

Enrico del Prato

*Un giurista verso la postmodernità
(a proposito del “Contratto” di Guido Alpa)*

SOMMARIO: 1. La fonte del dialogo – 2. Guido Alpa e la storia delle dottrine – 3. Un ritorno agli *status*? – 4. La sirena del “mercato” – 5. Contratto e diritti fondamentali – 6. Immanenza della causa del contratto – 7. Storicizzare.

1. *La fonte del dialogo*

Ogni libro apre un dialogo col lettore; un dialogo personale perché ogni lettore coglie i messaggi che gli sono congeniali. Lo confermano le riflessioni che abbiamo ascoltato su questo libro di Guido Alpa: Massimo Brutti e Giovanni Chiodi ne hanno colto l’approccio profondamente storicistico; si è orientato verso il dibattito culturale Massimo Confortini; Aurelio Gentili lo ha collocato nella prospettiva del diritto come discorso; Giuseppe Sbisà lo ha apprezzato nella concretezza delle soluzioni.

Un lavoro di così ampio e multiforme respiro non poteva che alimentare un dibattito su una pluralità di temi. Del resto esso raccoglie la lunga e cospicua esperienza maturata in tanti studi sui contratti, dagli orizzonti culturali alla storia delle dottrine [sono da ricordare, tra i molti lavori, i volumi su *La cultura delle regole*, Laterza, 2009, e su *Le stagioni del contratto*, Il Mulino, 2012], dalle valutazioni *de iure condendo*, a cui Guido Alpa ha contribuito come edificatore di nuove dimensioni della giuridicità [ricordiamo l’impegno nell’elaborazione del *Draft Common Frame of Reference*], ai contratti del consumatore sino a puntuali analisi su specifiche questioni.

La prima impressione che ne ho tratto è che il libro stimola l’interrogativo

* Mi è sembrato appropriato, in considerazione dello spirito di questi “Dialoghi”, adattare il testo dell’intervento orale alla presentazione del volume di Guido ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e G. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, 2014, svoltasi nella Sapienza Università di Roma il 18 settembre 2017.

se si lasci presagire un superamento dell'era dei codici. Mi spiego. Benché non lo si legga espressamente, il discorso affronta la teoria generale del contratto prescindendo dalla stretta aderenza al diritto positivo italiano. Nel *Trattato Cicu-Messineo*, di cui fa parte, quest'opera segue quella sul contratto in generale dello stesso Messineo, risalente al 1968-72, e quella di Carresi, del 1987. Entrambe non dedicavano tanto spazio ad un panorama di storia delle questioni e delle dottrine – d'altronde quello di Guido è il primo di cinque volumi programmati sul contratto in genere –, ed analizzavano essenzialmente il sistema contenuto nel quarto libro del codice civile.

Questo lavoro, invece, vede il contratto come categoria della giuridicità prima del dato strettamente normativo, che viene preso in considerazione per la conferma di soluzioni e come criterio di orientamento. Ne deriva una riflessione sul contratto e le sue dinamiche di autentica teoria generale, perché riflette una giuridicità congenita ai fenomeni e abbraccia le soluzioni normative offerte dalle diverse esperienze non come dati da mettere a confronto, ma come componenti di una fenomenologia unitaria. Qui ha inciso profondamente la circolazione dei modelli che impregna il diritto europeo ed i tratti del commercio internazionale.

In questo senso la pagina prescinde dal dato normativo. I temi sono affrontati attraverso problemi e questioni rispetto ai quali norme ed istituti di diversi sistemi giuridici o attinti da contributi volti alla creazione di un diritto europeo dei contratti rappresentano ragioni di confronto, non limiti vincolanti per l'interprete.

È una scelta scientifica di sicuro rilievo. L'esperienza giuridica non è data solo dai fenomeni strettamente normativi, e il contratto non è solo quella vicenda definita dalle norme, ma un fenomeno naturalistico che nasce dalla socialità prima ancora che dall'economia. Non è una novità – già Betti l'aveva ben chiarito –, ma averlo presente avverte che l'approccio del civilista moderno non può chiudersi alle sole categorie della legge in senso formale.

L'apertura alla comparazione, sempre necessaria non per il gusto del confronto e della demarcazione, ma per una piena comprensione dei fenomeni, induce a cogliere assonanze piuttosto che ad accentuare differenze. La comparazione sembra voler mettere in risalto le diversità; ma, se il diritto privato nasce essenzialmente dall'antropologia e dalla socialità, e si misura con l'etnologia e con bisogni umani ovunque comuni, è evidente che le dissonanze sono vincoli artificiali piuttosto che soluzioni. Spesso divergono gli itinerari che conducono a soluzioni omogenee.

Le pagine di Guido Alpa istituiscono confronti e pongono in luce corrispondenze e armonie, attraverso uno studio della storia di problemi e dottrine, dotto ma utile perché privo di vacue erudizioni.

2. Guido Alpa e la storia delle dottrine

I libri di buon livello si possono dividere in due categorie: quelli che dialogano con la materia e quelli che dialogano con altri autori. Nei primi, che sono i migliori, è quasi la materia che indica all'autore come vuole essere trattata; nei secondi l'autore dialoga con altri libri, ed è esposto al rischio di scivolare nell'erudizione.

Ecco, l'approccio di Guido Alpa alla storia delle dottrine è il mezzo per mostrare i cambiamenti dell'idea stessa di contratto attraverso una pluralità di prospettive, che colgono in un altro modo gli stessi fenomeni e pongono in evidenza fenomeni nuovi o rimasti nell'ombra.

In una visione armonica delle indagini storiche e comparatistiche questo libro ci porta ad approfondire il senso delle categorie giuridiche nella postmodernità e nella società liquida che ne è espressione.

Una questione con cui ci dobbiamo confrontare riguarda, come dicevo, la circolazione dei modelli e il possibile superamento dell'era dei codici classici, sontuosa espressione della legislazione dello Stato: questa prospettiva di ampio respiro anima quest'ultima opera di Guido Alpa.

Credo che l'anelito a considerare il diritto come scienza "pura" abbia già mostrato i danni che è capace di produrre. Il diritto, inteso come *ars boni et aequi*, portava, invece, i Romani a identificare la scienza giuridica nel portato della comunità degli studiosi. È un fenomeno di cui si avverte oggi la fecondità, perché la migliore comunità dei giuristi contemporanei tende alla ricerca di categorie comuni comprendendo che le risposte concrete ai medesimi problemi, anche quando percorrono itinerari diversi, devono pervenire al medesimo risultato.

Con la cautela necessaria quando si pensa di istituire similitudini con esperienze passate, credo che l'odierno diritto europeo presenti somiglianze con la fenomenologia dell'antico diritto "comune", e che la compenetrazione di modelli e culture derivante dai traffici internazionali e dalla comunità globale del *web* consenta di accostare il ruolo del giurista di oggi a quello del giureconsulto piuttosto che del tecnico: con ciò egli acquisisce un ruolo che gli impone di non limitare la sua attenzione ai dati normativi, ma di costruire il diritto attraverso i valori calati nell'effettività. Così concepito, il ruolo del giurista presuppone quella solida base culturale che il libro di Guido Alpa lascia trasparire con garbo discreto.

Ma è un bagaglio culturale che non si esaurisce in se stesso. Lo rivela la tensione verso il soddisfacimento di esigenze concrete. Guido Alpa non è un formalista, appagato dall'idea che la realtà sia riducibile ad equilibri

geometrici, né un entusiasta percettore delle novità che traggono linfa dalla società liquida e dalla globalizzazione alimentando discussioni in ordine sparso. La sua riflessione sul contratto non si sbilancia in un senso o nell'altro: essa comunica un sicuro possesso delle categorie, eppure è costantemente aperta alle novità e ai bisogni che nascono dalla realtà attuale.

3. *Un ritorno agli status?*

Mi soffermo solo su alcune tra le molte sollecitazioni che vengono dal libro.

È percepibile un ritorno agli *status*; un ritorno dettato dalla previsione di tutele in relazione alla veste in cui il soggetto opera. Se consideriamo la dommatica tradizionale, potremmo dire che il riferimento allo *status* non è del tutto appropriato perché la "categoria" perde la monoliticità che la rende presupposto di una serie di situazioni giuridiche soggettive.

Ma il punto è che l'idea stessa di catalogare le situazioni giuridiche soggettive entro schemi precostituiti viene sfocata dalla complessità del reale. Per questo penso che lo *status* possa essere un utensile idoneo a comprendere anche forme di tutela connesse alla condizione delle persone in alcune circostanze. Il che, peraltro, è solo una constatazione, non un'innovazione.

I civilisti mettono a fuoco le tutele imbastite a partire dagli anni '90 in relazione alla debolezza contrattuale, soffermandosi soprattutto sul consumatore e l'utente e sull'imprenditore, lasciando da parte l'archetipo di questi fenomeni: il lavoratore. Ciò dipende, probabilmente, dall'acquisita autonomia del diritto del lavoro. Ma la magmatica evoluzione di questa branca del diritto civile nella sua dimensione precipuamente contrattuale aiuta a comprendere che la misura delle tutele acquisisce flessibilità in concomitanza con le esigenze dei mercati del lavoro; una flessibilità che, bilanciando gli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori, tende a favorire i livelli occupazionali.

Il diritto del lavoro è il terreno dove l'inderogabilità si è venuta plasmando sulle multiformi articolazioni della realtà e ha smarrito la monoliticità che, astrattamente, la caratterizza. Da qui il civilista può attingere spunti e criteri per risolvere questioni legate alla portata delle norme inderogabili dettate a presidio della debolezza contrattuale: un tema, questo, dove la ricerca della massima efficienza della tutela può tendere a soluzioni articolate in funzione degli specifici interessi coinvolti. Pensiamo, su questo terreno, alle prospettive che potrebbero aprirsi per il lavoro dei migranti.

Anche l'esperienza della contrattazione collettiva fuori dal campo dei

lavori, certo non nuova, ma divenuta assai più diffusa, porta a riconsiderare la funzione dell'autonomia contrattuale come espressione di sussidiarietà sociale e a foggare i confini dell'inderogabilità nell'area dell'autonomia individuale. In altri termini, l'autonomia collettiva come espressione di sussidiarietà porta ad arretrare l'intervento della normazione imperativa. Ciò accade quando la negoziazione collettiva viene legittimata da una norma in senso formale; ma è opportuno cogliere la sua attitudine conformativa anche al di fuori di una espressa legittimazione.

4. *La sirena del "mercato"*

Questa osservazione ci indirizza verso il terreno della normazione spontanea, degli usi e della *lex mercatoria*: un'altra faccia dell'autonomia, dalla quale tutte le prassi germinano. Qui a Guido Alpa non sfugge che le prassi nascono dai rapporti di forza: c'è qualcuno meglio organizzato, più ricco, più influente, il quale è in condizione di imporre le sue regole agli altri. Per la sottile ipocrisia che accompagna queste vicende, queste regole divengono universalmente condivise.

Sebbene alcuni entusiasti esaltino questi modi con cui il mercato si dà le sue leggi, la proliferazione della normazione imperativa delle autorità amministrative indipendenti, col correlativo arretramento degli usi, va apprezzata in funzione dell'esigenza di tutelare i soggetti deboli.

Questa attenzione ai deboli, non frequentissima nei civilisti, è stata sempre presente nelle riflessioni di Guido Alpa, il quale ha dato ampio spazio alle pagine sui contratti dei minori e sulle tutele, specie nella contrattazione con strumenti informatici.

5. *Contratto e diritti fondamentali*

Correlativa alla debolezza cognitiva ed economica di singoli, classi e popolazioni è l'attenzione ai diritti fondamentali. Le pagine del volume riprendono altre cospicue riflessioni di Guido Alpa, calandole nella fenomenologia contrattuale. L'ingresso dei diritti fondamentali nello studio del contratto apre nuovi orizzonti di riflessione, che sarebbe insufficiente limitare all'analisi di singole clausole, ma occorre svolgere contemplando

l'intera dinamica della contrattazione.

Da una trentina d'anni i diritti fondamentali sono diventati il motore di un nuovo modo di affrontare il diritto privato, che riconosce alla persona il suo ruolo di perno della giuridicità. Ciò apre un angolo di osservazione da trasmettere a quelle residue esperienze giuridiche rudimentali che ancora ignorano o frustrano i diritti fondamentali.

Si può anche immaginare di collegare alla dignità umana la questione della giustizia contrattuale per risolvere i casi di più eclatante ingiustizia. I civilisti italiani hanno incominciato ad occuparsi di questa tematica nella seconda metà degli anni '80, ma c'è stato un grande fiorire di scritti a partire dagli anni '90, a cui si è accompagnato un *revival* di studi sull'abuso del diritto. Con esso non si aprono solo prospettive funzionali nell'esercizio dell'autonomia, ma anche panorami socio-esistenziali nello studio del contratto.

6. *Immanenza della causa del contratto*

È interessante che in quest'opera Guido Alpa si sia occupato della causa tra i principi e le clausole generali. Ciò consente di coglierne il senso pratico, depurato da aspirazioni dirigistiche, anche oltre i dati normativi.

Intendo dire che, seppure la causa non vi fosse contemplata, nei casi più plateali la sua mancanza verrebbe comunque in rilievo come causa di nullità.

Lo conferma la recente riforma francese delle obbligazioni, dove la causa, sia pure formalmente scomparsa, riaffiora in alcune disposizioni che si spiegano in ragione della sua carenza. Ciò non toglie, però, che l'esplicita previsione della causa come requisito del contratto aiuti a favorire la moralizzazione delle contrattazioni istituendo una protezione contro l'approffittamento delle scarse capacità cognitive e predittive, specie in ambito finanziario.

7. *Storicizzare*

Un ultimo punto. Traspare costante nel pensiero di Guido Alpa l'attenzione all'effettività. Senza declamazioni metodologiche, celebrazioni del diritto giurisprudenziale o rimpianti dommatici, i principi generali sul contratto sono ripercorsi e ricostruiti senza perdere l'aderenza all'andamento

del reale e tuttavia con un intenso dialogo dottrinale.

Una conclusione appropriata è nelle sue stesse parole: *“Portatori di una straordinaria tradizione dobbiamo rivisitare drasticamente le illustri categorie che hanno segnato per secoli la nostra cultura giuridica, non per distruggerle, ma per storicizzarle, cioè collocarle nella loro esatta dimensione che è appunto quella storica”*.

Queste parole raccolgono la nostra migliore tradizione. Vi si avverte l'eco del pensiero di Riccardo Orestano, il cui storicismo ha fortemente contribuito al superamento del dommatismo ipostatizzante. Si percepisce anche l'influsso di Emilio Betti per la continua congiunzione del discorso alla dimensione sociale e per l'ampiezza e la profondità culturale che traspaiono senza ostentazione.

Si avverte, infine, il pensiero di Stefano Rodotà, di cui Guido è stato allievo. La ricchezza dello strumentario scientifico e la curiosità di Betti hanno trasmesso a Rodotà un solido bagaglio concettuale, favorendone l'innata propensione allo studio di fenomeni nuovi ed al ripensamento di quelli collaudati.

Guido Alpa è il depositario di questa grande scuola; un patrimonio che egli ha raccolto con mente versatile e libera, plasmando con tecnica rigorosa le categorie esistenti sulle anticipazioni del futuro: un allievo di cui Rodotà è stato orgoglioso così come lo siamo noi.

