descrivere il fenomeno), che consiste nella ricezione in un sistema giuridico di leggi ricalcate su quelle di un sistema straniero ("the moving of a rule or a sistem of law from one country to another" *id.*, p. 21).

Il fenomeno qui analizzato, invece, che denominiamo "trasposizione giuridica", pur avendo alla base lo stesso concetto – l'importazione da un sistema ad un altro di uno strumento giuridico che sembra funzionare bene ed essere utile –, ha ad oggetto elementi differenti, cioè a dire non leggi o regolamenti, ma strumenti negoziali quali specifiche clausole o interi modelli contrattuali che i singoli (e non il legislatore) vedono usati da operatori stranieri e decidono di utilizzare a loro volta per condurre i propri affari, poiché li reputano idonei a soddisfare i propri interessi e i propri fini anche all'interno del sistema giuridico d'appartenenza.

In questo modo gli strumenti negoziali circolano tra i vari paesi, senza che vi sia apposta alcuna modifica, adattamento o addirittura traduzione in vista del loro uso in ordinamenti differenti da quello d'origine.

²⁷ "Quanto al modo corretto di interpretare modelli alieni, se cioè secondo il senso che hanno nel loro contesto giuridico di origine, o secondo il senso che possono assumere nel nostro, sembra a chi scrive che il problema sia più apparente che reale. A ben vedere tutte le tecniche ermeneutiche del sistema italiano concorrono nell'accreditare una interpretazione-esito ispirata al significato che le clausole aliene hanno nel sistema di origine ... Non si può che pensare che la comune intenzione espressa dal testo (e al caso da comportamenti e circostanze) si sia diretta da un lato all'intento pratico usualmente sotteso al ricorso a quelle clausole là dove si sono formate e diffuse, e dall'altro alla ratio che ivi esse esprimono" (A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 644).

poiché è avendo a mente tale tipo di ermeneutica – molto differente per regole e tecniche da quella italiana – che i contratti poi trasposti nell'ordinamento italiano sono redatti.

Solo in tale modo si possono capire la portata, l'efficacia e soprattutto lo scopo delle specifiche clausole del diritto americano – ivi inclusa la *merger clause*, oggetto del presente studio – e di poi studiarne l'inserimento nel nostro ordinamento.

CAPITOLO II

INTERPRETAZIONE E INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO NEL *COMMON LAW* STATUNITENSE

[A]great deal of American contract law and scholarship now seems to proceed from a perspective of universalism. American universalism assumes, often tacitly, that domestic theories in contemporary American debate are valid not only across the world, but throughout time. In other words, the assumption is made that such theories are valid transculturally and objectively true.

B. OVERBY, *Contract in the age of sustainable consumption*, in *The Journal of Corporation law*, 2002, p. 605.

SOMMARIO: 1. Premessa: dalla *classical* alla *modern contract law*. – 2. Le “codificazioni” statunitensi: i *Restatement* primo e secondo, l’*UCC*. – 3. Il distacco solo teorico dal porto sicuro del testo contrattuale. – 4. Dall’interpretazione all’integrazione. – 5. La *plain meaning rule* e la *parol evidence rule*: la conferma della centralità assoluta del testo contrattuale. – 6. La *plain meaning rule* – o *four corners rule* – e i limiti all’attività interpretativa del giudice. – 7. La *parol evidence rule*, una regola di diritto sostanziale estranea all’interpretazione.

1. *Premessa: dalla classical alla modern contract law*

Prima di affrontare le questioni dell’interpretazione e dell’integrazione del contratto nel diritto nordamericano¹, è indispensabile una rapida premessa

¹ È forse appena il caso di anticipare sin da ora – a beneficio di chi avesse una conoscenza solo generale dell’ordinamento statunitense – della peculiarità di fondo che lo caratterizza. Esso, infatti, ha senza alcun dubbio un nucleo comune di concetti, principi e cultura giuridica che informa l’intero sistema: è sufficiente consultare un qualsivoglia manuale dedicato al contratto statunitense per avvedersi che la teoria del contratto americano si è da sempre sviluppata ed evoluta intorno ad un concetto comune di *contract law*. Tuttavia, occorre avere ben presente che nel corso del tempo ciascuno Stato dell’Unione, in quanto ordinamento indipendente dagli altri, ha elaborato e declinato singolarmente e in maniera autonoma tale nucleo comune, tracciando individualmente il proprio percorso nel *contract law*.

storica e di metodo: il diritto contrattuale anglosassone – americano e britannico – ha vissuto il passaggio da quella che viene definita *classical contract law* alla *modern contract law* ed è dunque opportuno darne una brevisima panoramica al fine di meglio analizzarne gli sviluppi e le ricadute giuridiche attuali.

Alle origini il *common law* non vedeva il contratto come un istituto autonomo, ma lo collocava all'interno di altri istituti, in particolare quello del *tort law*: la *classical contract law* fondava il concetto di contratto sull'idea di danno derivante dalla violazione della promessa e assimilava la posizione del debitore inadempiente a quella di colui che trattiene presso di sé un bene di cui non è titolare². Il concetto stesso di contratto era quindi proiezione dell'azione – in origine, appunto, delittuale – che, sul modello romano, veniva concessa contro chi non avesse, del tutto o parzialmente, adempiuto³.

L'abbandono della tradizione medievale – ovviamente mai direttamente conosciuta nel diritto nordamericano – portò progressivamente all'elaborazione di una teoria del contratto autonoma e a sé stante rispetto agli altri istituti del diritto anglosassone di cui il contratto era originariamente considerato parte, sviluppandosi e modificandosi in modo significativo a cavallo tra XVIII e XIX secolo nonché per quasi tutto il XX.

Come si vedrà, l'abbandono di tale concezione non ha, come tutte le evoluzioni, comportato un taglio netto e definitivo con la tradizione precedente della quale, quindi, numerose influenze possono percepirsi ancora adesso, anche nel diritto contrattuale vigente negli Stati Uniti, che pure non hanno conosciuto un medioevo.

L'esempio più immediato di tale latente legame può trovarsi leggendo la definizione di contratto fornita dal *Restatement, Second, Contracts*⁴, che pur

I comuni denominatori e principi della teoria del contratto, dunque, spesso vengono interpretati e applicati in modo significativamente differente da Stato a Stato.

Alla luce di ciò, la presente trattazione prenderà le mosse dall'analisi generale di quei concetti chiave comuni a tutti gli ordinamenti, vale a dire l'essenza del *contract law* americano, dando poi atto e soffermandosi sulle differenti impostazioni presenti nei singoli Stati.

²Per altri aspetti, invece, la teoria del contratto era considerata una parte della *law of property*: il contratto era semplicemente, insieme a *descent, purchase, occupancy*, uno dei mezzi di trasferimento del diritto e il suo studio era limitato esclusivamente a tale prospettiva: “*to modern eyes, the most distinctive feature of eighteenth century contract law is the subordination of contract to the law of property*” (M. HORWITZ, *The historical foundations of modern contract law*, in *Harvard Law Review*, 1974, p. 920; 87 Harv. L. Rev. 917 1973-1974).

³I rimedi contrattuali ottenibili erano quindi tipici e, all'inizio del XV secolo, ammontavano a quattro: *debt*, che mirava al recupero delle somme di denaro; *detinue*, per ottenere un bene specificamente individuato; *covenant*, che era l'azionabilità di una promessa solenne *under seal*, a tutela della proprietà fondiaria; *account*, l'azionabilità di una promessa relativa a debiti derivanti da rendite o compravendita di merci.

⁴Publicato a cura dell'American Law Institute, il *Restatement of Contracts* raccoglie i

essendo uno dei punti fermi della *modern contract law*, non definisce il contratto in sé come invece fa il nostro codice civile, ma lo individua dalla sua azionabilità di fronte ad un giudice: “*a contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*”⁵.

In seguito allo sviluppo economico che porta a traffici commerciali sempre più intensi e vari rispetto alla semplice compravendita, per lo più fondiaria, nel periodo tra la fine del XVIII e il XIX secolo⁶, il contratto si affranca dunque definitivamente dalla teoria del *torts* e dalla *property law* per assumere un suo ruolo indipendente, funzionale ad un’economia di mercato in cui diveniva indispensabile disporre di uno strumento negoziale idoneo a regolare i traffici, per i quali era fondamentale “*to provide the predictability and flexibility business planners needed during an era of dramatic economic growth*”⁷.

La volontà delle parti assume dunque un ruolo sempre più rilevante e il compito delle corti non è più quello di far rispettare e riconoscere esclusivamente le promesse conformi all’antico sistema delle *actiones*, ma di indagare l’intenzione delle parti come espressa e dichiarata nel contratto e darvi seguito quando vi sia “*a concurrence of their free wills*”⁸.

Gli individui sono considerati in grado di negoziare a parità di condizioni il modo migliore per perseguire e proteggere i propri interessi e il contratto diviene lo strumento per raggiungere tale scopo, di pari passo con un’idea di economia fortemente influenzata dal pensiero di Adam Smith, per cui “*the greatest economic benefits would accrue if the forces of supply and demand determined value in a free market of open competition wherein private parties were given freedom to contract for goods and services desired*”⁹.

Almeno i primi tre quarti del XIX secolo sono dunque considerati il periodo classico¹⁰: “*the nineteenth century was the golden age of the law of contract*”¹¹. Coerentemente con la nuova mentalità economica, il principio car-

principi del *common law* americano in materia di contratti. Pur avendo un’importanza fondamentale, non ha forza di legge e dunque frequentemente le corti si discostano dai precetti in esso contenuti, dandone applicazioni spesso contrastanti. Sul punto si tornerà più dettagliatamente *infra*, § 2.

⁵ *Restatement, Second, Contracts*, § 1, *Contract defined*. Analoga definizione, incentrata su concetto di azione, può trovarsi anche nello *Uniform Commercial Code (UCC §§ 1-201(3) e 1-201(12))*.

⁶ “*Modern contract law is fundamentally a creature of the nineteenth century*” (M. HORWITZ, *The historical*, cit., p. 917).

⁷ K. TEEVEN, *A history of the Anglo-American common law of contract*, Greenwood Press, New York, 1990, p. 175.

⁸ K. TEEVEN, *A history*, cit., p. 181.

⁹ K. TEEVEN, *A history*, cit., p. 185.

¹⁰ Cfr. K. TEEVEN, *A history*, cit., p. 179.

¹¹ L. FRIEDMAN, *A history of American law*, New York, 2005, p. 203.

dine sul quale si fonda tale sviluppo è quindi la massima libertà delle parti: il ruolo delle corti è semplicemente quello di assicurare l'adempimento delle prestazioni cui le parti si sono liberamente obbligate stipulando il contratto.

In diretta conseguenza di questo assolutismo della libertà dei contraenti, punto focale diventa il testo del contratto, unica fonte della volontà delle parti e unico oggetto dell'attività d'indagine e interpretazione del giudice, il cui compito è la mera lettura ed *enforcement* del contratto¹²; si assiste dunque a quello che è stato definito "*the rise of formalism*"¹³.

Benché non manchino alcune voci dottrinali che, rifacendosi a casi inglesi più risalenti, valorizzano il soggettivismo¹⁴ – cioè l'indagine della effettiva intenzione delle parti al di là del mero testo – nel XIX secolo il rispetto rigoroso della lettera del contratto, della *plain meaning rule* e della *parol evidence rule*¹⁵ è quasi una costante, cosicché la centralità del testo non viene in alcun modo messa in dubbio e può dirsi che la generale impostazione interpretativa sia marcatamente oggettivista¹⁶, nel senso del rispetto assoluto e letterale della dichiarazione delle parti.

Altro pilastro su cui si basa la teoria del contratto di questo periodo – e che, come si vedrà, grandissimo peso ha tuttora – è l'assunto che le parti siano soggetti razionali, che coscienziosamente si comportano come tali nella cura dei propri interessi¹⁷.

Il ruolo delle corti è dunque quello di fare sì che gli accordi siano rispettati e mantenuti, senza in alcun modo interferire negli affari dei privati né curarsi della sostanza degli stessi.

¹² Sarebbe contraddittorio consentire al giudice di utilizzare elementi ulteriori e diversi rispetto al testo, poiché ciò vanificherebbe la volontà delle parti così come espressa, rendendo così inutile il "*reduce a contract to writing, or to attempt to give it certainty and fixedness in any way*", mentre invece ciò che non è incluso nel testo "*may be considered as intentionally rejected*" (T. PARSONS, *The law of contracts*, vol. II, Little, Brown and Company, Boston, 1857, p. 57).

¹³ K. TEEVEN, *A history*, cit., p. 218.

¹⁴ "*The mutual intention of the parties to the instrument is the great, and sometimes the difficult object of inquiry ... to reach and carry that intention into effect, the law, when it becomes necessary, will control even the literal terms of the contract ... and many cases are given in the books, in which the plain intent has prevailed over the strict letter of the contract*" (J. KENT, *Commentaries on American law*, New York, 1873, pp. 760-761). Il medesimo autore, tuttavia, poche pagine dopo, nel valorizzare la *parol evidence rule* come norma fondamentale, sottolinea come "*when a contract is reduced to writing, all matters of negotiation and discussion on the subject, antecedent and de hors the writing, are excluded as being merged in the instrument*" (pp. 761-762).

Si veda anche W. STORY, *A treatise on the law of contracts not under seal*, C.C. Little and J. Brown, Boston, 1844, pp. 149-150.

¹⁵ Per la definizione di tali concetti si veda *infra*, § 5 e ss.

¹⁶ "[T]his period was not one of pure subjectivity ... the courts strictly applied the *parol evidence rule*, thus excluding the actual intent of a party" (K. TEEVEN, *A history*, cit., p. 182).

¹⁷ Cfr. E.A. FARNSWORTH, 'Meaning' in the law of contracts, in *Yale Law Journal*, 1967, p. 945 (76 Yale L.J. 939 1966-1967).

Il rigido e rigoroso approccio sin qui brevemente descritto, se in teoria poté apparire semplice ed efficace, alla lunga mise in evidenza serie distorsioni nell'applicazione al caso concreto.

Di queste distorsioni erano coscienti i giudici stessi, che ben presto iniziarono a “*finding ways to modify and soften the sharp edge of contract law if too rigorous application of the principles offended the courts’ sense of justice*”¹⁸.

Iniziò quindi un lento logorio dei rigidi principi che erano ancora, almeno formalmente, considerati intoccabili in quanto alla base del concetto stesso di contratto¹⁹; peculiarmente, tale lavoro è avvenuto per così dire sottotraccia, senza che i giudici ammettessero, nemmeno con loro stessi, il distacco dalle regole classiche, che formalmente mai venivano messe in discussione²⁰.

Ciò si tradusse in un progressivo abbandono del formalismo esasperato e del *laissez faire*, in favore di una maggiore ingerenza dello Stato – e, quindi, del giudice – nella contrattazione e dunque nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto²¹. Si può affermare che alcune sentenze arrivano per certi versi ad avvicinarsi, nell'*enforcement* di determinati tipi contrattuali, ai risultati raggiunti dal *civil law*²².

Questa evoluzione, durante tutta la prima metà del 1900, seguì tuttavia linee peculiari, che tuttora hanno un rilevante peso nella moderna dottrina contrattuale.

Divenuto evidente che il testo del contratto il più delle volte non era sufficiente, poiché le parti non potevano aver previsto tutte le occorrenze potenzialmente sopravvenienti alla stipula²³, e si rendeva dunque necessaria

¹⁸ L. FRIEDMAN, *A history*, cit., p. 204.

¹⁹ “*Slowly courts began openly to go beyond the letter. But they still attempted to preserve the illusion that the agreement of the parties remained their exclusive source. Therefore these excursions were made in the name of the parties by basing the result on their ‘intention’*” (E.A. FARNSWORTH, *Disputes over omission in contracts*, in *Columbia Law Review*, 1968, p. 862; 68 Colum. L. Rev. 860 1968).

²⁰ “*By 1900, cases were shifting subtly away from the hard line of the 1850s. The ideal remained ... but actual decisions warped the logic of doctrine ... judges were people, human beings; and occasional cases that struck them as harsh tempted them to alter or modify doctrines – though usually without admitting what they were doing. The temple stood firm: its architects still worked on decoration, but the termites worked busily underneath*” (L. FRIEDMAN, *A history*, cit., p. 407).

²¹ Questa evoluzione può vedersi, già negli anni Trenta del '900, giusto per fare qualche esempio, nella nascita della contrattazione collettiva, del contratto *standard*, nella sostituzione automatica di clausole e sarà confermato, alcuni decenni dopo, da *leading cases* delle corti americane (cfr. per esempio *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* (32 N.J. 358, 161, A. 2nd 69 1960), che stabilirà il principio della responsabilità contrattuale del produttore di cosa difettosa, benché nel contratto fossero inserite clausole di limitazione della responsabilità specificamente accettate e sottoscritte).

²² L. FRIEDMAN, *A history*, cit., p. 410.

²³ Per usare l'espressione di Farnsworth, il giudice chiamato a risolvere la disputa si trovava di fronte ad un *casus omissus* (E.A. FARNSWORTH, *Disputes*, cit., p. 860).

un'attività integrativa oltre che solamente interpretativa da parte del giudice, tale attività veniva svolta nella cornice della *fictio iuris* della ricerca della volontà dei contraenti²⁴. Si creò così un ulteriore *standard* oggettivo: quello – per usare un'espressione penalistica – dell'agente modello, incarnato dalla parte ragionevole e razionale. Specularmente, veniva data tutela alle aspettative che la promessa contrattuale avrebbe creato in un promissario, appunto, ragionevole²⁵.

Venne così alla luce la categoria degli *implied terms*²⁶ quali clausole espressive di una presunta volontà delle parti da includere nel contenuto del contratto: ciò che le parti, secondo l'opinione dei giudici, avrebbero voluto²⁷, ma non avevano detto. Tale categoria risultava molto generica e, secondo alcuni, come si vedrà, consentiva alle corti di quasi stravolgere il contratto. In sostanza, sotto il pretesto ufficiale di cercare la volontà soggettiva delle parti, le corti non si staccavano dall'utilizzo di parametri oggettivi (il testo del contratto, la parte ragionevole e la ricerca delle sue ideali intenzioni), con il risultato, il più delle volte, di produrre distorsioni ancora maggiori di quelle che temevano avrebbe prodotto un'interpretazione soggettiva.

Per esempio, analizzando tale *modus operandi*, Williams²⁸, nel pieno di tale evoluzione, criticamente osservava che, per quanto l'intento teorico fosse sempre quello di attenersi al testo, l'attività interpretativa portava sempre inevitabilmente a “*enforce consequences logically implied in the language of contracts*”, e tale esegesi, a suo parere, degenerava, essendo oramai le corti “*accustomed to read into documents and transactions many terms that are not logically implied in them*”.

Questo autore classifica le *non-logical implications* (che potremmo tradurre come “sottintesi” o “clausole non espresse”) in tre categorie: (i) “*terms that the parties ... probably had in mind, but did not trouble to express*”; (ii) “*terms that the parties, whether or not they actually had them in mind, would probably have expressed if the question had been brought to their attention*”; (iii) “*terms that the parties, whether or not they had them in mind or would have ex-*

²⁴ “*Gradually, courts began to go beyond the parties' actual expectations as well as their contract language, and came to read into the contract what they themselves thought was fair or just, on the pretext that it was the parties' 'intention'*” (E.A. FARNSWORTH, *Disputes*, cit., p. 864).

²⁵ K. TEEVEN, *A history*, cit., p. 239. Cfr. anche A. CORBIN, *Corbin on contracts*, West, St. Paul, 1960, § 1: “*that portion of the field of law that is classified and described as the law of contracts attempts the realization of reasonable expectations that have been induced by the making of a promise*”.

²⁶ L'espressione *term* è definita dall'UCC, § 1-201: “*'Term' means a portion of an agreement that relates to a particular matter*”.

²⁷ “*The reliance on implied terms came into vogue as a vehicle to allow courts to resolve casus omissi as they wished, without seeming to violate the injunction that they not make contracts for the parties, at the time when it was supposed that the injunction made the agreement of the parties an exclusive source*” (E.A. FARNSWORTH, *Disputes*, cit., p. 868).

²⁸ G. WILLIAMS, *Language and the law*, in *Law Quarterly Review*, 1945, p. 401 e ss. (LQR 61, 1945, p. 384).

pressed them if they had foreseen the difficulty, are implied by the Court because of the Court's view of fairness or policy or in consequence of rules of law"²⁹.

La categoria (i) è considerata un tentativo di trovare la vera intenzione delle parti ("*actual intention*"); la (ii) un tentativo di giungere ad una intenzione ipotetica ("*hypotetical or conditional intention*"), che le parti avrebbero avuto se avessero previsto la difficoltà; la (iii), invece, non ha nulla a che fare con l'intenzione delle parti.

Nell'opinione di Williams, solamente la prima categoria è un sottinteso che coincide con un significato ulteriore in una direzione già precisamente indicata dal testo e corrispondente alla soggettiva volontà delle parti. Gli altri due casi, invece, non sono significati sottintesi al testo contrattuale, ma in realtà vere e proprie aggiunte da parte della corte al regolamento che le parti intendevano.

Se quindi i giudici americani negano di aver mai letto in un contratto qualcosa di diverso da ciò che le parti, secondo loro, intendevano, stando a questo autore invece "*courts frequently import into a document terms that are not logically implied in it, and that the parties probably did not think about*".

In conclusione, le categorie (ii) e (iii), indipendentemente dalla nomenclatura che vi si voglia dare, divengono di fatto, per Williams, "*merely rules of law that apply in the absence of an expression of contrary intent*".

Sulla stessa linea di Williams si attestavano anche alcuni giudici: per esempio Hand sembrava guardare con preoccupazione a tale deriva, quando osservava che "*as courts become increasingly sure of themselves, interpretation more and more involves an imaginative projection of the expressed purposes upon situations arising later, for which the parties did not provide and which they did not have in mind*"³⁰.

In questa prima metà del '900, dunque, benché risulti oramai chiaro che l'utilizzo del solo testo non è strumento sufficiente, la soluzione viene cercata non nel rassegnarsi alla ricerca e all'utilizzo dell'intento soggettivo – che viene ancora considerato parametro troppo vago e incerto –, ma in un ritorno all'esclusività del testo, ogni allontanamento dal quale risulta arbitrario e malvisto, tanto da essere celato sotto l'utilizzo della oggettiva *fiction iuris* della parte ragionevole, proiettata negli *implied terms*³¹.

²⁹ G. WILLIAMS, *Language*, cit., p. 401: "(i) Clausole che le parti probabilmente avevano in mente ma non si sono preoccupate di esplicitare; (ii) clausole che le parti, indipendentemente dal fatto che le avessero in mente, avrebbero esplicitato se il problema fosse stato portato alla loro attenzione; (iii) clausole che, indipendentemente dal fatto che le parti le avessero in mente o che le avrebbero esplicitate se il problema fosse stato portato alla loro attenzione, sono considerate sottintese e implicite dalla corte a causa della propria idea di giustizia o prassi o in conseguenza di una norma di legge".

³⁰ L.N. Jackson & Co. v. Royal Norwegian Government, United States Court of Appeals, Second Circuit, 1949 (177 F.2d 694), (Hand, dissenting opinion).

³¹ Cfr. J. CALAMARI-J. PERILLO, *A plea for a uniform parol evidence rule and principles of contract interpretation*, in *Indiana Law Journal*, 1967, p. 340 (42 Ind. L.J. 333 1966-1967).

Al problema generato da tale espediente col tempo si pose parziale rimedio, poiché alcuni *implied terms*, come le garanzie sulla bontà della merce e la sua vendibilità, vennero considerati inclusi nei contratti non più come intenzione implicita delle parti, ma in quanto “*suppletive rules of law*”, poiché inseriti nello *Uniform Commercial Code*³² (*UCC*) e nel *Restatement, First, Contracts*³³.

Nella seconda metà del 1900 l'avvento di quelle che, utilizzando un'accezione molto ampia del termine, potrebbero rispettivamente definirsi consolidazioni e codificazioni – in particolare il *Restatement, Second, Contract* e l'*UCC*³⁴ – marca senza dubbio, sotto molti aspetti, un rilevante distacco rispetto alla *classical contract law* e una virata piuttosto decisa verso l'interpretazione soggettiva. Tuttavia, ciò, come si vedrà, non è sufficiente a segnare un abbandono completo della tradizione e della ricerca dell'oggettività basata sulla letteralità del testo contrattuale, che continuamente riemerge anche nella giurisprudenza attuale.

Tanto più che tali consolidazioni e codificazioni, pur raggiungendo almeno parzialmente lo scopo di porre ordine e dare organicità alla teoria del contratto, non presentano un sistema stabile e definitivo di fonti di integrazione di esso, salvo forse le già accennate *suppletive rules of law*. La delicata attività ermeneutica e di integrazione, dunque, viene lasciata totalmente al giudice: ed è proprio per ovviare alla naturale imprevedibilità di tale esegesi – non guidata da fonti certe – che sono state elaborate dalla prassi le clausole volte a indirizzarla e limitarla.

Se dunque è indubbio che il modello interpretativo seguito dalle corti al giorno d'oggi è più sensibile alla ricerca della *reale* intenzione delle parti e per certi versi si avvicina al *civil law*, tuttavia la travagliata evoluzione che si è brevemente cercato di illustrare influenza ancora profondamente, con la concezione radicalmente oggettivista mai del tutto abbandonata, il sistema giuridico attuale³⁵.

Il quadro giuridico odierno risulta quindi estremamente variegato e frammentato; risulta essere un sistema giuridico in cui la *modern contract law* – per quanto definitivamente “codificata” nell'*UCC* e nel *Restatement, Second, Contracts* – nell'applicazione pratica non è riuscita a sostituirsi del tutto al modello classico. Le giurisdizioni statali, cui si aggiungono le corti federali,

³² Sulla natura e la storia dello *UCC* si dirà più diffusamente *infra*, § 2.

³³ Cfr. E.A. FARNSWORTH, *Disputes*, cit., pp. 865-866.

³⁴ Come si vedrà a breve, lo *Uniform Commercial Code* riguarda solo la compravendita e altre specifiche operazioni commerciali.

³⁵ Il problema fondamentale cui ogni corte e ogni accademico sembra dare la propria risposta, con sfumature sempre diverse, può così riassumersi: “*what is more important – rigid rules that provide certainty, or more ‘liberal’ rules that provide justice?*” (D. EPSTEIN-T. ARCHER-S. DAVIS, *Extrinsic evidence, parol evidence, and the parol evidence rule: a call for courts to use the reasoning of the Restatements rather than the rhetoric of common law*, in *New Mexico Law Review*, 2014, p. 50; 44 N.M. L. Rev. 49 2014).