

Giovanni Chiodi

*Ogni contratto ha la sua storia
(dialogando con Guido Alpa)*

SOMMARIO: 1. Il contratto dei codici civili – 2. Il contratto degli interpreti – 3. Dal monismo al pluralismo contrattuale – 4. Il doppio volto della libertà contrattuale: un bilancio.

Ogni libro di Guido Alpa rappresenta una sfida intellettuale, un'occasione di dialogo interdisciplinare, un appello plurale, lanciato ai lettori e agli studiosi con linguaggio terso e fraseggio articolato. Non fa eccezione il corposo volume sul *Contratto in generale*, che tocca varie corde, esplorando il contratto da molteplici angolazioni e prospettive¹. Non c'è dubbio che, per uno spirito curioso e indagatore come Alpa, il discorso esclusivamente tecnico sia limitativo. E in fondo ce lo dice lui stesso, quando sostiene che “il percorso “interno” alla evoluzione del contratto appare ormai come una camicia di Nesso²”. In questo contributo vorrei tentare di discutere brevemente alcuni risultati delle letture di Guido Alpa, con l'intento di mettere in rilievo quanto la storia e la comparazione incidano sul suo personale disegno complessivo dell'odierno diritto dei contratti.

1. *Il contratto dei codici civili*

E cominciamo dai codici e dalla storia della codificazione, che costituisce indubbiamente l'ambito privilegiato delle incursioni del nostro autore. Il contratto è analizzato, innanzitutto, attraverso la lente potente delle grandi codificazioni otto-novecentesche, che forniscono una rappresentazione del

¹ G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi* (Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER), Milano 2014.

² G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 188.

programma dei legislatori dall'età borghese al fascismo.

Il *Code civil*, innanzitutto, visto come un elemento fondamentale della cultura del civilista italiano, e di cui Alpa ama mettere in luce le radici 'francesi', con lo sguardo rivolto alla dottrina pre-rivoluzionaria, soprattutto Domat e Pothier, ma anche ai successivi commentatori ottocenteschi, oggetto di particolare attenzione. Codice borghese, connotato da un individualismo proprietario, ma pervaso anche da una visione autoritaria, nell'intento dei suoi autori, Portalis in testa. Un *Code civil* che restituisce quindi un'immagine del contratto che non è solo incontro di volontà, ma anche regolamento, convenzione approvata dall'ordinamento giuridico e aperta all'intervento di fonti eteronome come l'equità, la legge e gli usi (grazie al reimpiego di una celebre direttiva di Domat). Un codice più dirigistico nelle intenzioni dei suoi compilatori di quanto non sia risultato poi, nelle manipolazioni degli interpreti che hanno edificato la concezione classica del contratto³.

Nel codice civile italiano del 1865, in campo contrattuale, Alpa riconosce il cono d'ombra e il legame genetico con il "padre" francese, anche se la fattura tecnica gli sembra superiore in molti punti al *Code civil*: la definizione di contratto, ad esempio, che avrebbe potuto essere anzi ancor più avanzata⁴. Esso presenta tuttavia ancora il diritto dei contratti come eterno, quasi intangibile nelle sue fondazioni romanistiche e ora, dopo la nazionalizzazione del *Code civil*, anche francesi. Una pregiudiziale che Alpa coglie e che si proietterà sullo stesso codice civile, per lungo tempo considerato luogo costituzionale e immutabile dei valori della società borghese.

Spetta agli interpreti il compito di smuovere le acque, contribuendo alla formazione di un autonomo modello italiano. La libertà ermeneutica dei civilisti è un dato che attira l'autore: i commentatori, anche quelli etichettati come esegeti, al suo sguardo appaiono ricchi di spunti nuovi. Nel libro le digressioni in merito sono tante. Due per tutte: le pagine fondamentali sulla causa e sul principio di relatività. Alle quali sono da aggiungere quelle riservate all'interpretazione del contratto, a cui Alpa aveva già dedicato del resto ampio svolgimento in altra sede. Questo aspetto merita di essere messo in rilievo, perché è rivelatore del metodo dell'autore: l'attenzione per l'effettività e per il diritto giurisprudenziale⁵, e quindi per la *Wirkungsgeschichte* del codice - l'altra "evidenza" della storia, per usare un termine incisivo di Pio Caroni⁶ - da cui deriva una critica non celata

³ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., pp. 131, 142, 388.

⁴ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 135.

⁵ Esplicito G. Alpa, *Il contratto in generale*, cit., pp. 7 e 154.

⁶ Cf. da ultimo, in termini assai persuasivi, P. CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in *Quaderni fiorentini*, XLVII (2018), pp. 57-109.

alle tendenze storiografiche a trascurare questa seconda storia del codice (“questo aspetto non è usualmente preso in considerazione dagli storici, attratti dalla circolazione delle idee e meno votati ad esaminare la loro funzione pratica”⁷). Il dato è importante e credo che sia ciò che nelle sue ricerche storiche Guido Alpa ha sempre voluto coltivare. Ricavo questa impressione non solo dai risultati delle sue osservazioni, ma anche da alcune preziose indicazioni metodologiche che si possono leggere in vari luoghi del più recente volume, come quella che “i giuristi sanno che dietro le medesime espressioni lessicali si nascondono trasformazioni dei loro significati”⁸. “Ogni codice ha la sua storia”⁹, dunque: e ogni contratto, potremmo aggiungere in generale. Questo criterio permette a Guido Alpa di evitare il grave rischio dell’anacronismo o della teoria della continuità, sempre in agguato negli studi di storia del diritto privato. Uno scrupolo che permette al nostro autore di confessare apertamente, in un altro suo libro fortunato, che “non si può oggi parlare di “basi romanistiche” del codice civile, ma, più correttamente, di trasposizione di regole dalla tradizione romana nella legislazione attuale, con tutte le modificazioni, lessicali, culturali e pratiche che esse hanno subito e con tutte le libertà interpretative che il testo vigente consente”¹⁰.

E veniamo proprio al nuovo codice del 1942 nel quale, come insegna esemplarmente Alpa, il contratto diventa più decisamente ‘regolamento contrattuale’, in quanto specchio e risultato di una ‘cultura’ del contratto diversa da quella del codice del 1865: non più individualistica, ma “corporativa”¹¹.

Come scrive l’autore, in un brano particolarmente limpido, “al contratto inteso come manifestazione di volontà si affianca dapprima e poi si contrappone la concezione secondo la quale la volontà e gli effetti che sono alla base del contratto non sono però sufficienti, occorrendo arricchire il contenuto e gli effetti con quanto disposto dall’ordinamento, il quale controlla le finalità delle parti, controlla la rispondenza di quell’accordo e di

⁷ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 207.

⁸ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 656 (a proposito della buona fede). Illuminante anche quanto scritto in ID., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, cit., p. 307: “conoscere la storia di una regola è utile anche per applicarla: l’interpretazione storica non è determinante, ma concorre con le altre tecniche a definire il significato di una disposizione. Tuttavia, tutti quei bagliori di storia non possono oscurare una caratteristica comune alle regole vigenti: la loro attualità dal momento in cui entrano in vigore al momento in cui sono abrogate o cadono in desuetudine”.

⁹ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 657.

¹⁰ ID., *La cultura delle regole*, cit., p. 310.

¹¹ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 127. Cf. anche ID., *La cultura delle regole*, cit., p. 366.

quegli effetti a quelli voluti non dalle parti ma dalla legge, controlla la causa del contratto, il rapporto tra le prestazioni... In altri termini, il contratto diviene un regolamento contrattuale¹²". In questa concezione più complessa di contratto si combinano "autonomia ed eteronomia: il contratto è il precipitato della espressione della volontà delle parti e dell'intervento autoritativo dell'ordinamento¹³". Anche se il codice civile dunque non sconfessa affatto il principio della libertà contrattuale, è significativo che il lemma adoperato dal legislatore sia ora quello, ben più ricco di implicazioni, di "autonomia". Egli si schiera così decisamente contro la neutralità del nuovo prodotto normativo. Benché apprezzati, come vedremo, il progetto italo-francese, forse il momento più alto dell'accidentato cammino di riforme del diritto delle obbligazioni e dei contratti al tramonto dell'età liberale, Alpa si impegna nella valorizzazione della novità anche politica dei libri quarto e quinto del nuovo codice civile. Non esita ad evidenziare il tessuto corporativo di cui è vestito il codice.

Contro la neutralità politica del libro quarto egli scrive infatti che "il libro IV non è il frutto di una crisi tra tradizione francese ed edificazione pandettistica, né costituisce un mero aggiornamento del Codice italo-francese delle obbligazioni, anche se le tracce dei due modelli sono visibili¹⁴", ma è "un manifesto politico di cui, soppressi i riferimenti alla ideologia del regime, si sono salvate le scelte felici di natura tecnica¹⁵".

Sottolinea inoltre la svolta avvenuta con l'oggettivazione del contratto e identifica nella tutela dell'affidamento il tratto distintivo a suo giudizio più significativo del nuovo codice¹⁶. Del quale Alpa mette giustamente in rilievo anche le profonde modifiche sistematiche, molte delle quali passate implacabilmente al setaccio da Betti, che non costituiscono semplici interventi decorativi, al punto da meritare di essere considerate come "le novità più vistose¹⁷". Basterebbe ricordare che il codice, confermando una scelta già del vituperato progetto italo-francese, non regola il negozio giuridico, ma il contratto¹⁸.

Egli sottolinea infine il ruolo di raccordo con le discipline speciali, senza che questo connotato implichi, a suo avviso, una vocazione totalitaria del

¹² G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 127.

¹³ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 138.

¹⁴ La doppia matrice franco-tedesca del testo è messa in rilievo a p. 123. La civilistica francese, del resto, era una componente fondamentale della cultura giuridica di Filippo Vassalli.

¹⁵ G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 318.

¹⁶ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 48.

¹⁷ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 149.

¹⁸ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 5 e p. 208.

codice: “era una vocazione che aveva alle sue origini; ma lo stesso codificatore aveva sentito l’esigenza di introdurre nel testo norme di raccordo con la legislazione speciale, presentando che il codice non poteva continuare a reggere da solo tutto l’ordinamento privato; era dunque già dalla sua origine un’opera che costituiva il tessuto connettivo dell’ordinamento dei privati, ma nello stesso tempo riconosceva le “isole”, i sub-sistemi, che cominciavano a moltiplicarsi per effetto della multiforme legislazione speciale¹⁹”. Ciò significa, secondo questa lettura, che non solo il codice civile ristrutturava la parte generale del contratto, facendo confluire in essa norme speciali, ma si apre anche all’interazione con altre fonti.

Codice più ricettivo, come si diceva, di istanze sociali o di interesse collettivo, e che perciò sposta il baricentro sull’intervento dello Stato nel controllo dell’autonomia privata. Esso segna la crisi della concezione individualistica del contratto, come avvertito bene da Osti e Messineo, e successivamente da Giorgianni nella sua importante prolusione. Crisi senza ritorno, poiché le innovazioni del codice non sono percepite come una semplice “parentesi²⁰”.

Il nuovo codice civile era stato preceduto da un tentativo di riforma nel 1906, dal dibattito sulla legislazione di guerra e dal progetto italo-francese.

Merita più di un cenno l’attenzione che Alpa riserva ad un tema si può dire classico come il diritto bellico dell’emergenza. Un diritto speciale che frantumò l’unità del diritto comune dei contratti, creando regimi differenziati che, alla fine del conflitto, non furono tutti riassorbiti in un organico disegno all’interno del diritto civile. Il tema è classico, ma Alpa gli riserva un’attenzione particolare. Non è un caso che le sue riflessioni siano collocate nell’ultimo capitolo del libro. Gli interessa sondare il modo in cui i giuristi affrontano le crisi economiche: ed ecco allora che gli interventi comparsi sulle Riviste di diritto commerciale e civile dell’epoca acquistano un significato pregnante. I giuristi si fecero riformatori, anche se il giudizio complessivo sulla cultura dominante sembra per questo periodo propendere verso il conservatorismo. Si tendeva in fondo a relegare le novità nel campo del diritto pubblico, come se il diritto civile dei contratti dovesse continuare indisturbato a regnare secondo i vetusti paradigmi volontaristici²¹.

¹⁹ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 854.

²⁰ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 169.

²¹ Tale impressione incide sull’interpretazione più prudente della prolusione di Vassalli sulla legislazione di guerra. Cf. G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 27; p. 202; p. 847: “la descrizione di questo quadro “rivoluzionario” è dipinta da Vassalli solo come se esso fosse diretta da un impulso esterno, che lascia inalterato il rapporto privatistico, destinato a rimanere intatto”. Mentre in ID., *La cultura delle regole*, cit., p. 289, essa è rappresentata

Il recupero del progetto italo-francese è un altro contrassegno del pensiero di Guido Alpa e del suo metodo storicistico. Quel progetto fu “un’avventura intellettuale” e culturale di altissimo livello²². Alpa lo ha sempre sostenuto: esso “non è un curioso reperto storico, e neppure un tentativo completamente frustrato²³”, anche se non centrò l’obiettivo dell’unificazione legislativa e si limitò a riformare dall’interno il modello individualistico. Alpa trasmette una visione positiva di questo esperimento, tanto promettente quanto poco rivoluzionario nella sua trama di fondo, che non smette di attirare l’attenzione. Forse perché, malgrado le sue contraddizioni, conteneva effettivamente molte novità, che realizzavano promesse mancate o rimaste solo sulla carta del solidarismo tardo-ottocentesco, che allora, in mezzo a tante conferme, dovettero apparire un pericoloso futuribile. Era anche più avanti del codice del 1942 in certi punti: pensiamo all’azione generale di lesione dell’art. 22 o alla clausola di abuso del diritto dell’art. 74. Un prezioso documento dell’archivio Vassalli, del resto, mostra che il progetto italo-francese avrebbe potuto essere anche più influente²⁴.

Non una “riformulazione” ma “una vera e propria ricodificazione del diritto generale del contratto, delle obbligazioni e di alcuni contratti speciali²⁵”. Ricodificazione ispirata ad una ben precisa idea di codice, che emerge molto bene dalle dichiarazioni degli stessi autori: più una razionalizzazione dei risultati consolidati in dottrina, in giurisprudenza e nel diritto comparato, che un nuovo programma, come risulta dalle chiarissime pagine di Vittorio Scialoja e Henri Capitant²⁶. Ed anche un

come il testo in cui Vassalli esprime la “necessità di rompere la crisalide ottocentesca”.

²² G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 122.

²³ G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., p. 260.

²⁴ *Rapport établi au nom de la Commission Royale italienne pour la réforme des Codes après examen des observations présentées par la Commission française sur le Projet de Code des obligations et contrats* [databile 1935].

²⁵ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna 2012, p. 19.

²⁶ V. SCIALOJA, *Sul progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XXVIII (1930), p. 190, anche in ID., *Studi giuridici*, IV, Roma 1933, p. 202; H. CAPITANT, *Le caractère social du projet franco-italien de code international des obligations et des contrats*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, LI (1931), pp. 71-82, p. 74: “codifier c’est mettre en formules législatives le droit existant, éprouvé, et ... le but d’une codification... doit être moins d’innover que de couler en des formules brèves et claires, les règles consacrées par les mœurs, la tradition romaine, les textes antérieures, et développées par la sagesse des tribunaux”. È bene ricordare che questa prospettiva fu avvertita in modo pungente, oltre che da Betti e da Vassalli, da Lorenzo Mossa (*infra*, nt. 31) e da Enrico FINZI nel 1932 (*Verso un nuovo diritto del commercio*, in ID. “L’officina delle cose”. *Scritti minori*, a cura di P. GROSSI, Milano 2013, p. 75).

tentativo di uniformare le regole del diritto contrattuale, creando un primo modello di codice civile europeo, “una sorta di *avant-projet* di un codice civile europeo²⁷”. Innovazione però non iconoclasta, ma ‘interna’ al sistema liberale. “Innovare senza distruggere”, secondo la famosa formula di Vittorio Polacco, che era anche l’emblema della civilistica ortodossa del tempo, di cui faceva parte Vittorio Scialoja²⁸. Si tratta quindi di un codice ritenuto espressione, più che del diritto privato sociale delle correnti dottrinali più radicali, di una strategia liberale “socializzante”, che non rinnega il primato dell’autonomia privata e il primato della legge. Lo potremmo definire un prodotto normativo forgiato da “progressisti moderati²⁹”. Alpa parla ora di “un compromesso tra le idee progressive di Vittorio Scialoja” e il tradizionalismo dei francesi³⁰: ma questo giudizio deve essere sfumato e in parte rivisto, poiché i civilisti italiani e francesi che parteciparono all’impresa erano in realtà più omogenei di quel che non si creda.

Una nozione di codice fortemente supportata dalla civilistica francese e perciò pronta per essere criticata da chi, come Vassalli e soprattutto Betti, propugnava un abbandono più deciso dei canoni dell’individualismo e del dogma della volontà. Ma la tensione verso il solidarismo non sarà compiuta e realizzata neanche dal codice civile del 1942, che avrebbe potuto essere ancora più ardito e compiuto nel perseguimento di interessi sociali se avesse seguito altre strade, politicamente difficili da percorrere, dal momento che il nuovo codice non era sorretto da una visione democratica del diritto privato.

La lettura di queste pagine felici, che rievocano uno dei momenti di maggiore protagonismo della scienza giuridica italo-francese egemonica, suggerisce una rimediazione degli anni Venti e Trenta. In quei decenni, ad esempio, si svolge anche la polemica di Mossa contro la concezione civilistica tradizionale di contratto³¹, nel 1937 la *Semaine internationale de droit* di Parigi è tutta dedicata alla revisione del contratto e il convegno di Vienna del 1939 costituisce un’altra occasione per mettere a punto i criteri operativi di riforma del diritto dei contratti. Lo stesso progetto italo-francese è considerato degno di attenzione dai giudici: un aspetto, questo, finora

²⁷ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 18.

²⁸ Mi permetto di rinviare a G. CHIODI, *Innovare senza distruggere*, in G. ALPA – G. CHIODI (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell’epoca della ricodificazione*, Milano 2007, pp. 43-146.

²⁹ Mutuando una formula di P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in *Quaderni fiorentini*, 40 (2011), pp. 265-302.

³⁰ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 122.

³¹ Ho ricostruito questa vicenda in G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale. Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in *Quaderni fiorentini*, XLV (2016), pp. 249-293.

trascurato e che meriterebbe ulteriori approfondimenti. Il progetto, come si rendono conto alcune corti e come sottolineato orgogliosamente a suo tempo da Mariano D'Amelio, ha cercato di tradurre in disposizioni principi di riforma del contratto avvertiti in un contesto sovranazionale³².

2. *Il contratto degli interpreti*

La teoria oggettiva-normativa del contratto era tuttavia più un programma che una realtà nel 1942. E questo Alpa lo esplicita molto bene, quando fa osservare per esempio che molti passi della Relazione al Re sembrano dichiarare una realtà che in verità era ancora ben lungi dall'essere realizzata. Invece oggi siamo ormai distanti, come già avvertito, dalla "levigata concezione classica del contratto inteso, sulla falsariga del negozio giuridico, come il trionfo della volontà individuale³³".

Questa trasformazione del diritto dei contratti, realizzata grazie anche all'opera della dottrina e della giurisprudenza, è descritta con parole che sintetizzano efficacemente i risultati più salienti di questa parabola: "controllo della causa, dichiarazione, integrazione sono altrettanti modi per sostenere la teoria oggettiva del contratto, per collocare la determinazione delle parti nel contesto sociale in cui essa deve essere raccolta e deve operare, e per indicare come la vita del contratto fin dal suo sorgere sia incisa da fattori esterni: il legislatore con i suoi precetti, il giudice con le modalità di interpretazione e di integrazione, l'autorità amministrativa con le sue prescrizioni³⁴".

In un altro brano, in maniera nitida, Guido Alpa osserva che questa svolta si è compiuta anche grazie alla consapevolezza della storicità dei fondamenti del diritto dei contratti: "nel nuovo millennio è in fase di elaborazione una teoria che potremmo denominare *critica*, per sottolineare la consapevolezza dell'interprete 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. ... Ne emerge un caleidoscopio di

³² M. D'AMELIO, *Influenza di progetti dei codici sulla giurisprudenza*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma 1931, pp. 315-327; CHIODI, *La giustizia contrattuale*, cit., pp. XXIII, 32-39.

³³ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 175.

³⁴ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 175.

letture del fenomeno contrattuale che non può, per sua stessa natura, ridursi a categoria univoca, ma deve essere dotato di relatività³⁵.

Merito, come si diceva, delle elaborazioni più dirompenti della civilistica italiana del dopoguerra, i cui numerosi contributi sono messi in rilievo nei primi capitoli del trattato, un vero e proprio sguardo su un cantiere aperto. La raffigurazione che Alpa ci offre in queste pagine è veramente limpida e ariosa. Un vento nuovo percorre i lavori dei civilisti, soprattutto a dire il vero dagli anni Sessanta del Novecento in poi, temperie in cui si registra la graduale costituzionalizzazione del diritto privato. La società con i suoi antagonismi, le sue contraddizioni, la sua complessità economica investe il contratto e domanda un rinnovamento delle tecniche interpretative. Il diritto civile si espande oltre il codice civile e oltre la legge statutale. Il risultato è espresso con parole che sottolineano come, al monismo della teoria classica del contratto, si sia sostituita una nuova dicotomia forgiata dagli interpreti tra protezione degli interessi individuali (valore interno) e solidarietà (valore esterno): “insomma, dietro la trama di un testo rimasto pressoché inalterato dal 1942 nello spazio di trent’anni si costruisce un ordito di tecniche interpretative che consente di salvaguardare l’autonomia contrattuale senza però occluderla ai valori esterni: essi penetrano nella dimensione giuridica mediante le clausole generali, le fonti di integrazione, i nuovi limiti dettati dal legislatore³⁶”.

In questa parte del lavoro Alpa esamina opere di autori e ricostruisce anche ambienti, scuole, veri e propri laboratori attivi nell’aggiornamento delle categorie civilistiche. Emerge, ad esempio, in tutta la sua importanza la figura originale di Stefano Rodotà, ma anche della scuola romana. Emerge l’importanza del lavoro di Gino Gorla, con la sua apertura straordinaria verso il *common law* e il diritto nordamericano, che sono tratti distintivi anche della cultura di Guido Alpa. Emerge il grande trattato di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, nel quale Alpa individua acutamente una svolta anche metodologica nella comprensione del contratto: egli scrive infatti, e non si può che concordare, che in quest’opera conoscitissima gli autori dominano una

³⁵ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 215. Nelle righe precedenti scrive che “si è superata la teoria classica, che, accogliendo una concezione liberista considerava il contratto in modo astratto, ne enfatizzava l’aspetto soggettivo, la sua essenza obbligatoria, paritetica, commutativa, ne sottolineava la funzione essenzialmente traslativa, incentrando la sua essenza sulla volontà. Si è consolidata la teoria normativa del contratto, che inquadra l’accordo nella cornice della dichiarazione, soppesa l’affidamento scambievole delle parti, articola la causa in diverse funzioni, accentua l’intervento legislativo riconoscendo la vincolatività dell’accordo anche in contrasto con la volontà delle parti, privilegia il modello legislativo di disciplina, trasforma il contratto in rapporto”.

³⁶ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 179.

pluralità di dimensioni, attraverso le quali si ricostruisce il contratto, e conclude dicendo: “non dunque il diritto come si vorrebbe che fosse, ma quello che è nella realtà vivente, con le manipolazioni dell’interprete e con le aporie dettate dalla lettura delle fonti³⁷”. Siamo oltre il formalismo, negli orizzonti ben più vasti di una ricerca che tiene conto del sociale e dei fatti economici.

Tra le novità salienti degli ultimi anni del Novecento c’è la parabola discendente del negozio giuridico: Francesco Galgano vi dedica un bel libro che ne celebra tuttavia, per un singolare ossimoro, il tramonto. Esso è, secondo le sue parole, la “super-categoria” avulsa dalla vita economica, nella quale domina invece il nesso contratto e impresa, a suo tempo valorizzato da Lorenzo Mossa che pure a quella super-categoria non seppe rinunciare, pur dimostrando di tradurre mediante il lessico aulico della pandettistica un progetto riformistico di ben distante ispirazione sociale³⁸. Eppure al negozio giuridico, dogma centrale della pandettistica italiana già nell’Ottocento e alla quale si deve la prima scientificizzazione del diritto civile, Alpa guarda con uno sguardo tutt’altro che critico, consapevole della rilevanza degli sforzi di generazioni intere di civilisti che hanno faticato a liberarsene – “un cordone ombelicale che lega indissolubilmente il civilista alle sue radici³⁹” – un itinerario concluso nell’ultimo decennio del Novecento, quando “il negozio si converte in atto di autonomia privata, ed è quindi collocato in un contesto che non tollera più le astrazioni concettuali e il distacco dalla reale condizione delle parti⁴⁰”. Invoca dallo storico, in uno dei suoi frequenti moniti, più attenzione per questo fenomeno. Tra questi moniti vale la pena di raccoglierne uno: quanto delle raffinate costruzioni dei civilisti italiani si è trasfuso nella pratica giurisprudenziale? Alpa avanza l’ipotesi che la teoria del negozio non abbia avuto immediata eco pratica ancora negli anni Venti, poco negli anni Trenta e che sia trionfata solo negli anni Quaranta. Di questa affermazione, però, che certo non voleva avere un valore assoluto, è lecito dubitare: la giurisprudenza in realtà segue la teoria della responsabilità e conosce la figura della presupposizione, per fare solo qualche esempio. Quindi si è servita dello strumentario del negozio.

³⁷ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 196.

³⁸ Il riferimento è a L. MOSSA, *Sul codice delle obbligazioni (parte generale)*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XXXVIII (1940), I, pp. 313-344.

³⁹ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 204.

⁴⁰ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 209.

3. *Dal monismo al pluralismo contrattuale*

Il libro è singolare per la poliedrica disponibilità a descrivere i diversi volti del contratto del terzo millennio. E veniamo così ad un secondo aspetto della teoria normativa del contratto, che viene del pari posto in forte risalto: accanto al percorso di “oggettivazione” del contratto se ne è affiancato un altro, avviato già alla fine dell’Ottocento, che inclina verso la considerazione della condizione sociale ed economica delle parti contraenti. Oggi non esiste più un’unica categoria di contratto modellata sul paradigma della negoziazione individuale. Non esisteva neanche alla fine dell’Ottocento se per questo: è proprio quella l’epoca in cui si prende coscienza del fatto che, accanto al contratto individuale, la prassi presenta in maniera sempre più massiccia i contratti di adesione, come si diceva usando il fortunato vocabolo inventato da Saleilles, i contratti di lavoro (che poi diventeranno anche collettivi) e i contratti d’impresa. Si ricordi sempre la realistica valutazione di Filippo Vassalli sulla marginalità economica del contratto individuale regolato dal codice civile: un’astrazione⁴¹. Negli anni Trenta del Novecento larga parte del diritto contrattuale era quindi, anche per un esponente autorevole della concezione classica del contratto, esterno alle sacre mura del codice civile, a rischio di diventare un monumento storico⁴².

L’espressione è plastica. Cosa significa astrazione? Come ribadisce Alpa, essa denota indifferenza allo *status* dei contraenti, all’oggetto del contratto, alle condizioni in cui il consenso è manifestato⁴³. La teoria critica del contratto, invece, storicizza i concetti, li esamina nei contesti dove sono nati per poi superarli e revisionare i dogmi. L’autore, a tal proposito, rammenta che “la teoria classica del contratto non faceva distinzioni tra contratti conclusi *inter pares* e contratti conclusi tra parti aventi diverso *status* o parti aventi diverso potere contrattuale: anzi, proprio la presunta (e non sindacabile) parità delle parti aveva consentito di creare una nozione di contratto unitaria, monolitica, astratta dalle circostanze concrete in cui il contratto avrebbe dovuto operare. La teoria normativa distingue categorie di contratti a seconda delle loro modalità di conclusione, a seconda della

⁴¹ F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in ID., *Studi giuridici*, II, Roma 1939, p. 457: “Il contratto concepito pel singolo caso, com’è nella previsione del codice, è ormai un’astrazione o comunque un caso non frequente, quando il traffico quotidiano è retto da contratti imposti con formulari”. È un passo della notissima prolusione romana del 1930.

⁴² G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 289, prospetta un analogo rischio per il codice del 1942.

⁴³ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 211.

durata, a seconda della onerosità o gratuità, a seconda della tipologia, e a seconda dello status dei contraenti⁴⁴”.

Dalla prassi e dal contesto economico emergono nuove figure di contraenti e quindi di contratto. Alpa ne isola quattro oggi centrali: contratti del consumatore, d’impresa, del minore, europeo.

Anche qui la storia avvalora un percorso non lineare, accidentato e non facile, avviato nel primo Novecento. In questo itinerario spicca Ascarelli che negli anni ‘30 teorizzava una disciplina fondata sulla categoria al posto dell’individuo nei suoi saggi sulle trasformazioni del diritto commerciale, uno dei quali è ricordato con acume da Alpa come il “controcanto” del saggio di Vassalli sulla extra-statalità⁴⁵.

Su questo terreno il distacco dalla teoria classica del contratto è notevole. Come osserva Alpa, essa non includeva nel diritto comune la disparità di potere contrattuale, non faceva distinzioni a seconda del diverso potere contrattuale delle parti, della durata del contratto, dello *status* dei contraenti. Il principio di uguaglianza in senso formale, per lungo tempo il contrassegno del diritto privato liberale, ora assomiglia invece ad una “*crisalide vuota*”⁴⁶.

Ciò non significa che il problema della libertà senza uguaglianza, al di là dei conflitti di lavoro, non fosse balzata presto all’occhio dei giuristi più acuti, soprattutto i giuscommercialisti: la scoperta del consumatore risale infatti alle intuizioni di Vivante, Mossa e Ascarelli.

Il contratto del consumatore e il contratto asimmetrico sono emblemi del nuovo diritto dei contratti, di cui Alpa traccia una storia, tutta recente, assai precisa e stimolante. Il problema del controllo delle condizioni generali di contratto torna ad essere al centro dell’attenzione. Il momento di svolta viene a situarsi negli anni Settanta e porta gradualmente verso un modello integrato di controllo (legislativo, giudiziale, amministrativo).

I giuristi italiani più lungimiranti come Lorenzo Mossa ne avevano già preconizzato l’avvento, ma con una differenza di rilievo: era il diritto commerciale che doveva farsi carico delle disuguaglianze economiche di mercato e non il diritto civile. Il soffio nuovo di socialità che avrebbe rinnovato il diritto commerciale avrebbe solo in un secondo momento mutato anche le forme del diritto civile. Ad essere interessati da questo fenomeno sarebbero stati prima di tutto i contratti d’impresa⁴⁷.

A proposito del loro regime attuale è molto interessante una notazione

⁴⁴ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 576.

⁴⁵ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 849.

⁴⁶ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 576.

⁴⁷ Sul progetto alternativo mossiano, antipositivista antistatalista, sbrigativamente definito giusliberista dai detrattori, mi permetto di rinviare a CHIODI, *Un pioniere*, cit.

di Alpa, che si può riferire anche ai contratti d'impresa del primo Novecento: "si rovescia la prospettiva abituale ma si inverte anche il corso della storia, che aveva a suo tempo conosciuto una disciplina dei contratti commerciali e, più in generale dei contratti di impresa (discendenti dagli atti di commercio) in cui si legittimavano privilegi a favore della parte economicamente e contrattualmente più forte⁴⁸". Ora è il diritto civile a disciplinare le disuguaglianze: l'equilibrio contrattuale diventa un punto di tensione del sistema.

4. *Il doppio volto della libertà contrattuale: un bilancio*

La concezione del contratto è attualmente più complessa per una serie di fattori: leggi speciali, costituzionalizzazione del diritto privato, diritto europeo, giurisprudenza, prassi. Tutti insieme questi fattori hanno modellato un diritto contrattuale flessibile. L'autonomia è riconosciuta, ma sono aumentati i controlli e i limiti. Affidati anche alle clausole generali, tanto quelle di antico conio, quanto quelle nuove sorte nel frattempo, quindi anche all'intervento del giudice. Non a caso nel libro ottengono grande risalto i principi generali e le clausole generali.

Dei principi generali, veri e propri organi respiratori del sistema, Alpa fornisce una ricognizione analitica e un rigoroso esame sulla base anzitutto delle numerosissime applicazioni giurisprudenziali, a conferma di un ulteriore tratto essenziale del suo approccio metodologico: lo sguardo costante all'effettività delle regole e al ruolo inventivo nel caso specifico dei precedenti giurisprudenziali. Come scrive Alpa, infatti, "i principi maturano nel tempo, si considerano e diventano vincolanti solo se intorno ad essi si aggregano precedenti, riconoscimenti della dottrina o addirittura impressioni di crisi formali dei legislatori⁴⁹". Scorrono così davanti al lettore impieghi del principio dell'affidamento; di equivalenza delle prestazioni; di libertà di forma; della causa; di relatività del contratto; del principio *in claris non fit interpretatio*, che Alpa, in linea con la dottrina italiana e in controtendenza rispetto a quella francese, giudica il più inconsistente e pericoloso, perché è "una aporia in sé: nel momento in cui si stabilisca che un contratto è di chiaro tenore non si è già effettuata una operazione ermeneutica sulla base delle norme indicate? E perché impedire

⁴⁸ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 635.

⁴⁹ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 425.

alle parti di controllare l'operato del giudice che si sottrae al controllo. Sulla correttezza di applicazione delle regole enunciando *senza motivarlo* che il contratto è chiaro⁵⁰. Ampio spazio è dedicato anche alla clausola generale di buona fede e all'equità nell'esecuzione e integrazione del contratto, oggetto, in Italia come altrove, di una rivalutazione dottrinale e giurisprudenziale crescente, a partire dagli ultimi decenni del Novecento fino ad incontrare successo nel diritto europeo, come tecniche di riequilibrio del contratto. Ma non si tratta, osserva giustamente Alpa, di un'invenzione tardiva, quanto di riscoperta delle potenzialità di strumenti che già tra Otto e Novecento erano stati impiegati per reagire alle eccessive rigidità del sistema⁵¹.

Ampio spazio è dedicato anche alle trasformazioni del principio della libertà contrattuale. L'attuale concezione "critica" del contratto, condivisa anche da Alpa, mira a conciliare, piuttosto che a contrapporre, la doppia dimensione, interna ed esterna, del contratto, l'accordo e il regolamento: "accordo "regolato" - piuttosto che governato completamente *ab externo* - nel quale l'autonomia non confligge ma si armonizza con l'intervento riequilibratore, che tiene conto appunto degli interessi tutelati dalla sfera pubblica, soprattutto quando le parti deboli sono i lavoratori subordinati, i consumatori, i risparmiatori, i conduttori, e così via. Un'autonomia dunque che *nasce limitata*⁵²". Si realizza in questo modo una transizione dal contratto inteso come accordo al contratto inteso come regolamento; dal contratto come affare dei privati al contratto regolato dall'esterno: in altri termini, libertà e autorità sono due facce della stessa medaglia. Questa dimensione non era ignota nell'Ottocento, ma era spesso messa in sordina, occultata, ridotta. Oggi gli usi (e gli abusi) della buona fede dilagano. Qui il problema di sempre è quello di conciliare libertà e controllo, di riuscire a mantenere in equilibrio libertà e autorità, di far sì che i controlli non soffochino e non schiaccino l'autonomia dei privati. Questa tensione è spesso rievocata anche nelle pagine del nostro autore: ad esempio quando parla di conflitto tra un modello garantista, che reclama uno spazio di autonomia dallo Stato, e un modello paternalista (forse si potrebbe dire

⁵⁰ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 431.

⁵¹ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., pp. 521-525, dove nota che la riscoperta della buona fede incrina la sacertà del contratto.

⁵² G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 822. Cf. anche p. 5 (contratto come strumento di libertà, ma anche di perequazione); pp. 36-37; p. 127 (il contratto diviene un regolamento contrattuale); p. 138 ("dal contratto come manifestazione o dichiarazione di volontà, c.d. voluto, si distingue il regolamento contrattuale, composto da voluto + normato"); p. 218; p. 389 ("la manifestazione di volontà delle parti è solo il nucleo del contratto, il quale è poi arricchito da tutto ciò che l'ordinamento pretende si debba contenere in un contratto").

meglio: solidarista) di libertà contrattuale, che guarda allo Stato come ad un alleato da cui invoca protezione e difesa⁵³. Certo è che anche oggi la tutela del consenso libero costituisce un obiettivo da salvaguardare, anche perché rappresenta un possibile canale di scorrimento della giustizia contrattuale, alternativo ad altre tecniche di controllo. È per questo motivo, dunque, che Alpa non ritiene “possibile abbandonare l’impianto concettuale che si è venuto costruendo e affinando nel corso del tempo: ogni termine reca con sé il suo passato, e i concetti della dogmatica contrattuale continuano a giocare il loro ruolo: sicché ancora oggi si parla di libertà contrattuale intesa nel senso di manifestazione di volontà libera, la si ricollega alla rilevanza dell’affidamento e alle aspettative delle parti, e alle tecniche di equilibrio interno del contratto⁵⁴”.

La storicità del contratto, che percorre come un *leitmotiv* incessante questa sintesi, così attenta a scandagliare le diverse fasi storiche del diritto dei contratti, interseca continuamente passato e presente, come si è visto. Ma sbaglierebbe chi, in questo insistito ricorso alla storia per chiarire il presente, individuasse alcunché di nostalgico e di antistorico. Al contrario, Guido Alpa non usa la storia come uno strumento di legittimazione. Storicizzare il contratto significa allora prendere coscienza della sua funzione sociale e dei compiti nuovi che attendono le generazioni future di fronte alle incombenti sfide della globalizzazione. Il diritto dei contratti non è più un diritto statico, come si credeva ancora agli inizi del Novecento⁵⁵. È un diritto dai confini mobili, plasmato da fonti plurali e non tutte riconducibili al legislatore statale. È un diritto modellato da tanti protagonisti. Tra questi, il civilista rivendica un ruolo adeguato. Non a caso molte iniziative di riforma del

⁵³ Cf. ad es. p. 412: “L’antico rapporto dialettico libertà/autorità si ripresenta sotto diverse spoglie. Alla contrapposizione tra contratto sottoposto alle regole del diritto comune e contratto sottoposto alla legislazione speciale, e alla contrapposizione tra modello garantista (nel quale l’ordinamento - cioè “lo Stato” - si pone al servizio dei privati per rendere vincolanti le loro pattuizioni e renderle coercibili, senza tuttavia interferire con le libere scelte e l’autonormazione) e modello paternalista (nel quale lo stato interferisce nelle scelte, ma soprattutto offre, per ragioni di interesse pubblico, tutela a categorie di interessi deboli, e disciplina per così dire nella dimensione pubblicistica il rapporto instauratosi tra le parti) si è proposta una sorta di crasi, che qualifica il contratto come un accordo “regolato” - piuttosto che governato completamente *ab externo* - nel quale l’autonomia non confligge ma si armonizza con l’intervento riequilibratore, che tiene conto appunto degli interessi tutelati dalla sfera pubblica, soprattutto quando le parti deboli sono i lavoratori subordinati, i consumatori, i risparmiatori, i conduttori, e così via.”

⁵⁴ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 414.

⁵⁵ Si consideri, ad esempio, quanto scrive A. ASCOLI nell’articolo *Il nuovo codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, XX (1928), pp. 62-67.

diritto dei contratti sono cresciute dal basso, dallo spirito costruttivo della scienza: ancora una volta il progetto italo francese ci porge un esempio notevole di questo fenomeno, ma lo stesso si può dire anche di altre riforme attuali.

Guido Alpa si inserisce in questo filone di giuristi laboriosamente attivi, per i quali la storia non costituisce una remora o un orpello, ma una risorsa preziosa e necessaria per disegnare il futuro. Ecco dunque la frase finale del libro, che idealmente chiude il cerchio di queste riflessioni: “il compito del giurista odierno consiste appunto nel misurare la distanza tra il contratto come tradizionalmente concepito e il contratto come disegnato dall’esperienza del diritto vivente e dalla realtà sovranazionale. Continuare a leggere le regole del codice civile nella prospettiva originaria, magari con qualche aggiornamento, non è solo diventato impossibile, è diventato inutile⁵⁶.”

⁵⁶ G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 856.