

Massimo Brutti

*La storicizzazione del diritto contrattuale*

SOMMARIO: 1. Problemi aperti – 2. Dottrine sui contratti – 3. Leggere il Codice in prospettiva storica – 4. Ancora sulla storicizzazione – 5. Costituzione, Codice, normazione europea – 6. Principi subordinati alle disposizioni vigenti e principi-guida.

1. *Problemi aperti*

Le mie riflessioni avranno ad oggetto alcuni profili del discorso teorico sui contratti, centrale negli studi di Guido Alpa. Assumo come punto di partenza un suo libro recente, pubblicato nel 2014, dal titolo *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*. Si intrecciano in esso vicende italiane ed europee. Metterò in luce la storicizzazione delle categorie civilistiche, che costituisce l'impianto di questa ricerca e che è anche il terreno sul quale si svolge il mio dialogo con l'autore<sup>1</sup>. Propongo una lettura naturalmente parziale, dal mio punto di vista, dando rilievo ad aspetti del suo lavoro che sono più vicini alle mie prospettive di indagine sulla storia del diritto privato.

Anzitutto, una domanda. Quali sono e su quali basi si costituiscono le immagini del contratto nelle dottrine e nelle giurisprudenze a noi contemporanee? Il libro del 2014 risponde a questo interrogativo attraverso un paziente esame diacronico, che è - ne sono convinto - la via giusta, soprattutto se ci si scrolla di dosso, come riesce a fare l'autore, l'ipoteca della continuità.

Dopo aver richiamato i precedenti e le linee di svolgimento della ricerca, tratterò più da vicino due nodi problematici, che emergono da vari scritti di Alpa e che mi paiono cruciali nella scienza italiana del diritto privato durante gli ultimi decenni. Da un lato, il rapporto tra Costituzione, Codice civile e normazione europea, con riferimento al diritto contrattuale. In secondo luogo, un tema che si collega al primo e che ha una portata assai ampia: la formazione, il ruolo, la relatività dei principi. Concluderò con una

---

<sup>1</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano 2014, p. 20 s.

notazione finale intorno ai significati (almeno due nettamente distinti) di questa figura normativa.

## 2. *Dottrine sui contratti*

Nel libro del 2014 si intrecciano molteplici e diversi fili conduttori, che non è facile dipanare e di cui esaminerò solo i tratti che mi paiono salienti. La narrazione è unitaria. Tiene conto di una sterminata letteratura ed è aperta al confronto con punti di vista esterni alla mera descrizione del dato giuridico, quindi utili ad una “interpretazione realistica”, capace di guardare ai comportamenti, come contenuto e terreno di verifica dei concetti.

La ricerca muove da una ricognizione delle dottrine giuridiche. Alpa propone anzitutto una sintetica rilettura di tre grandi opere precedenti, rivelatrici, per varie ragioni, degli orientamenti che hanno segnato la civilistica italiana nel secolo scorso. E’ un breve *excursus*, che anticipa un nucleo problematico più volte emergente: la cesura nel modo di rappresentare le discipline contrattuali, durante gli ultimi decenni del Novecento, specchio a sua volta di un mutamento più generale nella scienza italiana.

A proposito dei due tomi dal titolo *Il contratto in genere* di Francesco Messineo, pubblicato nel 1968, Alpa mette in luce la visione sistematica, di origine pandettistica, che l’autore aveva svolto e fissato nel corso degli anni, a partire dal lontano 1915<sup>2</sup>. Il libro del ‘68 ha alle spalle la *Dottrina generale del contratto*, pubblicata nel 1944, ove traspare l’impostazione liberale che aveva accompagnato la sua formazione scientifica<sup>3</sup>. E’ chiaro il suo interesse verso gli aspetti storici del fenomeno contrattuale. Ciò deriva dall’idea di sviluppo (*Entwicklung*) degli istituti - su cui la scuola storica tedesca e la pandettistica avevano costruito le proprie concettualizzazioni. La nozione di istituto indica un insieme determinato di regole e di rapporti regolati, che figura come una componente del sistema<sup>4</sup>. La trama logica ha sempre un

<sup>2</sup> F. MESSINEO, *Teoria dell’errore ostativo. Saggio di diritto privato e di dottrina generale del diritto*, Roma 1915.

<sup>3</sup> F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1944, II ediz. 1946, III ediz. 1948; ID., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXI, 1, Milano 1968. Messineo era stato tra i firmatari del *Manifesto degli intellettuali antifascisti* di Benedetto Croce.

<sup>4</sup> Cfr. E. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 9 ss., trad. it. di V SCIALOJA, *Il sistema del diritto romano attuale*, I, Torino 1886, 38 ss.: “... riconosciamo che tutti gli istituti giuridici sono collegati in un sistema e che solo nella grande coesione di questo sistema, nella quale si manifesta la loro stessa natura organica, possono essere pienamente compresi”.

carattere sovrastorico; i mutamenti sono tutti all'interno di essa.

Nel libro di Messineo del 1968, come osserva Alpa, l'impianto sistematico è ben fermo e si traduce in un'organizzazione concettuale rigorosamente classificatoria, che è ancora l'emblema di una fedeltà agli insegnamenti del tardo Ottocento.

All'origine di quegli insegnamenti, imperniati sul giusindividualismo, si può ricordare l'opera di un maestro, Vittorio Scialoja, che ha introdotto in Italia una lettura rigorosa e filologicamente corretta di Savigny e dei pandettisti. Come nell'opera di Messineo, tracce rilevanti della visione pandettistica si trovano in vari scritti del secondo dopoguerra: penso, per esempio, al libro di Giuseppe Stolfi sul negozio giuridico, a Domenico Rubino<sup>5</sup>, a Giuseppe Mirabelli<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> L'operazione culturale delineata da Stolfi consiste nell'abbozzare l'immagine di una tradizione omogenea alla base del liberalismo giuridico. Una continuità tra il Seicento e l'Ottocento tedesco: una concordanza profonda nella scienza del diritto privato. Vedi G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., XI: "... giusnaturalisti e pandettisti vissero in uno dei periodi più fulgenti della storia del pensiero umano, mentre fioriva la religione della libertà che dominò il loro spirito e guidò le loro ricerche, stante la normale coincidenza delle dottrine giuridiche e delle idealità sociali e politiche di una stessa epoca. Perciò i primi si fecero assertori della onnipotenza della volontà individuale anche nel campo del diritto, specialmente come diga di sbarramento contro il prepotere del principe. Ed i secondi ripresero e svilupparono le dottrine dei giustiniani, che l'effetto giuridico degli atti umani dipende direttamente dalla volontà individuale, sicché finirono per creare un sistema di diritto privato fondato sulla libertà dei singoli, al centro del quale posero il negozio giuridico, concepito come il paradigma tipico della manifestazione di volontà da cui deriva la nascita o la modificazione o l'estinzione di un rapporto personale o patrimoniale". Il richiamo alla "religione della libertà" evoca la filosofia di Benedetto Croce e l'opera storiografica che da essa trae alimento (cfr. in proposito B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, I ed. Bari 1932, ora Milano, Adelphi, 1993, 11 ss.). Non mancherà di osservare questa derivazione E. BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giurisprudenza italiana*, 1947, IV, col. 137 ss. L'articolo contiene una critica a Stolfi. Il punto di vista bettiano è diverso dalla visione individualistica e corrisponde al codice civile del 1942 ben più dell'interpretazione di Stolfi. Questi replica a Betti con il saggio *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giurisprudenza italiana*, 1948, IV, col. 41 ss. La stessa rivendicazione liberale è in D. RUBINO, *Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, XXV, 2, 1947, p. 365 s., che denuncia l'inopportunità dell'articolo 1366, il suo paternalismo: l'idea di "uno Stato che si intromette e ficca il naso dappertutto, anche negli affari meramente privati ...". Così si legge nella *Nota* a Cassazione 2.4.1947, n.103. Secondo la pronunzia, qui criticamente commentata, dall'articolo 1366 "non si ricava che alla buona fede si debba ricorrere soltanto quando vi sia incertezza sul contenuto delle clausole contrattuali: laddove l'interpretazione del contratto secondo buona fede è principio generale che vale sempre, per qualunque contratto e per qualsiasi clausola ...". Le frasi essenziali di questa decisione sono citate anche da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1949, p. 284 s. e nt. 33, con una valutazione opposta a quella di Rubino.

<sup>6</sup> G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* in *Commentario del codice civile*, IV, 2, Torino

Nella stessa direzione si muove il volume sul negozio giuridico di Luigi Cariota Ferrara<sup>7</sup>.

Il secondo autore citato da Alpa è Franco Carresi. L'opera è *Il contratto*: due volumi apparsi nel 1987<sup>8</sup>. Alpa individua un elemento caratteristico nell'ordine di esposizione seguito dall'autore. Questi infatti si occupa della trattativa e della conclusione dell'accordo, momenti cruciali dell'esperienza concreta, soltanto dopo aver analizzato la disciplina dell'istituto. L'insieme dei dati empirici dà luogo alle così dette "vicende del contratto"; la costruzione concettuale viene prima. Siamo di fronte ad un limpido esempio di elaborazione dogmatica, intesa nel senso classico, come *a priori* rispetto alla realtà da disciplinare.

Carresi ripropone un modello tradizionale, in un contesto culturale che già da tempo lo ha messo in discussione. Vorrei sottolineare che storicamente la dogmatica, costruita come un "sopramondo" rispetto al concreto manifestarsi del diritto (così l'ha rappresentata Enrico Paresce), nasce con i sistemi ottocenteschi<sup>9</sup>. Di origine ottocentesca è anche la concezione della logica giuridica che Emilio Betti ha elaborato a partire dagli anni 20 del Novecento, ponendo in primo piano proprio la "dogmatica odierna", vista come risultante dalla tradizione e perciò in grado di descriverla e spiegarla. Pur non condividendo il giusindividualismo della pandettistica, Betti fa proprio, con una forte consequenzialità, il pensare sistematico e quindi il quadro epistemologico che era stato di gran lunga egemone nella scienza tedesca. È un modello di scienza che egli condivide con i giuristi liberali, anche se i contenuti, i valori di riferimento sono diversi<sup>10</sup>.

La rottura con questo assetto teorico, nel quale i concetti relativi alla materia contrattuale si compongono in una tassonomia giuridica autosufficiente

1958, p. 195 ss.

<sup>7</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1949, II ediz. s. d..

<sup>8</sup> F. CARRESI, *Il contratto*, Milano 1987.

<sup>9</sup> Vedi E. PARESCHE, *La dogmatica giuridica* (voce in *Enciclopedia del dir.*, XIII, Milano 1964, p. 681 ss.), in ID., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano 1975, p. 7 ss.

<sup>10</sup> Tutto il dibattito sul negozio giuridico e sulla causa presuppone un comune orizzonte caratterizzato dalla vocazione all'ipotesi logica; è una scienza che lavora con astrazioni indeterminate: quelle che trovano il loro modello nella "Parte generale" del BGB (che Betti avrebbe voluto anche nel Codice civile del 1942, con ciò perseguendo un distacco radicale dai modelli francesi, e che comunque influenza la letteratura dedicata al negozio o al contratto nel secondo dopoguerra). In proposito, ricordo che Alpa accenna alla possibilità di leggere la teoria bettiana anche al di fuori della "concezione funzionalistica ed autoritativa di causa". Questa lettura sarebbe praticabile poiché in Betti "l'intento pratico delle parti è pur sempre salvato" (G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 450 s.).

ed indipendente dalle prassi, trova un'espressione teorica compiuta nella terza opera che Alpa esamina nel capitolo introduttivo. Si tratta del libro di Francesco Galgano *Il negozio giuridico*, del 1987, contemporaneo a quello di Carresi, ma con un approccio molto diverso: uno studio in larga misura incentrato sulla critica radicale del procedere dogmatico e sulla storicizzazione delle nozioni di contratto e negozio. È il punto conclusivo di ricerche animate dalla critica delle astrazioni tradizionali.

“... Galgano ricostruisce la categoria del negozio come una figura che si frammenta in tante operazioni che hanno a loro volta altrettanti statuti giuridici diversi: dal contratto alla promessa unilaterale, ai titoli di credito, alle deliberazioni assembleari e così via. Il contratto, visto nella sua dimensione poliedrica, adattata alle mutevoli esigenze economiche e sociali, conserva la sua funzione originaria di strumento di libertà ma diviene anche strumento di perequazione: perfino nel commercio internazionale, ove la *lex mercatoria* ... si deve ispirare a criteri di equità, tenendo conto della posizione giuridica ed economica delle parti, delle circostanze alle quali esse sono esposte, dei principi di buona fede e affidamento, e quindi deve ispirare il comportamento onesto e corretto degli operatori ...”<sup>11</sup>.

La messa in discussione delle astrazioni di derivazione pandettistica e del formale uguagliamento di situazioni diverse apre la strada ad una valutazione differenziata dei fenomeni a cui le astrazioni si riferiscono, con interventi più o meno penetranti che l'ordinamento attua sugli atti di disposizione dei privati (come nelle ipotesi definite di “riequilibrio” o di “integrazione”, ove può vedersi qualcosa di simile ad un governo dei contratti)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 5.

<sup>12</sup> Penso sia utilizzabile la nozione di “governo”, muovendo da una formula che Michel Foucault riferisce a Guillaume de La Perrière (tratta da *Le miroir politique*, opera composta probabilmente nel 1539): “Governo è la retta disposizione delle cose di cui ci si occupa per indirizzarle a un fine conveniente”. Su queste parole il filosofo francese fonda un'immagine di governamentalità che va oltre l'esercizio del potere statale e si traduce nel manifestarsi molecolare di poteri disparati. Vedi M. FOUCAULT, *Securité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, Paris 2004, trad. it., *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano 2007, p. 77 ss. Possiamo parlare di una governamentalità giuridica, che si dispiega nell'interpretazione delle norme e nel disciplinamento delle situazioni controverse in base alle norme? Credo che questa concettualizzazione abbia un'utilità euristica, in particolare riguardo all'ermeneutica contrattuale, in quanto pone in primo piano interventi correttivi su ciò che appare voluto dalle parti. Alcune considerazioni molto chiare a proposito di simili interventi erano già in G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012, p. 143 ss., spec. 146: “... Dottrina e giurisprudenza hanno ampliato i casi in cui si può procedere a un riequilibrio del contratto: ciò avviene non solo nelle fattispecie in cui l'equità sia espressamente richiamata dal testo normativo, ma in tutti quei casi in cui si possano applicare clausole generali che implicino una valutazione prudente delle circostanze,

### 3. Leggere il Codice in prospettiva storica

La destrutturazione del dogma negoziale, che Galgano porta a termine nel 1987, ha alle spalle dibattiti e contributi innovativi che già da due decenni avevano cambiato il volto della cultura giuridica italiana<sup>13</sup>. Alpa rievoca più di una volta nel suo libro la frattura (io direi il “taglio epistemologico”) che ha segnato la generazione di civilisti anteriore alla sua.

Spiccano in particolare le pagine dedicate al lavoro teorico di Stefano Rodotà, dagli anni 60 in avanti. Esso propone un uso delle prospettive realistiche (e della connessione tra diritto, fenomeni sociali, indirizzi politici) entro l’analisi giuridica e per la costruzione di modelli interpretativi<sup>14</sup>.

Rodotà è stato uno dei protagonisti più rigorosi e certamente il più combattivo nella rigenerazione della civilistica italiana. La scoperta di nuovi principi e metodi, che Alpa descrive, lega strettamente motivi scientifici e motivi di politica del diritto. Il legame è possibile e diviene più stringente con l’emergere di un’apertura culturale nuova dei giuristi, oltre il formalismo di matrice pandettistica ed oltre la “fallacia dell’architettura kelseniana”<sup>15</sup>. E’ l’espressione che usa con riferimento alla complessità inedita delle fonti dal secondo dopoguerra ad oggi.

In questo quadro, acquista un ruolo preminente la Costituzione della Repubblica: non è solo un insieme di regole sulla produzione normativa, sui diritti verso lo Stato, ma è fonte di norme e valori che intervengono direttamente nella regolazione di rapporti intersoggettivi.

Una nuova civilistica si forma durante la stagione del “disgelo costituzionale”. Vi è, dopo la chiusura retrograda degli anni 50, una svolta scientifica e giurisprudenziale, che prende sul serio ed attua la Costituzione e che è l’effetto di un mutamento dei rapporti di forza nella società italiana. Acquistano un peso maggiore sulla scena politica le domande e gli interessi

---

ovvero si richiami la natura dell’affare, ovvero ancora si ricorra alla correttezza, alla buona fede, alla presupposizione e alle altre tecniche consolidate”. Tutti schemi finalizzati a quella che l’autore chiama “giustizia contrattuale” e il cui fondamento è nel Codice. Ma egli non collega l’idea di “governo” alla giustizia contrattuale. Quando parla di “governare il contratto” si riferisce ai poteri delle parti (*Il contratto in generale*, p. 34 s.), mentre io uso l’idea di governo per enfatizzare l’incidenza di interventi correttivi *ab extra*.

<sup>13</sup> Cfr. G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 178 s. “... La stagione del negozio giuridico ... sembra concludersi nella nuova edizione del *Contributo* di Renato Scognamiglio (1969) e con gli studi di Giorgio Cian su *Forma solenne e interpretazione del negozio* (1969)”.

<sup>14</sup> Cfr. al riguardo S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 84 ss.

<sup>15</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 299.

delle classi popolari. Sul terreno della scienza giuridica, la fattispecie contrattuale, com'era stata disegnata dal giusindividualismo, con la lineare connessione logica tra la manifestazione del volere libero e le conseguenze giuridiche che l'ordinamento vi ricollega (registrando la sovranità del volere), cede il passo ad una centralità nuova dell'ordinamento.

Ripercorrendo le linee del libro di Rodotà *Le fonti di integrazione del contratto*, pubblicato nel 1969<sup>16</sup>, così Alpa disegna il cambio di prospettiva:

“... in un contesto culturale nel quale si tende ad enfatizzare la nozione di contratto sotto l'aspetto negoziale e volitivo, quasi che tutti gli effetti si conchiudessero nell'atto privato concluso dalle parti [... ecco l'eredità del giusindividualismo ...], Rodotà sottolinea la rilevanza delle disposizioni del codice che consentono di integrare la determinazione privata (la legge, gli usi, l'equità) o addirittura di modificare ciò che le parti hanno voluto, quando lo richieda l'interesse pubblico, come avviene con la sostituzione automatica di clausole. C'è quindi uno scontro tra la volontà e il suo precipitato rilevante per l'ordinamento. Rodotà coerentemente precisa che l'integrazione non opera solo in caso di lacune del contratto, ma indipendentemente da questa eventualità”<sup>17</sup>.

Il termine scontro indica il rilievo che la nuova visione assume, la sua potenzialità conflittuale. Con riferimento alla prassi interpretativa, la critica della dogmatica e la ricerca di un rapporto nuovo tra il piano normativo e quello empirico si esprimono in primo luogo attraverso il valore che si attribuisce alle clausole generali<sup>18</sup>. Anche su questo terreno teorico Rodotà gioca un ruolo di protagonista. Alpa lo ha messo in luce in uno scritto recentissimo richiamando la trasformazione della disciplina privatistica determinata dall'impatto delle nozioni giuridiche aperte, che l'interprete riempie di contenuti: sono questi i “termini nuovi che consentono all'ordinamento di mettersi al passo con il mutamento sociale”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Il volume è stato riproposto in una “ristampa integrata”, Milano 2004.

<sup>17</sup> G. ALPA, *Op. cit.*, p. 175 ss.

<sup>18</sup> Sul punto va tenuto presente il lavoro svolto con riguardo alla buona fede ed ai suoi mutevoli significati dalla scuola pisana fondata da Ugo Natoli, a partire dai primi anni 60 (cfr. G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 71 e nt. 32).

<sup>19</sup> Cfr. G. ALPA, *Presentazione* a S. RODOTÀ, *Critica del diritto privato. Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato*, raccolti da G. ALPA e M. R. MARELLA, Napoli 2017, p. XXIII. Nell'analisi di Rodotà “è la stessa concezione di ‘fonte’ del diritto che cambia, ricomprendendo nuovi valori, il diritto vivente, la creatività della giurisprudenza, l'autonomia solidaristica dei privati: un diverso multiforme panorama di distribuzione del potere normativo sotto il tetto onusto della Costituzione repubblicana”. Ciascuna delle formule che Alpa usa in questo passo costituisce un'eresia rispetto alle visioni “computazionali” del diritto: quelle che fanno coincidere il rigore del discorso giuridico con la “calcolabilità” dei risultati interpretativi.

Già i codificatori del 1942 assegnavano un significativo rilievo alle clausole generali: nozioni dai connotati fluidi, che evocano valori storicamente esposti al mutamento. La consapevolezza della necessità di lasciare spazi aperti nell'ordinamento è in potenziale contrasto con l'assolutezza della dogmatica. L'aspetto di maggiore forza innovativa, nel discorso di Rodotà, è nell'interpretazione delle clausole generali condotta alla luce del dettato costituzionale. Un punto di vista che ispira molte delle pagine di Alpa, su cui tornerò tra poco.

Guido ha studiato a Genova, è allievo di Rodotà ed ha seguito le sue orme scientifiche, ricollegandosi alla scuola di Rosario Nicolò. Ora osserva che quella scuola era stata, intorno alla metà del secolo, al centro della crisi del diritto civile tradizionale<sup>20</sup>.

La messa in discussione dei dogmi e del pensare sistematico, in nome di una nuova visione, ove spicca l'attenzione alla storia esterna e all'incidenza della svolta costituzionale sul diritto civile, costituisce - mi sembra - la piattaforma, la struttura di pensiero su cui si regge la trattazione di Alpa.

Se questi sono i presupposti, allora il contratto, non più circoscritto entro una combinazione di dogmi soggetti ad uno sviluppo endogeno, come si inquadra, come dev'essere studiato?

La risposta di Alpa mette al centro il Codice civile del 1942, le norme sui "contratti in generale" ed insieme le modifiche, le integrazioni, i nuovi scenari applicativi. Il discorso sul contratto è anzitutto un discorso sul Codice italiano vigente, analizzato nella sua composizione, nel rapporto con i codici europei precedenti (il passato che lascia le sue orme) ed insieme studiato in stretta connessione con le innovazioni normative e con quelle giurisprudenziali intervenute su di esso. Così Alpa giunge - mi sembra - ad una visione dell'impianto codicistico nella sua dinamicità: norme che si ispirano in parte a modelli anteriori e la cui effettiva applicazione cambia, quanto più si supera lo statico formalismo dei dogmi e diviene operante l'interpretazione costituzionalmente orientata.

Ebbene, questa dinamicità non può essere intesa se non avvicinandosi alle regole e agli schemi del contratto con un approccio storico. Ciò vale in primo luogo per il rapporto con il passato e per l'eredità che questo lascia. Le discipline contemporanee del contratto non si intendono se non si vede il collegamento con le vicende giuridiche dell'Europa continentale tra Ottocento e Novecento, se non si ripercorrono le somiglianze e le cesure. La via allo studio del contratto scelta da Alpa consiste nel considerare il testo del Codice - egli scrive - "in prospettiva storica, come un 'precipitato' delle

---

<sup>20</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit, p. 175 s.

precedenti codificazioni”<sup>21</sup>. La lettura delle fonti romanistiche (ovviamente ripensate, secondo una discontinua genealogia) e la formazione di concetti fondamentali assunti come costanti nel tempo dominano l’orizzonte teorico delle codificazioni ed operano fino a metà Novecento. Si tratta di schemi concettuali stabilmente riferiti alla materia dei contratti.

Anch’essi subiscono adattamenti ed innovazioni. Un esempio (di cui recentemente mi sono occupato e che mi pare in linea con il disegno tracciato da Alpa) può essere quello della nozione di comune intenzione delle parti nelle regole sull’interpretazione dei contratti. E’ un concetto che viene costruito sullo schema romano della *conventio* da Domat; passa a Pothier e poi al *Code civil* del 1804, con regole puntualmente ricalcate nel Codice italiano del 1865, fino alla nostra codificazione più recente, del 1942. In quest’ultima lo schema ricavato dalla tradizione viene diversamente definito, per effetto di una innovazione introdotta nel secondo comma dell’articolo 1362: “Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”. La valutazione dà più spazio all’interprete e non sembra subordinata ad un’affermazione dell’autosufficienza del testo, purché letteralmente non ambiguo<sup>22</sup>. Il confronto con i codici precedenti è qui strettamente funzionale

<sup>21</sup> *Il contratto in generale*, cit., p. 40.

<sup>22</sup> Alpa ha ribadito più volte, in vari scritti, la critica al letteralismo ed alla massima *in claris non fit interpretatio*, che ha tuttora largo seguito - sia pure con riserve e adattamenti - nella giurisprudenza della Cassazione. Credo che la fortuna moderna di questa massima sia legata all’esigenza di riconoscere la piena libertà dei privati come nucleo e *conditio sine qua non* del disciplinamento sociale, ravvisando in essa la sostanza, la verità di ogni regolamento contrattuale. Secondo questa visione, la formulazione linguistica dell’accordo, che i contraenti hanno voluto, se è chiara, non può che essere definitiva (cioè autonomamente capace di definire il punto di incontro degli intenti individuali). Si presuppone insomma una razionalità delle azioni volte a perseguire l’interesse individuale, da cui nasce la corrispondenza del testo contrattuale al vero. Se il testo è chiaro, non vi è interpretazione. Questa interviene solo in presenza di un dubbio. Così, per quanto riguarda il governo del contratto da parte del giudice, è evidente che i suoi margini si restringono. Nell’ambito delle dottrine italiane che si riferiscono al codice del 1865, com’è noto, la delimitazione dell’apprezzamento del giudice e del suo potere di integrazione entro l’ermeneutica dei contratti costituisce la scelta di fondo (e - si può dire - l’indirizzo di politica del diritto) che guida l’elaborazione teorica di Cesare Grassetti. Questo autore - che pure critica esplicitamente la massima *in claris* - delinea un modello gerarchico entro cui collocare i canoni d’interpretazione dei contratti fissati dal Codice, sicché dall’uno si possa passare ai successivi: dall’esame dell’intenzione ad altri criteri, non ispirati al primato della volontà, ma dettati dal legislatore, per integrare quanto risulti dal testo. La dottrina influenzerà i codificatori del 1942 soprattutto nella successione dei canoni, ma con alcune rilevanti novità, costituite dagli articoli 1362 secondo comma, 1366, 1370 e 1371. Le disposizioni nuove sono, a mio avviso, il presupposto per una messa in discussione del modello

all'esegesi della disposizione, che apre uno spazio all'esame del contesto situazionale entro cui viene fissato il contenuto del contratto<sup>23</sup>.

Allo stesso modo, già in un saggio del 1973, e poi in altri scritti, anche recenti, egli sottrae la nozione di buona fede, intesa in senso oggettivo, attraverso cui si interviene per integrare e correggere il contratto (articolo 1366 c.c.), a qualsiasi ipotesi di sussidiarietà<sup>24</sup> rispetto alla mera decifrazione del testo, quale immediato portatore di un'intenzione comune<sup>25</sup>. È un concetto a contenuti variabili: una "clausola generale" (un segmento, una formula linguistica, che si ritrova in più enunciati prescrittivi del Codice) di cui l'interprete fissa la portata concreta nelle prassi contrattuali.

In tutti gli studi di ALPA su contratti ed interpretazione prevale l'attenzione alle modalità di svolgimento della giurisprudenza<sup>26</sup>. Il che costituisce un antidoto alla visione astratta dei canoni.

Segnalo, in una rassegna di decisioni della Cassazione, il rilievo attribuito ad un caso controverso, di cui l'autore analizza gli esiti giudiziari<sup>27</sup>. Si tratta di un contratto di mediazione. Una clausola escludeva il diritto del mediatore al compenso, se - scaduto l'incarico - la vendita per cui egli era intervenuto non si fosse realizzata. Ma nella situazione concreta, che ha dato luogo al giudizio, la mancata attuazione della vendita è ascrivibile esclusivamente alla determinazione delle parti, mentre l'attività del mediatore si è svolta, finché egli ha potuto, in modo coerentemente rispondente all'incarico. Infatti, grazie al suo intervento, le parti hanno concluso un preliminare di vendita. Poi non hanno voluto il contratto traslativo. Alla luce di questi dati fattuali,

---

gerarchico. Cfr. C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938 (rist. 1983), p. 225 ss. (sul nesso tra carattere precettivo delle regole e determinazione di un ordine nella loro applicazione).

<sup>23</sup> Rinvio, su questa tematica, a M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017, p. 228 ss.

<sup>24</sup> Tale da collegarsi allo schema gerarchico.

<sup>25</sup> Vedi anzitutto G. ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 1, col. 1507 ss., spec. col. 1516. Ed ora G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 512 ss.

<sup>26</sup> Vedi, tra altri scritti, G. ALPA, *Gli elementi estrinseci nell'interpretazione del contratto*, in *Rivista del Notariato*, 1983, p. 669 ss.; ID., *L'interpretazione del contratto. I. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano 1983; G. ALPA, G. FONSI e G. RESTA, *L'interpretazione del contratto. Orientamento e tecniche della giurisprudenza*, II ediz., Milano 2002; G. ALPA, *I principi generali*, II ediz., in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 2006, p. 451 ss.; ID., *Il controllo giudiziario del contratto e l'interpretazione*, in AA. VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, raccolta di studi in on. di A. BRANCACCIO, vol VII, Milano 2013, p. 3 ss.

<sup>27</sup> Cfr. G. ALPA, *L'evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 30 ss. e Cass. 5 marzo 2009, n. 5348.

i giudici di legittimità esercitano il proprio sindacato sul procedimento interpretativo, cassando la sentenza di appello sfavorevole al mediatore, e ritengono che la clausola controversa debba interpretarsi secondo buona fede, sicché il compenso sia corrisposto.

Dal caso l'autore trae una definizione della buona fede "come autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale". Descrive l'operatività di tale dovere. Nell'ambito contrattuale, esso "implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto che alla sua formazione ed interpretazione".

E' chiaro il rapporto tra il dovere di buona fede e i comportamenti relativi alla conclusione ed all'esecuzione del contratto. Nel porre in essere questi comportamenti le parti sono tenute a rispettare obblighi riconducibili - e ricondotti dall'interprete - allo schema generale della buona fede. Mi sembra invece che sia diverso il rapporto fra dovere ed interpretazione alla luce dell'art. 1366 c.c. Rimanendo entro l'impostazione segnata da Alpa, credo che l'art. 1366 debba essere inteso nel senso di attribuire all'interprete un vincolo ad intervenire sulle clausole contrattuali e sulla loro esecuzione, per riportarle entro l'ambito di condotte conformi alla buona fede. Quindi, con operazioni ermeneutiche che aggiungono: che integrano il testo prodotto dall'accordo. Emerge da esse un impulso più generale: una "mutata o mutabile concezione del contratto che da 'affare privato' diviene regolamento assoggettato effettivamente a controlli, integrazioni, modificazioni"<sup>28</sup>.

#### 4. Ancora sulla storicizzazione

L'indagine sul passato e sulle tracce che esso lascia nella successione delle epoche abitua il giurista a vedere i mutamenti più vicini nel tempo, fino a ciò che egli considera presente. Così il metodo storico di indagine è riferito da Alpa non solo alla tradizione (dottrinale e normativa) da cui muovono i codificatori, ma anche agli accadimenti successivi al Codice: vale a dire a quello che egli chiama "il modello italiano, dal 1942 al nuovo millennio". Traspare da queste parole l'immagine di una perdurante forza dell'impianto codificatorio, su cui si innestano i mutamenti, senza che ciò significhi destrutturazione, come si vede nelle norme generali sui contratti. Per la

<sup>28</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale*, p. 426. Torna su questo punto a p. 525 ed osserva in proposito la erosione della "sacertà del contratto".

messa a fuoco di ciò che permane intatto e delle metamorfosi post-1942, egli ricorre più volte ad analisi di tipo comparativo. La sua convinzione è che il civilista oggi non possa non essere, in maggiore o minor misura a seconda dei temi, un comparativista.

E' opportuno su questo punto rammentare le ricerche di Gino Gorla, autore più volte richiamato da Alpa. Secondo Gorla, lo studio comparativo e lo studio storico devono scartare ogni *a priori* dogmatico, per convergere nel metodo, fino a coincidere<sup>29</sup>. Tra l'altro, muovendosi in questa prospettiva, Gorla tendeva ad avvicinare la formazione del *common law*, attraverso il ruolo svolto dai *civilians*, alla tradizione europeo-continentale<sup>30</sup>. Metteva in evidenza così vicende storiche (e, per usare una rischiosa metafora, radici) comuni alle esperienze occidentali; ed è questo un nodo problematico che ricorre anche nelle pagine di Alpa.

Quindi, il trattato di cui discutiamo può ricondursi ad una sorta di periodizzazione, una *summa divisio*: prima e dopo il codice del 1942.

Il racconto storico prende le mosse dai modelli francesi. L'individualismo del *Code civil* ha alle spalle l'idea del primato della volontà, che si esprime nel contratto (idea presente in Pothier) e che diviene legge per le parti. Prima ancora, il carattere metastorico del diritto privato, che è l'illusione ideologica comune a tutta la modernità, era già chiaramente affermato nelle "leggi immutabili" di cui parlava Domat: una oggettivazione delle regole che governano azioni ed utilità dei singoli. Regole costruite dalla scienza attraverso la rielaborazione (secondo un ordine che si pretende naturale) dei materiali normativi tratti dalla compilazione giustiniana. La volontà, la natura e - possiamo dire conseguentemente - l'indipendenza del diritto privato dalla politica sono i tratti ideologici comuni alle codificazioni.

Seguendo l'analisi che Alpa delinea degli svolgimenti del pensiero giuridico europeo nell'Ottocento, è forte l'impressione che tra il giusindividualismo francese e quello tedesco vi sia per un tratto di tempo una convergenza e poi un distacco. Lo si vede in particolare nelle teorie che esaltano il momento volitivo e l'autonomia dei soggetti nel diritto contrattuale.

Credo al riguardo che il vero punto di novità della pandettistica nel campo contrattuale sia costituito dal principio dell'affidamento (nozione

<sup>29</sup> Questa prospettiva è già in G. GORLA, *Interessi e problemi della comparazione con la 'common law'* (1961), in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, p. 51 ss. spec. 52: "... il comparatista deve guardare con occhi di storico non soltanto al diritto straniero, ma anche al diritto proprio, e quindi agli uomini e alle attività che lo hanno prodotto ...".

<sup>30</sup> Vedi G. GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)* (1980), in ID., *Diritto comparato*, cit., p. 877 ss.

dottrinale ricavata induttivamente, sintesi di regole che tutelano la certezza dei rapporti contrattuali), su cui Alpa si sofferma in due luoghi diversi<sup>31</sup>.

Come egli sottolinea, questo principio non poteva albergare nel Codice di Napoleone, poiché incorpora un'idea diversa rispetto al mero volontarismo. La tutela dell'affidamento consiste infatti nel temperamento tra due elementi propri della prassi contrattuale, non ravvisabili nelle dichiarazioni unilaterali: da un lato l'intento voluto ed espresso e dall'altro la reazione del destinatario della dichiarazione. Questi propriamente si affida alla dichiarazione. E nella comune intenzione - ecco ancora il modello della *conventio* ripensato dai pandettisti - l'affidamento è reciproco<sup>32</sup>, secondo il senso obiettivo delle dichiarazioni. Si tratta di una novità pienamente accolta nel nostro Codice.

Inoltre, Alpa descrive bene l'intreccio, nel tardo Ottocento italiano, fra le dottrine francesi, di cui il Codice del 1865 è espressione, e i modelli tedeschi usati per organizzare la conoscenza e l'interpretazione di quel Codice. Al centro della recezione della pandettistica è, come ho già accennato, Scialoja. Anche nella sua opera può constatarsi un mutamento significativo. Infatti, dopo essere stato fautore dei modelli tedeschi, il maestro italiano ripropone, durante gli anni del primo dopoguerra, un rapporto privilegiato tra la scienza giuridica italiana e quella francese, individuando nella tematica delle obbligazioni e dei contratti il terreno comune su cui costruire una prima parziale unificazione del diritto civile dei due paesi. Proprio Alpa - va ricordato - in collaborazione con Giovanni Chiodi, ha avuto il merito di riscoprire e studiare nuovamente quel progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, prodotto da una collaborazione internazionale tra giuristi ed ora ripensato come un precedente delle tendenze armonizzatrici nel diritto privato europeo. Il progetto, varato nel 1927, fu assunto come primo contributo per la revisione del Codice italiano allora vigente (quello del 1865)<sup>33</sup>. In seguito, dopo vari dibattiti e confronti

<sup>31</sup> Occorre sottolineare che l'affidamento delineato dalla pandettistica è un principio che i giuristi ricavano per induzione da regole non codificate, ma prodotte dalla scienza. Esse si rifletteranno sul *BGB*. In Italia, verranno utilizzate come struttura interpretativa da riferire alle disposizioni del Codice del 1865.

<sup>32</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 48 e p. 133 s.

<sup>33</sup> L'approvazione avviene il 31 ottobre 1927. Il testo è accompagnato da una relazione di Henri Capitant, Ambroise Colin, Georges Ripert, Alfredo Ascoli e Roberto De Ruggiero. Il *Progetto* è pubblicato in Italia, con testo bilingue, dalla Libreria del Provveditorato generale dello Stato, Roma 1928. Segue l'identica pubblicazione francese, *Projet de code des obligations et des contrats - Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Paris 1929. La nuova recente edizione del *Progetto* è stata promossa, nell'ottantesimo anniversario della sua approvazione, dal Consiglio Nazionale Forense (per iniziativa di

polemici, fu accantonato nella fase finale e decisiva della codificazione italiana, per iniziativa del guardasigilli Dino Grandi<sup>34</sup>.

Da queste indagini sul passato viene l'impulso più netto e motivato alla storicizzazione, che costituisce un'indicazione di lavoro feconda per la civilistica, se vuole misurarsi con i fatti, con la trafia dei concetti, con i trapianti normativi dall'una all'altra codificazione, con le novità derivanti dal mutare dei contesti. In fondo lo studio giuridico non può fare a meno della conoscenza storica, poiché esso riguarda esperienze che sono nella storia. E le memorie da cui muove, compresi gli archetipi del diritto romano usati nella modernità, non costituiscono un lascito pacifico, come talvolta si immagina. Ogni segmento di tradizione (mi pare che Alpa lo dimostri) è pluralistico al suo interno ed è attraversato da contrasti. Così, l'alternativa tra modelli francesi e tedeschi, tra gli anni 20 e gli anni 40 del Novecento, si innerva nel conflitto fascismo-liberalismo.

##### 5. Costituzione, Codice, normazione europea

Voglio ora mettere in evidenza un ulteriore aspetto teorico nel libro del 2014. Come opera la storicizzazione nel racconto di Alpa relativo agli ultimi decenni del Novecento ed alle problematiche attuali?

Egli distingue e contrappone due tendenze in reciproco contrasto: la costituzionalizzazione del contratto ed il controllo degli atti di autonomia privata secondo i valori costituzionali. Sono due vie teoriche che segnano profondamente ancora oggi il dibattito scientifico e l'esperienza dei contratti.

La prima tendenza mira a fondamentalizzare la libertà contrattuale: vale a dire il dominio del mercato. Essa è in contrasto con l'impianto costituzionale. La seconda - considerato che la libertà economica non è inclusa dalla Costituzione tra i diritti fondamentali - comporta da parte del giudice un'applicazione diretta delle regole della Costituzione al contratto; e questo "sia - riassume Alpa - utilizzando le clausole generali, sia qualificando il contratto come illegale (se in contrasto con la normativa costituzionale), sia utilizzando i parametri derivanti dalla legislazione comunitaria ove

---

Alpa), con l'aggiunta di scritti contemporanei che commentavano l'opera svolta e di due saggi introduttivi dei curatori. Vedi G. ALPA e G. CHIODI (a cura di), *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano 2007.

<sup>34</sup> Rinvio, sulla vicenda del *Progetto*, al mio libro *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, p. 85 ss.; 150 ss.

applicabili (in particolare il principio di proporzionalità e il principio di uguaglianza)<sup>35</sup>.

L'inciso "ove applicabili" evoca la possibilità di un innesto dei principi desumibili dalla normazione europea nel quadro dei valori costituzionali e nella loro azione sul diritto civile. Questa connessione può essere ricondotta al concetto di *Drittwirkung* (delineato dalla giurisprudenza tedesca alla fine degli anni 50), cui Alpa dedica alcune pagine<sup>36</sup>. Esso significa letteralmente: efficacia delle norme costituzionali verso figure terze rispetto al rapporto duale individuo-Stato; quindi applicazione ai rapporti interindividuali. La ricaduta politica è la tutela dei diritti fondamentali, anche in contrasto con il mercato.

Infine il metodo della storicizzazione mi sembra operante ed utile ad una raffigurazione realistica di una serie di disposizioni speciali recenti, nel lungo capitolo dedicato da Alpa ai contratti dei consumatori e degli utenti.

E' una normativa nuova, proveniente da disposizioni comunitarie che investono lo spazio giuridico europeo. Si innesta nel Codice civile; non lo sconvolge, pur introducendo previsioni di *status* e regole del tutto eterogenee rispetto alle categorie codicistiche. Essa viene studiata e posta a confronto con gli schemi concettuali impiegati dalla scienza di fine Novecento.

Si possono vedere in particolare le pagine dedicate al concetto di buona fede, già sopra richiamato, che ha un posto rilevante nell'articolo 33 del così detto Codice del consumo, in tema di clausole vessatorie. Vi è notoriamente un comico errore di traduzione. La clausola definita vessatoria dalla direttiva che il codice ricalca, in quanto è "contrary to requirement of good faith", diventa vessatoria "malgrado la buona fede"<sup>37</sup>. Se mettiamo da parte il fraintendimento, resta il problema principale: vale a dire il rapporto tra il "significativo squilibrio" menzionato nel testo e lo schema della buona fede. Quest'ultimo, inteso in senso oggettivo, può comprendere in sé l'apprezzamento circa lo squilibrio a carico del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Alpa rafforza la tesi (non del tutto accettata nella giurisprudenza) secondo cui la buona fede è qui proprio da intendersi in senso oggettivo. In proposito, traccia un breve *excursus* relativo agli usi storici del sintagma. Considera - a ragione - improponibile una continuità con lo schema romano della *bona fides*, nonostante l'identità lessicale<sup>38</sup>, e mostra come il

<sup>35</sup> *Il contratto in generale*, cit., p. 301 s.

<sup>36</sup> *Il contratto in generale*, cit., pp. 299-305.

<sup>37</sup> *Il contratto in generale*, cit., p. 654.

<sup>38</sup> Schematizzando molto la comparazione tra schemi antichi ed attuali, si può dire che i referenti fondamentali del concetto romano (e il suo collegamento con le forme processuali entro cui operava) siano spariti nell'età moderna, a cominciare dal

significato prevalente, dalla fine dell'Ottocento ad oggi, equivalga a quello di correttezza, molto vicino alla nozione inglese di *fairness*<sup>39</sup>.

All'enunciazione dell'equivalenza Alpa fa seguire un'altra osservazione, che ci riporta ad un problema cui già ho accennato:

“... Possiamo registrare un *revival* della buona fede [nei contratti] agli inizi degli anni 70 del Novecento. Da questa data la clausola generale di buona fede - o il principio di buona fede - è servita per mitigare le pretese del creditore, per imporre obblighi collaterali alle parti, per misurare lo sforzo che si può pretendere dal debitore nell'esecuzione della prestazione ...”.

La duttilità della clausola generale è una condizione necessaria e mi sembra che da un lato la storicizzazione della buona fede, dall'altro l'attribuzione ad essa di un significato nell'ambito dell'art. 33 del Codice di consumo non sfuggano al nesso con il principio di solidarietà, di cui all'articolo 2 della Costituzione: principio più volte evocato dai giuristi che hanno cercato di spezzare i vincoli della dogmatica tradizionale. La solidarietà sociale come principio cogente, attorno a cui si struttura il dover essere della buona fede. Ancora, in proposito, va ricordato il pensiero di Rodotà<sup>40</sup>.

Questo richiamo è perfettamente coerente con l'impostazione di Alpa, con il suo ripensamento del Codice, con le aperture comparativistiche che

---

nesso esclusivo tra la buona fede e una categoria determinata di situazioni (in primo luogo i contratti consensuali), per cui soltanto valeva un giudizio più ampio, uno spazio libero accordato all'*officium iudicis*, non limitato all'aspetto formale degli atti e dei comportamenti, ma esteso all'insieme degli interessi in gioco. In questi casi (compravendita, locazione, mandato, società, tutela, gestione di affari altrui, fiducia, deposito, comodato, restituzione della dote alla donna o al padre di lei), la discrezionalità del giudice era - nel diritto romano durante l'età della giurisprudenza - assai ampia. Era operante la procedura civile *per formulas*, in cui la *formula*, redatta dal magistrato - protagonista della prima fase del processo - ed accettata dalle parti, doveva fissare il campo dell'*officium iudicis*. La pretesa della parte interessata, indicata nella *formula*, non era determinata nei suoi termini pecuniari: il giudice decideva quanto era dovuto. In quel genere particolare di rapporti gli obblighi non erano fissati *a priori*, ma il *iudex* li definiva secondo la logica del rapporto, esaminato in tutti i suoi aspetti. L'esistenza di un dolo portava alla soccombenza di colui che l'aveva posto in essere. Dalla valutazione complessiva del rapporto si desumeva la valutazione pecuniaria. Mentre in altri rapporti, diversi da quelli elencati, la pretesa aveva ad oggetto una somma certa. Si può dire (molto sommariamente) che *fides* indichi - con una nozione romana risalente all'età più antica - il legame che regge i rapporti sopra elencati sottratti ad ogni formalismo. Mentre l'aggettivo qualifica la giustizia secondo cui il *iudex* è tenuto a valutare il rapporto e l'importo pecuniario corrispondente alla pretesa. Dunque il giudice fissa i contorni di ciò che è giusto nel caso concreto, ma solo in quelle determinate fattispecie.

<sup>39</sup> *Il contratto in generale*, cit., p. 655 ss.

<sup>40</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2014, p. 39 ss.

segnano la sua ricerca (si veda l'unità concettuale ricavata dal confronto tra buona fede e *fairness*). Dunque, il principio di solidarietà dà un senso ed un compimento (nell'orizzonte della Costituzione) alle vicende concettuali e agli usi nuovi della buona fede, compreso quello specificamente legato alla tutela dei consumatori.

#### 6. *Principi subordinati alle disposizioni vigenti e principi-guida*

Il termine “principi” ha un'estrema varietà di impieghi nelle teorie del diritto e nei dettati giurisprudenziali (sia negli itinerari argomentativi sia nelle massime)<sup>41</sup>. Ogni catalogo che fissi le linee di una “semantica dei principi” è necessariamente incompleto. Alpa lo ha rilevato più volte, fornendo una serie molto estesa di esempi, da cui risulta la relatività del concetto. La descrizione analitica, cui ha dedicato numerose pagine, è un'utilissima base

<sup>41</sup> Mi limito a ricordare tre contributi a questa tematica, in momenti storici diversi, che definiscono la cornice di una bibliografia amplissima. Il primo è un convegno nel quale si affronta la questione dei principi generali entro l'ordinamento fascista (AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa 1943. Siamo nella fase finale del regime. La sollecitazione a riflettere sul punto ed eventualmente a proporre una codificazione di principi generali, in una prospettiva che guarda ancora alla costruzione dello Stato corporativo, viene dal ministro della giustizia Dino Grandi. Il convegno si svolge a Pisa nel 1940, ma la pubblicazione finale degli atti, a cura della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative, è del 1943. In questo tratto di tempo, si è avuto il precipitare della situazione politica italiana e si sono già delineati i contorni della sconfitta militare. Tutta la discussione appare ormai sfocata, mentre è vicinissimo il crollo del regime. Lo stesso ministro Grandi ha trovato una soluzione al problema che aveva posto, disponendo, con l'assenso di Mussolini, la recezione della Carta del lavoro in un testo di legge, che è stato posto all'inizio del nuovo Codice civile, promulgato nel 1942. Là vanno ricercati i principi generali. Eppure il convegno pisano rimane interessante per due aspetti: da un lato, la tendenza a concepire principi direttamente cogenti (e non soltanto programmatici), che devono essere il frutto di un'attività normativa; dall'altro una nuova considerazione della funzione interpretativa affidata ai giudici (su entrambi i punti si vedano le relazioni di Sergio Panunzio e Vezio Crisafulli). Se i principi da esprimere (da codificare) sono enunciati normativi a carattere generale e senza fattispecie, dove se non nella giurisdizione potrà colmarsi la distanza tra questo genere di precetti e i casi della pratica? Le due questioni verranno riproposte nel dopoguerra. Al bilancio delle dottrine italiane postcostituzionali sono dedicati gli altri due contributi, che riassumono la storia del problema. Vedi AA. VV., *I principi generali del diritto. Atti dei Convegni Lincei*, Roma 1992; AA. VV., *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Roma, 14-15 nov. 2014*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2014 (numero speciale).

per i ragionamenti da svolgere<sup>42</sup>: non muove da una predefinizione, ma fa i conti con gli effettivi significati che la parola assume.

Tenendo conto delle molteplici formulazioni registrate dall'autore e della sintesi da lui proposta<sup>43</sup>, mi sembra che debbano distinguersi due accezioni, di cui descrivo le linee essenziali.

Nella prima categoria di impieghi del termine sono compresi tutti i significati per cui i principi appaiono come risultato di un'attività interpretativa o teorica che concettualizza disposizioni già formulate (prese singolarmente o combinate assieme). Siamo di fronte in questi casi ad un'elaborazione scientifica, i cui prodotti sono più o meno distanti dalle prescrizioni che ne costituiscono l'oggetto: la generalità sarà allora il traguardo di un procedimento induttivo o di una sintesi elaborata muovendo dalla normazione. E' qualcosa di simile alla nozione antica di *regula*, come viene definita in un notissimo frammento, risalente agli inizi del terzo secolo d.C. e che i compilatori giustinianeî traggono dal giurista romano Paolo: *Regula est quae rem quae est breviter enarrat, non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. Nell'idea di narrazione, già fissata due secoli prima da Sabino, è evidente il rinvio ad un dato giuridico che

<sup>42</sup> G. ALPA, *I principi generali*, II ediz., Milano 2006; ID., *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in AA. VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., p. 77 ss.; ID., *Il contratto in generale*, cit., p. 419 ss.

<sup>43</sup> Così Alpa riassume le due concezioni: "quella che ritiene il principio una regola generale che si fonda sulle (o si induce dalle) regole espresse dall'ordinamento; quella che considera il principio un *prius*, metagiuridico o extralegislativo; se i principi preesistono alle norme, le norme non sono che la 'manifestazione sensibile' del principio". (*Il contratto in generale*, cit., p. 421). Anch'io assumo come quadro di riferimento la dicotomia tra principi indotti dalle disposizioni di legge e principi che occupano una posizione di priorità logica ed ideale rispetto ad esse. E condivido l'impostazione di Alpa là dove non introduce differenze tra principi ricalcati su disposizioni vigenti e principi desunti attraverso l'induzione o la generalizzazione da disposizioni vigenti, poiché le operazioni logiche da cui nascono sono omogenee. Credo tuttavia (qui mi allontano dalle formulazioni di Alpa) che i principi, se entrano in qualche modo nei processi interpretativi, non possano definirsi metagiuridici; e penso inoltre che nel definire il rapporto tra principi e disposizioni si debba prescindere dal riferimento ad una priorità temporale. Per fare un esempio, il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. non viene prima del Codice, ma costituisce una norma-guida che orienta l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni codicistiche. Si può parlare di priorità temporale se si postula che dal principio attraverso l'interpretazione nasca una norma nuova, ma ciò è in contrasto con la realtà empirica nella quale le disposizioni non cambiano, pur piegandosi a significati diversi da quelli originari (penso alla discontinuità che oppone la solidarietà sociale dell'art. 2 Cost. alla "solidarietà corporativa" originariamente recepita dai codificatori nell'art. 1175, come espressione di autoritarismo e di collaborazione coatta tra le classi).

precede l'enunciato della scienza e risulta brevemente concentrato in essa<sup>44</sup>.

Quando la distanza logica del principio dai referenti normativi su cui esso si fonda è più marcata, allora si può immaginare una scoperta: quasi l'esistenza di una prescrizione latente nell'ordinamento, che si fa emergere; ma questa è soltanto una metafora. Vi è in sostanza anche qui un procedimento induttivo: è più articolato ed è volto a colmare quelle che all'interprete appaiono come lacune nell'ordinamento.

Sia l'articolo 3 delle disposizioni preliminari al Codice del 1865, sia l'analogo articolo 12, relativo al nostro Codice, intendono in questo senso i principi generali, concepiti come norme non immediatamente aderenti a disposizioni legislative<sup>45</sup>, e che tuttavia l'interprete fa discendere dal diritto vigente. Il giurista o il giudice arrivano alla loro definizione, lavorando su ciò che già esiste. Esse possono ricomprendere anche i brocardi, le massime provenienti dalla tradizione, di cui l'interprete sostenga ed argomenti in modo attendibile, l'inerenza al diritto entro cui opera o meglio, secondo l'articolo 12, all'ordinamento giuridico dello Stato.

Gli esempi citati da Alpa riguardano da un lato i casi nei quali le disposizioni sono erette a principi (soprattutto nel linguaggio giurisprudenziale)<sup>46</sup>, dall'altro la costruzione di enunciati normativi desunti da più disposizioni e collocati su un piano elevato di astrazione, che allarga fortemente la loro applicabilità.

A questo proposito, l'autore elenca una serie di possibili risultati del lavoro di sintesi sul diritto privato in materia di scambi economici. Cita:

“... *i*) il principio che tutela il possesso rispetto alla proprietà statica o inerte; *ii*) il principio che vieta l'indebito arricchimento; *iii*) il principio che impone il risarcimento del danno; *iv*) il principio che impone la responsabilità patrimoniale per i debiti contratti; *v*) il principio che considera vincolanti gli accordi delle parti; *vi*) il principio che considera gli

<sup>44</sup> Cfr. D. 50, 17, 1 (Paulus 16 *ad Plautium*). Il passo è richiamato, nel convegno del 1940 (atti pubblicati nel '43) da E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi sui principi generali*, cit., p. 321. Egli considera *regula* sinonimo di principio generale e si serve del frammento di Paolo per sostenere in ogni caso il carattere induttivo dei principi, ai quali nega la prevalenza sulle altre norme giuridiche. L'idea di prevalenza dei principi (comunque configurati) condurrebbe ad una *interpretatio abrogans*.

<sup>45</sup> Il collegamento immediato si vede nelle norme che combinano più disposizioni o che vengono costruite in base a disposizioni vigenti attraverso l'uso dell'analogia.

<sup>46</sup> Si veda ad esempio Cass. 27 aprile 1982, n. 2632, a proposito del terzo comma dell'art. 1453 c.c. (“Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può adempiere la propria obbligazione”), denominato “principio”. Vedi G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 437. Ma un lungo inventario di principi di diritto contrattuale nella giurisprudenza, tutti dipendenti da disposizioni espresse, può leggersi da p. 424 a p. 447.

accordi produttivi di effetti solo per le parti e non per i terzi; *vii*) il principio che privilegia la concorrenza rispetto al monopolio o all'oligopolio; *viii*) il principio di maggioranza per il funzionamento degli enti collettivi ..."<sup>47</sup>.

Accanto agli enunciati più o meno generali subordinati all'ordinamento esistente (indotti da esso) vi è una seconda e distinta categoria, quella dei principi-guida, che enunciano espressamente "i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte"<sup>48</sup>. Ciò può avvenire anche nell'ambito della legislazione ordinaria: è il caso dell'attacco allo Statuto Albertino condotto, durante il fascismo, mediante le leggi, fino alle disposizioni antiebraiche del 1938: una sottrazione di diritti e l'inizio di una persecuzione (dagli esiti orrendi ed indicibili), il cui realizzarsi è stato avviato mediante enunciati legislativi.

Diverso è il quadro che si crea più avanti nel tempo, dopo il 1945 e con gli enunciati di portata generale della Costituzione repubblicana. Contro ogni resistenza o svalutazione, sono questi i principi-guida. Fissano indirizzi al legislatore e criteri per l'interpretazione<sup>49</sup>. Ciascuno di loro esprime un valore: qualcosa di *aestimabile*<sup>50</sup>, un'assiologia, vale a dire la raffigurazione sintetica di scopi degni di essere perseguiti.

Alpa si mantiene fedele alla convinzione che l'interprete debba subordinare ogni dato normativo all'assiologia costituzionale, anche se mette in luce la tendenza nelle prassi contemporanee a distaccarsi da quei principi-guida, ad eroderli (negandone il nocciolo ugualitario e solidaristico), per salvaguardare e sottrarre ad ogni limitazione la spontaneità dell'agire economico<sup>51</sup>.

Infine, un'ultima considerazione in tema di riordino del linguaggio.

Spesso nelle formulazioni dei giuristi ed in quelle dei giudici, principio

<sup>47</sup> *Il contratto in generale*, cit., p. 424.

<sup>48</sup> E' l'espressione usata da S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 5, 1987, p. 709 ss., spec. p. 721 s.

<sup>49</sup> Vedi al riguardo S. BARTOLE, *I principi generali fra due convegni (1940-1991)*, in AA. VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., p. 3 ss., spec. p. 17: "... La collocazione in Costituzione di così tante disposizioni di principio offriva il supporto della gerarchia formale a quella gerarchia materiale, cui facevano appello, già in epoca prerепubblicana, coloro i quali erano orientati a riconoscere ai principi una qualche primazia interpretativa e una necessaria rilevanza direttiva".

<sup>50</sup> Questo termine è usato da Cicerone. Indica ciò che è degno di *aestimatio*, cioè di una valutazione positiva e di una scelta: rimanda alla *axia* del pensiero stoico (*De finibus bonorum et malorum* 3, 6, 20).

<sup>51</sup> Vedi G. ALPA, *I principi*, cit. (2006), p. 445 s.: "... Contro la linea che ritiene prevalente l'interesse sociale sull'interesse dei privati, sta riemergendo in molti ordinamenti (specie in *common law*) con forza la interpretazione propria dell'ideologia neo-liberista, informata quindi alla più ampia autonomia delle parti e alla insofferenza per qualsiasi intervento esterno sull'affare privato".

e clausola generale si confondono: sembra che essi stabiliscano con la prassi un rapporto logicamente affine. Se le clausole generali costituiscono enunciazioni di un dover essere, la cui vaghezza consente l'assegnazione di significati diversi da parte degli interpreti, qual è la differenza rispetto ai principi?

Alpa sottolinea gli elementi di parentela. Denomina clausole generali i riferimenti presenti nel Codice alla correttezza e alla buona fede (artt. 1175, 1337, 1366, 1375) cui aggiunge - in via esemplificativa - il rinvio nell'articolo 1343 all'ordine pubblico e al buon costume; ed inoltre l'inserimento dell'equità tra le fonti di integrazione del contratto. Si tratta di segmenti di discorso con finalità prescrittive, che utilizzano concetti indefiniti, destinati ad essere puntualizzati di volta in volta dal giudice. Ebbene, per tali segmenti prescrittivi è usata anche la parola principi. Leggiamo al riguardo:

“Il principio di correttezza unitamente al principio di buona fede ha legittimato la creazione di obblighi accessori al (o integrativi del) rapporto obbligatorio che ... sorgono in capo alle parti applicando l'art. 1175 c.c.”.

Ed ancora:

“... Il ricorso al principio di correttezza (art. 1175) ed alla regola di buona fede (art. 1337) ha la funzione di precisare il contenuto degli obblighi imposti alle parti; contenuto che prevede per un verso la necessità di comunicare alla controparte tutte le informazioni e gli avvisi idonei a chiarire il quadro delle circostanze che acquistano rilevanza per la conclusione del contratto (c. d. obblighi di avviso e di informazione) e per l'altro la sussistenza di una giusta causa nel recesso dalle trattative. La specificazione del contenuto dell'art. 1337 c.c. si risolve in questa ipotesi nell'isolare 'criteri di giudizio solidali con quelli indotti da ciascuna delle altre norme nelle quali si esprime la clausola generale di buona fede'<sup>52</sup>. L'inosservanza di questi obblighi, se ha effetti pregiudizievoli ad una delle parti, è fonte di responsabilità per la parte che vi ha dato luogo e comporta il risarcimento dei danni cagionati ...”<sup>53</sup>.

Le ragioni della fungibilità semantica, qui attestata, sono chiare.

Si ritiene di poter denominare principi le disposizioni che adoperano nozioni indefinite, rinviando la loro traduzione concreta al giudice.

Credo che si dovrebbe riservare la denominazione principi ad enunciati prescrittivi a carattere generale ed autosufficienti (sia che contengano enunciati costruiti per induzione, sia che esprimano valori-guida). Invece,

<sup>52</sup> Queste parole sono tratte da M. BESSONE, *Trattativa, recesso e danno*, Milano 1969, p. 33.

<sup>53</sup> G. ALPA, *Il contratto in generale*, p. 518 ss. Si veda anche, p. 520, ove è menzionato “il principio di correttezza, previsto dalla clausola generale dell'art. 1175”. Esso “opera quale criterio di controllo delle attività private”.

il termine clausole dovrebb'essere riferito a formulazioni incluse entro disposizioni di legge, o inerenti a gruppi di disposizioni e tali da far sì che il significato di queste (quindi la qualificazione dei comportamenti in base ad esse) muti a seconda delle scelte degli interpreti. Scelte storicamente condizionate. Si pensi ancora alle nozioni già citate di buona fede e di correttezza. La loro peculiarità consiste nell'essere parte di regole riguardanti la disciplina dei contratti (buona fede) o quella dei comportamenti delle parti entro un rapporto obbligatorio (correttezza).

Ma esse si definiscono dando luogo a direttive e criteri per la regolazione dei comportamenti, solo in quanto si adeguano a principi-guida (libertà, solidarietà, uguaglianza materiale), che sono parte del dettato costituzionale. Vi è una dualità ed insieme una connessione necessaria tra i due piani<sup>54</sup>. Alpa ne è consapevole e direi anzi che le sue pagine consentono di mettere a fuoco la storicità di questa connessione e l'ancoraggio ai principi-guida della Costituzione. Questi determinano mutamenti nell'interpretazione entro i casi concreti<sup>55</sup>. Al tempo stesso, sottopongono le disposizioni codicistiche

<sup>54</sup> Questo aspetto è limpidamente espresso in una pronuncia della Corte di Cassazione di qualche anno fa. Cass. 23 maggio 2011, n. 11295: "Buona fede o correttezza integrano un generale principio di solidarietà sociale che trova applicazione a prescindere dalla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, imponendo al soggetto di mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, ma sono anche fonte legale d'integrazione del contratto, quale obiettiva regola di condotta che vale a determinare il comportamento dovuto in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto". Un'altra precedente sentenza della Cassazione, spesso citata (Cass. 20 aprile 1994, n. 3775) fa discendere dal principio-guida della solidarietà sociale fissato nell'art.2 Cost. la formulazione (che mi sembra non solo dedotta dalla Costituzione, ma ricavata in via induttiva dalla giurisprudenza ove interviene il concetto di buona fede) del "principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un'apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio".

<sup>55</sup> E' un punto di particolare rilievo. L'impiego delle clausole generali da parte dell'interprete, alla luce dei principi, e quindi l'applicazione di questi, non possono pensarsi se non specificamente ancorati ai casi. La "fattispecie" concreta è sempre il referente necessario di una valutazione che l'interprete compie sulla base di un paradigma normativo. Questo può essere ricavato da una o più disposizioni relative ad una fattispecie astratta, o può essere dedotto da un principio-guida. Un ampio campo di apprezzamento dell'interprete si determina anche nel primo caso. In base a quali tratti viene individuata la fattispecie concreta? E poiché il più delle volte la fattispecie astratta non è perfettamente fissata in una sola disposizione, con quale procedimento e quali scelte essa viene tratta da più disposizioni? D'altro canto, il principio-guida, nel momento in cui è adoperato dall'interprete, "non può prescindere da una fattispecie, cioè da un caso concreto, di cui concorre a definire il regime" (così puntualmente osserva E. DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, in AA. VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., p. 265 ss., spec. p. 278). Ciò conferma che in ogni caso l'automatismo dell'interpretazione è un obiettivo illusorio. L'operazione interpretativa implica una

e legislative ad una forte tensione. Valorizzano le clausole generali, espandendone la portata ed indirizzandone l'elasticità: in particolare (è qui la tensione, la conflittualità) verso un modello alternativo al dominio senza limiti del mercato.

---

ragionevole discrezionalità. Non può dirsi se il risultato dell'interpretazione sia vero o sia falso; se ne può soltanto fornire una giustificazione sorretta da argomentazioni rigorose ed attendibili. Sulle quali si formeranno i precedenti accolti da nuove decisioni e gli orientamenti giurisprudenziali.

