



Francisco Javier Andrés Santos, Christian Baldus, Helge Dedek (Hrsg.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier, München, 2011

1.-Il volume, curato da Francisco Javier Andrés Santos dell'Università di Valladolid, Christian Baldus dell'Università di Heidelberg e Helge Dedek dell'Università di Montreal, è in larga parte frutto di una particolare esperienza e cioè degli interventi discussi nell'ambito di un Seminario di alta formazione in Scienze sociali organizzato dalla *Studienstiftung des deutschen Volkes*, al quale hanno partecipato docenti e dottorandi provenienti da Università di diversi paesi. Il volume contiene, quindi, oltre i lavori di Javier Paricio dell'Università Complutense di Madrid e di Geoffrey Samuel dell'Università di Kent, numerosi contributi di giovani studiosi, ritenuti dai curatori, dopo una adeguata rielaborazione, meritevoli di pubblicazione.

La ricerca, complessivamente considerata, si propone essenzialmente di partecipare al dibattito in corso nella dottrina europea sul tema dell'assetto e delle forme che il diritto dei contratti sta assumendo (o che è auspicabile che assuma), in funzione non solo della proposta di regolamento sulla vendita, ma anche più in generale di una legislazione di settore (codice dei contratti). In particolare il tema viene affrontato nella prospettiva dell'analisi storica, nella corretta convinzione che la definizione del metodo con il quale in ambito europeo è possibile procedere all'individuazione della tipizzazione contrattuale non possa prescindere dalla ricerca delle origini e delle modalità con le quali nel corso dei tempi si è andato strutturando il quadro dei tipi contrattuali nelle varie legislazioni europee.

In questa logica, come ricordano nella Prefazione i curatori, va sottolineato che la ricorrenza di un dato sistema di tipi legali non si spiega solo in una prospettiva "funzionale", cioè nella prospettiva degli interessi che ricorrono in ambito sociale ed in presenza dei quali l'ordinamento struttura determinate figure contrattuali per agevolare l'autonomia privata e consentire ai consociati una più agevole realizzazione delle loro esigenze. La relazione, invero, tra i sistemi "Diritto" e "Società" è infatti molto più complessa; il diritto presenta un suo impianto risultante anche dalla tradizione, in un processo di continua autorinnovazione, dal quale non è possibile prescindere , cosicché una analisi di carattere storico, accanto a quella funzionale, è essenziale per la comprensione, in un'ottica anche comparatistica, del fenomeno dei tipi contrattuali. In altri termini: se è vero in generale che tra diritto e realtà sociale ricorrono scambi e influenze reciproche molto complesse, nel senso che le forme giuridiche sono condizionate dagli assetti sociali ma al tempo stesso li condizionano, così nello specifico ambito contrattuale la tipizzazione legale non è solo presa d'atto o risposta alle situazioni di



fatto, ma anche modello stratificato in grado di incidere sulla realtà sociale e per qualche aspetto di conformarla.

I curatori fanno, inoltre, rilevare che la prospettiva funzionale ha comportato nell'età moderna la costituzione di un concetto astratto e universale di contratto, quasi integrante un *prius* mentale a partire dal quale si articolerebbero i singoli tipi, mentre la prospettiva storica delinea un percorso diametralmente opposto, che partendo dai problemi reali, individua gli strumenti di tutela e solo successivamente procede alle concettualizzazioni. Ed ancora: l'affermazione secondo la quale possono o devono ricorrere regole, quelle integranti la parte generale sul contratto, applicabili a tutti i contratti, non appare sufficientemente meditata in quanto non tiene conto delle diversità e delle peculiari caratteristiche del singolo tipo e soprattutto delle diseguaglianze di fatto esistenti tra i contraenti.

2.-Francisco Javier Andrés Santos nell'Introduzione si sofferma in modo particolare sul metodo tipologico. Facendo riferimento essenzialmente alla dottrina tedesca, ricorda in primo luogo i caratteri che il tipo presenta e la sua differenziazione col concetto, quale strumento per la conoscenza e la sistematizzazione delle figure contrattuali, non senza evidenziare come del termine tipo si diano numerose accezioni e se ne discorra aggettivandolo variamente e così si parla ad esempio di tipo "naturale", di tipo "empirico", di tipo "reale", di tipo "ideale", di tipo "rappresentativo", di tipo "normale", di tipo "generico", di tipo "parziale" e così via, rimanendo comunque assodato che esso funziona come una forma che struttura una determinata visione della realtà, permettendo di ricondurre conoscenze specifiche e disperse all'interno di un pensiero coerente e sistematico. In questo quadro la costruzione tipologica appare pienamente coerente al diritto contrattuale; il legislatore infatti non crea o inventa i tipi, che emergono piuttosto dall'osservazione dei fenomeni sociali e dalla realtà della vita giuridica, in un rapporto dinamico che consente alle parti, proprio in ragione del carattere concreto ed elastico del tipo, di adattare, completare e articolare il singolo concreto contratto in funzione delle loro esigenze e degli interessi che intendono siano tutelati.

Ciò premesso, l'A. constata che in tutti gli ordinamenti europei ricorre una pluralità di tipi contrattuali fondamentalmente simili, anche se in alcuni paesi, specie in quelli di common law, si riscontrano talora delle specificità (d'altra parte pienamente compatibili in ragione della flessibilità propria del fenomeno). Tale tipologia contrattuale, caratteristica di tutti i moderni sistemi privatistici, trova un parallelismo quasi completo nell'antico diritto romano classico: i giuristi romani, infatti, nella prospettiva di individuare le azioni necessarie per garantire la tutela, si preoccuparono proprio di



differenziare le varie figure di contratto, nella sostanza procedendo con metodo tipologico, senza elaborare un concetto unico o unitario di contratto.

La formulazione di una teoria generale del contratto, valida per tutte le relazioni negoziali, va piuttosto collocata storicamente, quanto alle sue origini, nel medioevo e segnatamente trova la sua base nella dottrina canonistica che affermò la piena validità dei nudi patti, in forza del principio *pacta sunt servanda*. La sua compiuta articolazione è stata, poi, condotta nell'età moderna dalla dottrina giusnaturalistica, tendente ad affermare l'assoluto predominio dell'autonomia privata e il rispetto della volontà contrattuale. Si è venuto così a formare –rileva l'A.- un concetto astratto di contratto, solo in parte connesso al sistema dei tipi contrattuali e alle reali esigenze del traffico giuridico, bensì espressione soprattutto del pensiero dei giuristi europei e dei codificatori degli ultimi due secoli.

La diffusione negli ultimi decenni del nuovo diritto contrattuale europeo – nota l'A.- ripropone il problema della scelta tra un concetto generale di contratto espressione del principio di autonomia privata e la ricorrenza di una pluralità di tipi contrattuali in linea con i modelli tradizionali degli ordinamenti nazionali. Peraltro nel diritto europeo si rinvengono particolarità che contrastano in parte con i diritti nazionali, dovute alla pluralità linguistica e alla subordinazione degli aspetti tecnico-giuridici rispetto al carattere socio-economico delle relative regole. Cosicché compito della scienza giuridica europea è, oggi, quello di mediare tra le esperienze della prassi e la necessità di articolare e integrare questa casistica all'interno di un ordine sistematico coerente con le concezioni della maggior parte dei giuristi europei.

3.-Il problema della tipizzazione contrattuale merita sicuramente di essere riconsiderato nel contesto del processo di sviluppo del diritto europeo. A livello di ordinamenti nazionali la tematica si è, infatti, ormai consolidata; ciascuna legislazione nazionale ormai da tempo conosce un dato quadro di tipi, in genere sufficientemente articolato, solo in limitata misura evolutosi nel corso degli ultimi decenni e comunque non in modo tale da indurre l'interprete a nuove valutazioni metodologiche. Ovviamente ciascun ordinamento presenta sue caratteristiche; e, così, ad esempio, come si evince dall'interessante saggio di Geoffrey Samuel, nel *common law* è stato possibile individuare, da parte della dottrina, vari criteri di classificazione dei contratti e cioè quello fondato sulle caratteristiche del rimedio, quello dipendente dalla forma che l'atto deve presentare, quello che ha riguardo alla sostanza dell'operazione e altri ancora.

Ora, va rilevato che sul quadro sufficientemente sedimentato della tipizzazione contrattuale operata dai vari ordinamenti nazionali, è andato ad incidere, con la forza propria di diritto prevalente su quello interno, il diritto europeo. E, però, come è noto, non si danno, almeno allo stato (ma con



l'auspicio di prossime possibili evoluzioni del discorso in seguito all'approvazione del regolamento sulla vendita), orientamenti stabili o significativi sull'approccio del diritto europeo al tema della tipologia contrattuale: Il modo di procedere del legislatore europeo è stato finora alquanto vario, non omogeneo, né tantomeno sistematico; accanto alla previsione, peraltro solo parziale quanto alla disciplina, di alcuni tipi (ad esempio il contratto di viaggio o quello di multiproprietà), si rinviene soprattutto una normativa “per gruppi di contratti “, che prende in considerazione un dato carattere o elemento soggettivo o oggettivo, di luogo o di tempo, che il contratto deve possedere ai fini dell'applicazione di una data normativa (e così il contratto di cui è parte il consumatore, il professionista o la piccola impresa ecc. oppure il contratto concluso fuori dei locali commerciali o a distanza ecc.), senza delineare compiutamente un certo tipo , anche solo per distinguerlo da altri.

Soprattutto in una prospettiva *de iure condendo* del diritto contrattuale europeo è oggetto di possibile discussione la questione, non più di particolare attualità nella dimensione nazionale, se sia opportuno individuare e/o costruire, da parte del legislatore ma anche a livello giurisprudenziale, regole tendenzialmente applicabili a tutti i contratti, del genere di quelle contenute nella parte generale della disciplina codicistica italiana sul contratto; o se piuttosto non sia preferibile o produttivo procedere, come si è fatto sinora, se si vuole in modo poco attento all'inquadramento teorico-sistematico, per problemi concreti, tenendo conto soprattutto di specifiche esigenze dei mercati e/o dei contraenti ritenute prioritarie e meritevoli di tutela, da imporre attraverso specifiche norme inderogabili (come, ad esempio quelle sul recesso di pentimento, sugli obblighi di informazione o sulla forma). Se questo orientamento in ambito europeo dovesse permanere, allora potrebbe delinearsi un sistema nel quale dovranno necessariamente realizzarsi forme più o meno estese di integrazione tra il diritto europeo contrattuale e i diritti nazionali, dove il primo è/sarebbe chiamato a dettare le regole essenziali prevalenti a tutela di certi valori fondamentali e gli altri si occupano/occuperebbero di prevedere discipline, in linea di massima derogabili, dei singoli tipi per i numerosi profili da quello non regolati, dove l'individuazione degli elementi qualificanti o identificativi del tipo (tranne in alcuni casi) non si trarrebbe dal diritto europeo, ma da quelli nazionali.

Ecco, allora, la necessità di pervenire progressivamente quantomeno ad un avvicinamento, o comunque ad un “sentire” il più vicino e compatibile delle varie tipologie nazionali, in modo che su queste possa incidere in linea di massima in modo omogeneo il diritto europeo. In questo quadro sono certamente utili indagini come quelle di cui al volume in commento, che si propongono di cogliere, tenendo conto della tradizione e dell'origine romanistica, i principali aspetti comuni alle varie legislazioni, realizzando così analisi che si muovono in una prospettiva storico-comparatistica, duttile ed elastica nel metodo per definizione, nella misura in cui ricerca gli elementi essenziali che si sono



andati nel tempo a stratificare e a consolidare ai fini della individuazione e regolamentazione di un dato tipo contrattuale.

4. I singoli contributi contenuti soprattutto nella seconda parte del volume si muovono proprio nella prospettiva sinora evidenziata, quella di cogliere attraverso indagini di taglio storico attente alle fonti romanistiche i dati qualificanti e distintivi dei più diffusi tipi contrattuali. Ricorrono inoltre alcuni lavori più strettamente di diritto positivo, in quanto si prefiggono, sempre in materia di tipologia contrattuale, di analizzare recenti esperienze legislative o giurisprudenziali.

Del primo genere sono gli studi di Andreas Engel sul mutuo, di Susanne Hähnchen sulla locazione e di Gregor Albers sulla *stipulatio*, tutti molto attenti nell'uso delle fonti e nella ricerca degli elementi caratterizzanti la figura in ambito europeo, anche ai fini del loro utilizzo in tale contesto. Del secondo genere sono le indagini di Philip Nicolai sulla vendita internazionale dei beni mobili (che viene messa a confronto col diritto tedesco) e di Saskia Kümmerle sul contratto avente ad oggetto beni e servizi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Ulteriori analisi, queste condotte precipuamente in un'ottica comparatistica, sono quelle di Thomas Raff sulla formazione dei tipi contrattuali nel diritto polacco e di Martin Schild che mette a confronto vari testi legislativi tedeschi e svizzeri in materia di contratto di lavoro.

Il volume costituisce senz'altro un interessante contributo sul tema della tipizzazione contrattuale in ambito europeo e, con riguardo ai lavori prodotti dai dottorandi, va rilevato che sono tutti dotati di un apprezzabile grado di approfondimento e di un adeguato apporto di riferimenti bibliografici

[MARIO TRIMARCHI].