

Autora Convidada

**IN DIFESA DEL TESTUALISMO: UNA
LEZIONE DEL COMMON LAW**

*IN DEFENSE OF TEXTUALISM: A LESSON FROM
THE COMMON LAW*

Francesca Benatti¹

¹ Francesca Benatti, Ordinario di Diritto Comparato, Università Cattolica del Sacro Cuore, email: francesca.benatti@unicatt.it

ABSTRACT: Il saggio analizza lo scontro tra testualismo e contestualismo nel modello di common law nell'interpretazione dei contratti. L'esame mostra la preferibilità del testualismo per ragioni pratiche e teoriche. Tuttavia due profili vanno considerati: le parti possono attraverso il drafting aumentare lo spazio di discrezionalità del giudice per consentire una maggiore valutazione del contesto; i diversi modelli contrattuali possono richiedere l'impiego del contestualismo o la combinazione di entrambi i metodi interpretativi.

PAROLE CHIAVE: Contratto. Interpretazione. Testualismo. Contestualismo.

ABSTRACT: The essay analyzes the clash between textualism and contextualism in contract interpretation in the common law model. The analysis shows that textualism is preferable for both practical and theoretical reasons. However, two profiles need to be considered: parties can increase the court's discretion through drafting to allow for a greater appreciation of context; different contract models may require the use of contextualism or a combination of both interpretive methods.

KEYWORDS: Contract. Interpretation. Textualism. Contextualism.

1. Nell'affrontare il tema dell'interpretazione contrattuale, si potrebbero ricordare le parole di Justice Scalia: “se c'è un testo, è ovvio che bisogna leggerlo”. Tuttavia dietro la battuta sarcastica si nasconde una delle grandi questioni del diritto attuale che coinvolge in egual misura profili teorici e pratici. Come sottolineato “vi sono in ogni scienza taluni fondamentali problemi che, per quanto possano temporaneamente scomparire nella massa della materia trattata o perdere il loro interesse per l'affollarsi delle questioni particolari, a causa dell'importanza che rivestono per la scienza tornano di continuo alla superficie ed esigono attenzione. L'interpretazione è, per la scienza giuridica, uno di questi problemi. Anche se tale problema può restare temporaneamente inosservato quando l'interesse dei giuristi è assorbito da questioni particolari, non può mai diventare inattuale, dato il suo rilievo per la scienza giuridica. Esso racchiude, infatti, quello che è il problema fondamentale di tutta la scienza giuridica: cos' è il diritto?”² Ogni teoria sull'interpretazione si fonda e delinea la visione giuridica, politica, sociale, filosofica del suo autore.

Nel common law statunitense si contrappongono in uno scontro probabilmente irrisolvibile due diversi approcci, il textualism e il contextualism, che sono stati elaborati in momenti diversi e hanno sempre coesistito nel complesso pluralismo giurisprudenziale. Il primo si fonda sulla riflessione elaborata da Holmes in base alla quale “la formazione del contratto non dipende dall'accordo di due menti in una sola intenzione, ma dall'accordo di due insiemi di segni esterni - non dal fatto che le parti intendessero la stessa cosa, ma dal fatto che abbiano detto la stessa cosa”³. La teoria oggettiva del contratto viene confermata con acuta ironia da Learned Hand⁴ nella decisione *Hotchkiss v. National City Bank of N.Y.*⁵: “un contratto non ha, in senso stretto, nulla a che fare con l'intento personale o individuale delle parti. Un contratto è un obbligo legato alla mera forza di legge a determinati atti delle parti, solitamente parole, che normalmente accompagnano e rappresentano un intento noto. Se, tuttavia, fosse dimostrato da venti vescovi che una delle parti quando ha usato le parole intendeva qualcos'altro rispetto al significato usuale che la legge impone loro, sarebbe stato comunque obbligato ad adempiere, a meno che non ci fosse un errore reciproco o qualcos'altro del genere “. Si tratta di una visione influenzata dal clima culturale, filosofico ed economico dell'epoca che vedeva nel liberalismo economico e nella certezza delle relazioni i valori dominanti. Vi era ancora una fiducia profonda nella possibilità di trovare e fissare principi immutabili.

2 Merkl, p. 257.

3 Holmes, 1897, p. 464.

4 O'Gorman, 2019.

5 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911).

Diversamente, il contextualism nasce dalla valutazione della complessità delle relazioni contrattuali che non si esauriscono nel mero testo, ma vivono in una realtà dinamica. Esemplicativi sono i relational contracts. Pertanto al fine di capire la vera intenzione delle parti, il decisore deve considerare tutti gli elementi possibili, indipendentemente dall'ambiguità del linguaggio, anche eventualmente superando il testo. Come messo in luce da Chief Justice Traynor, uno dei giudici che ha affermato con più forza tale approccio: “the text of admissibility of extrinsic evidence to explain a meaning of a written instrument is not wether it appears to the court to be plain and unambiguous on its face, but wether the offered evidence is relevant to prove a meaning to which the language of the instrument is reasonably susceptible”⁶.

Il dibattito sul metodo migliore ha trovato oggi una nuova spinta, innanzitutto, per la constatazione empirica che le controversie contrattuali nascono nella maggioranza dei casi da questioni interpretative e non potrebbe essere diversamente stante le spesso difformi ragionevoli aspettative⁷. Inoltre, è strettamente connesso al dibattito che pervade tutti gli ordinamenti sui poteri del giudice e sulla rilevanza assunta dal formante giurisprudenziale. In particolare la critica al testualismo è stata argomentata muovendo da argomenti di natura diversa. Innanzitutto nel mutato clima filosofico e culturale, a partire dagli studi di Gadamer e con il decostruzionismo di Derrida, è mutato il rapporto tra testo e interprete e sembra imporsi l'idea di una impossibilità di raggiungere un significato oggettivo e stabile: “le parole hanno cessato di legare, i vocaboli hanno smesso di dire...mentre la tecnica moderna moltiplica i mezzi di comunicazione, la letteratura... denuncia, o comunque esplora, la vacuità intrinseca, l'impossibilità stessa di ogni comunicazione”⁸.

Gli studi di psicologia comportamentale sembrano, inoltre, favorevoli ad una interpretazione non formalista del contratto per le insufficienze cognitive delle parti. Innanzitutto la ricerca delle informazioni nella fase precedente alla stipula dell'accordo non è mai ottimale ma solo soddisfacente per ragioni di tempo e di costo. Secondo Craswell, questo investe anche la scelta del contraente che è una delle precauzioni principali che la parte deve prendere. Ma soprattutto è stato constatato come nel momento di formazione del contratto la predisposizione delle parti è maggiormente ottimista e tendente a cogliere gli aspetti positivi dell'operazione economica, sottovalutandone i rischi o le complicazioni. Questo potrebbe rendere il testo inadeguato alla situazione concreta. Per spiegare il concetto, si usa il caso del matrimonio: dati empirici mostrano come quando si chiede alle coppie prima di sposarsi quanti matrimoni terminano col divorzio, generalmente

6 Pacific Gas & Elec. Co. v. G. W. Thomas Drayage Co., 69 Cal. 2d 33 (1968).

7 Mitchell, 2003.

8 Manent, 2001, p.200.

è indovinata la percentuale giusta, ma si esclude che il proprio possa finire con un fallimento.

Non solo si tenderebbe ad esagerare in positivo nelle contrattazioni la propria posizione senza considerare il merito della controparte. A ciò si accompagna lo *status* quo bias effect che determina la preferenza generale per disposizioni codicistiche, clausole default rispetto a pattuizioni tailor-made che risulterebbero più efficienti secondo la teoria paretiana. Seppure, è valutata l'ipotesi di un inadempimento, difficilmente vengono considerate tutte le varianti verificabili in concreto. E' noto che i rischi bassi o fortemente improbabili sono ignorati o sottostimati nella loro portata. Si pensi ad esempio al caso della pandemia, difficilmente l'ipotesi era stata considerata espressamente negli accordi precedenti al Covid-19 perché ritenuta non verificabile o non in modo così grave da stravolgere il sistema.

Gli economisti, hanno messo in luce poi il profilo legato ai costi non solo nella ricerca delle informazioni, ma anche di enforcement. L'incompletezza può essere anche strategica per impedire che venga ridotto il valore del contratto, per proteggersi o mantenere il controllo degli eventi successivi. La stessa dinamica degli affari porta a ritenere che spesso il testo adottato non sia quello che riflette perfettamente la volontà delle parti, ma costituisca una soluzione di compromesso che tiene conto del parere di esperti non solo giuridici, dei tempi magari ristretti necessari per la conclusione degli affari. La ambiguità dei termini può essere voluta perché diversamente l'accordo non sarebbe stato raggiunto. In alcune ipotesi, l'incompletezza o l'ambiguità vengono addirittura pagate: è noto che nelle contrattazioni l'assunzione di determinati rischi ha un valore economico che incide su quello dell'intera operazione economica.

Mentre tali riflessioni potrebbero portare a sancire l'ormai inarrestabile declino dell'interpretazione letterale, Justice Kagan sorprendentemente nel 2016 affermava "siamo tutti testualisti ora", dimostrando la perdurante e imprescindibile importanza di tale metodo interpretativo.

2. Uno dei principali argomenti a sostegno del testualismo si rinviene nella preferenza delle parti per tale metodo interpretativo, come dimostrato dai dati empirici risultanti dall'analisi dei testi contrattuali. Si tratta di un elemento importante da considerare non solo perché il contratto è lo strumento per eccellenza dell'autonomia privata, ma anche perché in un momento di competizione fra economie e di ricerca di investimenti, la creazione di un ambiente anche giuridicamente gradito alle imprese potrebbe avere riflessi economici significativi.

Uno studio conosciuto e discusso di Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller ha messo in luce che i contraenti nella scelta della legge applicabile al contratto hanno optato nel 46% dei casi per quella formalista di New York

rispetto alla californiana che aderisce al contestualismo, adottata solo nell'8% delle ipotesi. Benché si sia segnalato che la differenza nelle regole sull'interpretazione non sia l'unica distinzione fra i due diritti⁹, va osservato come esse siano rappresentative di un approccio generale al contratto più favorevole al mondo degli affari¹⁰. Infatti, “la giurisprudenza contrattuale di New York è formalistica, letterale, non moralista e deferente alla libertà delle parti di contrattare per vantaggi reciproci. Il compito del tribunale non è quello di intromettersi nel rapporto contrattuale ma piuttosto di far rispettare l'accordo che le parti hanno concluso ... I giudici della California sono più interessati a definire i rapporti tra le parti sulla base di equità, giustizia e interesse pubblico”¹¹. Tuttavia, non si può trarre dalla scelta della legge applicabile una chiara indicazione sulla preferenza per il testualismo.

Altri elementi confermano, però, tale implicazione. Un esame effettuato su 1521 contratti commerciali conclusi tra il 2012 e il 2017 rivela che il 75,28% adotta una merger clause, spesso associata con una no-oral modification clause¹². Non solo l'introduzione di una clausola di completezza stringente è più frequente nelle ipotesi nelle quali le parti abbiano optato come legge applicabile al contratto per una aderente al contextualism. Si potrebbe obiettare che tali previsioni siano ormai talmente comuni da essere boilerplate e quindi non fornire alcuna indicazione precisa. Trattandosi, però, di contratti commerciali tra parti esperte, sembra difficile ritenere che la scelta non sia stata quantomeno concordata, viste anche le loro variazioni.

Indicativa sembra anche la diffusione delle non severability clauses¹³, cioè di quelle pattuizioni con le quali si persegue il mantenimento in vita del contratto, anche nel caso in cui parte di esso sia considerato nulla, inesistente o sia annullata¹⁴. Spesso si accompagnano all'obbligo in tali casi di rinegoziare una nuova clausola e/o alla specificazione che la nullità, inesistenza o annullabilità in una giurisdizione non si estende a tutte le altre dove opera il contratto. Le distinzioni tra i diversi modelli dimostrano che non si tratta di mere boilerplate ma di previsioni negoziate e adatte al caso concreto. Si è giustamente constatato come esse siano rappresentative di una forte diffidenza nei confronti del decisore. Si pensi all'ipotesi di un contratto di vendita di un prodotto, accompagnato da un obbligo di non concorrenza che si riflette nella determinazione del prezzo ed è quindi essenziale al contratto. In presenza di una severability clause, qualora tale obbligo sia considerato inefficace, le parti potrebbero veder conservato il contratto,

9 Sono state rinvenute circa 17 differenze fra i due diritti.

10 Un esempio è l'applicazione differente del promissory estoppel.

11 Miller, 2010, p. 1522.

12 Benoliel, 2017.

13 Benoliel, 2019.

14 Va constatato come tali clausole potrebbero suscitare delle difficoltà in un sistema come quello italiano.

nonostante il valore dell'operazione economica sia divenuto sbilanciato o addirittura assente per una delle due. Tuttavia, la decisione di introdurre comunque questa pattuizione nonostante i possibili rischi è significativa della preferenza per il testo rispetto a successivi interventi del giudice che attraverso un approccio contestualista lo stravolgano o lo modificano. Saranno poi i contraenti a decidere le sorti dell'operazione economica.

L'analisi dei testi contrattuali permette poi di individuare l'adozione di definizioni, volte a garantire precisione e certezza soprattutto quando i termini devono essere intesi in modo diverso dal loro significato letterale o possono sorgere ambiguità, e la specificazione di regole interpretative da applicare. Anche in tale ipotesi si avverte come non venga meno la necessità di una attività interpretativa: "if the text purported to supply those rules, then those rules would have to be interpreted, and so on, ad infinitum".¹⁵ Si porrebbe, infatti, il problema di determinare il significato di queste pattuizioni e se esse effettivamente rappresentino l'intento delle parti, senza dimenticare i limiti che possono essere imposti alla libertà contrattuale dalle disposizioni legislative. Un esempio potrebbe essere rinvenuto nella nullità di una clausola che preveda il divieto di interpretare il contratto secondo buona fede.

Infine, si constata come i Tribunali arbitrali, naturalmente più sensibili alla volontà delle parti prediligano un metodo testualista. Questo è dimostrato dall'analisi di alcuni sistemi arbitrali statunitensi implementati da Associazioni di settore quali quello della NGFA (National Grain and Feed Association) e quello creato congiuntamente dall'ACSA (American Cotton Shippers Association) e ATMI (American Textile Manufacturers Institute)¹⁶. Ma la medesima mentalità si rinviene negli arbitrati internazionali. Una dottrina autorevole sottolinea come gli arbitri si affidino "al buon senso e alla ragionevolezza e, forse troppo spesso, alla lettera del testo. Il che porta ad una conseguenza non di poco conto: se non si dà rilievo alle regole normative sull'interpretazione, la competizione tra ordinamenti non ha un grande senso, e la scelta migliore dovrebbe allora essere quella dell'uniformazione delle regole quanto meno in ambito europeo. Scelta politicamente difficile. Come ha documentato il fallimento delle proposte fino ad oggi presentate alla Commissione europea o sostenute dalla stessa Commissione"¹⁷.

La preferenza per il testualismo si inquadra nel generale desiderio delle imprese per la certezza "entendida como previsibilidad, que en si comprende tan solo una referencia a una o mas difundida, atendible, clarividente, disposicion a la prevision. En tal acepcion, en suma, la expresion certeza del derecho alude en realidad a una certeza de los individuos sobre el

¹⁵ Charny, D., 1991, p. 1819.

¹⁶ Benstein, 1996; Bernstein, 2001.

¹⁷ Alpa, 2019, p. 1255-1256.

derecho, con particular referencia a las previsibilidad de las consecuencias jurídicas concretamente enlazadas a actos o hechos”¹⁸. Ma non è solo un bisogno commerciale, Natalino Irti richiamandosi a Giacomo Devoto parla di “legalità linguistica...(in quanto) una politica di sostanziale stabilità grammaticale, e quindi conservatrice, è nella società moderna, più che raccomandabile, necessaria>>” e constata come più che conservatrice sia in realtà “democratica”¹⁹. D’altra parte lo stesso Scalia alle critiche sul fatto che il testualismo fosse noioso, pedante, banale ribatteva che per essere un testualista non è necessario essere “un sempliciotto”, ma solo credere che non sia compito del giudice perseguire grandi fini o scrivere nuove leggi²⁰.

Un aspetto da valutare per comprendere questa preferenza è la percezione da parte delle imprese ed operatori economici della difficoltà dei giudici di capire la dinamica degli affari e di valorizzare in modo corretto gli elementi del contesto, soprattutto quando questo implica una correzione delle pattuizioni. Anzi, parte della dottrina ha notato che “molti elementi del nostro sistema legale hanno più senso se li interpretiamo come una risposta al fatto deplorabile ma inevitabile che i nostri tribunali non sono capaci quando si tratta di far rispettare i contratti”²¹.

Inoltre, si osserva che la passività giudiziaria costituisce un incentivo rilevante a creare una struttura contrattuale che sia adeguata alla fattispecie concreta e capace di adeguarsi a situazioni imprevedibili. Lo sviluppo e il progressivo aggiustamento di molte clausole tipiche della prassi internazionale unitamente alla creazione di nuovi modelli dimostrano questo continuo miglioramento.

Va, osservato, peraltro come anche una interpretazione rigorosamente testualista non può mai prescindere completamente dal contesto, semplicemente consente alle parti di determinare in che misura gli elementi esterni possano essere considerati. E’ una questione di modalità e di limiti piuttosto che di impossibilità di suo uso. Peraltro, gli stessi giudici più attenti all’interpretazione letterale hanno mostrato in alcune circostanze la necessità di valutare il comportamento delle parti o gli usi commerciali per comprendere l’accordo contrattuale. Infatti, Learned Hand rileva che “è vero che le parole usate, anche nel loro senso letterale sono il modo principale e generalmente il più affidabile come fonte di interpretazione di ogni scritto sia esso una legge, un contratto o qualsiasi altro documento. Ma costituisce il più sicuro indice di

18 Gometz, 2012, p. 261. L'autore avverte che “si se quiere atribuir un contenido axiológico a la noción de certeza, ello debe buscarse precisamente en su correlación respecto a la mejor posibilidad de planificación de las elecciones prácticas individuales, o de cualquier modo respecto a otros objetivos personales (científicos, profesionales, etc.). Solo en este sentido la certeza puede ser considerada un valor. Y si hay algo de que se puede tener certeza es que no se trata de un valor menor”

19 Irti, 2020,126-127.

20 Sutton, Wheelan, 2020, p.30.

21 Posner, 2000, 754.

una giurisprudenza matura il non trasformare il dizionario in una fortezza”²². E così anche Justice Scalia ammette come “sia possibile stipulare un contratto in modo da lasciare alcune decisioni alla discrezionalità incontrollata di una delle parti e in tal caso la questione della buona fede è irrilevante. Ma il trucco è capire quando il contratto è stato stipulato in tal modo e sicuramente la semplice individuazione di un potere espresso non è sempre la prova. A volte può bastare ... Ma dire che ogni potere contrattuale espressamente conferito è di questa natura significa eliminare del tutto la dottrina della buona fede”²³. Questo argomento implica, dunque, la necessità di non affidarsi completamente al testo ma di valutare anche il comportamento delle parti alla luce della buona fede.

Un esame del contesto è necessario per valutare la natura dei contraenti e decidere se si tratta di parti esperte. La nozione è ampiamente utilizzata in dottrina e giurisprudenza anche perché incide sulla stessa applicazione di regole come la *parol evidence rule* o l’interpretazione di clausole quali quella di completezza: tanto più le parti sono “s sofisticate”, quanto più il giudice sarà restio ad intervenire. Una parte della dottrina ha ricompreso nella categoria le parti ovviamente esperte, tra cui multinazionali e grandi imprese, e quelle che “operano in un contesto commerciale, ma presentano molte caratteristiche dei soggetti comuni”²⁴. Il riferimento è ad associazioni professionali, imprese con cinque o più dipendenti, le società in accomandita semplice. Lo sforzo di stabilire parametri certi non sembra però convincente stante la complessità del mercato.

L’esame della giurisprudenza permette di individuare come alcune caratteristiche, seppur non esplicitate, debbano essere presenti almeno in parte nella contrattazione per configurare un soggetto esperto: la sua natura imprenditoriale, governamentale o quasi pubblica, l’esperienza nel settore, il patrimonio, l’educazione, la complessità dell’affare la consulenza di avvocati e/o tecnici nella redazione dell’accordo. Tuttavia, è stato correttamente osservato come, pur essendo tali criteri corretti, le Corti non esaminano o motivano sufficientemente la nozione e si limitano a dichiararla. E’, invece, fondamentale parametrare il concetto sull’accordo effettivamente stipulato: emerge, dunque, che gli attori ripetuti sono generalmente contraenti esperti, ma non tutti i contraenti esperti sono attori ripetuti²⁵.

Interessante in proposito è *Reilly v. Richards*²⁶ che riguardava un contratto di vendita di un immobile nel quale una parte era un avvocato. La Ohio Supreme Court nel decidere la controversia ha ritenuto l’avvocato

22 *Cabell v. Markham*, 148 F. 2d 737 (2d Cir. 1945).

23 234 U.S. App. D.C. 46, 727 F.2d 1145 (1984).

24 Schwartz, & Scott, 2003.

25 Miller, 2010.

26 *Reilly v. Richards*, 632 N.E.2d 507 (1994).

non un esperto in quanto “had no real experience in real estate law and thus, was an unsophisticated party at the time of the transaction”. L’esame fattuale delle parti e della natura dell’affare è fondamentale e permette se correttamente svolto di contestualizzare l’interpretazione, pur continuando ad adottare un approccio testualista.

3. Inoltre, si osserva come molto spesso, siano le stesse parti ad attribuire al giudice il compito di esaminare il contesto e fissano il quadro dell’attività interpretativa. E’ frequente che il contratto includa standards o clausole generali che necessitano una attenzione alle circostanze concrete. Si considerino ad esempio questi tre modelli di clausole diffusi nella prassi:

- a) la reasonable effort, la quale prevede che a parte si adoperi in maniera ragionevole al fine di conseguire il risultato tenendo presente i propri interessi commerciali e la probabilità di successo, ma non è tenuta a intraprendere ogni azione ad essa disponibile;
- b) la all reasonable effort in base a cui il contraente deve esplorare tutte le opzioni che sono ragionevolmente a sua disposizione ma non è tenuto a ignorare i propri interessi commerciali né a cercare di conseguire il risultato se è evidente che ogni sforzo ulteriore sarebbe inutile;
- c) la best effort che stabilisce il dovere di intraprendere ogni azione che una prudente e ragionevole controparte che agisce nel proprio interesse e desidera conseguire il risultato intraprenderebbe, ma non obbliga a compiere azioni che potrebbero comportare la propria rovina finanziaria, pregiudicare la propria situazione commerciale o che non hanno alcuna probabilità di successo.

In alcune ipotesi tali pattuizioni sono accompagnate da esempi che possono indirizzare l’interpretazione, ma generalmente sono adottate quando i contraenti non sono in grado di prevedere le condotte che saranno necessarie e/o gli eventi che potrebbero incidere sulla relazione contrattuale. Tuttavia la determinazione degli sforzi richiesti non può avvenire in modo separato dall’analisi delle circostanze concrete, della natura delle parti, delle caratteristiche dell’operazione economica.

La necessità di un esame del contesto emerge anche con riguardo alle clausole di forza maggiore. Secondo il modello ICC, “è un evento o una circostanza (“Forza maggiore evento”) che impedisce a una parte di eseguire uno o più dei suoi obblighi contrattuali ai sensi del contratto, se e nella misura in cui la parte colpita dall’impedimento (“la parte interessata”) prova:

- a) che tale impedimento è al di fuori del suo ragionevole controllo; e
- b) che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto; e
- c) che gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto ragionevolmente essere evitati o superati dalla Parte interessata”

Tale clausola deve essere letta alla luce della situazione e non è sufficiente una lettura testuale. Così appare evidente che nell' ipotesi Covid-19 non basterà la pandemia o le misure governamentali per invocare la clausola, salvo che la fattispecie sia stata espressamente prevista, ma bisognerà valutare le circostanze esterne.

Analogo è il caso nella prassi internazionale delle clausole di buona fede che impongono alle parti “to deal with each other honestly, fairly and in good faith in all respects, and to provide each other with reasonable further assurances in furtherance of their mutual performances with respect to this Agreement”. Tali pattuizioni nei casi nei quali opera la legge di un sistema di common law, soprattutto inglese, servono ad affermare il principio di buona fede, che potrebbe non essere riconosciuto. Mentre con riguardo agli ordinamenti di civil law rafforzano il dovere codicistico.

Spesso, poi, le parti individuano espressamente gli elementi del contesto che devono essere valutati. Ciò si rinviene nella eventuale descrizione delle trattative e dei rapporti fra le parti e soprattutto nelle “whereas clause” che servono a spiegare i motivi della conclusione del contratto e, in alcuni casi, ne descrivono lo scopo. Sono adottate proprio al fine di guidare la corretta interpretazione del giudice.

Più in generale e anche prescindendo dagli specifici stili e tecniche di redazione, un elemento che potrebbe risultare indicativo è la completezza del testo contrattuale. E' noto che tale profilo costituisce una differenza significativa fra il modello di common law generalmente lungo e dettagliato da quello di civil law che fondandosi su codici, lascia molte questioni alla disciplina legislativa. Tuttavia, la scelta delle parti di regolare con precisione il rapporto può essere considerata un segnale di una preferenza per un approccio formalista: dimostra, infatti, la volontà dei contraenti di affidarsi il meno possibile alla discrezionalità del giudice. Un limite di questo argomento si rinviene nella diffusa presenza di clausole boilerplate, che vengono introdotte senza una particolare riflessione o negoziazione. La dottrina ha evidenziato che spesso questo costituisce l'ostacolo più significativo alla loro stessa invocazione nei procedimenti. Bisogna infatti, considerare pragmaticamente che “raramente un contratto in una data transazione è realizzato da zero e, nonostante i sentimenti di alcuni avvocati, i contratti non sono opere letterarie

creative. Piuttosto che scrivere da zero, gli avvocati tipicamente riutilizzano le disposizioni contrattuali di transazioni precedenti. Individualmente e all'interno delle loro aziende archiviano e recuperano documenti da contratti passati e seguono procedure per standardizzare le migliori pratiche per diversi tipi di transazioni ²⁷.

La dottrina ha evidenziato come un uso continuo e diffuso di clausole boilerplate determini dei veri e propri black-holes²⁸. Benchè, infatti, parte dell'importanza e del fascino di un impiego ripetuto delle medesime pattuizioni consista nel fissare attraverso una stessa formulazione un contenuto indipendente dal contratto e dal contesto, questo può comportare paradossalmente la perdita di un loro effettivo utilità. Lontano dal costituire quella fonte di certezza a cui aspirano possono determinare:

- a) obsolescenza perché con le ripetute applicazioni e il passare del tempo perdono adeguatezza di fronte ai cambiamenti giuridici, economici, scientifici e sociali;
- b) un uso meccanico che le trasforma in “legal incantation” priva di un significato condiviso
- c) incrostazione con una riduzione della loro affidabilità.

Queste pattuizioni che hanno un costo elevato e non hanno alcuna funzione possono essere considerate “schemorfismi”²⁹. E' stato, però, correttamente sottolineato come anche la presenza di tali clausole non deve portare il giudice a ignorarle, reputandole semplicemente di stile, ma rimane comunque necessaria una attenzione testuale. Infatti, è possibile che in molti casi rispondano alle intenzioni e alle esigenze delle parti, che semplicemente hanno confidato in un modello già noto anche per abbassare i costi transattivi piuttosto che crearne uno nuovo, con il rischio di interpretazioni incerte. La decisione di qualificare una pattuizione come “noise”, inoltre, potrebbe costituire un precedente che ha riflessi sulla intera applicazione di quella pattuizione con possibili effetti distorsivi sul mercato³⁰.

Soprattutto va constatato che le scelte linguistiche hanno conseguenze e “i tribunali non hanno bisogno di fingere di cercare di indovinare le intenzioni delle parti quando interpretano un contratto. Ascoltano gli avvocati e fanno del loro meglio per cogliere il significato delle parole nella comunità commerciale pertinente. Potrebbero finire per fare qualcosa che agli esperti

27 Triantis, 2012, 186.

28 Choi, Gulati, Scott, 2017. In dottrina si distingue tra black-holes e grey-holes

29 Baird, 2017.

30 Baird, 2017.

non piace. Ma gli esperti sono sempre liberi di riunirsi ... e adottare un nuovo linguaggio. Gli sforzi giudiziari per interpretare il linguaggio e dargli un significato possono rendere i redattori di contratti più attenti³¹. Si viene, così, a determinare un circolo virtuoso che potrà anche portare alla elaborazione di nuovi modelli.

L'opportunità di una valutazione equilibrata che muovendo dal testo consideri anche gli elementi del contesto necessari nella prospettiva indicata dalle parti nasce anche dalla riflessione che l'incompletezza dei contratti non sempre è negativa, ma può essere voluta dai contraenti e risultare efficiente. Addirittura, il contratto può già tenere conto del rischio derivante dall'incompletezza e della ambiguità, che viene addirittura pagato. Ciò avviene in particolare quando si tratta di una materia complessa, con possibili risvolti incerti, i meccanismi di mercato non sono tali da incentivare una prestazione di alta qualità, è necessaria una continua cooperazione tra le parti e si aspetta o si desidera un risultato innovativo. Un esempio sono i contratti di trasferimento di tecnologie.

La tesi testualista deve, infine, confrontarsi con la necessità di impedire o limitare i comportamenti opportunistici. Un profilo che deve essere considerato è la tendenza a affrontare questo tema alla luce di certi bias che non facilitano una analisi razionale. Si discute, infatti, spesso muovendo da concetti come controllo del mercato, potere contrattuale, asimmetria informativa arrivando a far coincidere la parte economicamente più forte con quella che tende a porre in essere condotte abusive. In realtà, può avvenire anche l'inverso: una piccola impresa che per le sue caratteristiche di eccellenza ha una posizione e una reputazione di unicità tali da essere difficilmente sostituibile sul mercato potrà imporre le sue condizioni o agire opportunisticamente anche nei contratti con multinazionali. E' evidente, dunque, che la valutazione non dovrebbe mai prescindere dal caso concreto, ma anche dalla consapevolezza che "come sempre avviene quando si discute di ineguaglianza di potere contrattuale (e della sottesa aspirazione, di carattere pregiudiziale a denervare la vincolatività di una promessa estorta anche se in condizioni che non permettono di attivare la disciplina dei vizi del consenso), il tentativo di razionalizzare forme di intervento a livello individuale sconta difficoltà cogenti. A partire dalla percezione, diffusa e di buon senso, che la disparità di forza contrattuale non soltanto è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale: senza bargaining power che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili e affatto occasionali le parti non sarebbero indotte a

31 Baird, 2017, p.101.

contrattare³². L'intervento correttivo deve limitarsi, dunque, unicamente ai casi più gravi.

Ma anche nelle ipotesi che presentano rischi di abusi la soluzione ex ante pare più efficiente. Si consideri un caso in cui le parti non riescono a provare con sufficiente certezza il contesto rilevante che il giudice deve valutare. Un esempio³³ si ha in un accordo fra una multinazionale farmaceutica e un piccolo laboratorio che prevede a fronte di un finanziamento lo sviluppo di una ricerca. Nella pratica diviene complesso verificare se e come viene utilizzato l'investimento, in particolare se il laboratorio lo impiega anche per avviare altri progetti, posto che le parti perseguono interessi differenti. Un intervento ex post del giudice potrebbe essere insoddisfacente, mentre è preferibile una regolamentazione contrattuale che stabilisca il potere della multinazionale di recedere dal contratto in ogni momento pagando una somma significativa e conservando la proprietà sulla ricerca svolta. In tal modo, è possibile controllare e ridurre i comportamenti opportunistici di entrambe le parti.

Tuttavia, l'interpretazione non può divenire un modo per correggere contratti sbagliati, come spesso sembra, invece, avvenire o individuare abusi dove non vi sono. È necessario distinguere attentamente tra le ipotesi di un affare che si è rivelato insoddisfacente per previsioni, calcoli sbagliati, eventi di mercato da quelle che si connotano per un comportamento disonesto della controparte. Anzi, un profilo che viene spesso sottovalutato è la tendenza anch'essa opportunistica di leggere il contratto in un modo diverso da come lo si era inizialmente inteso solo per poter ridurre le conseguenze di un errore commerciale. Questo aspetto assume un rilievo soprattutto con riguardo alla interpretazione di buona fede, dimenticando però che il primo dovere di buona fede è il rispetto degli obblighi volontariamente assunti.

Soprattutto, non deve essere trascurata la difficoltà per il decisore di individuare anche al fine di sanzionare abusi il "senso dell'operazione economica". Nelle acute parole di un giudice, è necessario che le corti siano caute prima di pontificare sulla realtà commerciale di "un accordo in quanto questa idea da parte di un giudice può essere reputata attendibile quanto quella di un uomo d'affari di un principio giuridico. Inoltre, la visione giudiziale è influenzata inevitabilmente dagli eventi che si sono verificati successivamente alla conclusione del contratto e che, invece, non dovrebbero essere considerati nell'interpretazione"³⁴. Da questo consegue come non sia possibile attribuire alle parole il significato che avrebbero dovuto avere in base ad una lettura soggettiva del contratto, alla luce delle conseguenze

32 Pardolesi, 2014, c. 2040.

33 Gilson, Sabel, & Scott, (2014).

34 Neuberger, 2014.

dell'accordo, ma bisogna eventualmente valutare la posizione e gli interessi delle parti nel momento della stipulazione.

Tale aspetto si connette alla difficoltà per il decisore di individuare il contesto rilevante in relazioni contrattuali sempre più complesse, lunghe e spesso accompagnate da documenti, relazioni, consulenze à. La prassi mostra, infatti, come i giudici spesso diano risalto ad eventi irrilevanti o non riescano a determinare con precisione il loro significato nel susseguirsi del rapporto. Spesso le contrattazioni, ma anche i comportamenti delle parti non sono razionali, sono oscillanti, incerti, si modificano al variare delle situazioni o delle percezioni. Mentre il testo costituisce un riferimento statico, la dinamicità dei comportamenti non ne costituisce uno stabile.

Inoltre, non appaiono chiare le modalità stesse di interpretazione del contesto e i criteri che devono essere applicati a tale attività. E' chiaro che il metodo letterale non fornisce una risposta sempre certa o esatta; anzi spesso il medesimo testo può essere letto in modo diverso, tuttavia almeno offre un punto di partenza sicuro e parametri di interpretazione certi. Non deve sfuggire come contestualismo sia un metodo di interpretazione che lungi dall'offrire regole, necessita esso stesso di interpretazione.

Lascia soprattutto, aperta la questione di quanto e fino a che punto gli elementi esterni possono portare a contraddire il testo. Diverso è, infatti, considerare il contesto nel quale certe espressioni devono essere lette dall'utilizzarlo per modificare il senso di pattuizioni che non sembrano eque, commercialmente razionali o corrette, soprattutto in assenza di criteri evidenti: in base a quale giudizio, infatti, una pattuizione deve essere letta in modo diverso da come appare e in che modo deve essere corretta? Si ammette che "i tribunali non interpreteranno mai le parole nel vuoto. In misura maggiore o minore, a seconda dell'argomento, vorranno essere informati di ciò che può essere variamente descritto come il contesto, lo sfondo, la matrice dei fatti o il danno. Cercare di interpretare uno strumento ignorando o trascurando le circostanze che lo generano o la situazione in cui si prevede che abbia effetto è a mio avviso pedante, sterile e produttivo di errore. Ma questo non vuol dire che un giudizio iniziale su ciò che uno strumento era o avrebbe dovuto ragionevolmente essere inteso a ottenere dovrebbe essere autorizzato a prevalere sul linguaggio chiaro dello strumento, poiché ciò che un autore dice è solitamente la guida più sicura di ciò che intende. A mio avviso la costruzione è un esercizio composito, né senza compromessi letterale né fermamente intenzionale: lo strumento deve parlare da solo, ma deve farlo in situ e non essere trasportato al laboratorio per analisi microscopiche"³⁵.

35 Arbutnott v Fagan [1995] CLC 1396, [1996].

4.Va, dunque, condivisa la tesi secondo la quale “il testualismo e il contestualismo non sono paradigmi contrastanti in una battaglia per l’occupazione esclusiva del campo dell’interpretazione contrattuale. Piuttosto l’avvocato e il giudice nell’interpretare qualsiasi contratto possono utilizzarli come strumento per discernere il significato oggettivo della lingua che le parti hanno scelto per esprimere il loro accordo”³⁶. Ciò nasce dalla percepita insoddisfazione nei confronti di qualsiasi metodo interpretativo³⁷ che si rivela spesso inadeguato nei confronti della varietà della pratica: “la maggior parte degli accordi commerciali su cui valeva la pena litigare erano, al momento della loro creazione, una complessa sinergia di motivazioni, comunicazioni più o meno complete, pratiche di redazione, pressioni, scadenze, molte delle quali hanno spinto il contratto alla sua esecuzione, come una cosa, un atto o evento, e non necessariamente come testo logico e coerente. Nel contratto, concentrarsi semplicemente dopo il fatto sulla logica e la coerenza del testo è spesso la semplificazione di un economista, l’ideale di un moralista o l’illusione di un avvocato”³⁸. E’ stato poi acutamente notato come spesso la logica del mercato determini il medesimo risultato sia attraverso un approccio letterale sia contestuale: “the architectural maxim that form follows function certainly applies. But in contract law its converse applies equally-as function also follows form”³⁹.

Pur nella complessità del tema si impongono, però, due riflessioni. La prima è che l’attività interpretativa deve essere graduale muovendo dal testo⁴⁰. La comprensione dell’intenzione delle parti non può non concentrarsi sulle espressioni che queste hanno liberamente scelto per fissare le proprie obbligazioni contrattuali. D’altra parte la “litterale sentenza non è lettera morta, ma sapere vivente e attivo, che permette il reciproco intendersi e custodisce in sé ogni ulteriore significato: è impossibile venire a questo prima che a quello. Il senso letterale non può essere aggirato ed eluso perché esso è il necessario passaggio verso altri sensi. E’ l’imprescindibile. Il senso di un testo senza passare per la lettera, è sovvertitore e violento...O meglio non è il senso del testo, ma pura e nuda volontà di comando”⁴¹.

La seconda risiede nella necessità di lasciare alle parti il compito di determinare in che misura il contesto possa e debba essere valutato⁴². Ciò si fonda sui principi di autonomia privata e libertà contrattuale. Esse potranno alla luce del mercato, delle condizioni di incertezza e di rischio, della natura dell’operazione economica, delle loro caratteristiche, stabilire l’assetto di

36 [2017] UKSC 24 - UK Supreme Court.

37 Per questo la dottrina propone di adottare un ibrido tra i due metodi. Cunningham, 2017.

38 Lipshaw, 2016, p.219-220.

39 Schwartz, A., & Markovits, D., 2019, p. 17.

40 V. Ricoeur, 2016, p. 190 ss.

41 Irti, 2020, p. 95-96.

42 Mitchell, 2020.

interessi e fissare i confini dell'attività interpretativa del decisore. A questa tesi potrà essere obiettato da un lato il possibile verificarsi di eventi straordinari come dimostrato dalla pandemia Covid-19 che stravolgono l'equilibrio stabilito, dall'altro la fiducia eccessiva nella razionalità dei contraenti e nella capacità di determinare correttamente i propri interessi, soprattutto quando ricorrono elementi distorsivi o asimmetrie.

Tuttavia, si nota come nelle ipotesi eccezionali possa essere ampliato l'uso della buona fede come regola d'emergenza, adeguando il contratto alla situazione concreta, qualora manchi nel testo una disciplina specifica. Questo non deve comportare uno stravolgimento dell'operazione economica e dell'allocatione dei rischi effettuata, ma semplicemente una eventuale rimodulazione del significato alla luce delle nuove circostanze, utilizzando gli indici testuali presenti nell'accordo. Non si avrebbe un superamento del testo alla luce del contesto ma solo una sua miglior comprensione: l'approccio letterale dovrebbe essere equilibrato con una possibile predizione di come le parti avrebbero regolato la situazione se l'avessero saputo. In tale operazione interpretazione e integrazione si fonderebbero.

Inoltre, nonostante sia possibile che le parti non riescano sempre a proteggere i loro interessi nel modo migliore o più efficiente, siamo certi che un terzo con limitate conoscenze, economiche ed imprenditoriali e poche informazioni possa farlo meglio? Forse vi è stata e vi è una idealizzazione dei contraenti che sanno tutelare le loro posizioni, ma non lo è allo stesso modo quella di un giudice onnisciente? Non stiamo contrapponendo due miti? Sarebbe, però, erroneo qualificarlo come un contrasto tra libertà e solidarietà e giustizia, in assenza di parametri di definizione e della possibilità di comprendere verso chi e come attuare la solidarietà e la giustizia. Paradossalmente quello stesso relativismo che non permetterebbe di conoscere il significato oggettivo di un testo ci impedisce allo stesso modo di statuire in nome di valori o principi. Bisognerebbe forse tornare a interrogarsi sulla tragicità di un'epoca che ha rinunciato alla legge come strumento di comando capace di orientare l'azione, lasciandole solo il compito di creare spazi di libertà in cui muoversi cioè quel "vivre sans lois" ricordato da Pierre Manent, ma si esulerebbe dallo scopo di queste riflessioni.

Nella dinamica rapida degli affari, nelle continue evoluzioni della società, la giurisprudenza deve quindi accontentarsi di essere "abbastanza esatta"⁴³ nelle decisioni e in tale prospettiva bisogna tornare all'interpretazione come attività cognitiva⁴⁴, dando ragione a Justice Scalia quando affermava che se "c'è un testo è ovvio che bisogna leggerlo".

43 Schwartz & Scott, 2003.

44 Luciani, 2020.

- Alpa, G. (2019). Problemi di interpretazione del contratto nella prospettiva dell'avvocato europeo, *Riv. trim. di diritto e proc. civ.*, 1241- 1256.
- Baird, D. G. (2017). *Pari Passu Clauses and the Skeuomorph Problem in Contract Law*. Duke LJ Online, 67, 84.
- Benoliel, U. (2017). *The Interpretation of Commercial Contracts: An Empirical Study*. Ala. L. Rev., 69, 469.
- Benoliel, U. (2019). *Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses*. Bus. & Fin.L. Rev., 3, 90.
- Bernstein, L. (1996). *Merchant law in a merchant court: Rethinking the code's search for immanent business norms*. University of Pennsylvania Law Review, 144(5), 1765-1821.
- Bernstein, L. (2001). *Private commercial law in the cotton industry: Creating cooperation through rules, norms, and institutions*. Michigan law review, 99(7), 1724-1790.
- Charny, D. (1991). *Hypothetical bargains: The normative structure of contract interpretation*. Michigan Law Review, 89(7), 1815-1879.
- Choi, S. J., Gulati, M., & Scott, R. E. (2017). *The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate*. Duke LJ, 67, 1.
- Cunningham, L. A. (2017). *Contract Interpretation 2.0: Not Winner-Take-All but Best-Tool-for-the-Job*. Geo. Wash. L. Rev., 85, 1625.
- Eisenberg, T., & Miller, G. P. (2008). *The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts*. Cardozo L. Rev., 30, 1475.
- Fernández Cruz, G. (2002). *Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano*. Derecho & Sociedad, (19), 146-164.
- Gilson, R. J., Sabel, C. F., & Scott, R. E. (2014). *Text and context: contract interpretation as contract design*. Cornell L. Rev., 100, 23.
- Gometz, G. (2012), *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid: Marcial Pons Jurídica y Sociales, S.A.
- Holmes, O. W. (1897). *The Path of the Law*, Harv. Law Rev., 10, 457, 469.

Irti, N. (2020), *Riconoscersi nella parola*, Bologna: Il Mulino.

Lipshaw, J. M. (2016). *Lexical Opportunism and the Limits of Contract Theory*. U. Cin. L. Rev., 84, 217.

Luciani, M. (2020). *Clauseole generali e certezza del diritto*. Questione giustizia.

Manent, P. (2001). *Cours Familier de philosophie politique*. Parigi: Gallimard,

Merkel, A. (1987). *Il duplice volto del diritto*. Milano: Giuffrè.

Miller, G. P. (2009). *Bargains bicoastal: New light on contract theory*. Cardozo L. Rev., 31, 1475.

Miller, M. R. (2010). *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*. Mo. L. Rev., 75, 493.

Mitchell, C. (2003). *Leading a Life of its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law*. Oxford Jour. of Legal Studies, 639.

Mitchell, C. (2020). *Interpretation of Contracts*. New York: Routledge.

Neuberger, D. (2014), *The Impact of Pre and Post-Contractual Conduct on Contractual Interpretation*, https://na.eventscloud.com/file_uploads/d287ff445a9a9207cb6dd88b475bac2f_P3-LordNeuberger.pdf.

O’Gorman, D. P. (2019). *Learned Hand and the Objective Theory of Contract Interpretation*. UNHL Rev., 18, 63.

Pardolesi, R. (2014), *Un nuovo super potere-giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, c.2039-2042.

Posner, E. A. (1999). *A theory of contract law under conditions of radical judicial error*. Nw. UL Rev., 94, 749.

Ricoeur, P. (2016), *Dal testo all’azione*, Milano: Jaca Book.

Schwartz, A., & Markovits, D. (2019). *Function and Form in Contract Law*.

Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). *Contract theory and the limits of contract law*. Yale LJ, 113, 541.

Sutton, J. & Wheelan E. (coord.) (2020). *The Essential Scalia*, New York: Penguin Random House LLC.

Triantis, G. G. (2012). *Improving contract quality: modularity, technology, and innovation in contract design*. *Stan. JL Bus. & Fin.*, 18, 177.