

particolare non ha chiarito se la rinuncia agli atti di quel giudizio, intervenuta a distanza di molti mesi dalla sottoscrizione dell'accordo, fosse o meno significativa della verifica da parte degli interessati del corretto adempimento della transazione. Peraltro, persistendo il dubbio sulla corretta lettura dell'accordo transattivo, la Corte avrebbe potuto e dovuto procedere ad una interpretazione nel senso meno gravoso per la società obbligata.

10. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, la sentenza deve essere cassata in relazione ai motivi accolti con

rinvio alla Corte del merito che nell'interpretare la transazione dovrà tenere conto dei canoni sopra richiamati.

11. Va rigettato invece il terzo motivo di ricorso poiché pur essendo formulato come una violazione di legge esso tende, nella sostanza, ad una rivisitazione dei fatti e ad una ricostruzione degli stessi secondo una alternativa e più favorevole lettura. Si tratta all'evidenza di una richiesta di nuovo esame dei fatti, espressamente presi in considerazione dalla Corte di merito, che non è consentita al giudice di legittimità. — *Omissis*.

Rilevanza del comportamento dei contraenti. Spunti dal nuovo Codice civile argentino

Chiara Scapinello*

La S.C. aderisce all'orientamento minoritario in giurisprudenza, ma prevalente in dottrina, per cui nell'interpretazione del contratto, il criterio letterale e quello del comportamento delle parti, anche successivo al contratto medesimo concorrono, in via paritaria, a definire la comune volontà dei contraenti. Si condivide tale posizione e si smentisce la validità del canone ermeneutico *in claris non fit interpretatio* e del criterio della causa in concreto ricorrendo, altresì, a degli spunti argomentativi dal nuovo Codice civile argentino.

La questione giuridica

L'ordinanza della Corte di cassazione affronta un tema centrale nella risoluzione delle controversie contrattuali, ossia il corretto *iter* metodologico¹ che l'interprete deve seguire nell'ermeneutica del contratto².

È un tema apparentemente risolto in dottrina, ma su cui ultimamente si registra un acuto contrasto giurisprudenziale³.

L'ordinanza in commento è rilevante poiché affer-

ma e si schiera con quell'orientamento che nell'indagare la comune intenzione dei contraenti, sostiene la concorrenza e la parità di valore tra il criterio dell'interpretazione letterale del contratto e il criterio della valutazione del comportamento complessivo delle parti⁴.

La tesi fa corretta applicazione della disciplina codicistica in materia d'interpretazione del contratto e così si allinea alla tesi dominante in dottrina⁵ nell'enunciare il principio per cui, nell'interpretazione del

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Sui profili metodologici in materia d'interpretazione contrattuale: N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, 46; Id., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1999, 1143 e segg.

² Sull'interpretazione del contratto: Grassetti nella voce "Clausola del negozio", *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960 e Id. *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938; Pugliatti, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961; Casella, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; Irti, *La sintassi delle clausole (nota intorno all'art. 1363 c.c.)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1989, 426-427; Tarello, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1971; Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. a cura di Crifò, Milano, 1990; Canepa, *sub art. 1362, Comm. C.C. diretto da Cendon*, Torino, 1991; Carresi, *Dell'interpretazione del contratto, Artt. 1362-1371*, in *Comm. C.C. Scialoja Branca* a cura di Galgano, Bologna, 1992; Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; Costanza, *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, in *Digesto Civ.*, X, Torino, 1993, 25 e segg.; Viola-Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; AA.VV., *L'interpretazione del contratto*, a cura di Irti, Padova, 2000; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, nel Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1998 e Id. *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990; Sicchiero, *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1999, 1194; Id., *L'interpretazione della clausola normativa*, *ivi*, 2001, 98; Id. *L'interpretazione del contratto e il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 512; Id. voce "Clausola contrattuale" in AA.VV., *Digesto Civile*, IV, 2003; Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Bologna, 2010; San-

germano, *L'interpretazione del contratto, profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 2007; AA.VV., *Commentario al codice civile, sub art. 1369 c.c.*, a cura di Cendon, Milano, 2010; G. Giacobbe, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto civile*, Vol. III, Tomo II, a cura di Lipari e Rescigno, Milano, 2009; G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Contratto, Trattato teorico pratico*, a cura di P. Fava, Milano, 2012, 1685 e segg.; Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario, Artt. 1362-1371*, fondato da Schlesinger, a cura di Busnelli, Milano, 2013; Amadio-Macario, *Diritto civile, norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014; Sacco-De Nova, *Il contratto*, Milano, 2016.

³ Come si vedrà, ai due classici orientamenti contrapposti sulla validità o meno del principio del gradualismo e la sussidiarietà della valutazione del comportamento complessivo delle parti, di recente è emersa una terza tesi ad acuire il contrasto che introduce quale criterio dirimente nell'interpretazione del contratto l'indagine sullo scopo pratico del contratto alla luce della causa in concreto.

⁴ Da ultimo in linea con l'ordinanza in commento anche: Cass., 10 maggio 2016, n. 9380; Cass., 15 luglio 2016, n. 14432; Cass., 1° dicembre 2016, n. 24560; Cass., 8 marzo 2017, n. 5791; Cass., 28 giugno 2017, n. 16181; Cass., 5 novembre 2018, n. 28164. Nella giurisprudenza di merito: Tribunale di S. Maria Capua V., 31 agosto 2017, n. 2603. Tra le pronunce più risalenti: Cass., 9 maggio 2008, n. 11589; Cass., 25 ottobre 2006, n. 22899; Cass., 13 ottobre 2006, n. 22050.

⁵ *Ex multis*: Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; Viola-Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; Sicchiero, *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1999, 1194; Id., *L'interpretazione della clausola normativa*, *ivi*, 2001, 98; Id. *L'interpretazione del contratto e il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 512; Id. voce "Clausola contrattuale" in AA.VV., *Digesto Civile*, IV edizione, 2003; Galgano, *Trattato di*

contratto, il criterio letterale e quello del comportamento delle parti, anche successivo al contratto medesimo ex art. 1362 c.c., concorrono, in via paritaria, a definire la comune volontà dei contraenti; non solo, il comportamento complessivo delle parti deve essere valutato anche quando il testo del contratto è limpido, poiché un'espressione "prima facie" chiara, può non apparire più tale se collegata alle altre contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti⁶.

L'ordinanza, tuttavia, alimenta una tesi ancora minoritaria in giurisprudenza⁷ e confligge con due diversi orientamenti, uno radicato e uno più recente che si leggono nelle sentenze di merito e di legittimità.

La questione merita di essere risolta con l'intervento delle Sezioni unite per le rilevanti conseguenze applicative derivanti dall'adesione all'uno o all'altro orientamento⁸.

Solo ad esempio, il caso concreto sotteso all'ordinanza in esame avrebbe dato esito opposto se la Corte si fosse limitata ad analizzare il dato testuale del contratto che, seppur chiaro, veniva poi contraddetto dal comportamento dei lavoratori.

La presente nota si propone di sostenere il principio di diritto enunciato, sconfessando gli opposti orientamenti giurisprudenziali attraverso un'analisi critica degli argomenti sottesi. L'apparato argomentativo è, inoltre, arricchito da un'interessante comparazione con le norme dedicate all'interpretazione del contratto del nuovo Codice civile e commerciale argentino che attribuiscono una rinnovata importanza alla valutazione del comportamento delle parti nel procedimento ermeneutico⁹.

Si fa riferimento alla tradizione giuridica argentina poiché di tradizione romanistica¹⁰, poiché presenta l'apparato legislativo civilistico più di recente riformato e definito, nondimeno, "il meglio dell'esperienza giuridica del momento"¹¹.

A tal fine, si ritiene utile premettere una disamina del dato normativo di riferimento e dello stato delle posizioni dottrinali al riguardo.

Il contesto normativo

La disciplina dell'interpretazione giuridica si contestualizza in un ordinamento quale l'italiano che per tradizione è portato a riconoscere alla normazione per codici carattere di stabilità e centralità¹² e si ritiene, quindi, naturale che a livello normativo sia affrontato il problema dell'interpretazione con riguardo alla legge e al contratto¹³.

In particolare, l'interpretazione della legge è regolata agli artt. 12 e 14 preleggi, mentre l'interpretazione del contratto è disciplinata al Capo IV, Tit. II, Libro IV, artt. 1362-1371 c.c.¹⁴.

La funzione dell'interpretazione nell'uno e nell'altro caso tende a ricercare il significato e la portata della regola, ma i criteri ermeneutici da adottare a tal fine sono diversi¹⁵.

L'interpretazione della legge è, infatti, influenzata da fattori temporali, da sovrastrutture ideologiche e dalla possibilità di adeguamento alle mutazioni sociali¹⁶. L'interpretazione del contratto, invece, ricerca la comune intenzione dei contraenti nella loro dichiarazione esteriore¹⁷ e, dunque, per poter dare significato

diritto civile, II, Bologna, 2010; Sangermano, *L'interpretazione del contratto, profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 2007; AA.VV., *Commentario al codice civile, sub art. 1369 c.c.*, a cura di Cendon, Milano, 2010; G. Giacobbe, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto civile, Vol. III, Tomo II*, a cura di Lipari e Rescigno, Milano, 2009; G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Contratto, Trattato teorico pratico*, a cura di P. Fava, Milano, 2012, 1685 e segg.; Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario, Artt. 1362-1371*, fondato da Schlesinger, a cura di Busnelli, Milano, 2013; Amadio-Macario, *Diritto civile, norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014; Sacco-De Nova, *Il contratto*, Milano, 2016.

⁶ Paragrafo 9.1 dell'ordinanza in commento.

⁷ Per Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti*, in *Giur. It.*, 2009, 2180, le eccezioni sono rarissime. Tuttavia, nell'ultimo decennio come riportato in nota 4, le sentenze di legittimità che seguono il principio di diritto dell'ordinanza in commento sono più numerose.

⁸ Così auspicato già da Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti*, cit., 2182.

⁹ Il nuovo Codice civile e commerciale argentino è entrato in vigore il 1° gennaio 2016, consta di sei libri e 2671 articoli. Per un'analisi compiuta del nuovo codice: AA.VV., *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, a cura di R. Cardilli-D.F. Esborraz, Milano, 2017.

¹⁰ Gambaro, *Codici, lessici e mentalità giuridiche. A proposito del nuovo Codice civil y comercial argentino*, in *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, AA.VV., a cura di R. Cardilli-D.F. Esborraz, Milano, 2017, 61.

¹¹ M. Papa, *Il nuovo codice civile argentino tra universalismo e diritti umani. L'età della ricodificazione*, in *Nuovo codice civile*

argentino e sistema giuridico latinoamericano, AA.VV., a cura di R. Cardilli-D.F. Esborraz, Milano, 2017, 79.

¹² G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Contratto, Trattato teorico pratico*, a cura di P. Fava, Milano, 2012, 1685 e segg.

¹³ Costanza, voce "Interpretazione dei negozi di diritto privato", in *Digesto Civ.*, X, Torino, 1993, 25 e segg.; Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario, Artt. 1362 - 1371*, fondato da Schlesinger, a cura di Busnelli, Milano, 2013, 3.

¹⁴ Le norme si coordinano con regole speciali sull'interpretazione del contratto contenute in leggi di settore: art. 8 e 9 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, art. 35 c. cons., art. 1, 4° comma, L. n. 287/1990; art. 49, D.Lgs. n. 165/2001.

¹⁵ Costanza, *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., Vol. X, Torino, 1993, 26: respinge la dottrina di chi ha cercato di sostenere che le regole sono identiche.

¹⁶ Pugliatti, *Conoscenza e diritto*, cit., 64 e segg.; Costanza, *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, in *Digesto Civ.*, cit., 25 e segg.; Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario, Artt. 136-1371*, cit., 2.

¹⁷ È noto come la dottrina maggioritaria concordi nel ritenere che la "comune intenzione dei contraenti" costituisca il fine dell'interpretazione, v. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna 1943, 3; Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949, 352; Scognamiglio, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Torino 1972, 182, pur non mancando una differente opinione secondo cui la "comune intenzione dei contraenti" costituisce canone interpretativo e non fine dell'interpretazione, Irti, *Testo e contesto*, Padova 1996.

a tale dichiarazione, o al comportamento concludente, soccorrono diversi criteri ermeneutici¹⁸.

In caso di controversia, il presupposto da cui dipende la necessità di applicare le regole ermeneutiche non è, quindi, la vaghezza o l'ambiguità della clausola¹⁹, ma la contestazione sul significato della stessa²⁰.

Assumendo tale prospettiva, i criteri espressi nel Codice civile rappresentano una sintesi tra la teoria della volontà e la teoria della dichiarazione nell'interpretazione del contratto: come spiega la Relazione illustrativa, si ricerca la comune intenzione delle parti attraverso la dichiarazione e attraverso tutti i segni esteriori, tra cui il comportamento complessivo delle parti²¹.

In particolare, il Codice non accoglie l'idea per cui l'interpretazione sia rivolta a determinare la volontà meramente psicologica delle parti²² e tale regola è stata, infatti, sostituita dalla teoria della dichiarazione²³. Quest'ultima prospettiva nell'interpretazione del contratto si sofferma sui segni esterni prodotti dal

contraente e sul contesto in cui opera l'interprete, stante l'inidoneità della semplice forma sintattica a superare i problemi ermeneutici che essa pone²⁴.

Si precisa sin da ora che le regole codicistiche sull'interpretazione del contratto sono vincolanti per il giudice²⁵, tale assunto è ormai pacifico in dottrina²⁶ e conferma ne è il sindacato della Corte di cassazione in caso di violazione e falsa applicazione di tali norme²⁷.

Si premette, altresì, che gli artt. 1362-1371 c.c. si distinguono in due macro-categorie²⁸: le norme contenenti i criteri di interpretazione soggettiva e le norme contenenti criteri di interpretazione oggettiva²⁹.

Gli artt. 1362-1365 c.c. appartengono alla prima categoria e si basano sulla ricerca della comune intenzione delle parti; gli artt. 1367-1371 c.c. prevedono, invece, criteri oggettivi che intervengono ove persista un dubbio sulla dichiarazione contrattuale e che mirano ad attribuire un significato che la legge reputa obiettivamente congruo³⁰.

¹⁸ Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1329.

¹⁹ Esse rappresentano un *posterius* dell'interpretazione: Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo ed assiologia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005.

²⁰ Rescigno, *L'interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 188. E per D'auria M., *Causa in concreto, operazione economica e procedimento ermeneutico contrattuale: spunti di riflessione*, in *Corriere Giur.*, 2015, 1384: "Ne deriva, perciò, che, laddove il legislatore ha stabilito che alcune regole dovranno essere applicate "nel dubbio", ciò non significa che la comune intenzione sia stata messa fuori gioco, ma semplicemente che esse dovranno essere applicate, se ed in quanto siano coerenti con il tipo di controversia interpretativa in atto, all'interno di una fase in cui il procedimento ermeneutico è ancora in pieno svolgimento, quando cioè una parte tenta di dimostrare che una clausola contrattuale gioca a suo favore non già in forza di una preconcetta chiarezza lessicale".

²¹ Relazione al Codice civile al paragrafo 623; Sacco, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, Tomo II, diretto da Rescigno, Torino, 2002, 547.

²² Così invece Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 223 e segg.; Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 4-5.

²³ A favore della teoria della dichiarazione, *ex multis*: Bigliazzi Geri, cit., 14 e segg.; Lipari, *L'interpretazione giuridica*, in AA.VV., *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di Rodotà, Bari, 1971, 117; Grassetti, *L'interpretazione*, 18 e segg. e 102 e segg.; Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 2, 5, 24. Altre indicazioni in Sacco, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, Tomo II, diretto da Rescigno, Torino, 2002, 547.

²⁴ Guastini, *Dalle fonti alle norme*, cit., 46.

²⁵ La monografia di Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, cit., 95, enuncia i principi recepiti nel c.c.: "Se davvero le regole legali di interpretazione fossero facoltative nel senso che l'interprete può discostarsene caso per caso quando ciò gli sembri necessario per accertare la vera e concreta volontà dei dichiaranti, il nostro problema sarebbe già risolto con la negazione della sua esistenza, e l'attività interpretativa potrebbe essere definita senz'altro come ricerca della volontà subiettiva del dichiarante o dei dichiaranti. È solo a patto di riconoscere negli artt. 1131 e 1139 c.c. dei precetti giuridici che fissano all'interprete le direttive e i confini di un processo logico giuridico, e non solamente logico, che ha ragion d'essere il quesito intorno al più preciso significato giuridico di queste direttive: se e fino a che punto esse impongano la ricerca della volontà subiettiva delle parti; se e fino a che punto esse diano viceversa valore non

alla volontà reale, ma alla volontà obbiettivata nella dichiarazione, nella idea di contro al pensiero".

²⁶ Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti*, in *Giur. It.*, 2009, 2182, per cui: "È infatti dal tempo di Carnelutti che si riconosce che le regole codificate assumono valore vincolante e non di mero consiglio" e ove in nota 13 riporta l'antica disputa in ordine al valore giuridico delle norme di interpretazione dei contratti, per la tesi negativa Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1904, IV, 204; de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, VI ed. riveduta, s.d., Messina, I, 125-127, sia pure riferendosi alla legge; Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 29. Per quella positiva, invece, Messina, *Dati obiettivi nell'interpretazione dei contratti e Leggi dell'interpretazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, V, 153 e segg. e 159 e segg.; Carnelutti, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in Cassazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1925, I, 140; Grassetti, *L'interpretazione*, cit., 14; Santoro Passerelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 227; Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, 415; Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2001, 466.

²⁷ G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, cit., 1699 per cui "Questa operazione, che non è libera nel senso che è vincolata al canone metodologico scelto dal legislatore, deve essere verificabile sotto il profilo della coerenza interna, affinché il giudizio ermeneutico sia compatibile con gli elementi testuali ed extra testuali sui quali si fonda".

²⁸ Il principio della gerarchia tra criteri soggettivi e oggettivi è stato elaborato da Grassetti, *L'interpretazione*, cit., 225; anche IRTI, *Testo e contesto*, 139 e poi recepito dal Legislatore.

²⁹ Esaustiva è la Relazione al Codice, paragrafo 622: "Così, negli articoli 1362 a 1365 c.c. si è regolato il primo momento del processo interpretativo, che ha riguardo alla ricerca in concreto della volontà dei contraenti; negli articoli 1367 a 1371 si è invece disciplinato il secondo momento dell'interpretazione, e le norme poste presuppongono, a differenza delle prime, il persistere di un dubbio sul preciso contenuto della dichiarazione contrattuale, dubbio che appunto l'interprete è chiamato a sciogliere mediante l'applicazione di principi legislativamente fissati. Punto di sutura tra questi due momenti dell'interpretazione è la norma collocata nell'art. 1366, che li domina entrambi, e che fissa il principio dell'interpretazione secondo buona fede".

³⁰ Roppo, *Il contratto*, cit., 444. Detta distinzione, pur trovando ampi riscontri (Oppo, *Profili dell'interpretazione*, cit.; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1955, 339; Bianca, *Il contratto*, cit., 420; Amadio-Macario, *Diritto civile, norme, questioni, concetti*, cit., 713; Galgano, *Trattato Dir. Civ.*, cit., 450 e segg.),

Anche in giurisprudenza è pacifico l'assunto per cui soltanto ove l'applicazione dei canoni soggettivi non consenta un'inequivoca interpretazione del contratto e delle sue clausole, il giudice dovrà fare ricorso ai canoni oggettivi³¹.

Quale punto di incontro tra i criteri soggettivi e oggettivi si pone l'art. 1366 c.c. che guida l'interpretazione secondo buona fede³² e la disposizione ha contribuito ad alimentare i dubbi e le divergenze di opinioni che hanno accompagnato il riferimento alla buona fede interpretativa³³.

Sia essa qualificata come criterio di interpretazione soggettiva³⁴ o quale criterio oggettivo³⁵, è comunque condiviso che la buona fede sia un criterio necessario lungo tutto il procedimento interpretativo, sia nella fase della verifica di un autentico conflitto ermeneutico, sia nella fase di valutazione degli indici ermeneutici che ciascuna parte utilizza al fine di giustificare la propria interpretazione³⁶.

Per quanto riguarda, invece, la legge argentina, il nuovo Codice civile e commerciale disciplina l'interpretazione del contratto al Libro III, Tit. II, Capitolo X, artt. 1061-1068 c.c.

Negli otto articoli dedicati all'ermeneutica contrattuale si leggono alcune norme il cui precetto è analogo alle corrispondenti norme italiane³⁷ e altre disposizioni dal contenuto del tutto innovativo.

In particolare, tra queste ultime, spiccano gli artt. 1061 e 1067 c.c. arg. che attribuiscono un ruolo centrale alla buona fede e alla tutela dell'affidamento reciproco delle parti nell'interpretazione del contratto, recependo l'idea di un'ampia costituzionalizzazione del diritto privato³⁸.

Non solo, tra le norme più innovative si individuano altresì l'art. 1062 c.c. arg. che confina l'interpretazione legata al significato letterale delle parole ai soli casi previsti dalla legge o da clausole contrattuali espresse e anche l'art. 1065 c.c. arg. che elenca le fonti dell'interpretazione e tra queste include anche il comportamento complessivo delle parti.

Chiarito il contesto normativo, la norma italiana che più interessa ai fini dell'ordinanza in esame quale oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza è l'art. 1362 c.c.

In particolare, l'art. 1362, 1° comma, c.c. prevede che "nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole" e al comma 2 precisa che "per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

Come anticipato, il dibattito su tale disposizione presenta almeno tre diverse tesi, delle quali l'orientamento da preferire è quello esposto nell'ordinanza in commento, in quanto rispondente al dato normativo, applicativo del corretto metodo ermeneutico, in quanto logico e nonché, come già ribadito, sostenuto da lungo tempo dalla dottrina maggioritaria.

La tesi della rilevanza primaria del criterio letterale

La prima tesi da cui l'ordinanza in commento si discosta, è sostenuta da un orientamento maggioritario in giurisprudenza³⁹ connotato dall'applicazione del principio *in claris non fit interpretatio* e del prin-

risulta rifiutata da altra parte della dottrina (Carresi, *L'interpretazione del contratto*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1964, 558; Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano 1989, 4), che ne prospetta il superamento.

³¹ Si veda, *ex multis*, Cass., 24 gennaio 2012, n. 925; Cass., 22 marzo 2010, n. 6852; Cass., 8 novembre 2013, n. 25243, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 296: "le regole legali di ermeneutica contrattuale sono governate da un principio di gerarchia, in forza del quale i criteri degli artt. 1362 e 1363 c.c., prevalgono su quelli integrativi degli artt. 1365-1371 c.c., posto che la determinazione oggettiva del significato da attribuire alla dichiarazione non ha ragion d'essere quando la ricerca soggettiva conduca ad un utile risultato ovvero escluda da sola che le parti abbiano posto in essere un determinato rapporto giuridico".

³² Così la Relazione al codice civile, al par. 622, testualmente afferma che "Punto di sutura tra questi due momenti dell'interpretazione è la norma collocata nell'art. 1366, che li domina entrambi, e che fissa il principio dell'interpretazione secondo buona fede".

³³ Achille, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 169.

³⁴ Per la qualificazione soggettiva: Bianca, *Il contratto*, cit., 415; Scognamiglio, *Contratti in generale*, cit., 184; Achille, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, cit., 169.

³⁵ Per la qualificazione oggettiva, ad esempio: Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1367-1370, per cui la buona fede è sia criterio oggettivo per selezionare il fatto, o il significato rilevante e sia strumento per garantire la parti da effetti dannosi imprevisi e perciò ingiusti; Roppo, *Il contratto*, cit., 477, il quale ritiene di dover qualificare il criterio ermeneutico come oggettivo sul rilievo che il significato attribuito secondo buona fede non corrisponde alla comune intenzione delle parti in quanto, utilizzando siffatto criterio, "si attribuisce

al contratto il significato su cui una parte aveva fatto legittimo affidamento"; Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, cit., 346. Prospettando una concezione obiettiva di buona fede interpretativa si attribuisce a questa un ruolo integrativo del regolamento negoziale: Galgano, *Tratt. Dir. Civ.*, cit., 450.

³⁶ Bigliuzzi Geri, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 41; Turco, *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede ex art. 1366 c.c.*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1991, 304.

³⁷ La rubrica di alcuni articoli argentini è familiare al giurista italiano: l'art. 1061 c.c. arg. è rubricato "Intención común" analogamente all'art. 1362 c.c. "Intenzione dei contraenti"; l'art. 1064 c.c. arg. è rubricato "Interpretación contextual" e il suo contenuto è analogo all'art. 1363 c.c. "Interpretazione complessiva delle clausole" ai sensi del quale le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre. Non solo, l'art. 1066 c.c. arg. è rubricato "Principio de conservación" come l'art. 1367 c.c. recante il principio di "Conservazione del contratto" e anche l'art. 1068 c.c. arg. "Expresiones oscuras" ricalca il contenuto dell'art. 1371 c.c.

³⁸ M. Papa, *Il nuovo codice civile argentino tra universalismo e diritti umani. L'età della ricodificazione*, cit., 81.

³⁹ Da ultimo: Cass., 10 gennaio 2019, n. 469; Cass., 17 gennaio 2019, n. 1047; Cass., 20 giugno 2018, n. 16282; Cass., 8 giugno 2018, n. 14882; App., Milano, Sez. lav., 17 ottobre 2018, n. 1529; Cass., 20 luglio 2016, n. 14842. Più risalenti: Cass., 4 agosto 2000, n. 10250; Cass., 18 luglio 2000, n. 9438; Cass., 19 maggio 2000, n. 6482; Cass., 11 agosto 1999, n. 8590; Cass., 23 novembre 1998, n. 11878; Cass., 23 febbraio 1998, n. 1940; Cass., 26 giugno 1997, n. 5715; Cass., 16 giugno 1997, n. 5389; Cass., 22 gennaio 1990, n. 321; Cass., 3 febbraio 1984, n. 846, in *dejure.it*.

cipio del gradualismo come principali criteri di interpretazione⁴⁰.

In particolare, per la giurisprudenza maggioritaria, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni letterali utilizzate dai contraenti, con conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi “quando la comune volontà delle parti emerge in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa”⁴¹.

Secondo tale orientamento, dunque, la valutazione del comportamento complessivo delle parti è un mero criterio sussidiario cui il giudice ricorre soltanto quando residui un dubbio circa il significato del senso letterale delle parole.

Non solo, la Corte di cassazione, in alcune pronunce, seleziona i tipi di comportamento passibili di valutazione⁴².

In particolare, si è affermato che solo il comportamento successivo conforme al contratto è utile materiale ermeneutico, mentre il comportamento successivo difforme non può essere oggetto di valutazione poiché costituisce violazione del contratto o nuovo accordo⁴³. In risalenti pronunce il giudice ha valutato in via secondaria l'attività processuale successiva al contratto⁴⁴, attività che, invece, ha assunto parametro importante nel caso in esame.

Secondo i fautori della tesi in esame, quindi, la co-

mune intenzione delle parti si evince dal testo del contratto e, soltanto quando il testo non sia chiaro, è consentito di ricorrere all'esame del loro comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione del contratto.

Tuttavia, nel ricercare l'origine del principio del gradualismo, si scopre che le recenti sentenze che ne fanno applicazione argomentano riportando in serie i principi di diritto enunciati dalla giurisprudenza precedente⁴⁵.

Risalendo, allora, alle prime pronunce, non è dato riscontrare una solida motivazione argomentata che giustifichi il rango sussidiario dell'art. 1362, 2° comma, c.c.⁴⁶.

In una pronuncia risalente si evince che le ragioni di fondo che hanno indotto la giurisprudenza ad affermare il suddetto principio del gradualismo erano dupplici: da un lato evitare che il giudice potesse sostituire la propria opinione soggettiva all'effettiva volontà delle parti⁴⁷, dall'altro evitare la censura delle pronunce che abbiano fatto riferimento al solo criterio dell'interpretazione letterale⁴⁸.

Se nel panorama giurisprudenziale, quindi, è questa la tesi dell'orientamento dominante, in dottrina invece, solo alcune voci isolate riconoscono il principio del gradualismo come regola governante l'interpretazione del contratto⁴⁹.

In particolare, chi sostiene il principio del gradualismo propone una simile argomentazione⁵⁰: in caso le parti non concordino nella lettura del contratto, la

⁴⁰ Sull'utilizzo del principio del gradualismo, Cass., 20 giugno 2018, n. 16282: “A ulteriore specificazione del principio generale d'ordinazione gerarchica delle regole ermeneutiche in tema di interpretazione dei contratti, il legislatore ha attribuito – nell'ambito della stessa prima categoria assorbente rilevante al criterio indicato nell'articolo 1362, comma 1, del codice civile, eventualmente integrato da quello posto dal successivo articolo 1363 del codice civile per il caso di concorrenza di una pluralità di clausole nella determinazione del pattuito. Qualora, pertanto, il giudice del merito abbia ritenuto il senso letterale delle espressioni utilizzate dagli stipulanti – eventualmente confrontato con la ratio complessiva di una pluralità di clausole idoneo a rilevare con chiarezza e univocità la comune volontà degli stessi, cosicché non sussistano residue ragioni di divergenza tra il tenore letterale del negozio e l'intento effettivo dei contraenti – detta operazione deve ritenersi utilmente compiuta, anche senza che si sia fatto ricorso al criterio sussidiario dell'articolo 1362, comma 2, del codice civile, che attribuisce rilevanza ermeneutica al comportamento delle parti successivo alla stipulazione”, in *Dejure.it*.

⁴¹ Principio ribadito *ex multis* da: Cass., 20 luglio 2016, n. 14842 in *dejure.it*.

⁴² *Ex multis*: Cass., 4 agosto 2000, n. 10250; Cass., 12 giugno 2007, n. 13777; Cass., 25 settembre 2007, n. 19928 con nota di Catani, *Comportamento successivo delle parti e accordi modificativi*, in *Contratti*, 2008, 577.

⁴³ Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1363, in nota 102, tra le più recenti, cita Cass., 4 agosto 2000, n. 10750 e Cass., 23 maggio 2014, n. 11533.

⁴⁴ Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1364, in nota 110 cita Cass., 1° giugno 1977, n. 2225 e Cass., 19 giugno 1981, n. 106.

⁴⁵ Sin da Cass., 3 febbraio 1984, n. 846, ricorre la seguente massima: “L'interpretazione di un contratto, consistendo nell'accertamento di una realtà storica (la comune intenzione delle parti), è assoggettata, ai fini del controllo di legittimità in Cassazione,

ai principi che governano i giudizi di fatto, tra cui è fondamentale quello della non rilevanza del mancato esame di elementi non idonei a modificare l'accertamento, per cui è incensurabile la ricostruzione del significato del negozio operata dal giudice del merito che ometta di valutare il comportamento delle parti, quando questo elemento non appaia tale da poter portare ad un giudizio diverso, posto che il criterio ermeneutico relativo al detto comportamento è meramente sussidiario di quello fondamentale espresso dal comma 1 dell'art. 1362 c.c.”.

⁴⁶ Anche Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti (art. 1362 c.c.)*, cit., 2181 riscontra che il principio del gradualismo sia una regola di “ignota paternità, frutto di una creatività che ha esempi di rara portata”.

⁴⁷ Cass., 11 maggio 1971, n. 1341, in *Giur. It.*, 1973, 691.

⁴⁸ Achille, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, cit., 162 in nota 15.

⁴⁹ Carresi, *Dell'interpretazione del contratto*, Artt. 136-1371, in *Commentario del c.c. Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 1992, 56; anche Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1964, 1355-1356, il quale avvisa che “il testo approvato dai contraenti rimane il solo oggetto dell'interpretazione, ed il comportamento complessivo delle parti non costituisce se non il materiale di cui si serve l'interprete per la sua attività”; Messineo, voce “Contratto (dir. priv.)”, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, 950; Grasso, *Appunti sull'interpretazione giuridica*, 1974, 50; Moscari, *Il comportamento delle parti successivo alla conclusione del contratto in relazione al criterio di ermeneutica contenuto nel capoverso dell'articolo 1362 del codice civile*, in *Giur. It.*, 1967, 627 e segg., il quale sottolinea come il primato del dato testuale si fondi sul timore che l'utilizzo di ulteriori elementi possa tradire l'effettiva volontà delle parti.

⁵⁰ Si riporta l'argomentazione di Carresi, *Dell'interpretazione del contratto*, cit., 57.

parte che invoca il contratto a fondamento del suo diritto deve provare che l'interpretazione proposta doveva essere condivisa anche dall'altra; tale prova si deve ricavare solo dal testo del contratto; se è chiaro e univoco, al giudice non è consentito di accogliere una interpretazione che diverge solo perché suffragata dal comportamento complessivo delle parti, "altrimenti bisognerebbe giungere alla conclusione che quello allegato come testo del contratto non era in effetti tale, oppure che tale contratto è stato successivamente modificato"⁵¹.

Altra dottrina ritiene, in merito, che il principio si declini in punto di motivazione per cui quando il giudice si convinca che il testo letterale esprime puntualmente la comune intenzione dei contraenti, potrà arrestare la propria motivazione all'art. 1362, 1° comma, c.c.⁵².

Tale orientamento si espone a critiche difficilmente superabili, critiche di cui l'ordinanza in commento tiene conto nel disapplicare il suddetto principio del gradualismo.

Tra gli argomenti di segno contrario, in un primo luogo, se ne riporta uno di ordine letterale.

L'art. 1362, 1° comma, c.c. testualmente contiene la congiunzione "e" tra il criterio ermeneutico della rilevanza senso delle parole del contratto e il criterio della valutazione del comportamento complessivo delle parti ed è, dunque, fuori luogo far prevalere il primo sul secondo⁵³.

Il 2° comma, difatti, specifica la regola del comma 1 ossia specifica che per indagare la comune intenzione delle parti si deve fare riferimento al loro comportamento complessivo che assume pari valore al criterio letterale.

Non solo, la disciplina codicistica così dettata è vincolante per il giudice⁵⁴. È indiscusso che sia un dovere del giudice adeguarsi ai canoni ermeneutici fissati dalla legge e che la loro violazione comporta il sindacato della Corte di cassazione⁵⁵.

Inoltre, secondo un argomento teleologico, la Relazione al Codice civile esplicitamente pone i due criteri sullo stesso piano, precisa che nell'interpretazione del contratto prevalgono i mezzi di interpretazione sog-

gettiva⁵⁶ e nell'ambito di tali criteri non si fissano priorità⁵⁷.

Se quindi si può riconoscere un ordine gerarchico tra i criteri di interpretazione soggettiva e oggettiva, è invece, fuori luogo affermare che vi sia una gerarchia tra l'interpretazione letterale e il comportamento delle parti⁵⁸.

Non solo, per un argomento di ordine logico, il principio del gradualismo rovescia l'ordine razionale del discorso: infatti, per poter dire che quella dichiarazione è chiara, bisogna aver già operato una interpretazione della dichiarazione⁵⁹. In tal senso, il problema è determinare la volontà dei contraenti quando un'interpretazione in principio chiara, diventa poi oscura valutando il comportamento complessivo delle parti.

Un ulteriore argomento di ordine logico richiama il principio di non contraddizione che risulta violato dall'orientamento in esame⁶⁰. In particolare, tale principio impedisce ad una delle parti di contraddire se stessa, ovvero di negare il senso che prima mediante il comportamento aveva, invece, avallato.

Come è stato osservato in dottrina, "il senso della clausola è quello indicato dal comportamento conforme dei contraenti e nessuno di loro in caso di lite, potrà dire che il significato sia diverso da quello ascritto in tal modo, perché non è possibile che nello stesso momento, la medesima regola assuma due sensi diversi"⁶¹.

Infatti, ove l'interprete non dia ingresso alle prove sul comportamento dei contraenti, si giunge ad una conseguenza contraddittoria: si fa prevalere il significato che il giudice di merito ritiene coerente con il senso letterale delle parole, sebbene diverso da quello che le parti hanno condiviso con il comportamento⁶².

Si contesta altresì la validità del principio riassunto nel brocardo *in claris non fit interpretatio* quale criterio per l'interpretazione del contratto cui ricorre l'orientamento dominante nell'arrestarsi all'art. 1362, 1° comma, c.c.⁶³.

Secondo tale principio, il giudice non necessita di discostarsi dal significato letterale e logico delle dichiarazioni delle parti quando la comune intenzione

⁵¹ Carresi, *Dell'interpretazione del contratto*, cit., 57.

⁵² Canepa, *sub art. 1362, Comm. C.C.* diretto da Cendon, Torino, 1991, 223 e segg.

⁵³ Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti (art. 1362 c.c.)*, cit., 2181.

⁵⁴ Si veda la nota 14.

⁵⁵ Sacco, *Tratt. diritto privato*, cit., 548: "diversamente, il risultato del procedimento ermeneutico costituisce accertamento di un fatto ed è pertanto insindacabile, quando sia immune da vizi logici la relativa motivazione".

⁵⁶ Relazione al Codice civile, parr. 623 e 624.

⁵⁷ Sacco, *Trattato di diritto privato*, cit., 555.

⁵⁸ Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti (art. 1362 c.c.)*, cit., 2181.

⁵⁹ Sacco, *Trattato di diritto privato*, cit., 553; Scognamiglio, *L'interpretazione*, cit., 929.

⁶⁰ Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comporta-*

mento dei contraenti (art. 1362 c.c.), cit., 2184; Sicchiero, *L'interpretazione del contratto e il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 507 ove richiama la fonte di tale principio: IV Libro della Metafisica di Aristotele (*Opere*, Bari, 1982, VI, 93); Astone, *Venire contra factum proprium - divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006.

⁶¹ Sicchiero, *L'interpretazione del contratto e il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 512.

⁶² Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti (art. 1362 c.c.)*, cit., 2182.

⁶³ Il brocardo risalirebbe ad un passo del Digesto (Paolo 35.25.1): "cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio"; v. Mancini, *In tema di in claris non fit interpretatio*, *Riv. Dir. Comm.*, 1997, 321 e segg.

dovesse risultare in modo chiaro e inequivoco attraverso le espressioni dalle stesse usate⁶⁴.

Tuttavia, *in primis*, si evidenzia che tale principio non è ricompreso dal legislatore del 1942 tra i canoni ermeneutici⁶⁵.

Si conviene, infatti, con chi afferma che la chiarezza del testo costituisce un *posterius* e non un *prius*: la chiarezza è il risultato del procedimento ermeneutico e, quindi, l'attività di interpretazione è in ogni caso necessaria per valutare l'accordo alla luce delle circostanze in base alle quali è posto in essere⁶⁶.

Inoltre, si contesta la fallacia di tale principio dal momento che non esiste un elenco di significati vincolanti delle parole e l'idea di trovare un significato astratto delle parole è una chimera⁶⁷. Anche la dottrina inglese è scettica verso tale principio tanto che nel *common law*, nonostante la regola della *evidence rule*, vi sono molti studi sull'ambiguità del linguaggio in ambito contrattuale⁶⁸.

È utile, altresì, richiamare la risposta del filosofo Agostino alla domanda "che cos'è il tempo?": "*si nemo ex me quaerat, scio; si quaerenti explicare velim, nescio*"⁶⁹. La celebre frase è sintomatica del fatto che l'intenzione interiore delle parti trasposta in un segno linguistico è fallace, l'assimilazione del discorso a segno di un evento interiore, la volontà, che sta all'azione è oggi abbandonata⁷⁰, è necessario, quindi, guardare anche al loro comportamento complessivo.

In tal senso sovviene anche l'argomento comparatistico dall'analisi delle disposizioni in tema di ermeneutica contrattuale del nuovo Codice civile e commerciale argentino.

In particolare, come anticipato, l'art. 1062 c.c. arg., rubricato "*Interpretación restrictiva*"⁷¹, prevede che l'interpretazione letterale delle parole sia utilizzabile nei soli casi di "interpretazione restrittiva" previsti dalla legge o da clausole contrattuali espresse, così confermando che tale metodo non è primario, ma addirittura eccezionale.

Conferma ne è anche l'art. 1065 c.c. arg. che elenca tra le fonti dell'interpretazione le circostanze in cui si è concluso il contratto, comprese le negoziazioni, il comportamento anche posteriore delle parti e la natura e lo scopo del contratto. È importante rilevare come la nuova disposizione entrata in vigore nel 2016 ribadisca l'importanza del comportamento delle parti nell'interpretazione del contratto, sottintendendo un principio presente anche nell'ordinamento italiano sin dal 1942.

Non solo, è sorprendente il contenuto dell'art. 1067 c.c. arg. che codifica espressamente il principio di non contraddizione: la norma nel sancire la tutela dell'affidamento reciproco delle parti nell'interpretazione del contratto, prevede che sia inammissibile la contraddizione con una condotta giuridicamente rilevante, precedente e propria del medesimo soggetto. Tale norma, dunque, codifica un principio logico del diritto rilevante nel valutare il comportamento complessivo delle parti nell'operazione di ermeneutica contrattuale.

Da ultimo, la conclusione è accolta anche dalle norme di diritto internazionale. Ne "I principi di diritto europeo dei contratti", all'art. 5:101, rubricato "Regole generali di interpretazione", si legge al primo comma che "il contratto deve essere interpretato secondo la comune intenzione delle parti, anche quando questa non è conforme al significato letterale delle parole".

L'importanza della disposizione si evince dal ruolo determinante dei principi stessi, utilizzabili in concreto come clausole nei contratti nazionali o internazionali. È pur vero che la norma non fa espresso riferimento al comportamento delle parti, ma si ritiene che l'enunciazione sia sintomatica della condivisione di una chiave di lettura contraria al principio *in claris non fit interpretatio*, specie nelle relazioni commerciali ove i contratti internazionali vengono tradotti sovente nelle diverse lingue dei contraenti. Ben avrebbe potu-

⁶⁴ La dottrina critica il principio: in Twining-Miers, *Come far cose con regole*, trad. it., Milano, 1990, 264 e segg. si legge che "è come se si trattasse di trovare un senso esistente, ma nascosto, una sorta di tesoro sepolto". Critici anche: Sicchiero, *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1999, 1194; Id., *L'interpretazione della clausola normativa*, *ivi*, 2001, 98; Id., *L'interpretazione del contratto e il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 512; Id. voce "Clausola contrattuale" in AA.VV., *Digesto Civile*, IV, 2003; Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, cit., 102. Più risalenti: Morace Pinelli, "*In claris non fit interpretatio*"; un brocardo che non trova asilo nel nostro ordinamento giuridico, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1163; Mancini, *In tema di claris non fit interpretatio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, 321 e segg.; Costanzo, *Il principio in claris non fit interpretatio nel sistema delle norme relative alla interpretazione del contratto*, in *Giust. Civ.*, 1997, 151; Id., *Osservazioni sul principio in claris non fit interpretatio e sul criterio interpretativo del "comportamento complessivo"*, *ibidem*, 1996, 1451, in nota a Cass., 18 aprile 1995, n. 4333.

⁶⁵ Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, cit., 102.

⁶⁶ Perlingieri, I, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 69; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 573; Pennasilico, *L'interpre-*

tazione del contratto tra relativismo e assiologia, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005, 741.

⁶⁷ Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti (art. 1362 c.c.)*, cit., 218 e Id. *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 87 e segg.

⁶⁸ Sicchiero, *Una buona decisione sulla rilevanza del comportamento dei contraenti (art. 1362 c.c.)*, cit., 218 si sofferma sugli autori inglesi in nota 8; Sulla *parol evidence rule* e sulle sue applicazioni nel *common law* v. Chitty *On contracts*, Londra, 1999, 624 e segg.; Lewinson, *The interpretation of contracts*, Londra, 1989, 34; Ferreri, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000, 267 e segg., 283 e segg., 308 e segg.; Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, 146; Alpa, *Contratto e common law*, Padova, 1987, 82.

⁶⁹ Agostino, *Confessiones*, XI, 14.

⁷⁰ Per un approfondimento: V. Calderai, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 453.

⁷¹ Artículo 1062. Interpretación restrictiva. "Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente".

to, altrimenti, sancirsi espressamente la regola della rilevanza primaria del dato testuale nell'ermeneutica del contratto.

Sconfessata, dunque, la tesi maggioritaria in giurisprudenza, nelle più recenti sentenze di legittimità e di merito si fa strada un'ulteriore posizione non condizionale.

La tesi dell'interpretazione funzionale

Un orientamento di nuovo conio, sulla scia del primo, ripresenta il principio del gradualismo⁷² e, dunque, la prevalenza del criterio letterale sugli altri criteri, ma nel richiamare in via sussidiaria gli altri criteri soggettivi, omette del tutto di citare la valutazione del comportamento complessivo delle parti.

In particolare, secondo il recente orientamento, il criterio sussidiario dirimente non è il comportamento complessivo delle parti, ma è il criterio "funzionale" ex art. 1369 c.c. che, qualificato in senso soggettivo, attribuisce rilievo alla "ragione pratica" del contratto, ossia alla concreta funzione economica dell'intera operazione negoziale⁷³.

Esaminando le pronunce giurisprudenziali, dunque, si legge che assurge a rango di criterio ermeneutico soggettivo lo scopo pratico del negozio quale la causa concreta del contratto.

Una delle prime pronunce che ha inaugurato un simile orientamento risale al 2014⁷⁴ e gli argomenti in essa utilizzati sono poi richiamati senza modificazioni nella giurisprudenza successiva che ne condivide i principi⁷⁵.

Si è, quindi, voluto indagare su quali presupposti giuridici sia attribuita centrale rilevanza all'art. 1369 c.c. come criterio funzionale.

In primo luogo, la sentenza, allineandosi all'orientamento che riconosce il principio del gradualismo, ribadisce che, nonostante qualche pronuncia contraria in giurisprudenza, nell'interpretazione del contratto assume centralità il criterio del senso letterale delle parole e che il rilievo da assegnare alla formulazione

letterale va, invero, verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale.

Si afferma, altresì, che la lettera del contratto debba essere interpretata alla luce dei criteri di interpretazione soggettiva, mentre i criteri di interpretazione oggettiva soccorrono solo in caso di dubbio.

Chiarito ciò, tuttavia, non si legge più che in via sussidiaria il giudice debba ricorrere alla valutazione del comportamento delle parti, ma che piuttosto si deve tenere conto dell'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c. e dell'interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c., avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e, quindi, alla relativa causa concreta.

Secondo il presente orientamento, dunque, è la combinazione degli artt. 1366 e 1369 c.c. a fondare il criterio di interpretazione soggettiva del contratto basato sull'indagine della causa concreta.

Precisamente, si legge che l'art. 1369 c.c. consente di accertare il significato dell'accordo in coerenza con la relativa ragione pratica o causa concreta, mentre, l'obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza ex art. 1366 c.c., si specifica nel significato di lealtà, ovvero "nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi, come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte"⁷⁶.

Così la sentenza conclude che il contratto debba essere interpretato avuto riguardo alla sua *ratio*, alla sua ragione pratica, in coerenza con gli interessi che le parti hanno specificamente inteso tutelare mediante la stipulazione contrattuale, con convenzionale determinazione della regola volta a disciplinare il rapporto contrattuale⁷⁷.

La tesi è in parte sostenuta anche da alcune voci in dottrina in base alle seguenti argomentazioni.

Sull'essenza stessa dell'attività interpretativa, si sostiene che "il giudice debba verificare la funzione pratica dell'accordo, ossia la causa concreta dell'intesa.

⁷² Una voce isolata in dottrina ritiene, invece, che il nuovo orientamento superi il principio del gradualismo: Achille, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, cit., 163; l'Autore ritiene che la sentenza nel riconoscere l'utilità anche degli altri criteri ermeneutici, superi il criterio del gradualismo. L'assunto non è condivisibile, in tutte le pronunce di seguito riportate, la Cassazione attribuisce espressa rilevanza al criterio letterale e ribadisce ancora la distinzione tra criteri soggettivi e oggettivi.

⁷³ In tema d'interpretazione funzionale, la *ratio decidendi* è da espressa da Cass., 27 giugno 2011, n. 14079; Cass., 23 marzo 2011, n. 11295, in *Giust. Civ.*, 2012, 430; Cass., 22 ottobre 2014, n. 22343; Cass., 22 novembre 2016, n. 23701; Cass., 28 marzo 2017, n. 7927; Cass., 7 settembre 2017, n. 20888; Cass., 19 marzo 2018, n. 6675; Cass., 6 luglio 2018, n. 17718 in *dejure*.

⁷⁴ Cass., 22 ottobre 2014, n. 22343 con nota di Pagliantini, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *I Contratti*, 2016, 604; D'Auria, *Causa in concreto, operazione economica e procedimento ermeneutico contrattuale: spunti di riflessione*, in *Corriere Giur.*, 2015, 1375; Achille, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, cit., 163.

⁷⁵ Cass., 22 novembre 2016, n. 23701; Cass., 20 agosto 2015, n.

17020 con nota di Scaron, *Interpretazione della polizza sanitaria e determinazione del rischio assicurato*, in *Contratti*, 2016, 124; Cass., 28 marzo 2017, n. 7927; Cass., 7 settembre 2017, n. 20888; Cass., 19 marzo 2018, n. 6675; Cass., 6 luglio 2018, n. 17718.

⁷⁶ Cass., 22 ottobre 2014, n. 22343 e Cass., 22 novembre 2016, n. 23701 così poi concludono: "A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale".

⁷⁷ La medesima conclusione si legge nei principi di diritto della giurisprudenza successiva, solo ad esempio, Cass., 19 marzo 2018, n. 6675: "In tema di interpretazione del contratto, l'elemento letterale, sebbene centrale nella ricerca della reale volontà delle parti, deve essere riguardato alla stregua di ulteriori criteri ermeneutici e, segnatamente, dell'interpretazione funzionale, che attribuisce rilievo alla causa concreta del contratto ed allo scopo pratico perseguito dalle parti, oltre che dell'interpretazione secondo buona fede, che si specifica nel significato di lealtà e si concreta nel non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte".

L'intenzione comune è, dopotutto, la proiezione della funzione empirica innervante il contratto⁷⁸.

Altri accolgono con favore la nuova prospettiva giurisprudenziale, ritenendo che la nozione di contratto come "operazione economica" sia strumento metodologicamente utile sotto il profilo dell'analisi ermeneutica: "l'interpretazione deve essere volta alla ricostruzione della comune intenzione in concreto, anche al di là del tenore letterale dell'atto"⁷⁹.

Per altra posizione, il nuovo orientamento è naturale conseguenza dell'abbandono della concezione della causa in astratto e nella diversa ottica della causa in concreto, gli interessi che il contratto mira a realizzare sono essi stessi essenza dell'atto di autonomia privata⁸⁰.

A questa tesi, si aggiunge la posizione della dottrina che, sebbene neghi il principio del gradualismo, tra i criteri di interpretazione soggettiva annovera anche l'art. 1369 c.c., attribuendogli un ruolo pari all'art. 1362 c.c.⁸¹.

In particolare, si sostiene che l'art. 1369 c.c. debba essere considerato come una norma di interpretazione soggettiva poiché richiede venga ricercata la causa concreta dell'affare, la ragione pratica che ha spinto le parti a contrarre, per poter intendere, conformemente ad essa, espressioni con più sensi⁸². In tal senso, l'attività interpretativa, quindi, sia essa riferita a singole espressioni o pluralità di clausole⁸³, esige la verifica della causa concreta del contratto⁸⁴.

Altra dottrina ritiene, infine, che l'interpretazione funzionale ex art. 1369 c.c., insieme agli altri criteri, concorra ad illuminare la causa concreta del contratto attraverso la quale è poi possibile chiarire il significato letterale e complessivo del contratto⁸⁵.

Ripercorsi, quindi, i principali assunti di quest'ultimo orientamento dottrinale e giurisprudenziale che individua l'essenza dell'interpretazione del contratto nella verifica della causa in concreto e che qualifica

il criterio funzionale ex art. 1369 c.c. tra i canoni soggettivi, si ritiene che anch'esso si esponga a critiche difficilmente superabili.

In primo luogo, secondo un primo argomento letterale, sull'assunto logico del principio del gradualismo e del principio *in claris non fit interpretatio* si possono riportare le medesime critiche già esposte⁸⁶.

Circa la mutata essenza dell'ermeneutica contrattuale, la recente tesi si discosta dalla *ratio legis* e dalla più tradizionale e consolidata dottrina che, come anticipato, ritiene che l'attività interpretativa consista nell'edificare il significato della dichiarazione delle parti⁸⁷.

Inoltre, si ribatte che per individuare la causa concreta del contratto occorre aver già interpretato il regolamento contrattuale, con conseguente inutilizzabilità di tale elemento ai fini ermeneutici⁸⁸. Non solo, non è proprio ravvisabile un fondamento implicito normativo nel richiamo alla natura del contratto ex art. 1369 c.c.: tale espressione infatti, richiama una operazione di qualificazione contrattuale, diversa dall'attività interpretativa⁸⁹.

In secondo luogo, come già chiarito nella Relazione al Codice civile e come già affermato da autorevole dottrina, l'art. 1369 c.c. è annoverato tra i criteri di interpretazione oggettiva e come tale, utilizzabile solo in caso di residui dubbi dopo l'indagine condotta ex artt. 1362-1365 c.c.⁹⁰.

Come già chiarito, le norme codicistiche sono norme vincolanti che indicano al giudice un preciso iter metodologico da seguire nell'interpretazione del contratto e ove il ragionamento non segua tali canoni logici, è censurabile avanti il giudizio di legittimità.

L'orientamento giurisprudenziale ribalta, quindi, l'ordine dei criteri soggettivi e oggettivi di interpretazione e in tale operazione, omette del tutto la valutazione del comportamento complessivo delle parti ex art. 1362, 2° comma, c.c., sebbene sia un criterio cen-

⁷⁸ R. Calvo, *Diritto civile, Vol. II, Il contratto*, Bologna, 2015, 562. Dello stesso avviso anche Costanza, *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, cit., 26: "Nell'interpretazione del contratto o più in generale degli atti giuridici, invece, si pone primariamente il problema della determinazione del significato della dichiarazione in relazione agli scopi che gli stessi autori intendono realizzare".

⁷⁹ Foglia, *Interpretazione negoziale e principio di garanzia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, 301 in nota a Cass., 8 novembre 2013, n. 25243.

⁸⁰ Achille, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, cit., 179.

⁸¹ Tra gli autori che attribuiscono natura soggettiva al criterio funzionale di cui all'art. 1369 c.c.: Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 433; Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 142; Sangermano, *L'interpretazione del contratto, profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milano, 2007, 205; G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, cit., 1712; Carresi, *Dell'interpretazione del contratto*, cit., 127; Turco, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, 283; G. Pellegrino, *L'interpretazione del contratto*, Frosinone, 2018, 101.

Di contrario avviso: Amadio-Macario, *Diritto civile, norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, 713; Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 450; Galgano, *Il contratto*, cit., 434; Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1376; AA.VV., *Commentario al codice civile, sub*

art. 1369 c.c., a cura di Cendon, Milano, 2010, 313; G. Giacobbe, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto civile, Vol. III, Tomo II*, a cura di Lipari e Rescigno, Milano, 2009, 591.

⁸² G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, cit., 1712.

⁸³ Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., 142;

⁸⁴ G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, cit., 1712.

⁸⁵ Bianca, *Il contratto*, cit., 433.

⁸⁶ Si rimanda alle apposite note.

⁸⁷ Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1332.

⁸⁸ Gentili, *Senso e consenso*, Torino, 2015, 599.

⁸⁹ D'Auria, *Causa in concreto, operazione economica e procedimento ermeneutico contrattuale: spunti di riflessione*, in *Corriere Giur.*, 2015, 1388: "quando il giudice qualifica, impiega uno schema normativo che lo predispone al raggiungimento di determinati risultati ermeneutici attenendosi ad un canone ermeneutico obiettivo perché tipizzato".

⁹⁰ Per la natura oggettiva: Amadio-Macario, *Diritto civile, norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, 713; Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 450; Galgano, *Il contratto*, cit., 434; Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., 1376; AA.VV., *Commentario al codice civile, sub art. 1369 c.c.*, a cura di Cendon, Milano, 2010, 313; G. Giacobbe, *L'interpretazione del contratto*, in *Diritto civile, Vol. III, Tomo II*, a cura di Lipari e Rescigno, Milano, 2009, 591.

trale e, come appurato, di pari importanza del criterio letterale.

Non solo, è improprio il richiamo all'art. 1369 c.c. poiché la norma si riferisce testualmente alla sua utilizzabilità in casi di termini polisensibili: come già affermato circa il principio *in claris non fit interpretatio*, tutte le parole nel loro significato astratto non hanno un senso univoco; dunque, il senso univoco deve essere interpretato alla luce del comportamento delle parti; e solo dopo tale indagine, se ancora residuano termini polisensibili, allora il giudice può ricorrere all'art. 1369 c.c.

Parimenti l'idea di fondare il criterio funzionale anche sull'art. 1366 c.c. non è logicamente ammissibile⁹¹: infatti, l'art. 1366 c.c. concorre con l'art. 1362 c.c. alla ricostruzione della comune intenzione delle parti e il precetto è rivolto all'interprete che deve valutare secondo buona fede sia la lettera del contratto e sia il comportamento delle parti⁹².

Sovviene ancora l'argomento comparativo con riferimento alle nuove disposizioni argentine.

Emblematico è l'articolo di apertura delle norme in materia di interpretazione, l'art. 1061 c.c. arg., che prevede che il contratto debba interpretarsi in modo conforme all'intenzione comune delle parti e al principio di buona fede, confermando, quindi, quanto detto nel precedente paragrafo.

Non solo, l'art. 1065 c.c. arg. nell'elencare le fonti dell'interpretazione del contratto subordina l'indagine sulla natura e sull'oggetto del contratto alla valutazione del comportamento delle parti, confermandone, dunque, la priorità.

Inoltre, si aggiunge che la norma non fa riferimento alla causa concreto del contratto come parametro di interpretazione, sebbene essa sia ben disciplinata in tale accezione agli artt. 1013 e 1014 c.c. arg.⁹³.

La tesi giurisprudenziale da ultimo esaminata, quindi, nel trascurare del tutto la valutazione del comportamento complessivo delle parti e nel dare prioritaria rilevanza ad un criterio sussidiario ed oggettivo quale l'art. 1369 c.c., introduce una soluzione eccessivamente creativa.

Infine, alle due tesi esposte si aggiunge l'orientamento sostenuto dall'ordinanza in commento, l'unico meritevole di essere seguito.

L'importanza della valutazione del comportamento complessivo delle parti

La pronuncia in esame è importante poiché dà nuo-

va linfa alla posizione ancora minoritaria in giurisprudenza, ma la cui tesi è sostenuta, come esaminato, dalla dottrina prevalente.

Quindi, si ritiene valido l'assunto per cui nell'interpretazione del contratto, il criterio letterale e quello del comportamento delle parti, anche successivo al contratto medesimo *ex art. 1362 c.c.*, concorrono, in via paritaria, a definire la comune volontà dei contraenti.

Nell'argomentare la solidità di tale principio, è sufficiente ora riportare le critiche alle tesi precedenti per confermare, *a contrario*, la validità dell'orientamento in esame.

In primo luogo, la tesi in commento è aderente alla funzione principale dell'attività ermeneutica che accerta il significato giuridicamente rilevante del contratto e non ricade in commistioni con il giudizio sulla causa in concreto del contratto.

Inoltre, è tale l'unica interpretazione aderente al dato normativo che pone sullo stesso piano i due criteri attraverso la congiunzione "e" nella lettera dell'art. 1362, 1° comma, c.c. e come esplicitato anche nella Relazione al Codice civile.

Correttamente l'ordinanza nega l'esistenza del principio del gradualismo, essendo privo di fondamento normativo e di cui non si rinviene nemmeno una solida argomentazione per la sua esistenza.

Parimenti non si applica il principio *in claris non fit interpretatio* poiché è assodato che non esiste un elenco di significati vincolanti delle parole e per intendere la comune intenzione dei contraenti occorre tenere conto del comportamento delle parti anche ove vi sia chiarezza del testo contrattuale.

Quanto poi al comportamento oggetto di valutazione, non è condivisibile nemmeno la tesi che seleziona i comportamenti utili ai fini della valutazione poiché anche questo assunto è privo di fondamento normativo⁹⁴. La norma fa riferimento testualmente al comportamento "anche posteriore" al contratto così sottintendendo l'indagine anche sui comportamenti anteriori e contemporanei al contratto.

Dunque, nell'indagine deve essere ricompreso ogni comportamento estrinsecato sia in fatti materiali, sia nel compimento di attività giuridica, negoziale o non, purché capace di contribuire ed esplicitare il senso del "voluto"⁹⁵.

Con la precisazione poi che in caso di atti unilaterali si dovrebbe far riferimento al solo comportamento del dichiarante e non destinatario dato che in tal caso si ricerca la volontà dell'autore dell'atto; e con la preci-

⁹¹ Pagliantini, *Le stagioni della causa in concreto*, cit., 605 molto criticamente afferma che la Corte nella sentenza Cass. n. 22343/2014 che ha inaugurato l'orientamento in esame, ha coniato una figura di "interpretazione abusiva del contratto". Nella nota l'Autore sconfessa la soluzione della Corte e propone tutt'altre norme per la risoluzione del caso concreto.

⁹² G. Teti, *L'interpretazione del contratto*, cit., 1714; Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., 310.

⁹³ C. Scognamiglio, *Il Código civil y comercial del la Nación argentina ed il problema della causa: verso un causalismo ben tem-*

perato?, in *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, AA.VV., a cura di R. Cardilli-D.F. Esborraz, Milano, 2017, 407.

⁹⁴ Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario*, Artt. 136-1371, cit., 142, ritiene la conclusione a dir poco ingenua, "posto che non si può certo stabilire se una condotta sia conforme o contraria al contratto se il contratto stesso non sia già stato interpretato".

⁹⁵ Così Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario*, Artt. 1362-1371, cit., 145.

szazione che anche le trattative possono contribuire quale comportamento antecedente alla formazione del contratto ad esplicitare la comune intenzione delle parti; così come i comportamenti contemporanei o successivi al contratto non sono destinati solo all'indagine sull'inadempimento, ma possono costituire indice di un atteggiamento, a seconda dei casi, compatibile o meno con una soluzione ermeneutica diversa da quella affermata nel singolo caso⁹⁶.

Non solo, l'orientamento in esame è rispettoso del rigore metodologico indicato dal Codice ove prescrive l'utilizzo prioritario dei criteri soggettivi e, solo in caso di dubbio, dei criteri ermeneutici oggettivi.

Da ultimo, rispetta il principio di non contraddizione ove l'ordinanza in esame censura la sentenza di primo grado che non si è confrontata con il comportamento delle parti successivo alla conclusione dell'accordo conciliativo ed in particolare ove "non ha chiarito se la rinuncia agli atti di quel giudizio, intervenuta a distanza di molti mesi dalla sottoscrizione dell'accordo, fosse o meno significativa della verifica da parte degli interessati del corretto adempimento della transazione".

L'orientamento in esame è confortato altresì dall'e-

sperienza giuridica argentina che nel 2016 ha riscritto il Codice civile dedicando prioritaria rilevanza alla valutazione del comportamento complessivo delle parti nelle norme sull'interpretazione del contratto. In particolare, l'art. 1063 c.c. arg. nel disciplinare l'indagine sul significato delle parole, equipara l'indagine sul comportamento delle parti: entrambi si devono intendere in base "*en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato*".

L'impostazione è confermata dall'art. 1062 c.c. arg. sull'interpretazione restrittiva, dall'art. 1065 c.c. arg. che prevede tra le fonti dell'interpretazione il comportamento delle parti e dall'innovativo art. 1067 c.c. arg. che codifica il principio di contraddizione.

In conclusione, sull'interpretazione del contratto si registra un acceso contrasto in giurisprudenza e sul punto, la dottrina già un decennio credeva in un prossimo intervento delle Sezioni unite. In mancanza, alla luce dell'argomentazione svolta, si auspica che la successiva giurisprudenza segua l'orientamento ribadito dalla pronuncia commentata.

Contratti bancari

Cassazione civile, Sez. I, 10 gennaio 2019, n. 493 (ordinanza) – Pres. De Chiara – Rel. Falabella – P.M. Cardino (diff.) – B.N.L. Banca Nazionale del Lavoro S.p.a. (avv.ti Graziadei, Clarizia, Trotta) – Comune di Cattolica (avv.ti Acciari, Cedrini, Zamagni)

Banche – Comune e provincia – Contabilità e bilancio dello stato e delle regioni – Contratti bancari – Contratto in genere – Regioni – Strumenti finanziari e valori mobiliari – Titoli di credito

Si ritiene dunque opportuno rimettere la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, delle questioni relative i) a se lo swap, in particolare quello che preveda un upfront, costituisca per l'ente locale un'operazione che generi un indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento; ii) se la stipula del relativo contratto rientri nella competenza riservata al Consiglio comunale implicando una delibera di spesa che impegni i bilanci per gli esercizi successivi, giusta l'art. 42, 2° comma, lett. i), t.u.e.l.

Omissis. – 9. – Il ricorso, nei primi tre motivi, pone due questioni, strettamente connesse, che sono cruciali per vagliare la validità dei contratti di swap conclusi dai Comuni: quella relativa alla possibilità di qualificare l'assunzione dell'impegno dell'ente locale che stipuli il contratto avente ad oggetto il nominato derivato come indebitamento finalizzato a finanziare spese diverse dall'investimento; quella

concernente l'individuazione dell'organo chiamato a deliberare un'operazione siffatta (che nel caso in esame è stata disciplinata dal consiglio comunale attraverso delle mere "linee di indirizzo").

10. – Con riguardo al primo dei temi indicati ci si deve chiedere se, nel periodo che interessa, fosse consentita la conclusione di contratti derivati da parte degli enti locali. (*Omissis*). La questione si presta a una particolare declinazione ove si abbia riguardo al dato, valorizzato dalla Corte di merito, del versamento, in occasione della stipula dei primi due contratti, dell'upfront. Deve anzitutto osservarsi che dell'upfront questa Corte si è di recente interessata, ma solo marginalmente, nella pronuncia n. 18781 del 28 luglio 2017, in cui è stato precisato che il contratto di interest risk swap con upfront non sia per sé nullo per difetto o illecità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti. In detta pronuncia, peraltro, sembra non dubitarsi che la somma in questione costituisca l'oggetto di un effettivo finanziamento iniziale da restituire (anche se, si ripete, il tema non è ivi specificamente affrontato). (*Omissis*).

Ora, è ben vero che il legislatore ha definito per la prima volta l'upfront come indebitamento con il D.L. n. 112 del 2008, art. 62, comma 9, che ha novellato la L. n. 350 del 2003, art. 3, comma 17. Ciò tuttavia non implica che le somme versate a quel titolo in epoca precedente all'entrata in vigore della nuova disciplina sia da considerare sicuramente, e per ciò solo, legittimo.

Come si è in precedenza accennato, l'upfront viene corrisposto per pareggiare il mark to market di un derivato non par al momento della stipula. Si è opinato, però, sia in

⁹⁶ Bigliazzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentario*, Artt. 1362-1371, cit., 164. Si rimanda all'au-

trice per un'analisi della casistica di tutti i comportamenti rilevanti per l'ermeneutica contrattuale.