

UNIVERSITA' DI TRENTO
FACOLTA DI GIURISPRUDENZA
OSSERVATORIO QUALITA' E DIRITTI
Politiche Strategiche e Livelli di Tutela nei Contratti pubblici

Vittorio Italia

La qualificazione delle clausole sociali. Problemi antichi e nuovi.

SOMMARIO.

1. Premessa- 2. Breve inquadramento delle clausole nel passato- 3. Le clausole sociali nel passato – 4. Simmetria con lo schema normativo delle clausole sociali del sistema normativo attuale – 5. L' interpretazione e l' applicazione delle clausole di diritto privato nel 1800 – 1900 – 6. L' interpretazione e l' applicazione delle clausole delle aste pubbliche del passato e dei contratti pubblici odierni - 7. Conclusioni.

1. Premessa.

In questa sintetica relazione sottoporro alla Vostra attenzione alcune considerazioni sulle clausole, e sulle clausole del passato che presentano alcune affinità con le clausole sociali del nostro tempo. .

2. Breve inquadramento sulle clausole nel passato.

Nel passato, le clausole costituivano **delle condizioni** o erano **clausole modali** apposte ai testamenti ed ai contratti. Lo stesso nome (*clausula*, chiave) indicava una condizione o comunque una formula che doveva chiudere la porta ai dubbi, e risolvere i problemi.

Vi erano di diversi tipi di clausole, generali e speciali, generiche e puntuali. Valga per tutti la clausola “ *a regula d'arte*”, che era una **chiave** che, invece di

chiudere una porta, e risolvere il problema, apriva – seguendo questa metafora – porte e finestre, ed era intervenuta la giurisprudenza o la dottrina per chiarirne il significato.

Ciò è documentato da opere di 400 e 500 anni fa, che contengono un florilegio di clausole, e che erano intitolate “*Trattati*”, dove il nome “Trattato” indicava che vi era materia così ampia da costituire un “*Trattato*”.

Alcune di queste clausole potestative (ad esempio, “ *se vorrò*” o “*se Tizio vorrà*”) possono far sorridere, ma il punto rilevante per le clausole del nostro tempo, è che la loro interpretazione ed applicazione era incardinato nel sistema normativo del tempo, costituito dalle regole del diritto romano, dalle regole statutarie e dalle opinioni della dottrina del tempo.

Quindi determinate clausole nei testamenti e nei contratti dovevano tenere conto delle geometria giuridica del tempo, per cui ad esempio, la donna non poteva succedere in presenza di fratelli o di persone di sesso maschile, ed era nulla la clausola che contrastava a questa regola. Ma sorgevano dei problemi, perché la griglia normativa del passato era basata sul rapporto generale / speciale, e non sul rapporto di gerarchia.

Ciò aveva delle conseguenze sull’ interpretazione delle clausole del tempo, sia quella cd. “generalì”, sia quelle ”speciali”. Per quanto riguarda le prime, si pensi ad esempio, alla clausola “*non obstantibus quibuscumque privilegiis*”, clausola che *non si estendeva ai privilegi che non erano esplicitamente inseriti nell’ atto*. Per quanto riguarda le seconde, esse potevano essere applicate *quando le clausole generali “non erano sufficienti”*, e con questa espressione si voleva dire che rimanevano ancora dei dubbi.

3. Le clausole sociali del passato.

Nel passato non si erano “clausole *sociali*” come esse sono oggi considerate per i contratti pubblici. Vi erano però delle clausole che – ovviamente secondo l’ ottica del tempo – avevano finalità umanitarie e di tutela delle persone.

Si pensi, ad esempio, al problema degli **alimenti**, ed alla **clausola di fornire gli alimenti a familiari** (figli illegittimi, mogli separate per loro colpa, ecc.) od a **servitori**, e tali clausole erano sovente inserite nei testamenti o nei contratti.

Anche in questi casi l’interpretazione e l’ applicazione di queste clausole erano effettuate sulla base delle norme e delle leggi del tempo, specie degli statuti dell’ epoca. Ad esempio, si discuteva (si veda l’ opera di Vitale De Cambanis, *Tractatus in clausulas*, Venezia 1570) se negli alimenti si dovevano comprendere le **medicine** (pag. 611), se al **servo infermo** il padrone era tenuto a dare tutte le medicine, o **soltanto quelle “modiche”**. Se al **famulus** (al cameriere che era un gradino più in alto del servo) si dovesse corrispondere il salario per il tempo della malattia (pag. 619). Questi problemi ci possono sorprendere, ma di deve tenere presente che in quell’ epoca si discuteva se il marito doveva dare gli alimenti e le medicine alla moglie malata (e la risposta era affermativa) ma il problema era se il marito doveva pagare dal proprio patrimonio o direttamente dalla dote. Oppure se, dopo la morte della moglie, le spese del funerale dovevano essere pagate di tasca del marito, o se potevano essere dedotte dalla dote.

Quindi, anche nel passato le clausole non esistevano da sole, esse – per così dire – erano come delle **pertinenze**, accessorie, legate al bene principale, e ne seguivano la disciplina giuridica (*accessorium sequitur principale*) con le conseguenze per la loro interpretazione ed applicazione.

4. Simmetria con lo schema normativo delle clausole sociali del sistema normativo attuale.

Il problema teorico che si pone per le clausole sociali del nostro tempo è se le clausole che sono previste nei contratti pubblici e nei bandi di gara seguano, come impostazione generale ed in modo simmetrico, lo schema normativo delle clausole del passato e se esse debbano quindi seguire la “griglia” delle norme, delle leggi e dei principi oggi vigenti.

La risposta è positiva, ed è confermata da due osservazioni.

La prima, relativa alle clausole di diritto privato.

La seconda, relativa a quelle clausole del passato che avevano dei limiti nell’ interesse generale, e quindi qualche “venatura” di diritto pubblico, ovviamente secondo le valutazioni del tempo.

5. L’ interpretazione e l’ applicazione delle clausole di diritto privato e nel 1800 – 1900.

Nel diritto privato del passato, l’ interpretazione era basata secondo regole interpretative del diritto romano del tempo, e dell’ “equità”, che si riteneva potesse risolvere quasi tutti i problemi. Si veda, ad esempio, l’ opera di Torre - Mantessa, *Tractatus de pactis futurae successionis*, Colonia 1699, dove sono considerate le clausole dei testamenti (basate sulla volontà del testatore che poteva cambiare: “*voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem*”) e dove si poneva il problema se le clausole, rafforzate con giuramento, potevano derogare “*iuri publico*”. E si rispondeva negativamente.

Nel successivo diritto privato (sulla base del Codice civile napoleonico del 1804 e del Codice civile austriaco del 1811 sono state sviluppate delle teorie sul **negozio giuridico**, da Autori tedeschi in relazione al *Rechtsgeschaef*; ed in Italia dal Betti, nei suoi studi sull’ *interpretazione*). Queste teorie erano delle costruzioni logiche, che richiamavano alcuni testi antichi, interpretati ed anche adattati alle esigenze economiche del tempo. Il **negozio** giuridico significava “**nec otium**” ed era quindi considerato un’

attività, ed esso significava anche, nel linguaggio comune, “**affare**”, come risulta dalle commedie di Goldoni.

[Ne do qui un cenno scherzoso, sia perché esse documentano i momenti di vita comune al di là delle formule giuridiche, sia perché Goldoni aveva fatto – con non molto successo – l’attività di Avvocato, e conosceva il diritto del suo tempo. In questa commedia vi sono due anziani genitori che devono concludere le condizioni del matrimonio dei rispettivi figli, e si discute della dote. Il genitore del promesso sposo chiede una dote molto alta. Il genitore della promessa sposa offre invece, (come in un’ offerta di un contratto pubblico dei nostri giorni) il “massimo ribasso”. Dopo una cominca discussione, il padre della futura sposa rilancia la precedente offerta, e dice: “*fasemo sto negozio*”].

Tornando alle teorie giuridiche, **la teoria del negozio giuridico** ha costituito, in parallelo con l’ antica formula dell’ equità, una **dogmatica, o una teologia del diritto privato e commerciale dell’ epoca**.

Le clausole del diritto privato sono state collegate, in vari tempi, alle teorie o formule generali del negozio giuridico e sono state interpretate ed applicate sulla base di questi parametri. Si vedano, ad esempio, gli articoli 1161, 1157, 1159, 1160 del Codice civile napoleonico, che hanno costituito il modello degli articoli 1363 e 1368 del Codice civile del 1942 (articolo 1363: “*Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell’ atto.* “ ed articolo 1368: “*Le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso*”, dove quest’ ultimo articolo prevede un’ interpretazione che era adatta per una società di tipo agricolo, o comunque limitata nei mezzi di comunicazione) .

6. L' interpretazione e l' applicazione delle clausole delle aste pubbliche del passato e dei contratti pubblici odierni.

Un parallelismo o una simmetria si possono riscontrare nelle clausole delle aste pubbliche del passato e nei contratti pubblici odierni.

Si veda, ad esempio, l' opera del Mangilio, *De subhastationibus*, stampato a Venezia nel 1677, nella quale si precisava che l' asta era pubblica (perché i beni da vendere erano collocati sotto un' asta) e l' asta (*rei venalis expositio*) era una “*venditio publica*”, e le clausole in questi contratti pubblici del tempo (ad es. *sine prejudicio obligationis*” oppure “*arbitrio* “ cioè l' arbitrato nel caso di dubbio sull' invio della citazione, arbitrato poteva soltanto mitigare il *rigor iuris*) erano delle *condizioni*. Esse, se modificavano il pagamento dell' “*oblazione*” (che doveva avvenire *regulariter*”), era nulla, e la *ratio* era che il prezzo offerto doveva essere certo.

Lo schema logico ed applicativo è quindi simile, ed esso può quindi essere utilizzato per l' interpretazione e l' applicazione delle clausole sociali dei contratti pubblici del nostro tempo. Queste clausole devono essere inserite nello schema normativo delle norme e delle leggi (provinciali, regionali, statali) del nostro tempo, nonché nello schema dei principi comunitari. La giurisprudenza sulle clausole dei contratti pubblici conferma queste affermazioni.

Quindi l' interpretazione e l' applicazione delle clausole sociali dei contratti pubblici quindi seguito questo metodo, e rammento a me stesso che il metodo è quello di Cartesio nel suo noto libro, che non è - come si dice comunemente - “*Discorso sul metodo*”, ma è *Méthode pour bien conduire sa raison et chercher la verité dans les sciences*”.

7. Conclusioni.

La qualificazione delle clausole sociali, come le altre clausole dei contratti pubblici dipende dallo schema normativo in cui queste clausole sono inserite. Tale schema è vincolante, come è vincolante, per le operazioni matematiche, la tavola pitagorica, la quale – sempre per problemi di metodo – lo affermava Socrate nel Fedone - che se vi è una successione di numeri pari, non è possibile inserire in essa un numero dispari.

Vi sono quindi, nel passato e nel presente, delle regole comuni che costituiscono, per ogni interprete, un **muro invalicabile**, come un cerchio fatale, dal quale anche volendo, non possiamo uscire.

* * *

8 novembre 2017