

GIORGIO DE NOVA

Controversie contrattuali



G. Giappichelli Editore

1. CONTRATTO ALIENO *

SOMMARIO: 1. La nozione. – 2. Il fenomeno. – 3. Alcuni esempi di contratti alieni: il *Sale and Purchase Agreement*. – 4. *Segue*: i contratti derivati. – 5. *Segue*: la *Parent Company Guarantee*. – 6. La validità dei contratti alieni. – 7. I contratti alieni: problemi di struttura. – 8. I contratti alieni e l'interpretazione. – 9. Le clausole dei contratti alieni e la barriera del diritto italiano: le *miscellaneous provisions* e le clausole di stile. – 10. *Segue*: la nullità parziale e le clausole di *severability*. – 11. *Segue*: le clausole di limitazione della responsabilità e il limite della colpa grave. – 12. *Segue*: le clausole di *sole remedy*. – 13. *Segue*: il carattere commutativo del contratto e le clausole “*if and when*”. – 14. *Segue*: i limiti delle clausole sulla proponibilità di eccezioni e le clausole che escludono ogni eccezione nel *project financing*. – 15. *Segue*: le clausole “*no waiver*” e il divieto del *venire contra factum proprium*. – 16. I contratti alieni e le norme materiali.

1. LA NOZIONE.

Il contratto alieno è 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 o inglese, nel quale però si prevede come legge applicabile il diritto italiano, o che, comunque, è soggetto al diritto italiano.

Il termine alieno ha come calco “*alius*”, e quindi “altro, straniero”, ma anche “*alien*”, e quindi “extraterrestre”¹.

* Voce in *Enc. dir., Contratto*, Milano, Giuffrè, 2021.

¹ Il fenomeno si trova sottolineato in G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 535. La formula «contratto alieno» si trova in ID., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, suppl., 348. L'argomento trova poi sviluppo in ID., “*The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy*”: il contratto alieno, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 7 ss., e negli scritti raccolti in ID., *Il contratto alieno*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2010.

Fuori d'Italia, il tema è stato studiato soprattutto da G. CORDERO-MOSS, *Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civil Law Governing Law*, Publications Series of the Institute of Private Law, University of Oslo, n. 169/2007; v. anche l'opera collettanea *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, a cura di G. CORDERO-MOSS, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

2. IL FENOMENO.

Nessuno oggi scrive contratti di qualche importanza stendendo *ex novo* una serie di clausole che traducano gli accordi economici raggiunti dalle parti, e nessuno oggi scrive contratti pensando che la disciplina dei rapporti fra le parti sarà data, per il resto, dalla legge applicabile.

Oggi i consulenti delle parti propongono emendamenti, soppressioni, aggiunte ad un testo contrattuale preesistente, elaborato nel tempo dalla prassi, testo che costituisce patrimonio comune dei consulenti di entrambe le parti, e che ha l'ambizione di regolare esaustivamente i rapporti fra i contraenti.

Se il contratto di ieri era un contratto che produce effetti (per usare l'espressione dell'art. 1372, 2° comma cod. civ.) e per il resto era disciplinato dalla legge, che garantiva l'uniformità, il contratto di oggi è conforme ad un modello, il che garantisce l'uniformità, ed è un contratto che non solo produce effetti, ma altresì regola un rapporto, disciplina le sopravvenienze, regola i rimedi. Non un contratto che vuole la disciplina legale, bensì un contratto che non vuole (non vorrebbe) essere regolato dalla legge, né lascia spazio al giudice.

Merita di essere ricordato un caso sintomatico della prassi contrattuale internazionale. Nel contratto di *joint venture* tra Swatch e Tiffany le parti inserirono una clausola compromissoria, prevedendo che «*the Arbitral Tribunal may not change, modify or alter any express condition, term or provision of this agreement and to that extent the scope of its authority is expressly limited*».

Se le parti sono due, il testo di base potrà essere modificato in modo significativo, in funzione del potere negoziale delle parti medesime.

Se da un lato vi è una parte, e dall'altra più soggetti "in gara", il testo di base sarà proposto in linea di principio come "immodificabile" (anche se la prassi delle *clarifications* e delle *assumptions* instaurata da chi partecipa alle gare attenua nei fatti tale "immodificabilità").

Ma ciò che conta è osservare che il risultato finale sarà un testo contrattuale non lontano dal testo di base: ed anzi le modificazioni saranno date dalla scelta di una diversa fra le clausole standard che disciplinano quel profilo.

Da noi il tema in generale è stato oggetto di attenzione da parte di M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Jus Civile*, 2013, n. 3, 158 ss.; M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, Giappichelli, 2015; *Le clausole dei contratti del commercio internazionale*, a cura di G. ALPA, Milano, Giuffrè, 2016; M. CONFORTINI, *Clausole negoziali*, 2 voll., Milano, Utet, 2017 e 2019; F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità all'integrazione. La merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, Giappichelli, 2018.

In sintesi, i contratti di oggi sono tendenzialmente completi, e uniformi.

Al contratto alieno si ricorre: 1) 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; 2) 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 angloamericano, dotato di idoneità generale; 3) quando la controparte contrattuale del soggetto italiano è a sua volta un soggetto italiano, ma controllato da un soggetto non italiano; 4) 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.

Il fenomeno è più ampio di quello dell'atipicità *ex art. 1322 cod. civ.* 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 and purchase agreement*, che ha ad oggetto la cessione di partecipazioni sociali rilevanti, che non può dirsi atipico in quel senso, o il *sale of business*, che ignora le norme del diritto italiano sulla cessione d'azienda, norme che tuttavia ci sono.

Se tali contratti ignorano il diritto italiano, è per una scelta.

3. ALCUNI ESEMPI DI CONTRATTI ALIENI: IL *SALE AND PURCHASE AGREEMENT*.

Il contratto alieno forse più importante è quello che ha ad oggetto la vendita di una partecipazione rilevante di una società per azioni o a responsabilità limitata.

L'assenza di una disciplina legale in diritto italiano, e più ancora l'esigenza di utilizzare uno strumento contrattuale noto al mercato portano a ricorrere allo schema, diffuso nella prassi, del *Sale and Purchase Agreement*, pur se si indica come legge applicabile il diritto italiano.

Il *Sale and Purchase Agreement* presenta numerosi profili rilevanti per il nostro tema².

Qui due profili possono essere sottolineati.

² Per un'analisi v. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2016.

Il trasferimento delle azioni non avviene al momento della sottoscrizione del *Sale and Purchase Agreement*, ma in un momento successivo e tramite un altro atto denominato *Closing*.

Questa scissione pone problemi di struttura, come si accennerà *infra*, al § 7.

Un secondo profilo, ancor più rilevante è dato dalla circostanza che nel *Sale and Purchase Agreement* si è soliti prevedere che le parti diano *representations and warranties* relative alla società delle cui azioni si tratta (la cosiddetta *target*), dichiarano e garantiscono cioè che determinate circostanze relative alle *target* sono vere. Particolare rilevanza hanno le *representations and warranties* del venditore, perché in caso di loro violazione il contratto prevede che il venditore è obbligato a corrispondere al compratore delle *indemnities*.

Ciò fa sorgere questioni delicate, essendo applicabile il diritto italiano: come si possono qualificare le *R&W*, e come si pongono le *indemnities* rispetto ai rimedi legali di cui dispone il compratore in base al diritto italiano?

Una prima lettura vede nella violazione delle *R&W* un inadempimento, una seconda lettura vede nella prestazione delle *R&W* l'assunzione di un rischio.

Quanto al secondo tema, si può dire in sintesi che le *R&W* sono garanzie convenzionali sottratte alla disciplina legale della vendita, e che la previsione delle *indemnities* non esclude in linea di principio il ricorso ai rimedi legali, ma la questione è complessa, e deve essere trattata nella sede sua propria³.

4. *SEGUE*: I CONTRATTI DERIVATI.

Sottolineava già venti anni fa Sergio Carbone, che «la disciplina dei cosiddetti “derivati finanziari” trova la sua fonte primaria in regole del commercio internazionale, codificate in specifici modelli contrattuali abitualmente impiegati nella pratica, la cui caratteristica più significativa è quella di trascendere dalla loro esclusiva appartenenza ad uno specifico ordinamento statale». L'adozione di tali modelli, se non consente di garantire ovunque una parità di trattamento, consente quanto meno di ridurre il *legal risk* di trattamenti differenziati.

Ad ulteriore cautela, la prassi suole indicare come legge applicabile la

³ V., in prospettiva di contratto alieno, DE NOVA, *op. ult. cit.*, 149 ss.

legge dello stato di New York o la legge inglese, che appaiono *friendly*⁴.

Se così è, e se a giudicare è un giudice italiano, la verifica sarà di rispetto dei principi di ordine pubblico internazionale e delle rilevanti norme di applicazione necessaria.

Ma non sempre sarà così, perché a questi contratti, elaborati sulla base dei modelli anglosassoni – in particolare dei modelli predisposti dall'*International Swap and Derivatives Association* (ISDA) – è talora applicabile il diritto del luogo ove opera l'investitore, e così, nel caso che ci interessa, il diritto italiano, per espressa scelta delle parti o per l'operare delle norme di diritto internazionale privato.

Se così è siamo in presenza di contratti derivati alieni.

Non mi soffermo sui problemi di compatibilità con il diritto italiano che pongono i contratti derivati, perché più contributi hanno esaminato il tema proprio in questa ottica⁵.

È degna di nota la circostanza che le sezioni unite della Corte di cassazione, con sentenza 12 maggio 2020, n. 8770, al § 5.2 hanno sottolineato che l'*interest rate swap* «è il risultato di una tradizione giuridica diversa dalla nostra».

5. SEGUE: LA PARENT COMPANY GUARANTEE.

È molto frequente che la società madre (la *Parent Company*) garantisca per la società figlia (la *subsidiary*).

Troviamo casi in cui la *Parent Company Guarantee* è data a garanzia dell'adempimento di una obbligazione pecuniaria: può essere l'obbligazione di restituire un finanziamento, può essere l'obbligazione di pagare il prezzo previsto da un *sale purchase agreement*.

Più ancora interessano i casi in cui la *Parent Company Guarantee* è data a garanzia dell'adempimento di una prestazione di *facere*, ad esempio nascente da un contratto di appalto di progettazione e costruzione o di un appalto di servizi. Abbiamo incontrato, ad esempio, una *Parent Company Guarantee*

⁴S.M. CARBONE, *Derivati finanziari e diritto internazionale privato e processuale: alcune considerazioni*, in *Dir. comm. intern.*, 2000, 4, 7, 8.

⁵G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, n. 3, 15 ss.; P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, Milano, Giuffrè, 2015, 795 ss.; F. SARTORI, *Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato*, *ivi*, IV, 2745 ss.

in relazione al servizio di taxi e di corriere a favore della *House of Commons* e dell'*House of Lords* inglesi; altra in relazione al servizio di *waste management*.

In alcune di queste *Parent Company Guarantee* la *parent company* garantisce che, in caso di inadempimento della *subsidiary* essa «*will perform and fulfil in place*» della *subsidiary*, oltre a “*indemnify*” il creditore della prestazione deluso «*against all losses, damages, liabilities, claims, costs or expenses*»; in altre la *parent company* si obbliga a «*provide all resources whether financial or otherwise to enable the Contractor to fulfil duly the commitments arising from the Agreement*» e, in caso di inadempimento della *subsidiary*, a «*indemnify*»; in altre la *parent company* si obbliga direttamente, in caso di inadempimento della *subsidiary*, ad «*indemnify*» il creditore della prestazione.

Tra le clausole ricorrenti nelle *Parent Company Guarantee* alcune meritano particolare attenzione.

Così le clausole che prevedono che la garanzia è «*inconditionally and irrevocable*» e che continuerà ad essere operante anche dopo lo scioglimento del contratto sino a che ogni obbligazione sarà adempiuta.

Così le clausole che prevedono che la garanzia non viene meno per il fatto che l'obbligazione della *subsidiary* sia o divenga nulla.

Così le clausole che indicano la legge applicabile, che è sempre la legge del creditore della prestazione.

Come per ogni contratto alieno si pone il problema della recezione della prassi internazionale della *Parent Company Guarantee* in Italia.

Va premesso che la *Parent Company Guarantee* non è ignota in Italia⁶ e che, ancor più, potranno essere date *Parent Company Guarantee* in cui il *Guarantor* è uno straniero, e il creditore della prestazione è italiano, con conseguente scelta del diritto italiano come legge applicabile.

Si pone così il problema di inquadrare la *Parent Company Guarantee* nel nostro sistema.

Le *Parent Company Guarantee* che la prassi contrattuale ci offre sono talora strutturate come una dichiarazione del garante, indirizzata al creditore della prestazione, talora come scrittura sottoscritta dal *Guarantor* e dal *Guarantee*. In alcuni casi, le parti sono il *Guarantor* e l'ente pubblico che stipula a favore dei creditori della prestazione, secondo lo schema del contratto a favore di terzi.

Di regola non è previsto alcun corrispettivo a favore del *Guarantor*.

⁶ Si vedano alcuni esempi in DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 75.

In un caso si dice «*in consideration of the sum of one pound*»: non ci sorprende una previsione siffatta in un contratto alieno.

Per diritto italiano nel caso di dichiarazione del garante recettizia si tratterebbe di un contratto con obbligazioni di una sola parte, il *Guarantor*, contratto che si conclude *ex art.* 1333 cod. civ. (sicché la dichiarazione del *Guarantor* diverrebbe irrevocabile appena giunge al beneficiario); se si tratta di una scrittura sottoscritta contestualmente dalle parti, rimane un contratto con obbligazioni per una sola parte, e la garanzia diviene irrevocabile (perché così espressamente previsto) con la sottoscrizione del contratto.

Nell'ambito delle garanzie della controllante possiamo trovare anche lettere di *patronage*, e cioè sia lettere di *patronage* cosiddette informative, che danno luogo solo ad una responsabilità precontrattuale (e perciò vengono dette “deboli”), sia lettere di *patronage* impegnative, con cui si garantisce la solvibilità della controllata, e ci si impegna ad attività funzionali a che la controllata adempia, la cui violazione dà luogo a un indennizzo *ex art.* 1381 cod. civ. o a responsabilità contrattuale (e perciò vengono dette “forti”).

Le *Parent Company Guarantee* che la prassi internazionale ci sottopone spesso vanno oltre, perché il *Guarantor* si obbliga ad eseguire la prestazione in caso di inadempimento del debitore garantito. Siamo dunque di fronte al caso di chi obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui (art. 1936, 1° comma cod. civ.): la *parent company* è dunque un fideiussore.

Abbiamo però detto che spesso le *Parent Company Guarantee* riguardano le obbligazioni *di fare* assunte per contratto dalla società controllata.

Ed il tipo normativo di fideiussione è la garanzia personale che accede ad una obbligazione di pagare una somma di denaro.

Ciò pone il problema di quali norme della disciplina della fideiussione siano applicabili: la soluzione è, a nostro parere, articolata, e cercheremo qui di seguito di affrontare specifici quesiti, alcuni classici, altri meno.

Un primo quesito è se sia valida una *Parent Company Guarantee* se non è valida l'obbligazione principale.

Abbiamo visto che una siffatta previsione si legge in alcuni modelli di *Parent Company Guarantee*.

La prassi italiana ha conosciuto, nel caso di fideiussioni prestate a favore delle banche, clausole di sopravvivenza dell'obbligazione fideiussoria all'invalidità dell'obbligazione garantita, clausole cioè che prevedono che nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende estesa a garantire l'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate.

Si è discusso se tale deroga fosse valida. La risposta corretta è stata data da chi ha ritenuto che con la clausola in questione si dà luogo ad un contratto atipico con funzione di garanzia: non si devono confondere le norme inderogabili con le norme che caratterizzano il tipo⁷.

Quel che conta è che, invalida essendo la obbligazione principale, vi sia una valida obbligazione succedanea del debitore principale, oggetto di garanzia. E questa circostanza ricorre anche per le *Parent Company Guarantee*.

Ci si può poi chiedere quali siano le conseguenze del venir meno del controllo.

Se la *parent company* cede la controllata per la quale aveva garantito, non per questo viene meno la *Parent Company Guarantee*.

È però interessante una decisione, sia pure a livello cautelare, della *Technology & Construction Court* in data 26 luglio 2006. Una controllante aveva rilasciato al *main contractor* una *Parent Company Guarantee* per la sua controllata, subcontraente del *main contractor*.

Il *main contractor*, quando da qualche mese la controllante aveva ceduto la controllata a terzi, aveva stipulato con la ex controllata un ulteriore subcontratto: la Corte ha ritenuto da un lato che la ex controllante fosse responsabile in relazione alle obbligazioni derivanti dall'originario subcontratto, ma dall'altro che fosse *unfair* considerare la ex controllante garante anche per le obbligazioni derivanti dal nuovo sub contratto⁸.

Sarà dunque bene che la sorte della *Parent Company Guarantee* in caso di venir meno del controllo sia espressamente regolata sin dal momento della concessione della garanzia.

Ci si può infine chiedere se la *parent company*, che concede *Parent Company Guarantee* ad una società controllata, sia tenuta ad assicurare la parità di trattamento tra le società figlie.

La risposta riteniamo sia negativa, alla luce dell'art. 2497, 1° comma cod. civ.: la società che esercita direzione e coordinamento non è responsabile «quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette». Sicché la mancata concessione della *Parent Company Guarantee* può essere compensata da operazioni favorevoli di tipo diverso.

⁷ F. BENATTI, *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Nss. D.I.*, Appendice, III, 1982, 924 ss., e, sul tema generale, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, Cedam, 1974, 65 ss.

⁸ RWE-Industrie-Loesungen GmbH v. Thyssen Schachtbau GmbH (*Technology & Construction Court* 28 July 2006).

6. LA VALIDITÀ DEI CONTRATTI ALIENI.

Ad uno sguardo d'insieme, la barriera posta dal diritto italiano si è dimostrata debole: 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. 93, 4° comma c. contr. pubbl. 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, 5° comma., t.u. fin. si affretta a precisare che ad essi non si applica l'art. 1933 cod. civ.

Problemi di contrasto con il divieto del patto commissorio ha avuto il *lease back*, ma l'art. 2425 *bis*, 4° comma, 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, 2° comma, d.lg. 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. 6 l. 22 giugno 2016, n. 112 prevede espressamente l'istituzione di *trust* in favore delle persone con disabilità grave.

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* cod. civ. disciplina la fusione a seguito di acquisizione con indebitamento.

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

Tuttavia essi pongono una serie di problemi di compatibilità con il diritto italiano, ed in ciò sta il principale interesse di questa categoria contrattuale.

7. 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 ad altri di utilizzarla, rinunciando ad ogni pretesa e sollevando chi la utilizza da ogni responsabilità nei suoi confronti, tutto be-

ne: siamo, diremmo noi, nell'ambito del consenso dell'avente diritto che escluda possa parlarsi di abuso *ex art. 10 cod. civ.* 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*. 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 cod. civ.*?

8. I CONTRATTI ALIENI E L'INTERPRETAZIONE.

Abituati a considerare il contratto come oggetto dell'interpretazione, e non già l'interpretazione come oggetto del contratto, dobbiamo affrontare in termini nuovi il tema dell'interpretazione del contratto alieno⁹.

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

Quanto alle definizioni, la predisposizione di un elenco di definizioni

⁹ Oltre a M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato*, cit., e F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità all'integrazione*, cit., v. anche A. GENTILI, *L'interpretazione del contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 239 ss.

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.

Ma le questioni più rilevanti nascono dalla frequente previsione nei contratti alieni di clausole volte a precisare che l'accordo delle parti è tutto e solo quello racchiuso dal documento contrattuale.

Vediamo alcune di tali clausole, dette “*merger clauses*” o “*entire agreement clauses*”.

«*Merger clause. The terms and conditions contained in this Agreement, Exhibits and Schedules constitute the entire agreement between the Parties and supersede all previous agreements, either oral or written, between the Parties with reference to the subject matter dealt with in this Agreement and no understanding which eventually amends or amplifies it shall be binding on either of the Parties, unless it is in writing, referring expressly to this Agreement and is signed by the Parties or by their respective representatives who have been duly authorised.*».

«*Entire agreement. This Agreement contains the entire agreement of the Parties with respect to the transactions contemplated herein and supersedes any earlier agreements and understandings, either verbally or in writing, between the Parties.*».

«*Entire agreement. This Contract including all Attachments hereto and the documents to be prepared or entered into pursuant to this Contract (including the Attachments) and the letter of today's date from Owner to Contractor concerning hedging arrangements constitutes the entire agreement between the parties with respect to the matters contained herein, supersedes any and all previous agreements and understandings between the parties with respect to such matters and binds and inures to the benefit of the parties, their permitted successors and assigns. The Parties have entered into this Contract in reliance upon the representations and mutual undertakings contained herein and not in reliance upon any oral or written representations or information provided to one Party by any representative of the other Party or course of dealings which is not referenced herein.*».

«*Entire Agreement. This Agreement, including the Exhibits attached hereto, constitutes the entire agreement between the parties, superseding all prior oral or written representations, negotiations, understandings and agreements, on the subject matter hereof, and there are not conditions to this Agreement that are not expressed herein.*».

Chiediamoci quali effetti producano tali clausole per diritto italiano¹⁰.

La clausola in esame pone un primo precetto: il contratto *de quo*, compresi gli allegati, incorpora l'intero accordo delle parti e supera sia *representations*, *informations*, *negotiations*, sia *understandings* e *agreements* orali o scritti sullo stesso oggetto.

Iniziamo dal superamento di *representations*, *informations*, *negotiations*. Si vuole dire che dichiarazioni delle parti nel corso delle trattative, che poi non si siano tradotte in clausole del contratto, sono irrilevanti.

Occorre chiedersi se ciò precluda ad una delle parti, successivamente alla stipulazione del contratto, una domanda fondata sulla responsabilità precontrattuale. La risposta dovrebbe essere negativa, per la inderogabilità dei rimedi fondati sul principio di buona fede. La parte convenuta potrà tuttavia argomentare che sottoscrivendo la *merger clause* la parte attrice ha riconosciuto di non aver fatto affidamento su quelle *representations*, *informations*, *negotiations*.

Occorre altresì chiedersi se ciò precluda ad una delle parti la proposizione di un'azione di annullamento, per errore o per dolo.

La risposta negativa si ricava senza difficoltà dall'art. 1462 cod. civ., che esclude l'efficacia di clausole che precludano l'eccezione di annullamento: norma che si applica anche alla domanda di annullamento proposta dalla parte che sia convenuta in giudizio da chi chiede l'adempimento del contratto¹¹.

Di fronte ad una domanda del convenuto di annullamento per errore, la parte attrice potrà argomentare che l'errore dell'altra parte non era riconoscibile, a seguito della sottoscrizione della clausola di *merger*; di fronte ad un'azione di annullamento per dolo invece la sottoscrizione della clausola di *merger* appare irrilevante.

Quanto alla irrilevanza degli *understandings* e degli *agreements*, la *merger clause* è volta a superare, in particolare, le lettere di intenti e i *memorandum of understanding*, che spesso precedono il contratto.

¹⁰ V. anche M. FOGLIA, *Merger clause*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, XI, 2018, 321 ss.

¹¹ La Cassazione ha infatti affermato che «l'elencazione delle clausole onerose contenute nell'art. 1341, 2° comma, cod. civ., pur avendo carattere tassativo, consente, per ciascun tipo, l'interpretazione estensiva: pertanto nella previsione dell'art. 1462 cod. civ. che contempla espressamente, per il soggetto gravato dalla clausola *solve et repete*, la inopponibilità di "eccezioni" dirette ad evitare o a ritardare l'adempimento, si può ritenere compresa anche l'ipotesi di "azioni": una diversa interpretazione condurrebbe, infatti, all'incongruo risultato di consentire al soggetto di cui sopra di agire in prevenzione al solo scopo di precludere al contraente privilegiato d'invocare in suo favore la clausola stessa, eludendo così lo scopo di quest'ultima» (Cass. 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Giust. civ.*, 1977, I, 117).

A noi pare che per diritto italiano nulla vieti alle parti, nello stipulare un contratto, di dire che le obbligazioni delle parti sono quelle previste dal contratto, e non anche quelle previste da accordi precedenti, che quindi debbono intendersi come estinti: se le parti possono novare, certo possono prevedere una clausola come questa.

Ciò non significa, tuttavia, che il “passato” sia irrilevante anche ai fini dell’interpretazione del contratto: perché l’art. 1362 cod. civ., che dà rilevanza al comportamento delle parti anteriore alla conclusione del contratto per determinare il comune intento delle parti, non è derogabile.

È questa la soluzione prevalente, alla quale riteniamo di dover aderire, in base al rilievo che le parti non possono impedire al giudice di accertare il loro comune intento¹².

Ne consegue che, in base al diritto italiano, una *merger clause* non può essere interpretata come una deroga all’art. 1362 cod. civ., perché altrimenti sarebbe nulla: ed una interpretazione siffatta è preclusa dall’art. 1367 cod. civ.

È interessante notare che la stessa conclusione si riscontra negli *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 2016, che all’art. 2.1.17 così prevedono: «*Merger clauses. A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing*».

La scelta del diritto italiano come legge applicabile al contratto ha come conseguenza che, se sussistono i presupposti, si applicherà la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita di beni mobili (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG*).

Ora, in base all’art. 6 della Convenzione, la Convenzione medesima può essere derogata, in tutto o in parte, dalle parti. Di fronte alla *merger clause*,

¹² Per l’inderogabilità, in considerazione della circostanza che l’art. 1362 cod. civ. regola l’attività del giudice, che è di pubblico interesse, v. C. GRASSETTI, *L’interpretazione del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1983, 258; in considerazione della circostanza che l’art. 1362 cod. civ. si fonda sul principio di buona fede v. C. SCOGNAMIGLIO, *L’interpretazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, 2^a ed., a cura di E. GABRIELLI, II, Torino, Utet, 2006, 1044. Con riguardo allo specifico tema della *merger clause* è stato affermato che «*la ricerca della comune intenzione delle parti occupa una posizione centrale ed ineliminabile all’interno del processo ermeneutico, anche qualora, lo ribadiamo, il contratto sia stato redatto per iscritto e sia stata apposta una clausola di completezza*» (F. MAZZA, *Merger clause o clausola di completezza*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, *I contratti in generale*, IV, t. 2. *Clausole abusive*, Torino, Utet, 2001, 737.

si pone il problema se tale clausola comporti una deroga all'art. 8 della Convenzione, che così dispone: «1. Ai fini della presente Convenzione, le indicazioni ed altri comportamenti di una parte devono essere interpretati secondo l'intenzione di quest'ultima quando l'altra parte era a conoscenza o non poteva ignorare tale intenzione./ 2. Se il paragrafo precedente non è applicabile, le indicazioni ed altri comportamenti di una parte devono essere interpretati secondo il senso che una persona ragionevole, di medesima qualità dell'altra parte, posta nella medesima situazione, avrebbe loro dato./ 3. Al fine di stabilire l'intenzione di una parte o ciò che avrebbe inteso una persona ragionevole, si dovrà tener conto delle circostanze pertinenti, in particolare dei negoziati eventualmente intercorsi fra le parti, delle consuetudini fra di esse stabilitesi, degli usi e di ogni loro successivo comportamento».

Il problema è stato affrontato dall'Advisory Council della CISG, che nel suo parere in data 23 ottobre 2004 ha così concluso (art. 4.6): «*Under the CISG, a Merger Clause does not generally have the effect of excluding extrinsic evidence for purposes of contract interpretation. However, the Merger Clause may prevent recourse to extrinsic evidence for this purpose if specific wording, together with all other relevant factors, make clear the parties' intent to derogate from Article 8 for purposes of contract interpretation*»¹³.

La distinzione tra inidoneità degli accordi anteriori alla conclusione del contratto a fondare ulteriori obbligazioni rispetto a quelle previste nel contratto da un lato, e rilevanza di tali accordi ai fini interpretativi del contratto dall'altro trova conforto nell'interpretazione che viene data alle norme del codice civile che limitano la prova per testi in caso di contratto scritto.

L'art. 2722 cod. civ. esclude in linea di principio l'ammissibilità della prova per testi volta a provare patti contrari o aggiunti al documento contrattuale: ma la norma viene pacificamente interpretata nel senso che i limiti non operano se la prova testimoniale è volta a fornire elementi utili all'interpretazione del contratto. Così è stato deciso che: «*I limiti legali di ammissibilità della prova testimoniale fissati dall'art. 2722 cod. civ. (che non consente la prova di patti aggiunti o contrari, anteriori o contemporanei al documento) non operano allorché detta prova sia intesa non già a contestare il contenuto del documento, ma a renderne esplicito il significato*»¹⁴ ed è stato scritto che «*del tutto lineare, poi, appare l'esclusione di quei limiti, allorché*

¹³ <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op3.html>.

¹⁴ Cass. 16 luglio 2003, n. 11141. V. anche Cass. 9 febbraio 1981, n. 782 e Cass. 12 giugno 2012, n. 9562.

la prova per testi sia finalizzata al chiarimento contenutistico del negozio documentato per iscritto»¹⁵.

9. LE CLAUSOLE DEI CONTRATTI ALIENI E LA BARRIERA DEL DIRITTO ITALIANO: LE *MISCELLANEOUS PROVISIONS* E LE CLAUSOLE DI STILE.

Se non si assiste a blocchi in dogana di contratti alieni, più efficiente appare la barriera del diritto italiano in relazione a singole clausole dei contratti alieni.

In chiusura dei contratti alieni si suole trovare un inventario di clausole finali, prive di contenuto economico, dal 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 nel paragrafo precedente, 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, perché 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.

È però difficile ritenere che si sia in presenza di clausole inefficaci, perché di stile.

¹⁵L. COMOGGIO, *Le prove civili*, 3ª ed., Milano, Utet, 2010, 603.

10. *SEGUE*: 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 affect 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 cod. civ., 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: anche se una dichiarazione così generica convince poco. In ogni caso occorre osservare che una clausola siffatta può essere pericolosa, perché non consente ad una parte, a fronte della domanda avversaria di accertamento della nullità di una clausola, di chiedere, in subordine alla reiezione della domanda, la dichiarazione della nullità integrale del contratto.

Occorre poi riflettere sull'opportunità di inserire una clausola siffatta in un contratto retto dal diritto italiano, perché essa preclude alla parte interessata ad una clausola per lei determinante del consenso di reagire ad una domanda di nullità della clausola con una domanda di nullità integrale (art. 1419, 1° comma cod. civ.)¹⁶.

11. *SEGUE*: 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 cod. civ.*

Delicati problemi pone la clausola che esclude il risarcimento degli “*indirect and consequential damages*”. Perché una prima risposta è che – *ex art. 1223 cod. civ.* – i danni indiretti non sono risarcibili, mentre lo è il mancato

¹⁶E. LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni sulla “severability clause”*, in *N. giur. civ.*, 2015, II, 735 ss.

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.

12. *SEGUE: LE CLAUSOLE DI SOLE REMEDY.*

Nei contratti di cessione di partecipazioni qualificate è frequente rinvenire una clausola *x* che pone la *liability* del *Seller* per la violazione delle *representations and warranties* date al *Buyer*, e subito dopo una clausola *y* che così prevede: «*y. Sole remedy. The liability of the Seller pursuant to this section x is the exclusive remedy available to the Buyer with respect to any loss arising in connection with any breach by the Seller under this Agreement*».

Questa clausola, detta appunto di *sole remedy* o di *exclusive remedy*, è volta a limitare i rimedi del *Buyer* alla percezione delle *indemnities* previste nel contratto, escludendo ogni altro rimedio.

La sua portata generale pone però, per diritto italiano, il problema dei limiti in cui i rimedi *ex lege* possono essere esclusi: si deve ad esempio ritenere, argomentando *ex art. 1462 cod. civ.*, che non possano essere escluse le domande di nullità, annullamento e rescissione¹⁷.

13. *SEGUE: 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.

14. *SEGUE: 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 pursu-*

¹⁷ In tema v. E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di exclusive remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 209 ss.