

LE REGOLE DI INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO TRA DEROGABILITÀ E PRINCIPIO DISPOSITIVO. A PROPOSITO DI UN CONVEGNO SENESE*.

Di Antonio Musto

| 261

SOMMARIO: 1. “Come si arriva alla interpretazione del contratto”. - 2. “L’interpretazione del contratto tra autonomia privata e processo”. - 3. “Interpretazione contrattuale e scritture di conflitto”. - 4. “La disponibilità linguistica del testo”. - 5. “Interpretazione più favorevole per il consumatore e poteri del giudice”. - 6. “L’interpretazione correttiva”.

1. “Come si arriva alla interpretazione del contratto”¹.

Per capire “come si arriva alla interpretazione del contratto” bisogna, innanzitutto, partire da una data: il 15 maggio 1865. In questa data si riunisce la Commissione per il coordinamento della norme transitorie del Codice civile del 1865.

Durante lo svolgimento dei lavori della Commissione, uno dei Commissari propone di abolire le norme sulla interpretazione del contratto. Seguono diversi interventi e alla fine si vota. Il mantenimento delle norme sulla interpretazione del contratto, per come contenute nel codice civile del 1865, passa per 5 voti a favore e 4 contrari. Se fosse andata diversamente, la materia dell’interpretazione del contratto non avrebbe certo perso la sua centralità, ma

sarebbe stata trattata con una prospettiva sicuramente diversa.

Oggi il tema della interpretazione del contratto soffre dell’idea che tutti sono capaci di interpretare. Si ritiene che questa sia un’arte che tutti possiedono. In tal modo si trascura di considerare, fino in fondo, come si arriva alla interpretazione del contratto.

Queste parole furono già espresse da G. Messina, nel 1906, in *L’interpretazione dei contratti. Studi*, (1906), in G. Messina, *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948. L’Autore nel saggio così scriveva: “Occorre appena ricordare che non sempre basta conoscere, ma talvolta occorre conoscere come si arriva alla conoscenza”.

Bisogna cioè capire come si arriva alla conoscenza; come si arriva alla interpretazione; quali sono le strade che consentono di arrivare ad interpretare il contratto. A ragionare diversamente si finirebbe per aderire all’impostazione secondo la quale l’interprete coglie il significato del contratto quasi fosse il mero esercizio di un’arte.

La Suprema Corte di Cassazione, dal canto suo, continua ancora oggi a ripetere *in claris non fit interpretatio*. Quando, invece, già, nel 1840, F.C. Von Savigny, - in *Sistema del diritto romano attuale*,

* Già edito in *Vita notarile*, 2012, 2, p. 917.

¹ Il presente scritto costituisce una sintesi, a cura dell’Autore, degli interventi tenuti dai Prof.ri: G. De Nova (par. 1), C. Scognamiglio (par. 2), P. Femia (par. 3); M. Orlandi (par. 4); S. Pagliantini (par. 5); M. Pennasilico (par. 6) in occasione del Convegno “Le regole di interpretazione del contratto tra derogabilità e principio dispositivo”, 9 marzo 2012, Siena - organizzato da Università degli studi di Pisa, Università degli studi di Siena, Istituto Italiano di Scienze Umane (SUM) Firenze.



(1840-49), trad. di V. Scialoja, Torino, 1886, I - a proposito della interpretazione della legge, affermava che bisogna sempre interpretare, perché l'interpretazione non è un problema che dipende dalla oscurità del testo.

Infatti, se il testo di legge non è oscuro, sarà meno difficile interpretare, ma comunque si deve interpretare. Se, poi, il testo di legge è oscuro, bisogna sempre interpretare, perché è la legge che lo impone.

Eppure nonostante questo insegnamento, ben chiaro già nel 1800, ancora oggi la giurisprudenza - un po' stancamente - continua ad affermare *in claris non fit interpretatio*.

Sul punto, bisogna evidenziare alcuni aspetti.

Innanzitutto, va detto che si è abituati a considerare il contratto come l'oggetto della interpretazione. In questa sede si intende, invece, provare a rovesciare la prospettiva, considerando il contratto, non già come l'oggetto dell'interpretazione, ma come la fonte delle regole della sua interpretazione.

Il riferimento è a quella che il Prof. G. De Nova definisce la *interpretazione convenzionale*, secondo la quale le parti concordano come il contratto - che esse stesse hanno stipulato - debba essere interpretato. Le parti dettano, cioè, le regole per la interpretazione del contratto da esse stesse concluso.

Questo argomento non è caratteristico della nostra prospettiva positiva.

È, invece, assolutamente scontato in una prospettiva di *common law*, dove le parti si pongono il problema di come il contratto, che esse hanno stipulato, debba essere interpretato. A tal fine, le parti dettano regole specifiche sull'interpretazione del contratto, definendo il significato dei termini utilizzati nel contratto e facendo precedere il contratto da premesse utili ai fini interpretativi.

Per comprendere appieno l'interpretazione convenzionale bisogna fare un regolamento di confini.

Essa, infatti, è nettamente distinta dall'interpretazione autentica, la quale necessariamente segue - e non precede - il contratto. Ma è qualcosa di diverso anche rispetto all'accordo delle parti in giudizio sulla interpretazione del contratto.

Su quest'ultimo argomento importanti novità promanano dal novellato articolo 115 c.p.c., nella parte in cui afferma che i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita debbono essere dal giudice posti a fondamento della sua decisione.

Al riguardo bisogna chiedersi in che misura questa norma incide sull'accordo che le parti in giudizio hanno concluso con riferimento alla interpretazione del contratto. Ebbene, considerato che la norma parla di fatti, potrebbe costituire una forzatura spingersi troppo in là nel ritenere che il silenzio di una parte, sulla interpretazione che l'altra parte

dà del contratto, comporti nell'art. 115 c.p.c. la presenza di un fatto non contestato.

Il tema, pur rilevante, merita approfondimenti, che, però, esulano dalla presente trattazione, la quale ha ad oggetto il contratto come fonte della sue regole interpretative. In particolare la questione è stabilire se il contratto possa o meno imporre al giudice le norme sulla interpretazione del contratto, con la conseguenza di vincolarne il giudizio.

La domanda può essere anche diversamente formulata. Infatti ci si potrebbe chiedere: "Le norme legali, relative all'interpretazione del contratto, e contenute negli articoli 1362 e ss. c.c., sono norme derogabili oppure sono inderogabili?". "Sono ammissibili regole sulla interpretazione del contratto che non si limitano ad integrare le norme legali, ma che pretendono di sostituirsi ad esse?".

Questo argomento è stato in passato affidato alla geniale intuizione di studiosi del diritto.

Al riguardo è interessante notare che, già nel 1922, F. Carnelutti - in *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 145 - ponendosi il problema della derogabilità delle norme sull'interpretazione, scriveva che: "abbia efficacia una clausola contrattuale, giusta la quale il contratto debba essere inteso secondo il senso letterale delle parole, anziché secondo le intenzioni dei contraenti, non è sostenibile".

L'impostazione di Carnelutti ha dato luogo ad un dibattito fra gli studiosi civilisti -Grassetti e Roppo, tra gli altri - divisi circa la possibilità di derogare agli articoli 1362 e ss. c.c.

La questione non era semplicemente e squisitamente dottrinarica, perché si trattava di stabilire se arrestarsi alla lettera del contratto oppure - come impone l'art. 1362 c.c. - di ricostruire la comune intenzione delle parti, facendo riferimento anche ai lavori preparatori.

Un tema di ieri ritorna come un tema di oggi. La risposta a questa domanda è particolarmente articolata, perché bisogna guardare ad ogni singola norma, dettata dal codice civile in materia di interpretazione del contratto, per stabilire se essa possa o meno essere derogata.

Cominciamo, quindi, dall'art. 1362 c.c. che dispone che: "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

Ora, laddove si giungesse ad ammettere la deroga della regola contenuta nell'art. 1362 c.c. si finirebbe con l'impedire al giudice di ricostruire la comune intenzione delle parti contro la lettera del contratto. In altri termini, al giudice sarebbe impedito di





tenere conto dei lavori preparatori, i quali, grazie alle comuni tecnologie, sono oggi conoscibili fin nel dettaglio. Basti pensare alle revisioni delle bozze scambiate per via telematica.

La risposta deve essere quindi negativa, in quanto si tratta di imporre ad un soggetto terzo, quale è il giudice, che svolge una funzione pubblica, una modalità di comportamento.

Qualcuno spiega l'inaammissibilità della deroga facendo ricorso alla buona fede. In realtà, tale inammissibilità dipende dal fatto che il giudice svolge una funzione di pubblico interesse, ricopre cioè un *munus publicum*

Diversa sarebbe, invece, la conclusione nell'ipotesi in cui le parti imponessero una simile regola interpretativa ad un arbitro. In questo caso il principio sarebbe di segno opposto, perché l'arbitro fa ciò che gli dicono le parti.

L'importanza dell'argomento impone chiarezza. In questa sede non si sta sostenendo che le parti non possono fare nulla di utile per la interpretazione del contratto, in quanto tutto e comunque deve essere fatto dal giudice. Le parti possono qualificare gli elementi fattuali, ma non possono imporre in modo vincolante al giudice le norme sull'interpretazione.

Un cenno merita, a questo punto, il tema relativo sulla qualificazione del contratto, in quanto è diffuso il convincimento secondo il quale le parti non possono vincolare il contratto alla qualificazione che le stesse danno del contratto medesimo.

Sul punto bisogna essere cauti, perché l'art. 12, comma 3, del nuovo c.p.c. francese prevede che le parti possono, invece, vincolare il giudice sulla qualificazione. In tal modo, il giudice francese, secondo la recente modifica legislativa, non può mettere in discussione quanto previsto dalle parti. Un principio quest'ultimo che contrasta nel nostro ordinamento giuridico con il principio di libertà e di libero convincimento da parte del giudice.

Con riferimento, poi, all'art. 1363 c.c., va detto che tale norma enuncia il canone della totalità, che è complementare al principio di cui all'art. 1362 c.c. Il canone della totalità è un principio che opera in qualunque contesto interpretativo e, quindi, non ha molto senso parlare di una sua deroga.

L'art. 1364 c.c., a sua volta, si occupa delle espressioni generali. Segnatamente, la norma in essa contenuta statuisce che: «Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare».

Questa disposizione è espressione di una scelta di politica legislativa, analogamente alla regola sulle convenzioni del contratto, dettata dall'art. 304 c.p.c. Qui, però, troviamo una regola interpretativa diametralmente opposta, la quale stabilisce che la

convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto. Quindi una prospettiva esattamente contraria alla precedente.

Ma se l'art. 1364 è espressione di una scelta del legislatore, tra quelle possibili, perché ritenere che le parti non possono diversamente decidere, qualora ritengano più razionale nel caso concreto una norma in tema di interpretazione del contratto?

In questo caso può ritenersi ammissibile una apertura in senso più liberale.

L'art. 1366 c.c., infine, afferma il principio secondo il quale il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.

Ora bisogna chiedersi: «Può essere derogata una simile norma?» Ma soprattutto bisogna domandarsi: «Se le corti, invase dal principio di buona fede, ex art. 1366 c.c., hanno costruito, nel silenzio del contratto, una serie di obbligazioni aggiuntive, queste ultime valgono anche per i futuri contratti, analoghi a quelli che hanno già dato luogo a controversie, oppure le parti possono diversamente regolarli? In altri termini, le parti possono regolare quei profili che, nel silenzio del contratto, sono stati regolati dalle corti in modo difforme, in applicazione del principio di buona fede?»

Anche qui la risposta può essere di segno positivo.

Sul punto, c'è una sentenza della Cassazione che ha deciso che, nell'ipotesi in cui cambi la tecnologia di impresa, il datore di lavoro deve supportare a suo carico, nel silenzio del contratto di lavoro, gli oneri di aggiornamento dei dipendenti.

Ora, un nuovo contratto potrebbe disporre diversamente?

La risposta non può che essere affermativa, perché questi obblighi aggiuntivi inseriti dalle Corti sono disponibili dalle parti.

C'è, però, un ulteriore aspetto da approfondire e riguarda l'interpretazione del contratto alieno, ovvero del contratto che è tale non per il fatto che contiene al suo interno delle clausole sulla interpretazione, ma perché pensato con categorie che non sono le nostre.

In questo caso occorre distinguere fra una prima ed una seconda fase del procedimento interpretativo.

Nella prima fase l'interprete deve cogliere il significato delle espressioni che sono utilizzate nel contratto, per come esse sono intese nel contesto anglo-americano in cui vengono applicate.

C'è poi una seconda fase di verifica della compatibilità di tali espressioni con il diritto italiano.

Questo non è un discorso meramente dogmatico. Infatti, bisogna prima chiedersi cosa significa il termine nel contesto in cui è nato e, soltanto dopo,

procedere ad una verifica di compatibilità con l'ordinamento che riceve l'innesto della clausola straniera.

Un ultimo profilo da analizzare è quello relativo al rapporto fra interpretazione del contratto ed il tempo. Ci si chiede se nella interpretazione del contratto possa rilevare la circostanza che una determinata parola assume significati diversi in date diverse.

Si può, al riguardo, fare un esempio. Si pensi ad un contratto in cui si prevede che un *manager* avrà una somma nel momento in cui decida di lasciare la società, e che tale somma verrà calcolata in relazione al fatturato che "oggi" alla società del gruppo derivi dalla attività di consulenza.

Ora questa clausola viene stipulata oggi, in un momento in cui il gruppo svolge attività di consulenza con un determinato fatturato. Il *manager* rimane in società per dieci anni.

Quando il *manager* decide di andare via, bisogna stabilire la somma che gli spetta, in base a quella clausola, tenendo conto del fatturato di "oggi" oppure assume rilevanza la circostanza che nel tempo l'attività di consulenza ha subito delle variazioni?

Il problema resta aperto.

2. "L'interpretazione del contratto tra autonomia privata e processo".

Il problema della interpretazione del contratto assume rilevanza quando insorge la lite e si entra nel processo. È nel processo che si pone, in tutta la sua risonanza, per così dire, il problema della interpretazione del contratto.

Rispetto a questo problema l'autonomia privata può ricoprire un ruolo fondamentale, in quanto essa può costituire una possibile fonte delle regole del procedimento ermeneutico. In questo caso, il contratto, da "oggetto" del procedimento ermeneutico, diventa "fonte" delle regole dell'interpretazione.

Qui si pone il problema della derogabilità o meno delle norme sull'interpretazione del contratto ad opera dei privati.

Questo tema è rimasto sostanzialmente affidato al discorso teleologico e non ha suscitato una grande attenzione nella nostra esperienza dottrina, ancora più nella nostra esperienza giurisprudenziale, dove non sono rintracciabili sentenze che si occupano significativamente di questo problema.

Diversamente accade in altre esperienze giuridiche, come ad esempio nei Paesi di *common law*, dove sono frequenti le clausole che contengono regole interpretative che circoscrivono rigorosamente il materiale interpretativo utilizzabile dal giudice.

L'utilizzo di tali clausole risponde sostanzialmente ad una esigenza di credibilità dell'esito interpretativo. Esse si spiegano per la preoccupazione, tipica dei contratti di *common law*, che il giudice non abbia a riscrivere il regolamento contrattuale in luogo delle parti. Il giudice, cioè, non deve entrare a giocare la partita, ma deve soltanto governare il fenomeno interpretativo in base alle regole ermeneutiche fissate dalle parti.

Questa è probabilmente la spiegazione più corretta dell'accreditarsi di tale fenomeno nel modello di *common law*, e, al contempo, la ragione della sua mancata diffusione nel nostro ordinamento giuridico.

Qui probabilmente la famigerata, e tuttora controversa, regola dell'*in claris non fit interpretatio* potrebbe trovare una sua spiegazione se la si intende, appunto, nella prospettiva di una protezione del testo da possibili interventi manipolativi da parte del giudice. Effettivamente, il rifiuto di utilizzare tecniche interpretative diverse potrebbe spiegarsi nella prospettiva di una protezione del testo da possibili interventi di riscrittura del giudice, magari dando al contratto un significato quanto più vincolato alla lettera del testo.

Rimane, però, aperto il problema se ed in quale misura le regole interpretative possano essere derogate. Tale problema molto probabilmente deve i suoi natali anche al fatto che, già nell'ambito dei lavori della Commissione, ossia durante la elaborazione del codice civile previgente, si discuteva se tali norme dovessero considerarsi vincolanti, e, ancor più, se dovessero essere comprese all'interno del codice civile.

Già Grasseti, nel periodo relativo al codice previgente, dedicò al tema molta attenzione. Un problema che poi è stato risolto positivamente dal codice civile del 1942.

Probabilmente, e paradossalmente per certi versi, la situazione non sarebbe molto cambiata in assenza ora delle norme sulla interpretazione del codice del 1865, ora di quelle contenute nel codice del 1942.

Allo stesso tempo, però, sarebbe molto cambiato il modo di fare i processi, non fosse altro per il fatto che, se le norme sulla interpretazione sono intese come norme giuridiche, è ammissibile un ricorso di legittimità, per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto, cosa che ovviamente è preclusa laddove siffatte norme fossero manchevoli del crisma della giuridicità.

Detto quanto, è altrettanto vero che l'art. 1363 c.c. sarebbe difficilmente immaginabile come norma derogabile, proprio perché il principio di totalità è difficilmente espungibile, per così dire, da qualsiasi procedimento ermeneutico che non voglia essere totalmente irragionevole.





In altre parole, le regole di interpretazione, per come condensate negli articoli dal 1362 al 1371 c.c., hanno un loro asse intrinseco di logicità e di corrispondenza ad una consolidata funzione culturale. Hanno cioè una logica, in base alla quale, per certi versi, il problema della loro derogabilità o inderogabilità forse può essere considerato un falso problema, perché sarebbe completamente irragionevole immaginare dei contraenti che derogano alla regola dell'art. 1363 c.c.

Ragionando su questa premessa, il problema della derogabilità delle regole ermeneutiche, per come dettate nel codice civile, forse è circoscrivibile, nonostante la sua pur ancora ricca criticità.

Tale obiettivo può essere raggiunto se si accetta l'idea di una relatività dei criteri di interpretazione, con ciò intendendo fare riferimento alla circostanza che non tutti i contratti possono essere interpretati allo stesso modo.

Non si può interpretare allo stesso modo il contratto di commercio internazionale ed il contratto del piccolo commercio; il contratto di compravendita ed il contratto di cessione di partecipazione azionaria; il contratto costitutivo di società ed al contratto collettivo di lavoro.

Il discorso sulla derogabilità o meno delle regole sulla interpretazione non va cioè affrontato "norma per norma", ma "contratto per contratto", tenendo conto del tipo di contratto che abbiamo di fronte, della sua natura e della tipologia degli effetti che da esso originano.

Per fare un esempio prendiamo in considerazione i contratti che producono effetti verso i quali i terzi possano nutrire un ragionevole affidamento. Nello specifico, si pensi al contratto costitutivo di società.

Ebbene, un simile contratto non potrebbe al suo interno presentare clausole derogatorie dei criteri ermeneutici posti dal codice civile, perché i terzi, secondo la regola del ragionevole affidamento, non possono vedersi opposta una scelta di autonomia privata che ponga fuori gioco questa o quella regola interpretativa.

Detto quanto, a questo punto, bisogna inserire il discorso relativo alla derogabilità o meno della regola di buona fede contrattuale.

Come è noto, tale regola, in generale, è considerata inderogabile.

In questa direzione sono orientati anche i progetti di diritto privato europeo dei contratti, i quali attribuiscono un principio di valore inderogabile alla regola della buona fede, in quanto principio di governo *tout court* della intera materia contrattuale.

Ciò assume rilievo non tanto nei casi - puramente scolastici - nei quali le parti affermino programmaticamente di voler interpretare il contratto in ma-

niera sleale, e cioè in maniera tale da deviare il ragionevole affidamento creatosi sul senso della dichiarazione dell'uno e dell'altro contraente, ma nei casi in cui le parti tendono ad accreditare soluzioni irragionevoli sulla base di una razionalità economica dell'operazione.

Fin qui per quel che riguarda l'aspetto della derogabilità delle norme interpretative. Rimane da affrontare l'altro termine del problema, e cioè il processo, che costituisce il reale ambito di risonanza del problema interpretativo.

Nell'ambito del processo il primo problema con il quale bisogna confrontarsi viene messo in evidenza dal Prof. P. Schlesinger, in *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, 1136 ss.

L'Autore affronta il problema se le parti possano vincolare il giudice rispetto alla interpretazione da dare al contratto, salvo poi non essere più d'accordo.

In questa situazione, secondo l'Autore, il principio dispositivo è fuori baricentro rispetto al problema interpretativo. Il principio dispositivo riguarderebbe solamente le enunciazioni delle parti sui fatti posti a fondamento delle rispettive affermazioni, mentre da esso esulerebbe la fase dell'accertamento di significato di una dichiarazione.

Il principio dispositivo riguarda il fatto. L'interpretazione del contratto riguarda il valore dell'atto di autonomia privata, cioè il contenuto pre-cettivo della regola nella quale si risolve l'atto di autonomia privata.

Questa premessa consente di risolvere il problema se il novellato art. 115 c.p.c. - secondo il quale, salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza - riguardi o meno il tema della interpretazione.

Infatti, l'interpretazione del contratto non è un fatto che può dirsi allegato in senso processuale. La non contestazione si riferisce solo a fatti, e non a valutazioni o qualificazioni giuridiche. La prima sentenza che ha affermato il principio di non contestazione è una sentenza relativa al processo del lavoro, dove l'art. 416 c.p.c. onera la parte convenuta di contestare specificamente i fatti allegati dall'attore.

Muovendo da tale premessa, la giurisprudenza della Cassazione, prima a Sezioni Semplici e poi Unite, ha cominciato ad affermare che nel processo del lavoro, la sanzione della violazione dell'onere di specifica contestazione è la prova del fatto, non

specificamente contestato, contro la parte che non abbia adempiuto all'onere di specifica contestazione.

Ma ciò riguarda solo i fatti allegati e non può riguardare la valutazione dei fatti, che rimane estranea all'area del principio di non contestazione.

Ecco, dunque, che l'art. 115 c.p.c. non ha nulla che vedere con il problema che il Prof. Schlesinger sollevava nel 1963, e rispetto al quale resta valido e condivisibile il suo insegnamento e la sua soluzione.

Pertanto, il giudice è sempre libero di dare una interpretazione del contratto diversa da quella che in ipotesi la parti, anche concordemente, hanno prospettato.

Su tali affermazioni si innesta la trattazione di un'altra disposizione del c.p.c., cioè il novellato art. 101, sul principio del contraddittorio².

Questo principio è la codificazione di una regola giurisprudenziale che già la Cassazione aveva affermato circa dieci anni fa: il divieto della terza via. Il giudice non può di sua iniziativa andare alla ricerca di una terza via interpretativa, ma deve prima sottoporre tale scelta alle parti costituite. Segnatamente, la norma prevede che se il giudice ritiene di porre a fondamento della propria decisione una questione rilevata d'ufficio, egli deve riservarsi nella decisione affidando alle parti un termine nel quale esse devono esprimersi sul punto depositando una memoria.

Questa norma potrebbe offrire un adeguato rimedio per la tutela del contraddittorio e per la tutela delle parti verso decisioni a sorpresa. In altri termini, essa potrebbe offrire un adeguato rimedio rispetto alla preoccupazione che le parti possano trovarsi di fronte a soluzioni non previste.

In conclusione, se il procedimento ermeneutico rimane inteso come un procedimento di ricostruzione del significato giuridicamente vincolante della regola privata, che non si estende a dettare una riscrittura del regolamento contrattuale, è possibile risolvere ora il problema della derogabilità delle regole interpretative ad opera dei privati, ora il problema relativo ai limiti entro i quali il giudice può proporre una lettura ermeneutica diversa da quella sottoscritta dalle parti del contratto.

Tutto questo è possibile proprio perché nella nostra tradizione giurisprudenziale, in materia di interpretazione del contratto, non sembrano accredita-

² Tale norma così recita: "Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

te quelle enunciazioni atte a riscrivere il regolamento contrattuale (come, invece, è avvenuto nell'esperienza di *common law*).

3. "Interpretazione contrattuale e scritture di conflitto".

La trattazione del tema "Interpretazione contrattuale e scritture di conflitto" richiede alcune considerazioni preliminari relative a cosa deve intendersi per interpretazione.

All'interno del momento interpretativo è possibile riscontrare l'esistenza di un momento epistemico e di un momento istituzionale.

Il primo momento è maggiormente noto, perché è diffusa l'idea che raffigura la teoria della interpretazione come una teoria della conoscenza, ovvero sia come un procedimento che dà significato a qualcosa: fatto o legge che esso sia.

Questo, però, è solamente uno degli aspetti che riguardano l'interpretazione.

Quando si confrontano le metodologie ermeneutiche, c'è un secondo momento che resta sullo sfondo: quello istituzionale, che riguarda la competenza ermeneutica.

La teoria della interpretazione è sempre pensata in funzione specifica di un decisore.

Quando un decisore decide, non prende soltanto conoscenza di un fatto o di una legge, ma decide, contemporaneamente, anche sulla propria competenza ermeneutica, cioè sulla propria abilitazione, all'interno dell'ordinamento giuridico, a chiudere la controversia, senza delegarla ad altri.

Interpretazione, dunque, come la scelta di non delegare la decisione ad un altro.

Si consideri, al riguardo, come possa essere diversa l'interpretazione di una legge se a farla sia una Autorità amministrativa oppure la Corte Costituzionale.

Nell'una si premia la capacità di creare connessioni, la possibilità di immaginare analogie o costruzioni sistematiche. Questo, però, diventa un problema quando a decidere sia un Amministratore.

Ancora si pensi alla interpretazione letterale, che costituisce una leva metodologica ricorrente nelle decisioni della Corte di Cassazione, mentre è del tutto assente nelle sentenze della Corte Costituzionale.

Ciò dipende proprio da ragioni di ordine istituzionale.

Per meglio intendersi, è bene ricordare che la Corte di Cassazione, negli anni 1956 e seguenti - per fare riferimento proprio al periodo in cui entra in funzione la Corte costituzionale - avendo interesse ad una strategia deflattiva, ossia a non incremen-





tare gli accessi alla Corte, rinvenne nella interpretazione letterale una leva metodologica adeguata a restringere la mole di contenzioso.

Ben diversa fu la posizione della Corte Costituzionale che, laddove avesse fatto ricorso alla interpretazione letterale, avrebbe, nei fatti, finito con l'esautorarsi di ogni sua funzione.

Si pensi a quale sarebbe stato il destino della Costituzione, e della stessa Corte Costituzionale, se quest'ultima, nella sua prima e storica sentenza, avesse pronunciato il principio "*in claris non fit interpretatio*".

Non va però nemmeno dimenticato che quando, a partire dagli anni ottanta, la Corte Costituzionale ha avuto bisogno di ricercare delle strategie deflative, essa ha seguito l'altra strada, riscrivendo le regole di accesso alla Corte, che prevedevano la non manifesta infondatezza e la rilevanza, ed introducendo un terzo carattere, quale l'obbligo di interpretazione conforme da parte del giudice *a quo*.

Da quanto fin qui detto traiamo, come prime conclusioni, che i decisori lavorano nelle Istituzioni; che si collocano rispetto agli altri; che le teorie si collocano nel contesto storico, e ognuna ha una propria via. Insomma, traiamo la conclusione che la teoria della interpretazione deve essere studiata non soltanto come teoria della conoscenza, ma anche come parte della storia istituzionale dei decisori che si collocano al suo interno.

Tutto questo vale ovviamente anche quando si parla di interpretazione del contratto. E, sul punto, non è necessario soffermarsi ulteriormente perché è difficile trovare ancora sostenitori della teoria della separazione fra interpretazione della legge ed interpretazione del contratto.

Invece è interessante capire "come si muovono i contratti dentro la pratica del fare contratti".

Il contratto è un prodotto, il frutto di una attività sequenziale che fa parte dell'impresa. È il segmento di un'attività più ampia che è l'attività di contrattazione. È un prodotto dell'impresa che se ne serve.

Ebbene rispetto a questi contratti, che sono prodotti in serie, e rispetto a questa attività di produzione normativa, che è appunto in serie, quale è il ruolo dell'interpretazione?

Lo scopo della teoria della interpretazione è quella di indurre le parti a stipulare contratti chiari, cioè a ridurre la vaghezza contrattuale.

In questo, in effetti, non vi è alcun elemento riflessivo di novità o di originalità.

Già nel 1927 Gaston Morin - in *La loi et le contrat*, trad. *La legge e il contratto: la decadenza della loro sovranità* - scrive che "negli accordi della libertà contrattuale succede il fatto della dittatura del potente che

impone un regolamento ad una moltitudine di più deboli".

Friedrich Hessler, padre della dottrina contrattualistica in America, nel 1943 scrive che "la società proclamando la libertà contrattuale garantisce che non si interferirà nell'esercizio del potere affidato dal contratto. La libertà contrattuale abilita gli imprenditori a legiferare per contratto e ciò che è ancora più importante a legiferare in una maniera autoritaria, senza usare l'apparenza di forme autoritarie".

Il contratto, quindi, può avere dei momenti di forte egemonia e dittatura, e questa egemonia parla attraverso le forme ed attraverso la lingua del consenso.

Ma allora come si interpretano queste scritte che nascono in un contesto così fortemente conflittuale, fra dominanti e dominati, fra egemonizzanti ed egemoni?

Il primo passo da fare, come dicevo in esordio di intervento, è il realismo, cioè valutare, in concreto, il contesto in cui nasce il contratto.

Interessante, al riguardo, è lo scritto di una studiosa americana Michelle E. Boardman, dal titolo "*Contra Proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*," *Michigan Law Review*, Vol. 104:1105. L'Autrice, in omaggio alla nostra tradizione, ha studiato come la regola della *interpretatio contra stipulatorem* possa incidere sulla costruzione del contratto.

Lo studio si riferisce, soprattutto, al mandato assicurativo quale metodo di contrattazione diffusa, ma l'idea di fondo, in esso contenuta, può valere per tutte le tipologie predisposizione unilaterale di contratto.

In estrema sintesi, la studiosa parte dalla considerazione che "oramai sono decenni che anche in America si continua ad affermare che la vaghezza e la ambiguità di una clausola è in danno del contraente forte. Eppure questo *trend* giurisprudenziale non ha migliorato lo stato ed il livello della contrattazione. I contratti continuano ad essere sempre più lunghi e sempre più complessi. A chi parlano gli uffici legali che per le imprese assicurative confezionano i contratti? Non parlano certamente alle parti che semplicemente firmano, ma alle Corti. Si è creato un vero e proprio circolo vizioso nel quale gli Avvocati scrivono in considerazione dei precedenti delle Corti, e le Corti rispondono. E ad ogni giro ermeneutico i contratti divengono sempre più complessi, perché si stratificano le formulazioni linguistiche vecchie sulle varianti aggiunte che intervengono nel tempo".

Tutto questo vuole significare che attraverso una determinata scelta si raggiunge un risultato opposto a quello atteso. Così nel nostro caso, i contraenti

stanno peggio e non meglio, ed è bene intervenire a monte su quella scelta, cioè sulla struttura teorica predisposta per raggiungere quel determinato risultato, perché essa, nei fatti, non funziona.

Da tutto quanto fin qui detto possiamo ricavare due principi.

Il primo è il principio di dipendenza della interpretazione al contesto in cui è stato prodotto il dato testuale. Bisogna cioè considerare la concreta modalità con cui il contratto è stato realizzato.

Il secondo principio riguarda la efficienza regolativa dell'interpretazione. Una teoria dell'interpretazione deve garantire un esito ermeneutico che consenta la massima variabilità possibile del contenuto dei contratti futuri. Deve cioè essere effettivamente consentito ai futuri contraenti la possibilità di cambiare il testo che ha generato l'ambiguità.

In estrema sintesi, lo scopo della teoria dell'interpretazione non è tanto quello di sciogliere le oscurità del testo, quanto quello di indurre le parti a stipulare contratti chiari, di modo da ridurre la vaghezza contrattuale. L'interpretazione in funzione applicativa è uno strumento di garanzia della funzionalità della contrattazione contro le patologie della complessità.

Bisogna, a questo punto, esaminare un ulteriore profilo. Ed è quello relativo alla derogabilità o inderogabilità delle norme legali dell'interpretazione.

L'inderogabilità delle norme sulla interpretazione dipenda dalla loro applicabilità, nel senso che il giudice, una volta che si sia convinto, in applicazione del principio dell'efficienza regolativa, che quel criterio ermeneutico sia il più adeguato rispetto ad un determinato contesto, allora, quella regola non si può più derogare.

Ciò significa che le norme legali possono essere disapplicate, ma se sono applicate, cioè se il giudice le applica in ragione del principio appena esposto, allora, le stesse norme saranno inderogabili.

Quanto poi al tema relativo ai poteri di scrittura delle parti, bisogna distinguere fra interpretazione letterale ed interpretazione correttiva.

Quando si parla di interpretazione letterale si fa riferimento a due persone che hanno un potere di scrittura equivalente, che sono in grado in futuro di riscrivere il contratto come meglio credono. Quando, invece, parliamo di interpretazione correttiva, si fa riferimento ad una ipotesi in cui c'è una parte che ha un minimo di potere di scrittura, e, quindi, si rende necessario l'intervento del giudice.

Bisogna anche domandarsi se, come avviene per la legge, le lacune contrattuali possano essere colmate per analogia. E ancora più bisogna chiedersi se la lacuna debba essere colmata tramite il ricorso all'integrazione, cioè attraverso il diritto dispositi-

vo, oppure tramite il ricorso all'interpretazione integrativa, la quale prescinde dall'applicazione delle norme dispositive.

Prevale, sul punto, l'integrazione delle lacune mediante il ricorso al diritto dispositivo, quando il contratto sia realmente tipico e la causa concreta corrisponda a quel tipo di contratto. In tutte le altre ipotesi, invece, prevale l'interpretazione integrativa.

Nessuno, però, parla di analogia.

Rispetto a questo tema è bene anche chiedersi cosa avviene quando il contratto sia soggetto a rinegoziazione, e una delle parti, verificata la lacuna, si rifiuti di rinegoziare e di integrare così la lacuna del contratto.

In questa ipotesi il rifiuto di integrazione del contratto assume una rilevanza ai fini della violazione dell'obbligo di rinegoziazione? La risposta deve essere di segno positivo, ed il giudice deve fare quello che le parti non hanno inteso fare.

L'ultimo problema è se le parti possono escludere, del tramite di apposite clausole, ora una interpretazione che non sia letterale, ora la rilevanza del loro comportamento successivo.

In questo caso si verifica un fenomeno di concorso tra fonti.

L'interpretazione letterale (che assume un senso solo nei contesti autoritativi) rafforza chi la può usare. Ciò spiega la ragione per cui i giudici difficilmente si disaffezionano all'argomento letterale. Ciò spiega anche la fortuna del principio dell' "*in claris non fit interpretatio*" presso la giurisprudenza.

Attraverso una clausola di divieto dell'interpretazione letterale le parti cercano di incidere sul potere ermeneutico del giudice. Ora se siamo in un contesto nel quale le parti hanno il medesimo potere di riscrivere il futuro contratto, l'interpretazione letterale può aver senso, e allora potrà andare bene la norma che prevede il divieto di interpretazione non letterale.

Se, invece, si è in un contesto dove le parti non hanno un potere significativo, in ordine alla possibilità di poter riscrivere meglio il futuro contratto, l'interpretazione letterale non risulta idonea, e sarà, quindi, applicabile la regola che vieta la possibilità di potersi basare soltanto sull'argomento letterale. In tal modo la clausola che prevede il divieto di interpretazione letterale sarà nulla.

4. "La disponibilità linguistica del testo"

Nell'ambito del principio dispositivo è possibile tre forme di disponibilità:

- 1) una disponibilità linguistica interna al testo;
- 2) una disponibilità linguistica esterna al testo, (cioè rispetto ai terzi);



3) una disponibilità linguistica istituzionale (cioè da parte del giudice).

Rispetto a tale ripartizione riveste una fondamentale importanza la lettera del testo, in quanto il testo è comprensibile soltanto attraverso il lemma lettera o letterarietà. Non esiste un testo che non sia letterale.

Se si analizza il fenomeno linguistico, è vero che il problema epistemico, per così dire, si intreccia con altri temi, ma è altrettanto vero che il problema epistemico è fondante.

La lettera è costitutiva del testo. Ma cos'è la lettera o la letteralità?

Sul punto, il problema è rappresentato dal fatto che si sono stratificate, nel tempo, teorie che non tengono conto di alcune distinzioni che non sono propriamente di metodo o della scienza giuridica quanto piuttosto della scienza linguistica.

Una di queste distinzioni - importante per comprendere il fenomeno della lingua nella configurazione dei testi - è la distinzione fra due concetti o fasi fondamentali: il concetto di codificazione e decodificazione, da un lato, ed il concetto di interpretazione, dall'altro.

La codificazione - dicono i linguisti - è il passaggio dal segno al simbolo. Essa consente di contraddistinguere la parola, e di renderla diversa rispetto ad uno scarabocchio. Soprattutto essa spiega la ragione per quale il medesimo segno materiale, che colpisce i nostri sensi, può essere qualificato come parola piuttosto che come nulla.

Il segno ubbidisce ad una regola linguistica, la quale lo rende riconoscibile all'intelletto.

Quando ci si riferisce ad un testo, si evoca necessariamente ed immancabilmente una riconoscibilità letterale: il testo è già l'esito di un giudizio. Dire testo non vuol dire stare davanti ad un dato neutrale, ma significa aver già capito qualcosa. Dire testo significa avere già riconosciuto quei segni in ragione dei criteri di composizione linguistica a cui essi obbediscono.

Interpretare non significa, quindi, attribuire un senso.

Per meglio intendersi, sul punto, è bene considerare che quando si formulano le domande: "cosa significa?" e "qual è il significato?", non si intende fare riferimento alla stessa cosa.

"Cosa significa" evoca il senso letterale di un testo. Tecnicamente, dal punto di vista linguistico, è decodificare il testo. Il significato di un testo non è l'esito della interpretazione, ma è l'esito di una ispezione linguistica, la quale restituisce all'osservatore il suo senso letterale, cioè l'associazione biunivoca tra segno e significato (la quale lo costituisce a testo).

La letteralità, quindi, non è superabile, perché la letteralità è ontologicamente il testo.

Per meglio dire, la letteralità è il testo stesso, per come esso è costituito nel fenomeno linguistico attraverso la codificazione.

Ne consegue che "cosa significa" non assume alcun rilievo interpretativo. Esso assume esclusivamente un rilievo linguistico. Il rilievo linguistico della codificazione avviene secondo un processo che può essere espresso o implicito.

E allora si suole parlare di convenzione o accordo di significazione piuttosto che di consuetudine di significazione. La lettera può essere il frutto di una convenzione di significazione, cioè di una attribuzione espressa, o di una associazione espressa tra significato e simbolo, piuttosto che frutto di una prassi, la quale, in un certo ambito sociale, restituisce ai componenti di una data comunità il senso letterale di un lemma, piuttosto che di una parola o di una frase.

Quando si parla di senso comune, o di senso letterale comune, ci si riferisce ad una consuetudine linguistica, ovvero a quel ripetersi di un uso, con i caratteri propri della consuetudine, che, da un lato, cristallizza l'associazione biunivoca tra segno e significato, e, dall'altro, rende quel segno riconoscibile dall'esterno come simbolo evocativo di quel determinato significato.

L'interpretazione, quindi, è un altro equivoco dei giuristi, i quali non tengono conto a sufficienza delle analisi linguistiche. Essi molto spesso contrappongono l'interpretazione letterale a quella metaletterale, logica, teleologica o funzionale.

E vi è una vasta letteratura, con moltissime sentenze, che testimoniano questo pseudoconflitto fra le due pseudoforme di interpretazione.

Da un lato, vi è l'interpretazione letterale, che si attiene alla lettera, e che vorrebbe conoscere il significato letterale di un determinato testo, e fermarsi là. Dall'altro, vi è l'interpretazione ultraletterale, in senso lato, che fa a meno della lettera, e volge ad individuare ora la vera intenzione delle parti, ora addirittura qualcosa che sta oltre le parti.

Dal punto di vista strettamente linguistico non può essere così.

Gli studiosi di linguistica, infatti, affermano che l'interpretazione non è l'attribuzione di un senso letterale, ma è la selezione di uno dei possibili sensi letterali che il testo restituisce attraverso la propria decodificazione.

Sono rari i casi di un testo monosemico, e cioè di un testo, di un insieme di parole che restituisce un solo senso. Sono rari i casi, pur se concettualmente possibili. Ove ciò accada, ci sarà chiarezza, tecnicamente ci sarà monosemia, in quanto il testo avrà un solo senso.



Ovviamente più il testo è semplice, meno combinazioni ed unità semantiche ci sono, e più aumenta la probabilità della monosemia. Più complesso è il testo, e maggiore sarà la probabilità della polisemia.

Frequentemente, poi, ci si imbatte in testi caratterizzati dalla polisemia, ossia in testi che, attraverso l'applicazione dei criteri di significazione di cui il testo è intrinsecamente dotato, restituiscono una pluralità di sensi.

In questo caso l'interpretazione costituisce il metro di selezione di uno dei possibili sensi letterali del testo polisemico. Postula la decodificazione del testo e l'identificazione di tutto lo spettro dei significati letterali. Scioglie, nell'ermeneusi del testo, la polisemia in monosemia, individuando in forza di criteri ultraletterali - dato che la lettera non è in grado da sola di restituire un unico significato - uno dei possibili significati del testo.

Ne discende che il conflitto tra interpretazione letterale e ultraletterale è, in realtà, uno pseudo conflitto: l'interpretazione è sempre letterale. L'interpretazione è la scelta di uno dei possibili significati del testo, perché l'interprete non inventa un significato che il testo già non possenga. L'interprete sceglie uno dei possibili significati del testo.

Con riferimento, poi, alla disponibilità interna del significato testo, bisogna chiedersi: "Possono le parti convenire un significato del testo in grado di vincolare il giudice?". Se si ragiona in termini di interpretazione, non si riesce a fornire una risposta univoca, in quanto il problema si risolverebbe nella domanda se le norme sull'interpretazione siano derogabili o meno. Mentre, invece, in questa ipotesi non c'è interpretazione, perché le parti che attribuiscono un significato proprio, o specifico, ad una parola del contratto, non interpretano il contratto, ma lo codificano.

Le parti, cioè, istituiscono un vocabolario interno al contratto. Determinano una associazione linguistica letterale, che si risolve in una convenzione di codificazione che caratterizza qualsiasi testo linguistico.

In questa ipotesi la fonte contrattuale contiene in sé il proprio vocabolario ed il giudice non può non tenerne conto, non può far finta di nulla, non può non considerare che le parti abbiano ridefinito, ridecodificato il significato della parola.

Dunque, non ha senso porre il problema se le norme in materia di interpretazione siano o meno vincolanti per il giudice. In questo caso non si è in presenza di interpretazione ma di decodificazione.

Il giudice ha la necessità logica di riconoscere il complesso dei morfemi, degli stilemi, delle parole, che le parti hanno dato alle parole, di riconoscerle

come testo. Soltanto laddove la decodificazione restituisca una polisemia del testo, allora, inizia il problema della interpretazione.

Ma questo problema è un problema ultraletterale, perché l'interpretazione è sempre ultraletterale. L'interpretazione - per definizione - deve sempre ricorrere ad un criterio diverso dalla lettera, perché per definizione qui c'è la necessità di scegliere uno tra i possibili significati letterali.

Quanto la lettera restituisce più significati, qui interviene artificialmente la legge per scegliere tra i vari significati letterali.

Questo è il vero senso giuridico dell'interpretazione. L'interpretazione è il fenomeno regolato dalla legge; non è la codificazione.

La lettera gode per propria intrinseca natura, per propria natura logica ed ontologica, di un primato, il quale è presupposto dalla legge. Non esiste una disciplina della letteralità. Non esiste una disciplina della codificazione, ma esiste una disciplina della interpretazione. Così i criteri di soluzione della polisemia sono quelli previsti, nel nostro codice civile, dall'art. 1362 ss. c.c.

A questo punto bisogna chiedersi: "Le parti possono modificare i criteri di soluzione della polisemia del testo?"

Questa è una domanda diversa rispetto a quella precedente, che prende in considerazione l'eventualità in cui le parti intendono vincolare il giudice ad un determinato senso da essi attribuito alle parole. Le definizioni contrattuali non costituiscono un criterio interpretativo, ma un criterio di codificazione e di significazione del testo.

In altre parole le definizioni contrattuali sono il vocabolario del contratto a cui il giudice deve necessariamente ricorrere per decodificare il testo. Le definizioni contrattuali non pongono, quindi, un problema di interpretazione, né tantomeno un problema di deroga alla disciplina della interpretazione.

Un altro problema da esaminare, facendo riferimento ai casi statisticamente più plausibili, riguarda l'ipotesi in cui le parti, anziché regolare espressamente l'interpretazione, si comportano in modo difforme ed incongruo rispetto al significato letterale del contratto.

Qual è, in questo caso, il significato corretto? Quale è il significato che il giudice deve isolare come significato giuridicamente coerente e giuridicamente rilevante? Cosa accade quando le parti, successivamente alla stipulazione del contratto, modificano espressamente una definizione contrattuale, riattribuendo significato, e ricodificando una parola, così da determinare un cambiamento del significato originale del contratto?

Sono questi i casi statisticamente più plausibili, in quanto si tratta dei casi in cui le parti pongono in





essere un comportamento ora incoerente rispetto ai significati del testo, ora nuovo rispetto alla sua definizione contrattuale.

In questo caso le risposte possono essere orientate secondo questa logica.

In primo luogo qualsiasi successiva codificazione perde la propria natura linguistica per assumere rilevanza novativa. Le parti che modificano i nessi di significazione originaria del contratto non stanno accertando il significato del contratto. Questo non è un negozio di accertamento del senso - su cui pure tanto si è dibattuto in passato - quanto piuttosto è un cambiamento dello stesso statuto giuridico del contratto, che altro non è se non un significato del testo. Se le parti cambiano le relazioni di significazione del testo, e le cambiano successivamente alla stipulazione del contratto, nei fatti, esse finiscono per cambiare il contratto stesso.

Qui il problema della disponibilità non è più un problema linguistico.

Certo è che le parti hanno la disponibilità linguistica del testo, ma è altrettanto vero che tale potere perdura fino al perfezionamento del testo, che è un momento storicamente determinato, che ha un suo tempo e un proprio luogo, e che è, in sintesi, un fatto.

Una volta eretto il testo, non possono esserci vicende linguistiche del significato della lettera e del testo, ma solo vicende giuridiche del rapporto dello statuto giuridico espresso dal testo.

E' chiaro che l'eventuale successivo accordo di significazione delle parti sarà sempre e soltanto una novazione. E ciò non si inquadra nell'ambito dell'interpretazione, bensì nell'ambito delle disponibilità delle situazioni giuridiche sostanziali.

Le parti possono disporre di quello statuto giuridico, ma si tratterà pur sempre di una disponibilità *ex nunc*, e non già *ex tunc*, perché non è un fenomeno linguistico che risale al significato del testo, ma è novazione dello statuto giuridico.

Quanto detto pone un problema. Se le parti, successivamente alla stipulazione del contratto si comportano in modo contrario alla convenzione linguistica, che esse stesse hanno ridotto nel testo contrattuale e consegnato alla ricodificazione giudiziale, il giudice deve tener conto di tale comportamento?

Anche qui la risposta dipende dalla distinzione tra interpretazione e codificazione.

Muovendo da tale distinzione, si potrebbe affermare delle due l'una.

Se il comportamento successivo delle parti serve a dirimere una controversia sulla polisemia letterale del contratto, cioè sulla circostanza che il testo abbia una pluralità di significati letterali, allora necessariamente il comportamento successivo delle parti

sarà valutato dal giudice che ne deve tenere conto come elemento ultraletterale utile per la scelta.

Se, invece, è assente la polisemia, ed il testo ha un solo significato letterale, allora, le parti fingono di litigare sul senso del testo del contratto, in quanto quest'ultimo, rispondendo ai propri criteri di formazione, può restituire un solo significato, e, quindi, non ha bisogno di essere interpretato.

In definitiva, *in claris non fit interpretatio* significa che nel caso in cui vi sia un solo significato non si dà luogo ad interpretazione.

In ultimo, bisogna affrontare il controverso rapporto fra interpretazione ed integrazione.

Irrompono, in materia, i principi generali, le decisioni della Corte europea di Giustizia, della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, nonché il fenomeno della disapplicazione della legge.

Dal punto di vista squisitamente ermeneutico la disapplicazione della legge è una ultima *ratio*, giustificata dalla impossibilità di riconoscere un senso letterale conforme a Costituzione come all'ordinamento comunitario.

Se manca uno dei possibili significati del testo, e nessuno di essi è compatibile con il testo costituzionale, allora, si fa luogo a disapplicazione.

Fino a questo punto vi è concordia. Il problema si verifica quando anziché di compiere il percorso descritto, si maschera da fenomeno ermeneutico quello che non è, in realtà, un fenomeno ermeneutico. Si fanno cioè delle interpretazioni correttive, che immettono nel contenuto del contratto un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello che esse possono dare all'esito della decodificazione.

In questo caso si sta compiendo, in realtà, una opera di ridefinizione dei sensi, e di ricodificazione dei testi. Quest'ultima non è una opera di interpretazione, ma è una opera di integrazione, perché muta le relazioni linguistiche del testo ed istituisce un nuovo testo con un nuovo significato.

Ebbene questo tipo di interpretazione il giudice non la può fare, né sul contratto, né sulla legge. Non può farla sul contratto, attraverso la clausola di buona fede, perché quest'ultima non è niente altro che una clausola di selezione di uno dei possibili significati del testo. Non può farla neppure sulla legge attraverso la applicazione di un principio gerarchicamente sovraordinato. Quindi delle due l'una.

Se il principio gerarchicamente sovraordinato è compatibile con uno dei significati letterali del testo, allora, si avrà interpretazione in senso stretto. Se nessuno dei significati letterali risulterà compatibile con il principio costituzionale, vi sarà una manifesta incostituzionalità della norma, e, quindi, la rimessione alla Corte Costituzionale.

Molte sentenze, invece, dicono il contrario. Ricodificano i testi e rideterminano le relazioni di significato degli stessi. In questo caso, in verità, non si ha interpretazione ma integrazione. In conclusione, in assenza di una chiara distinzione fra interpretazione ed integrazione si corre il rischio di una perenne approssimazione, con discorsi paralleli che non giungono mai ad una comprensione reciproca.

5. “Interpretazione più favorevole per il consumatore e poteri del giudice”.

Quando si affronta la tematica dell’interpretazione più favorevole per il consumatore, attualmente, ci si scontra con almeno quattro questioni, cui corrispondono quattro ipotesi, ovvero quattro esempi che bisogna richiamare.

Si tratta di questioni che sono state decise - o sono in via di decisione - da parte della Corte di Cassazione come della Corte di Giustizia. Segnatamente, i casi che assumono rilevanza in materia sono i seguenti.

Il primo riguarda il caso di un professionista che, in giudizio, invoca l’adempimento di un contratto nei riguardi del consumatore. In questo caso ci si chiede se il giudice possa o meno interpretare come vessatoria una clausola, sebbene nessuna delle parti abbia addotto questo tipo di significato in giudizio.

La seconda questione riguarda il potere del giudice. Si tratta di stabilire se il giudice, dinanzi al mancato accordo tra le parti circa il significato da attribuire ad una determinata clausola, possa indicare una terza via interpretativa, in maniera più favorevole per il consumatore, secondo il disposto dell’art. 35, co. 2, Codice del consumo.

Questa ipotesi è stata decisa dalla Corte di Cassazione francese.

Nel codice civile francese le regole interpretative, contenute nel *Code Civil*, non sono intese come norme imperative. E, quando è stato introdotto l’art. 132, comma 2, del codice del consumo, i francesi si sono affrettati a dire che quella era una norma imperativa, addirittura, che si trattava una norma imperativa di ordine pubblico, che legittima il controllo della Corte di Cassazione. La ragione di ciò risiederebbe nel fatto che la norma sull’interpretazione più favorevole al consumatore, in realtà, deve essere intesa nel senso di una norma assimilabile a quella sull’onere della prova, che, come il nostro art. 2697, distribuisce il rischio della prova.

Viceversa l’art 35, comma 2, distribuisce il rischio dell’ambiguità, e lo distribuisce in termini oggettivi.

Questo è un punto di fondamentale importanza, perché si incide sul potere del giudice di qualificare la clausola in quel determinato modo.

Il terzo caso attiene alla pretesa risarcitoria di un professionista.

Bisogna, qui, immaginare che nel contratto c’è una clausole vessatoria, del tipo di quella che esclude la facoltà di compensazione del consumatore, e che la vessatorietà della clausola non è stata eccepita nel corso del procedimento.

A fronte di ciò il giudice ha la potestà di rilevare officiosamente la vessatorietà della clausola, rigettando, in tal modo, la domanda di risarcimento proposta dal professionista?

Ora, riguardo a queste prime fattispecie, può riconoscersi al giudice il potere predetto, nella misura in cui seguiamo il condivisibile assunto secondo il quale il principio dispositivo non osta alla rilevanza decisoria di fatti c.d. secondari se non specificamente allegati, ma acquisiti al giudizio.

Il quarto caso - sottoposto al giudizio della Corte di giustizia, e di cui si attende la decisione il 15 marzo 2012 - è il seguente. Si chiede se per l’accertamento della vessatorietà di una clausola, rispetto alla quale è rilevante un fatto di cui non è stata data prova, il giudice - visto l’amplissimo spazio valutativo attribuito dall’art. 34 Codice del consumo - ha il potere di disporre l’assunzione di un mezzo di prova ritenuto utile o necessario per accertare la verità del fatto.

Su questa vicenda si sta molto discutendo, per la verità, sul versante processualciviltistico, pur essendo una questione anche sostanziale.

Secondo Zeno Zencovich esiste oramai un diritto processuale dei consumatori, per effetto del dato normativo e di quello giurisprudenziale, e allora non sarebbe configurabile un potere istruttorio autonomo del giudice.

In realtà, se ragioniamo così, dovremmo dire che in materia di diritto privato dei consumi - se vogliamo usare questa espressione - i poteri del giudice sono, comunitariamente prossimi a quelli del giudice del lavoro, secondo quanto dispone l’art. 421, co.2, c.p.c.

Si può, invece, ragionevolmente sostenere che non è tanto un problema di diritto processuale dei consumatori, inteso come diritto processuale speciale, quanto una questione - e qui ci sono dei riferimenti seppur non specifici alla materia in Proto Pisani - di diritti indisponibili o semi-indisponibili, come preferibile.

Altri autori - cfr. S. Mazzamuto, “*Il contratto di diritto europeo*” - quando affrontano, in questa materia, la questione dei poteri del giudice, che sono anche poteri istruttori, propongono una distinzione





tra processo “come strumento delle parti” e processo “come strumento ufficiale”.

Qui, in verità, il problema non è tanto quello di evitare una eccessiva discrezionalità, quanto piuttosto quello di cercare di delimitare questa discrezionalità.

Sotto questo profilo se si va a guardare la dottrina processualcivilistica, e quelle novità che sono state evidenziate, non c'è dubbio che ci sono due modi di leggere l'art 115 del c.p.c.

Il primo è quello tradizionale, e, qui, soccorre il riferimento al principio dispositivo.

Il secondo modo è quello suggerito da altri processualciviliisti, i quali non propongono di negare un diritto alla prova delle parti, quanto piuttosto di valutare se accanto ad un diritto alla prova integralmente tutelato il giudice possa assumere della prove rilevanti per la decisione, nonostante le parti non le abbiano edotte.

Qui il riferimento è all'art 101, co.2, c.p.c., relativo a quelli che sono i poteri del giudice rispetto alla rilevanza di ufficio delle questioni.

Se partiamo da questo assunto, al giudice è dato il potere di indicare la previsione da applicarsi alla fattispecie concreta dedotta in giudizio. Allora egli stesso la potrà anche porre a fondamento della propria decisione, a pena di nullità, ovviamente se essa non involge il contraddittorio delle parti.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha affrontato la questione due volte.

La prima volta è stato in occasione del caso Pannon. Nella sentenza si statuisce che il giudice ha l'obbligo di rilevare la vessatorietà della clausola - e questo è il punto importante - nel momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto, a tal fine, necessari.

Questa proposizione significa che disporre degli elementi di fatto e di diritto è condizione preliminare della rilevanza d'ufficio oppure che essa costituisce l'oggetto stesso dell'obbligo del giudice?

Al riguardo, la Corte di Giustizia, in una sentenza successiva del 2010, ha evidenziato l'obbligo per il giudice di adottare misure istruttorie. Il limite di questa sentenza è che è stata dettata con riguardo ad un caso di deroga al foro del consumatore, sicché si potrebbe obiettare che, in questo caso, per il giudice non sia necessaria una nuova attività istruttoria, ma sia sufficiente l'istruttoria formalizzata.

Il problema resta, invece, in tutti gli altri casi in cui la clausola vessatoria abbia un contenuto di carattere sostanziale. Questo passaggio si lega all'art. 35, co. 2, del Codice del consumo.

Cosa può fare il giudice davanti ad una clausola plurivoca (con pluralità di significati)?

Quando si parla di interpretazione più favorevole al consumatore, in realtà, ci sono due modi di leggerla.

Se la si legge alla tedesca - tecnica secondo la quale l'interpretazione più favorevole al consumatore non è quella che assicura ad esso il significato della clausola più vantaggiosa, ma è quella che gli assicura il risultato più vantaggioso - allora si tende a leggere la clausola nel significato più ostile, di modo che questa diventa vessatoria e così cade. Questo è il tipo di ragionamento che fa la Corte di Cassazione italiana, quando nei contratti assicurativi, interpreta le clausole di esonero da responsabilità.

C'è una sentenza del maggio 2011, che, appunto, riferisce di una interpretazione della clausola in senso più ostile al consumatore per farla cadere. La sentenza, però, è massimata male, perché si dice che il comportamento complessivo delle parti successivo alla stipula del contratto non può andare contro alla regola della buona fede.

L'altra soluzione - preferibile per una per una serie di argomenti - è quella di interpretare la clausola nel modo più benigno per il consumatore.

Questo significa mantenere la clausola edulcorata nel regolamento contrattuale.

Anche questa, però, è una opzione del legislatore italiano. Diversa, infatti, è l'opzione del legislatore austriaco che al par. 6 della legge austriaca sui consumatori stabilisce che in ipotesi di clausola non trasparente, quella clausola è nulla. Si ritiene che questo paragrafo regoli il principio dell'interpretazione *contra proferentem*.

In conclusione, se dovessimo seguire il modello tedesco di interpretazione più favorevole per il consumatore, rischieremo di arrivare al seguente scenario. Il giudice, in presenza di una clausola vessatoria, che non importa oggettivamente il caducarsi del contratto, può - anche se il consumatore non ne ha fatto un'espressa richiesta - disporre la nullità totale, in luogo di quella parziale, laddove reputi il caducarsi dell'intero contratto più conveniente per il consumatore?

La Corte di Giustizia si pronuncerà sulla questione il 15 marzo 2012³.

³ Per completezza si riproduce la richiamata decisione nel frattempo emanata dalla Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, sentenza C-453/10 «Il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13/CEE è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte preventivamente dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse. Tenuto conto di siffatta situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 impone agli Stati membri di disporre che le clausole abusive «non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro



legislazioni nazionali». Si tratta di una norma imperativa che mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, atto a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime. Pertanto, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore». «Una pratica commerciale, come quella in questione nella causa principale, consistente nel menzionare in un contratto di credito un tasso annuo effettivo globale inferiore a quello reale, deve essere qualificata come «ingannevole» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), qualora induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Spetta al giudice nazionale verificare se ciò avvenga nel procedimento principale. L'accertamento del carattere sleale di una siffatta pratica commerciale rappresenta un elemento tra gli altri sul quale il giudice competente può fondare, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13, la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole del contratto relative al costo del prestito concesso al consumatore. Un tale accertamento non ha tuttavia diretta incidenza sulla valutazione, sotto il profilo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, della validità del contratto di credito stipulato».