Gli autori del fascicolo

Antonio Albanese, straordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Univ. Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza

Carlo Castronovo, ordinario di Diritto civile nell'Univ. Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Chiara D'Angelo, dottoranda di ricerca

Giovanni B. Ferri, emerito di Diritto civile nell'Univ. « La Sapienza » di Roma

Antonio Gorgoni, ricercatore di Istituzioni di diritto privato nell'Univ. di Firenze

Laura Guffanti Pesenti, dottore di ricerca

Antonello Iuliani, dottorando di ricerca

Salvatore Mazzamuto, ordinario di Diritto civile nell'Univ. Roma Tre

Bruno Montanari, ordinario di Filosofia del diritto nell'Univ. di Catania

Luca Nivarra, ordinario di Diritto civile nell'Univ. di Palermo

BIBLIOTECA

S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

1. Mi sono chiesta in primo luogo quale potesse essere lo specifico contributo che Salvatore Mazzamuto, studioso già dedito al diritto contrattuale europeo come coautore di manuali, autore di saggi e articoli, nonché condirettore della Rivista che tutti conosciamo, ha deciso di dare alla nostra (tormentata) comunità attraverso la pubblicazione di un volume come quello da poco in libreria, intitolato per l'appunto al Contratto di diritto europeo. E ciò evidentemente al di là delle intenzioni dallo stesso dichiarate nella prefazione del libro, peraltro dedicato agli studenti più grandi e più maturi dei nostri corsi di studio.

Volendo scontare poi la precomprensione di ciascun lettore, più che altro intesa come aspettativa riposta nel contenuto di un'opera così intitolata, e cercando perciò talune certezze o rassicurazioni in merito alla possibilità stessa di predicare una disciplina riferibile al « contratto di diritto europeo », ho iniziato a riflettere dalla lettura attenta dell'indice — diviso e articolato in una parte generale e una parte speciale — per interrogarmi subito sulla ragione di una tale scelta che inevitabilmente ha portato l'A. ad affrontare anche più volte lo stesso argomento nell'una parte e poi nell'altra.

Mi sono infine convinta, andando avanti nella lettura, che il libro volesse essere un personale tentativo di sciogliere alcuni nodi propri del giusprivatista continentale alle prese con il fiume in piena del Diritto Europeo, ma in un contesto e con uno spirito affatto particolari. Precisamente con l'intento di costruire una continuità, ma anche una tela capace di assegnare uno spazio adeguato ai mille frammenti di cui si compone il diritto contrattuale europeo dal punto di vista del civilista italiano.

2. Provo allora a ricomporli, questi frammenti, quali risultano dalla complessa tessitura del nostro Autore, ed auspicando che le riflessioni che seguono non appaiano pedissequa ripetizione dell'ordine che lo stesso ha dato alla sua opera.

C'è innanzitutto un problema di definizione del « contratto di diritto europeo », già di per sé non risolvibile attraverso la costruzione di una espressione stipulativa di sintesi, e proprio per questo svolto dall'A. attraverso una moltiplicazione di fattori definitori, disinvoltamente esibiti e ordinati a partire da una premessa inconfutabile che — a suo avviso — rende impossibile evitare tale moltiplicazione di criteri. La premessa è la mancanza nel diritto europeo dei contratti di un « supporto ordinamentale » tradizionale o comunque

univocamente identificabile. Elemento al posto del quale troviamo invece un'inedita figura di sistema aperto, che si sviluppa attraverso fonti formali e informali, *hard* e *soft*, esperienze giurisprudenziali, partecipazioni accademiche e dotte, consultazioni e interazioni istituzionali, che tutte convergono verso un obiettivo di armonizzazione, piuttosto che di unificazione, di ordinamenti a loro volta diversi ma ciononostante connotati dall'esistenza di principi comuni.

E tale intento dà forse ragione dei primi capitoli. Il primo, dove alla pluralità dei criteri definitori si affianca la proposta di una pluralità dei metodi di studio (a seconda dell'argomento) e di interpretazione del diritto contrattuale europeo. Ed il secondo, dove si anticipa — in quel contesto sistematico prima costruito — la visione generale dell'A., che troveremo più volte ribadita, e applicata ai discorsi condotti analiticamente ai vari istituti. La visione del diritto europeo dei contratti come diritto a vocazione non generalista, e nemmeno solidaristica, piuttosto a vocazione spiccatamente rimediale, opportunista, ma non debole, e perciò essenzialmente e decisamente inteso a realizzare, almeno fino al Trattato di Lisbona, politiche atte a garantire la coincidenza tra mercato reale e mercato ideale (p. 29). Vorrei attrarre l'attenzione del lettore su di una di queste caratteristiche, in particolare, quella dell'*opportunismo*, inconsueta definizione che tornerà più volte nel corso dell'opera, costruita intorno al compito che il legislatore europeo si sarebbe assegnato di aggirare la fattispecie, per « far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assiologico ed il minimo tasso di riconcettualizzazione e generalizzazione » (p. 15). Un opportunismo tributario perciò di quella « prospettiva rimediale » che campeggia nel volume e nel pensiero dell'Autore.

3. Detto questo, e costruita dunque una griglia a maglie larghe dove poter sistemare tutti i dati successivi con rigore ma anche con flessibilità, il terzo capitolo appare di primo acchito inaspettato, e però capace dopo qualche pagina di rivelare il vero intento dell'A. e forse anche il progetto vero del libro. La ripresa delle opere di Giuseppe Benedetti (*Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969) e Giovanni Ferri (*Causa e tipo nel negozio giuridico*, Milano 1966; *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano 1970), quali significative anticipazioni delle logiche del Diritto Privato Europeo, ma già testimonianza dell'intuizione di aspetti indefettibili dell'atto di autonomia privata, non ha il sapore dell'omaggio né tantomeno del viaggio all'indietro in momenti nei quali l'Europa del diritto privato attuale non era nemmeno alle porte. Ha piuttosto — o almeno così a me pare — il sapore dell'atto di riappropriazione consapevole e coraggiosa del ruolo della dogmatica in relazione ad una domanda sul metodo già formulata nel precedente capitolo: « di fronte ad una siffatta evoluzione del diritto comunitario, come si colloca la dottrina e quale spazio va riservato alla scienza giuridica? »

(p. 30). Ed ecco qui la risposta che non svela soltanto una professione di metodo, ma anche lo sforzo di riannodare i contenuti e le soluzioni opportunistiche e rimediali del legislatore europeo con le migliori espressioni e i più durevoli risultati della dogmatica civilistica. Un atteggiamento questo che ritroviamo in tutto il libro, spiccatamente ad esempio nel capitolo di parte speciale dedicato alla vendita dei beni di consumo, ove il richiamo alle dottrine mengoniane riempie e dà senso al dibattito sollecitato dalla disciplina della « conformità del bene al contratto »; peraltro risolto con disinvoltura assoluta e sicurezza argomentativa attraverso il contestuale richiamo alle politiche di *policy* e di razionalizzazione delle relazioni di mercato tipiche del legislatore europeo, richiamo che permette all'A. di sciogliere il dilemma interpretativo tra responsabilità e garanzia « mengonianamente » a favore della seconda.

E traspare qui con nettezza l'intento di costruire quella continuità di percorsi cui accennavo in esordio, a dispetto dei sussulti e delle innovazioni ritmiche del diritto privato europeo, inaspettatamente ricondotta a quelle scuole che, già alimentate dall'idea della extrastatualità del diritto civile, ne avevano colto aspetti che perfino l'opportunismo rimediale del legislatore europeo non è riuscito a sopprimere. Un'operazione culturale questa, non insolita, ma condotta con una perizia e consapevolezza che la rende — per così dire — talmente evidente da apparire inevitabile.

4. E così, passando attraverso le procedure di conclusione degli atti di autonomia (vecchie e nuove), il negozio giuridico e la sua causa (detta e nominata, o non detta, ma sempre presente quale *oggetto del controllo* sull'atto di autonomia), il lettore si trova nuovamente catapultato nella tempesta delle fonti e dei principi attuali dell'autonomia contrattuale in Europa, in una dimensione che la costante attenzione alla prospettiva sistematica rende possibile definire di *rango costituzionale*.

Anche qui, un'operazione di raccordo dei vari frammenti istituzionali che hanno condotto all'approvazione del Trattato di Lisbona rende esplicita la costruzione di un quadro certo di principi e la dichiarazione da parte dell'Autore di un'opzione interpretativa generale che attraverserà anche le successive riflessioni sugli istituti contrattuali.

Il quadro dei principi costituzionali dell'autonomia privata europea è dunque ricostruito all'interno dei Trattati (TUE e TFUE), come integrati e rivitalizzati dall'affiancamento a parità di rango della Carta di Nizza e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Questo assetto dispone il diritto europeo verso una dimensione politico-istituzionale diversa rispetto al passato, in quanto caratterizzata dai postulati dell'economia sociale di mercato quale delineata nell'art. 3 del TUE, entro i quali perciò l'autonomia privata è destinata a muoversi da ora in poi.

Arriviamo così nel cuore non soltanto del sistema del diritto privato europeo, delle nuove regole oltre che dei nuovi limiti che esso pone all'autonomia privata, in sostituzione di quelli derivanti dall'assetto costituzionale interno; ma anche nel cuore della generale strategia dell'Unione Europea, in relazione ai grandi temi di oggi e di ieri. L'economia sociale di mercato è una dottrina e un modello di governo dell'economia e dello sviluppo economico, nonché un paradigma di organizzazione dei rapporti sociali chiaramente orientato.

L'averlo scelto come principio di rango costituzionale espone l'Europa alla responsabilità delle opzioni giuridico/politiche successive e conseguenti.

L'averlo correttamente presentato nell'*incipit* della ricostruzione sistematica dei principi dell'autonomia privata europea significa per Mazzamuto assumersi coraggiosamente la responsabilità di una personale scelta di campo, a favore o contro, il che l'Autore fa con il rigore e la schiettezza che non da ora lo contraddistinguono.

Il quadro dei principi che governano l'autonomia privata europea, dunque, si ricompone intorno all'idea principale di un mercato regolato, dove non si commettono abusi o sopraffazioni, dove la tutela della concorrenza e il principio di solidarietà di spartiscono il campo, ciascuna con i propri agenti e strumenti, all'interno di una dialettica in cui la coesione e la giustizia sociali si raggiungono *solo* per il tramite di un'economia fortemente competitiva. A tale scopo è certamente rinvenibile una strategia di funzionalizzazione dell'agire del singolo ad un interesse pubblico più generale (p. 95); ma i « singoli » il cui agire autonomo è funzionalizzato sono prevalentemente il consumatore o anche l'imprenditore, mentre l'interesse pubblico cui i loro atti possono risultare funzionalizzati è la « regolazione » del mercato. I soggetti cosiddetti protetti dal diritto europeo dei contratti, i consumatori, acquirenti o viaggiatori o turisti che siano, piccole imprese deboli, o creditori cui si impongono iniqui termini dilatori di pagamento, non sono i beneficiari esclusivi degli interventi previsti a loro tutela. Respingendo la l'orientamento di chi legge le fattispecie in questione dalla « microprospettiva » del contraente debole, essi sono piuttosto assunti quali agenti che attivano meccanismi di regolazione del mercato, come titolari di rimedi che impediscono atti di distorsione della concorrenza e incentivano piuttosto comportamenti virtuosi. E pertanto, l'inderogabilità delle norme di protezione, gli obblighi di contrarre delle imprese dominanti, il divieto di abuso della dipendenza economica, la nullità degli accordi iniqui sui termini di pagamento, come del resto tutti i rimedi accordati ai soggetti protetti, non possono leggersi come espressione di una strategia legislativa a sfondo solidaristico o protezionistico; ma come tecniche di repressione e disincentivazione degli abusi, la cui *ratio* è l'efficienza del mercato e non la giustizia sociale, e nemmeno una compressione di matrice dirigistica e di mera calmierazione di prezzi (ne sia prova l'assenza di regole che, pur nell'ambito di un

controllo rigoroso di vessatorietà delle clausole contrattuali mai scende ad un intervento sui prezzi e sulle ragioni di scambio, lasciati piuttosto alla libera contrattazione).

L'Unione europea si smarca così dai postulati di un liberismo sregolato prima maniera, introducendo per altro verso tecniche di bilanciamento fra l'incentivazione dell'economia di mercato fortemente competitiva e la giustizia sociale, rivolte a garantire la soddisfazione di bisogni primari di protezione sociale (p. 124). Sono in tal senso significative, nella fiduciosa ricostruzione dell'economia sociale di mercato proposta da Mazzamuto, quelle tecniche normative che preservano a monte dalla logica di mercato, sottraendoli al suo funzionamento, i regimi e i servizi di protezione sociale diretti a coprire i rischi fondamentali dell'esistenza. L'esperienza sintomatica della regolamentazione del Servizi sociali di interesse generale, nemmeno inclusi nella Direttiva Servizi, ed ancora la speciale riserva posta dall'art. 106 TFUE in merito ai servizi di interesse economico generale (concorrenza sì, ma nella misura in cui il metodo competitivo non osti alla loro *mission*), sarebbero la prova dell'inveramento dell'economia sociale di mercato attraverso un riparto di competenze tra mercato e non mercato, secondo una strategia posta a tutela della effettività dei diritti della persona inclusi nelle carte costituzionali europee.

In tal modo il nostro A. archivia due miti e fornisce due risposte a due domande essenziali. (p. 131).

Archivia il mito della antistatualità del diritto europeo, nella misura in cui gli Stati membri sono indotti a partecipare all'edificazione dell'Unione attraverso il loro impegno nel sostegno dei diritti sociali e della persona; così replicando a quanti contestano la capacità dell'economia sociale di mercato di superare i limiti di una ideologia della concorrenza e della razionalità del mercato come ideologia « a pensiero unico ».

Archivia altresì il mito della giustizia contrattuale dal basso, amministrata e somministrata dal giudice attraverso l'uso delle clausole generali o di altri correttivi, riassegnando alla buona fede il suo ruolo classico di strumento di equilibrio « nel » rapporto, e non « del » rapporto rispetto a parametri ad esso estranei; così replicando a quanti — a fronte della sovrabbondanza dei richiami alla buona fede nelle codificazioni della cattedra — ritengono velleitariamente di poter affidare ai giudici la indisponibile politica dei diritti sociali. Questa, infatti, concerne la posizione di *socius* — scrive Mazzamuto — ed è dunque all'apice della *societas* che bisogna guardare per rintracciare la fonte delle relative garanzie (p. 133).

5. Chiarito il quadro costituzionale e definiti i principi, il volume adesso scorre, se posso dire, fra rigore e disincanto. Il lungo capitolo dedicato ai lineamenti del contratto di diritto europeo vorrebbe forse incarnare una parte generale della disciplina del con-

tratto, razionalizzando senza nostalgiche forzature sistematiche (ed è qui il disincanto che permette di rinunziare ad una teoria monolitica del contratto) quell'opportunismo tipico del legislatore europeo con il quale il volume esordiva. Vengono così in evidenza i due modelli di contratto europeo, rivolti più che altro non a « tipi » ma a « gruppi » di contratti, non a fattispecie, ma ad affari. Il contratto di consumo e il contratto fra imprese, il terzo contratto dell'elaborazione dottrinaria. Alla rigorosa ricostruzione del trend delle discipline europee, dalle prime direttive fino all'ultima del novembre del 2011, svolta in parallelo al richiamo di taluni principi delle codificazioni dotte o « della cattedra », segue poi la discussione degli schemi interpretativi proposti dagli interpreti. Specie quello del contratto asimmetrico, proposto e contestato quale schema di carattere generale, almeno nell'ambito del diritto europeo delle direttive; meno forse, ma senza le connotazioni consumeristiche, nell'ambito dei principi di diritto europeo. Attraverso la rapida valutazione delle più recenti novità normative nella materia (dal codice del turismo, al regolamento sulla vendita di beni mobili); ma soprattutto attraverso la riproposizione dello strumento rimediale quale strumento principe della politica legislativa europea, l'A. giunge *de plano* a ribadire e comprovare di argomenti positivi la « sua » idea di contratto di diritto europeo, formulata al di fuori di indebite generalizzazioni. Un contratto strumento della volontà politica di imporre un mercato regolato e razionale di cui il consumatore e l'impresa sono gli attori, e i rimedi la chiave di accensione dell'intero sistema (p. 173-174).

Dopodiché si dà il via alla parte più didascalica, che illustra i gruppi di discipline che attuano — con tecniche imperative delle quali si enfatizza la presenza — questa strategia, individuando quelli che manifestano una vocazione più generale: gli obblighi informativi, la buona fede, la forma scritta, il recesso, le nullità di protezione.

Questa parte del volume è l'anticipazione in realtà della seconda parte, definita speciale, ove l'A. ripercorre questa volta analiticamente, e con dovizia di considerazioni dogmatiche, le vicende normative dei gruppi di contratti prevalentemente assunti dal legislatore europeo per le politiche settoriali di mercato. La vendita di beni di consumo; il credito al consumo; il contratto turistico; i contratti di multiproprietà e i prodotti per le vacanze a lungo termine. Ciascuno di questi gruppi di contratti è il pretesto — come già ho avuto modo di dire — per riannodare l'accurata ricostruzione delle novità normative introdotte dal legislatore europeo alla tradizione nobile della dogmatica civilistica e ai problemi di oggigiorno.

6. Così è per la ricostruzione della disciplina di protezione dell'acquirente di beni mobili attraverso la gerarchia dei rimedi contro le difformità in chiave di garanzia, piuttosto che di responsabilità; e così è ancora per la controversa questione del risarcimento del danno non patrimoniale da contratto, consacrato ormai nel codice

del turismo, ma cercato e ritrovato già in alcuni silenzi o in alcune parole del codice civile (negli artt. 1218, 1174, 1175) e confermato infine sempre di più all'interno di discipline — ad es. quelle sul contratto discriminatorio — definitivamente attenti alla rilevanza della persona nell'ambito delle relazioni contrattuali. La regola generale è presto fatta: il danno non patrimoniale da inadempimento è risarcibile tutte le volte in cui interessi non patrimoniali assumono rilievo all'interno delle obbligazioni contrattuali e divengono oggetto del regolamento contrattuale (p. 441).

7. Una notazione finale prima di chiudere. Fra la parte generale e la parte speciale, il nostro A. include una riflessione intitolata ai tempi della crisi. È forse un'altra assunzione di responsabilità delle proprie valutazioni e opzioni interpretative delle strategie europee di fronte alle emergenze degli ultimi due anni. L'occasione è buona per prendere di petto (anche nella sua casa palermitana) le contestazioni in chiave sociale del diritto europeo dei contratti: o perché appiattito definitivamente sulla tutela della concorrenza, *ratio* dominante che avrebbe perfino cancellato ogni possibile partizione tra diritto generale diritti speciali; o perché incapace di esprimere una reale ed effettiva politica di tutela dei diritti fondamentali, specie nei tempi della crisi (privilegiando comunque una Europa dei mercati e non una Europa dei diritti). A tali visione si oppongono con decisione innanzitutto le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, le crescenti attenzioni al diritto delle persone nel diritto dell'economia (discipline dei dati personali, e dei servizi), come pure le prospettive che, tutto sommato, la strategia attuale del diritto europeo dei contratti può ancora offrire, attraverso l'implementazione dell'economia sociale di mercato da una parte; e il rafforzamento degli strumenti di garanzia della correttezza delle transazioni commerciali, specie quelle finanziarie, dall'altra; già caldeggiato in Europa, ad esempio attraverso i regolamenti che tentano di prevenire, piuttosto che semplicemente reagire *ex post* agli effetti negativi macroscopici indotti dalle attività delle agenzie di *rating*. Un'operazione normativa di regolazione, quest'ultima, di indiscutibile significato, nella misura in cui molte decisioni politiche sono state assunte sull'onda delle emergenze di mercato dichiarate — o create — dai responsi delle sorelle del *rating*.

8. Ecco, chiudo così queste forse frammentarie riflessioni, auspicando non solo di aver reso correttamente il pensiero del nostro scrittore, ma soprattutto di essere riuscita con qualche veloce pennellata a riprodurre per schizzi l'affresco che ritengo egli abbia voluto comporre.

Carmelita Camardi