

Aurelio Gentili

Su “Il contratto. Fonti, teorie, metodi” di Guido Alpa

SOMMARIO: 1. Ritrarre un Autore attraverso un suo libro – 2. Il metodo di Guido Alpa. – 3. In che senso vi si parla di diritto – 4. In che senso vi si parla del contratto – 5. Una domanda al libro: quale contributo non meramente culturale dà una introduzione culturale alle operazioni pratiche cui l'interprete è chiamato? – 6. Il contributo critico di una cultura degli istituti giuridici alla soluzione di problemi tecnici

1. *Ritrarre un Autore attraverso un suo libro*

Nelle occasioni festose s'usa fare una foto al festeggiato. Perciò vorrei fare almeno un piccolo ritratto di Guido Alpa. Ma come potrei? Una personalità sfaccettata, una produzione sterminata, imporrebbero una pluralità di punti di vista che non è della pagina. Dovrei fare come quei pittori del XVII secolo che ritraevano sulla stessa tela la fisionomia dei grandi da almeno tre prospettive.

Eppure mi azzardo a dare una pennellata che cerchi di cogliere l'essenziale: la cifra costante di un giurista a tutto tondo che ha trattato a tutto tondo la sua materia. Mi pare che sia questa: GA è l'A. che più di ogni altro ci mostra come tutto si può intendere in molti modi.

Ma per dimostrare che questo sia il suo tratto caratteristico – cosa impossibile da fare rispetto al macrocosmo della sua produzione – mi servirò del microcosmo (non tanto 'micro'! 857 dense pagine di dottrina) di un suo scritto recente: “*Il contratto in generale. Fonti, teorie e metodi*”, uscito nel 2014 nel *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo* per i tipi della casa editrice A. Giuffré di Milano.

2. *Il metodo di Guido Alpa*

Il libro di Guido Alpa somiglia all'Autore: ci mostra appunto che tutto

si può leggere in molti modi. Vi si trovano infatti ricapitolati ed analizzati come introduzione colta ai successivi volumi del trattato tutti i discorsi che secoli di pensiero giuridico hanno svolto sul contratto.

Dei temi, dei contenuti, diranno altri. Qui vorrei dire del metodo scelto, e di ciò che sottende.

Questa specialità dell'approccio con cui l'Autore ha pensato il volume, che apre i cinque ora dedicati dal *Trattato di diritto civile e commerciale* a *Il contratto in generale*, non è materia di opinione. È infatti dichiarata nella premessa: "Il volume introduttivo presenta aspetti peculiari, perché nell'introduzione si devono affrontare i temi di carattere generale in cui si articolano gli aspetti essenziali dell'istituto, si deve tener conto del suo sviluppo storico, del suo profilo dogmatico e della elaborazione teorica in cui sono affluite le ricerche a sfondo economico-sociale, e si deve dar conto anche dello stato dell'arte, cioè degli approdi a cui è pervenuta l'analisi scientifica in materia, oltre che degli aspetti fattuali. Tutti aspetti che nei modelli diffusi nella letteratura giuridica sono trattati in modo sintetico" (p. 7).

Effettivamente, mentre nei modelli di trattato diffusi nella letteratura giuridica corrente sviluppo storico, ricerche economico-sociali, profili comparatistici, orientamenti dottrinali, aspetti fattuali e approdi dell'analisi sono d'uso trattati in modo sintetico, qui sono l'oggetto specifico ed esclusivo della trattazione. Negoziazione, elementi, effetti, rimedi, che sono la materia consueta dei trattati sul contratto, sono rinviati ai volumi successivi, ai quali il primo offre il contesto culturale.

Ma così come enunciato dall'Autore, con indubbio *understatement*, l'approccio minimizza la specialità del volume. Né a spiegarla basta il richiamo al piano editoriale, che rinvia ai volumi successivi la materia consueta. La specialità infatti qui non è di quantità (una *maggior*e attenzione a quegli aspetti, solitamente trattati in modo sintetico). Quanto a questo, sarebbe solo da notare che nel libro viene a piena maturazione un *trend* che ha caratterizzato da tre decenni la civilistica. In modo crescente negli scritti degli ultimi trent'anni gli autori hanno illuminato il tradizionale discorso dogmatico sul contratto con richiami storici, comparatistici, economici, sociologici, filosofici.

Quella specialità è invece di qualità (una *diversa* attenzione). Non era infatti finora mai accaduto in un trattato che quegli aspetti fossero non l'accessorio ma il principale, non uno dei contenuti ma il contenitore della trattazione. G. Alpa, scrivendo un volume di tal fatta non fa semplicemente di più di quanto da tempo anche altri fanno. Fa altro.

Mi spiegherò con un raffronto. Il libro di G.A. fa venire in mente un

dipinto famoso quanto singolare: la 'Flagellazione', di Piero. In cui, con un radicale rovesciamento di prospettiva, la scena del titolo è confinata in fondo, mentre in primo piano campeggiano tre personaggi che ne parlano. Così nel libro il contratto scivola sullo sfondo e campeggiano i discorsi della storia, dell'economia, della sociologia che ne parlano.

Trovo questo rovesciamento particolarmente indovinato, e spiegherò tra un attimo perché. Prima vorrei osservare che ci troviamo dunque di fronte non ad un libro, ma ad un meta-libro. Un libro (non sul contratto, ma) sui discorsi sul contratto. E in tal modo un *vero* libro di cultura del contratto. Perché – ecco il motivo per cui il rovesciamento di prospettiva mi sembra davvero indovinato – mentre laddove esiste un oggetto materiale del discorso scientifico, ciò che esso è nella realtà sopravanza sempre per importanza culturale ciò che se ne dice, dove invece, come per i concetti giuridici, non c'è alcun oggetto reale fuori del discorso scientifico, è questo che conta. E la vera cultura è conoscere criticamente i discorsi che concernono l'oggetto ideale in questione.

Di questa consapevolezza GA dimostra sicuro possesso e fa uso brillante. Chi lo legga, sul contratto alla fine sa cose molto più importanti – sebbene nel libro non si snoccioli il solito rosario requisiti-interpretazione-effetti-impugnative – di quelle che si possono apprendere anche da un dettagliato manuale.

Chiarito questo, la mia riflessione sul volume è chiedermi cosa ciò significhi in termini metodologici. Naturalmente si potrebbe indagarlo a proposito di molteplici temi. Ne rassegnò due.

Il 'diritto'. Di che diritto si tratta nel libro?

Il 'contratto'. Di che contratto si tratta nel libro?

3. *In che senso vi si parla di diritto*

Il diritto. I libri 'di diritto' sono in realtà – a parte i filosofici – libri su questo o quel diritto. Il libro di Guido?

È, formalmente, il primo di un trattato di diritto privato *italiano*. Ma si può dire realmente che sia un libro di diritto italiano? Secondo me no. Per eccesso, non per difetto. E nel dirlo mi conforta che ce lo dica espressamente l'Autore: "Proprio dal contratto si sono diramate molteplici ricerche (...). Anche gli strumenti del mestiere (...) sono rivolti alla creazione di una *koiné* che è destinata a diffondersi sempre più e a prevalere sui nazionalismi miopi

e tradizionalisti” (p. 31).

Alla domanda, perciò, ‘in quale ordinamento si colloca il libro di G.A.?’ la risposta è: sia pure ad uso e consumo del giurista italiano, il libro non si colloca in questo o quell’ordinamento, ma in quella *koiné*.

Se l’assunto è originale, il corollario è sorprendente. Parlare del contratto in riferimento ad una *koiné* sgancia l’oggetto, il contratto, o meglio i discorsi sul contratto, dal dato istituzionale – il diritto positivo italiano – per legarlo a quello culturale. Un bel rovesciamento di prospettiva circa il dato ontologico, conseguente a quel rovesciamento di prospettiva sul piano metodologico di cui accennavo sopra!

Vorrei essere più esplicito: i nostri nonni pensavano che il contratto è quello che ne dice la legge (italiana). I nostri padri pensarono che è *anche* quello che ne dice la scienza giuridica pratica e teorica che parla di quella legge. Alpa evidentemente pensa che è anzi tutto quel che se ne dice in quella *koiné*, al di là e al di sopra di quel che ne dice questa o quella legge, questa o quella giurisprudenza, questa o quella dottrina. In tal modo il diritto, che era nel discorso della legge, e poi anche nel discorso sulla legge, ora è nel discorso *tout court*.

È un mutamento di prospettiva che fa del giurista non più lo studioso di un dato istituzionale ma culturale. E infatti il discorso del libro scivola senza discontinuità dal diritto italiano ai diritti nazionali, dal *civil Law* al *common Law*, dalla dogmatica al giusrealismo, dall’esegesi all’analisi economica, dal dato formale a quello socio-economico. Caratterizzante non è più il testo di legge.

Non è una mia forzatura interpretativa; ci viene detto in chiaro: “I fenomeni giuridici, gli orientamenti culturali, la prassi dell’applicazione delle regole, sono fenomeni complessi, di cui la componente testuale è solo uno dei molteplici aspetti da considerare. Conta altrettanto, se non di più, la creazione della norma, che riflette la mentalità, la cultura, l’ambiente sociale, persino l’umore, dell’interprete” (p. 798).

Senza che appaia troppo, con l’aria di informarci più largamente (e non si può non dare atto della vasta erudizione che sorregge la trattazione) Alpa ci porta fuori dal positivismo giuridico. Il dato ‘positivo’ cui il discorso di A. si ancora non è più la legge. Veramente ‘positivi’ sono qui gli orientamenti, le prassi. E il discorso è ‘giuridico’ perché vi si riferisce. Nel senso del giuspositivismo classico quel discorso resta giuridico, al di là di questa o quella legge, solo perché una cultura giuridica, che è poi quella del mondo occidentale, crea un modello di contratto che le parti potranno assoggettare a questa o quella legge. Ma questo è la conseguenza, non l’essenza, del

discorso del giurista.

Insomma: ieri la legge precedeva il modello, oggi il modello precede la legge. In duplice senso: viene prima e conta di più.

Si può restarne colpiti, ma non scandalizzati. Dopotutto è evidente: anche le leggi sono prodotte dalla cultura da cui emanano. Non creano le idee ma semplicemente scelgono tra quelle correnti, lasciando all'interprete ampio margine per rifoggiare la scelta, tenuto conto delle necessità e delle possibilità di riformulazione che la cultura giuridica suggerisce.

Il libro da questo punto di vista è un erudito e ragionato repertorio delle idee correnti nella citata *koiné*, ad uso degli interpreti.

4. *In che senso vi si parla del contratto*

Il contratto. I libri sul 'contratto' sono in realtà – compresi questa volta i filosofici – libri su questa o quella concezione del contratto. Il libro di Guido?

Dopo quanto detto va da sé che la risposta sia 'no'. Anzi, il libro serve proprio a non trascurare le molte possibili concezioni. Alpa si dà anche la pena di elencarle: il contratto "...come espressione della libertà della persona,...come strumento di un programma economico, ..come superfetazione di valori sociali sottostanti, ...come espressione della tutela di interessi individuali, ..come strumento rivolto anche a soddisfare esigenze sociali, ... come oggetto dell'attività di regolazione, e così via" (p. 31). E di ordinarle: "Si è superata la teoria classica (...). Si è consolidata la teoria normativa (...). Nel nuovo millennio è in fase di elaborazione una teoria che potremmo chiamare *critica* (...) che storicizza le categorie, non considera i testi normativi come imm modificabili, si apre alla comparazione con altri ordinamenti, colloca gli istituti nel loro contesto economico-sociale, enfatizza i valori sottostanti alle regole, affianca alla disciplina legislativa le regole prodotte da organizzazioni private" (pp.215-216). Ma non è tutto: sono più volte citate una concezione antropologica, e una funzionalista,

E va da sé anche che la pluralità di concezioni possibili, e soprattutto di concezioni correnti, influenzi i problemi del contratto e orienti diversamente le soluzioni. Per fare due esempi, le pagine sulla libertà contrattuale e le pagine sulla giustizia contrattuale sono riflessioni sulle diverse prospettive che si possono avere di uno stesso problema e sulle diverse ragioni di opposte soluzioni.

Ma sarebbe frettoloso dire che la risposta alla domanda sul concetto di ‘contratto’ oggetto del libro – tale, come visto, in via mediata, perché colto attraverso i discorsi che lo concernono - sia un secco: ‘no, nessun concetto particolare’. Del resto quella risposta nemmeno potrebbe essere un semplice no: significherebbe un rifiuto di assumere alla base dei tanti discorsi un vuoto. Ne soffrirebbe la coerenza del libro, in cui nulla più starebbe a dare unità alla trattazione.

È un problema importante e – credo – sentito dall’Autore, che accostando le disparate prospettive degli innumerevoli discorsi sul contratto ha dovuto fare i conti con la necessità di un piano dell’esposizione, per conciliare la varietà con la pertinenza e non scivolare nella farragine. Ad essere sincero, pur apprezzando il risultato non sono sicuro di condividere per intero la scelta: forse il piano espositivo poteva essere per certi aspetti diverso. Il lettore coglie appieno la molteplicità di sfaccettature dei discorsi sul contratto ma patisce un certo sperdimento.

Ma questo ora è secondario per ciò che intendo sottolineare. Quel che voglio far notare è che nel libro sotto la molteplicità dei discorsi richiamati, che ci prospettano il contratto da innumerevoli punti di vista, non manca una precisa concezione del contratto; e che essa intenzionalmente mantiene una unità nella diversità; e che infine rende possibile, una volta acquisita la molteplicità degli apporti culturali, riconoscerne l’affinità e impostare tecnicamente la soluzione del caso.

Delle citazioni dimostrano il mio assunto.

“Occorre individuare la prospettiva storica in cui si colloca il paradigma di *contratto* come usualmente inteso: cioè un incontro di volontà tra due o più parti volto a costituire un vincolo giuridico che sancisce lo scambio di prestazioni o lo sforzo cooperativo per svolgere una attività in comune, per realizzare cioè uno scopo ritenuto legittimo e utile dall’ordinamento. A questo schema di base si possono portare poi varianti...” (pp. 756-757). Ecco dunque esplicitata la concezione di base che consente, pur nella varietà di discorsi diversamente orientati, di intenderci quando parliamo di ‘contratto’.

E ancora: “Assumendo in modo stipulativo la nozione di contratto come il vestimento giuridico di una operazione economica conclusa da due o più parti, molti, se non quasi tutti, i problemi affrontati e risolti nelle diverse esperienze ci appaiono assai simili fra loro, molti degli interrogativi e delle questioni che si pongono i giudici e gli studiosi sono simili tra loro, molte delle concezioni che si sviluppano nei diversi contesti sono affini...” (pp. 30-31).

Mi pare che queste parole spieghino perfettamente come la varietà dei discorsi sul contratto costruisca nella ricostruzione dell’A. un ordito e non

un mero garbuglio.

5. *Una domanda al libro: quale contributo non meramente culturale dà una introduzione culturale alle operazioni pratiche cui l'interprete è chiamato?*

D'uso chi commenta un libro lo descrive, sottolineandone dei punti, e lo loda o lo critica, esprimendo consensi o dissensi.

In questo caso tutte queste operazioni sono scarsamente possibili. Descriverlo è ostacolato dalla varietà: come si fa a descrivere mille profili? Apprezzare è scontato: sapienza, ricchezza, informazione, sono doti così evidenti che sottolinearle sarebbe come mettersi a dire che una circonferenza è proprio tonda. Criticare è reso difficile dalla verità di ciò che G.A. ci dice: non c'è alcun dubbio che quelli che egli riporta siano oggi i discorsi sul contratto e che se ne debba tener conto.

Vorrei perciò chiudere facendo una cosa diversa: interrogare il libro.

Parto da un assunto dell'Autore. È riferito al diritto contrattuale europeo ma vale a maggior ragione per il diritto contrattuale in sé. Ricordate ancora una volta le tante prospettive possibili A. conclude che "Tutti questi nodi debbono essere sciolti sia quando ci si accinge a compiere operazioni culturali, sia quando ci si accinge a compiere operazioni pratiche. Proporre uno o più modelli di normazione (...) è infatti al tempo stesso una operazione culturale (si potrebbe dire di politica culturale) e una operazione di natura pratica (si potrebbe dire di politica del diritto)" (p. 759).

Giusto. Ma l'operazione va compiuta. Incontestato che ormai non si possa più compierla prescindendo dalla considerazione della detta *koiné* (e su questo il metodo propostoci è inconfutabile) come si fa poi a compierla? Non ho dubbi che il giurista debba tener conto dei modelli delle prospettive delle prospettazioni che animano la complessiva cultura del diritto contrattuale. Ma poi deve dire qual è, e perché, la soluzione corretta di un problema tecnico.

Se non lo facesse si esporrebbe al sarcasmo sotteso alla vecchia storiella della prima notte di nozze del sessuologo. Che ritiratosi finalmente in camera con la sposina le dice: "Sai, cara, questo momento fondamentale della vita di coppia è visto in mille modi dalle varie culture. Per esempio: conosci la tradizione religiosa del trinocio di S. Antonio, per cui gli sposi si astengono in preghiera per i primi tre giorni per propiziarsi la benedizione divina? O, invece, l'uso germanico del *Morgengabe*, per cui l'unione è

definitivamente consacrata solo il mattino dopo con un dono alla sposa? Per non parlare ovviamente dei costumi nuziali dello Sri Lanka, o delle pratiche suggerite dal *Kamasutra*. Eh, ce ne sarebbe da dire! Ma non è il momento: ora dormiamo!”.

Occorre dunque, perché faccia opera scientificamente utile, che il giurista offra, con le diverse prospettive e la loro analisi critica, l’indicazione della via che porta ad una soluzione che abbia tenuta.

Intendiamoci: il giuspositivismo legalista che credeva di risolvere tutto legiferando e poi di constatare nella legge la risposta giusta è morto e non intendo resuscitarlo. Ma sebbene io sia tra quelli che ne riconoscono la mistificazione – perché come ci dice Guido più della disposizione legale conta la mentalità, la cultura, l’ambiente sociale, persino l’umore, dell’interprete (p. 798), esso aveva almeno una buona intenzione quando prescriveva di decidere ‘secondo la volontà del legislatore’. La decisione poteva essere errata. Ma era giustificata. Nel quadro della mera descrizione di una variegata *koiné* può valere tutto come il suo contrario.

Insomma: quale contributo non meramente culturale dà una introduzione culturale alle operazioni pratiche cui l’interprete è chiamato? Se la risposta fosse che non ne dà, apprezzeremmo certamente il pregio del libro in termini di sapienza giuridica ma, diciamolo, non potremmo non accennare una critica alla sua utilità.

6. Il contributo critico di una cultura degli istituti giuridici alla soluzione di problemi tecnici

Guido però sfugge alla critica.

Non perché nel libro compia una esplicita opzione sui modelli normativi o, men che meno, sulla soluzione dei molti problemi tecnici ricordati. D’altronde, il piano editoriale del Trattato prevedendo questo volume come una introduzione ai problemi del contratto gli chiedeva di aprire, non anche di chiudere, il discorso su di essi.

Da questo punto di vista nel volume si trova solo una opzione metodologica. G.A. compie infatti nel libro una tacita ma inequivoca adesione alla dottrina ermeneutica. Acutissima nel ricostruire per il discorso dell’interprete il contesto culturale in cui dovrà muoversi il suo discorso, ma – almeno a mio parere – meno nel fornirgli la bussola.

Guido sfugge alla critica perché la sua introduzione non è mera

descrizione – sia pure fatta con amplissima conoscenza – dei diversi punti di vista. È anche confronto critico di quei punti di vista, che ne fa risaltare i punti forti e i punti deboli. Ciò senza imporre dogmaticamente al lettore una risposta alle domande gli consente però di comprendere da solo quali risposte non possono essere date, perché pur avendo delle ragioni alla fine non hanno ragione.

So che G.A. è d'accordo con me in questo. Infatti lo scrive: "Posto che è difficile (...) prevedere il ritorno del giudice a mera «*bouche de la loi*», occorre almeno prevenire errori logici e quindi sostanziali ingiustizie" (p. 553). E il libro vi riesce, perché quando come qui le domande sono impostate bene le risposte scaturiscono naturalmente. In tal modo la ricerca di GA raggiunge anche un altro e ragguardevole effetto: rispettare il lettore, indirizzandone la riflessione ma consentendogli di giungere da sé alla conclusione.

Detto questo c'è solo da aggiungere che stimolando così intensamente il nostro desiderio di sapere GA eccita il nostro appetito di ulteriore conoscenza. Perciò penso che avendo impostato la domanda egli si sia moralmente obbligato alla risposta.

E allora dovrà piegarsi a qualcosa che non so se fosse nelle sue intenzioni: scrivere un altro libro.

