

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI

(1955-1968)

E DA

ALBERTO TRABUCCHI

(1968-1998)

DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI

GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI

ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE

ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO

VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER

PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

REDATTORE CAPO

VITTORIO COLUSSI



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

P A D O V A

STEPHAN LORENZ

Prof. ord. dell'Università di Monaco di Baviera

PROSPETTIVE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI: LA VIOLAZIONE DI UN OBBLIGO (*)

SOMMARIO: I. Introduzione. — II. L'evoluzione verso il Quadro Comune di Riferimento (QCR). — 1. Il contesto organizzativo. — 2. L'« *Acquis* ». — 3. Il DCFR e i materiali dell'*Association Henry Capitant*. — III. Requisiti di una moderna disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungsrecht* »). — 1. Unitarietà della disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungenrecht* »). — 2. Nozione centrale dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungen* »): inadempimento ovvero violazione di un obbligo quale fattispecie oggettiva fondamentale. — 3. Regolamentazione chiara del diritto all'adempimento. — 4. I presupposti della risoluzione del contratto. — 5. Il risarcimento dei danni. — IV. Riepilogo.

1. — Il diritto europeo dei contratti si trova ad un punto di svolta decisivo. Mentre, fino a questo momento, si è potuto ricondurre questo concetto al « *common core* » costituito dalle affinità delle varie discipline contrattuali e dalle loro radici comuni — e quindi ad un « diritto privato europeo comune » — ovvero alle varie norme del diritto europeo secondario, principalmente nell'ambito della tutela dei consumatori nel corso degli ultimi anni si sono delineate, piuttosto, chiare tendenze verso una soluzione politica « dall'alto ». Soluzioni che non si limiteranno a valutare ciò che già esiste, vale a dire l'« *Acquis* » europeo, ma che sono orientate verso la creazione di un autentico diritto europeo dei contratti. È indubbio che la Comunità europea non disponga, al momento, di una competenza legislativa generale in materia di diritto privato. Pur tuttavia, è ovvio che le competenze legislative del Trattato CE non sono soggette ad una garanzia d'eternità e, in presenza di una volontà politica degli stati membri a ciò rivolta, possono essere modificate rapidamente.

Una tale opera non si potrà limitare a codificare le radici comuni, vale a dire l'intersezione delle varie discipline contrattuali esistenti, senza costituire un regresso giurispolitico.

Occorre creare qualcosa di nuovo: di questo bisogna essere consapevoli. Ciò non esclude in nessun modo studi comparatistici, li rende anzi necessari. L'unificazione del diritto, però, non è un valore a sé stante: in primo piano vi è anzitutto la qualità. Il presente contributo si occuperà delle strutture fondamentali del settore certamente più importante di una disciplina del diritto dei

(*) Testo con note della relazione presentata l'11 ottobre 2008 al XXII. Congresso dell'Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi a Berlino (www.djv.org). La forma espositiva dell'intervento è stata qui mantenuta. Traduzione italiana a cura della Dott. Anna Pensovecchio, Augusta (Augsburg).

contratti, quello, cioè, della regolamentazione dell'inadempimento. Il contratto, infatti, quale *mezzo centrale* per l'acquisto di beni in una società che si ispira ai dettami della libertà, deve dar prova di valore nel caso patologico, vale a dire in caso di inadempimento.

II. — 1. — I primi tentativi della Comunità europea mirati all'unificazione del diritto contrattuale risalgono all'anno 1989. Il Parlamento europeo chiedeva in una risoluzione di dare l'avvio « ai lavori preparatori per l'elaborazione di un codice europeo comune del diritto privato ». Una commissione costituita da esperti doveva stabilire le priorità e coordinare tutti i lavori mirati all'unificazione del diritto privato. Un'altra risoluzione del Parlamento europeo dell'anno 1994 sollecitava nuovamente la Commissione europea a cominciare ad occuparsi dei lavori attinenti ad un'eventuale elaborazione di un codice europeo comune in materia di diritto privato.

La necessità di una ricerca approfondita sulla questione « se le legislazioni degli stati membri in materia civile dovessero essere ravvicinate per eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili » si presenta, per la prima volta, nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere dell'anno 1999. In una prima comunicazione sul diritto europeo dei contratti dell'anno 2001 ⁽¹⁾ la Commissione descrisse la situazione del diritto europeo dei contratti presentando poi varie opzioni per iniziative future. Erano previste « la promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto dei contratti per arrivare a una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali », « il miglioramento qualitativo della legislazione già esistente », nonché « l'adozione di una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario ». In una seconda comunicazione della Commissione dell'anno 2003, dal titolo « Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo — un piano d'azione » ⁽²⁾, la Commissione proponeva una combinazione di misure normative e non normative, per garantire l'applicazione unica del diritto comunitario dei contratti come pure un agevole svolgimento del mercato interno. Nuovamente con linguaggio molto vago ci si proponeva di accrescere la coerenza dell'*Acquis* comunitario nel campo del diritto contrattuale, di promuovere l'elaborazione di clausole contrattuali standard applicabili nell'insieme dell'Unione e di esaminare ulteriormente se i problemi legati al diritto contrattuale europeo non avrebbero richiesto soluzioni specifiche non settoriali, quali — ad esempio — un cosiddetto *strumento opzionale*, ovvero una regolamentazione la cui applicazione non sia obbligatoria, ma che — secondo il modello delle « leggi uniformi » dell'Aja in materia di vendita internazionale — le parti possono scegliere di adottare. In questa comunicazione figura, per la prima volta, l'idea del Quadro Comune di Riferimento (QCR). Esso è definito, con linguaggio molto generico, come « un documento pubblicamente ac-

(1) COM/2001/398/FINAL.

(2) COM/2003/68/FINAL.

cessibile, destinato ad aiutare le istituzioni comunitarie ad assicurare una maggiore coerenza dell'*Acquis* attuale e futuro in materia di diritto contrattuale europeo ». Questo quadro di riferimento stabilirebbe, in particolare, « principi e una terminologia comuni nel campo del diritto contrattuale europeo ». Nella terza comunicazione della Commissione sul diritto europeo dei contratti dell'anno 2004, dal titolo « Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*Acquis*: prospettive per il futuro »⁽³⁾, l'idea di un Quadro Comune di Riferimento è stata infine ulteriormente concretizzata e sottoposta ad una rigida tabella di marcia. Il QCR potrebbe essere diviso, secondo un piano della Commissione, che lo vuole adottare già nel 2009, in tre parti: una prima parte potrebbe contenere i principi fondamentali del diritto europeo dei contratti, una seconda parte le definizioni dei concetti giuridici astratti più importanti, una terza parte, infine, « modelli di regole ». Nell'impostazione, ipotizzata dalla Commissione, di questa terza parte — certamente la più importante — si possono notare, per contenuti e struttura, molte somiglianze con i *Principles of European Contract Law* (PECL) della Commissione Lando. In particolare la disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungenrecht* ») è stata tratta sostanzialmente per intero dai PECL.

Quale sia in verità il fine perseguito dalla Commissione con il QCR non è facilmente comprensibile. Leggendo attentamente le varie comunicazioni si ha l'impressione che la Commissione proceda a tentoni e si esprima, consapevolmente, in modo poco preciso. Il QCR, ad ogni modo, dovrà essere pubblicato su grande scala e in seguito via via aggiornato. Il progetto di una legge contrattuale europea, ufficialmente, non è più portato avanti. Il QCR è definito, piuttosto, come un « *toolbox* » che può essere d'aiuto sia alle istituzioni comunitarie nell'assicurare una maggiore coerenza del diritto comunitario attuale e futuro, sia agli stati membri nell'ambito della propria legislazione. Il QCR assume in questo modo, evidentemente, anche la funzione di « *model law* » analogamente alle regolamentazioni elaborate negli Stati Uniti dall'*American Law Institute* in forma di *restatements*. A cosa la Commissione aspiri realmente continua però a rimanere nell'ombra: e questo ha già causato, in parte, reazioni di panico. Un articolo d'apertura pubblicato sulla *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 18 ottobre 2006 portava così il titolo « Salvate il BGB da Bruxelles », aggiungendo prontamente il sottotitolo « Dottorandi zelanti si adoperano ad elaborare un codice civile europeo di cui nessuno ha bisogno »⁽⁴⁾. Che questi timori non siano del tutto infondati, o che quantomeno il modo di procedere della Commissione non sia adatto a lasciar apparire questi timori infondati, è provato dalla risoluzione del Parlamento europeo del 3 settembre 2008, nella quale la Commissione è sollecitata « a presentare un piano preciso e trasparente sul modo in cui sarà organizzata e coordinata la procedura di selezione che porterà al documento della Com-

⁽³⁾ COM/2004/651/FINAL.

⁽⁴⁾ *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 18 ottobre 2006, n. 242, p. 13.

missione ». Nella risoluzione è richiesto, inoltre, di assegnare il progetto — fino a quel momento di competenza della Direzione generale Salute e Tutela dei Consumatori — alla Direzione generale Giustizia, Libertà e Sicurezza, « dato che il QCR va ben al di là del diritto contrattuale per i consumatori »⁽⁵⁾.

Il Quadro Comune di Riferimento è elaborato da un gruppo paneuropeo di studiosi, fondato nel mese di maggio 2005 e finanziato dalla Commissione con mezzi del sesto programma quadro per la ricerca e lo sviluppo tecnologico. Questo gruppo di studiosi, dal nome « *Joint Network on European Private Law* », che al momento comprende ricercatori di 60 università, avrebbe dovuto presentare una prima stesura del Quadro Comune di Riferimento entro l'anno 2007. Il « *Joint Network* » è una cosiddetta rete di eccellenza, sotto la cui egida sono riuniti diversi gruppi di ricerca: tra gli altri sono membri il cosiddetto *Study Group*, l'*Acquis Group* e il *Common Core Group*. Una prima stesura di alcune parti del QCR su materie scelte del diritto contrattuale è già stata elaborata e discussa da studiosi esperti. Il « *Joint Network* » si propone di presentare il Quadro Comune di Riferimento in forma di « *Common Principles of European Contract Law* » (CoPECL). Una prima bozza — contenente in particolare definizioni, concetti generali e singole regole — era prevista per la fine dell'anno 2007; una prima stesura definitiva dovrà essere presentata alla fine del 2008. L'approvazione è prevista, secondo la volontà della Commissione, per l'anno 2009.

La Commissione si è allontanata solo apparentemente dall'idea di un codice civile europeo. Tale idea è stata sostituita, a partire dalla seconda comunicazione, da quella di uno « strumento opzionale »: una codificazione del diritto contrattuale che è messa a disposizione delle parti quale soluzione « *opt-in* », che le parti, cioè, possono scegliere di adottare. Ma se la presenza nell'Unione europea di un'ulteriore codificazione del diritto dei contratti — che sarebbe quindi la 28ª — possa realmente agevolare lo svolgimento del mercato interno resta comunque opinabile.

2. — Il diritto privato comunitario esistente presenta, a causa delle limitate competenze della Comunità europea, un carattere fortemente frammentario. Ciò è stato mostrato chiaramente dal fallito tentativo da parte del cosiddetto « *Acquis Group* »⁽⁶⁾ di elaborare, nell'ambito dei lavori per l'UE, i principi del diritto privato esistente. Questi lavori, il cui risultato — i « *Principles of Existing EC Contract Law* » — è stato pubblicato alla fine dell'anno 2007, si erano proposti di ricavare i principi e le strutture generali del diritto privato comunitario dalle norme sparse del diritto comunitario in materia di diritto contrattuale, esistenti soprattutto nell'ambito della tutela dei consumatori. Questo progetto era destinato a fallire già in partenza, dato che andava

⁽⁵⁾ P6_TA(2008)0397.

⁽⁶⁾ *Research Group on Existing EC Private Law*.

in cerca di qualcosa che non esisteva. Ciò è dimostrato anche dal risultato degli *Acquis Principles* pubblicati di recente: qui troviamo, per l'appunto, regolamentazioni particolareggiate sui concetti di imprenditore e consumatore, norme sulla forma delle dichiarazioni, norme alquanto imprecise e di ampia portata sugli obblighi d'informazione — che dichiarano chiaramente le esigenze specifiche dei consumatori quali regole fondamentali di un diritto contrattuale paneuropeo — regolamentazioni lacunose sulla conclusione del contratto e norme contro le discriminazioni. A ragione è stato stabilito che l'*Acquis Group* non ha rispettato il suo intento puramente ontologico di offrire una descrizione del diritto comunitario esistente, bensì ha agito, in molte circostanze, a fini giurispolitici. Non è stato stabilito « cosa esiste » ma « cosa dovrebbe esistere » ⁽⁷⁾.

3. — Punto conclusivo di quest'evoluzione sono la prima stesura accademica del Quadro Comune di Riferimento (*Draft Common Frame of Reference — DCFR*) ⁽⁸⁾, pubblicato alla fine dell'anno 2007, e i materiali su un CFR del gruppo francese *Association Henri Capitant* ⁽⁹⁾, pubblicati nel 2008. Il DCFR costituisce il risultato provvisorio dei lavori dello *Study Group* e dell'*Acquis Group*. Esso presenta soltanto modelli di regole e corrisponde, quindi, alla terza parte — quella certamente più importante — del QCR ipotizzato dalla Commissione. Il DCFR contiene una codificazione esaustiva dei modelli della dottrina del negozio giuridico, del diritto generale delle obbligazioni, della disciplina dei singoli contratti (compravendita, locazione, prestazioni da contratto di servizio e contratto d'opera, mandato, diritto del rappresentante di commercio, franchising, contratto di distribuzione, garanzie personali) e del diritto delle obbligazioni extracontrattuali (gestione d'affari altrui, responsabilità da atto illecito, arricchimento senza causa e indebito). Sino alla fine del 2008 dovrebbero aggiungersi altri tre libri concernenti il trasferimento della proprietà (*transfer of movables*), le garanzie reali (*security rights in movables*) e il *trust*. Il DCFR non deve limitarsi dunque, secondo l'idea dei ricercatori, al diritto contrattuale europeo, ma deve contenere una codificazione esaustiva del diritto delle obbligazioni.

I lavori appena pubblicati dell'*Association Henri Capitant* — anch'essa sotto l'egida del « *Joint Network on European Private Law* » — si orientano più rigidamente alle disposizioni della Commissione per il QCR. Questo dettagliato e approfondito lavoro di ricerca si occupa, in una prima parte d'impronta comparatistica, di questioni relative alla terminologia; in una seconda

⁽⁷⁾ V. al riguardo la giusta critica di JANSEN-ZIMMERMANN, in *JZ*, 2007, p. 1113 ss.

⁽⁸⁾ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON A EC PRIVATE LAW (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

⁽⁹⁾ FAUVARQUE-COSSON/DENIS MAZEAUD (a cura di), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, 2008.

parte formula « *Guiding Principles of European Contract Law* » (libertà contrattuale, effetti del contratto, correttezza contrattuale); nella terza parte, infine, presenta una versione rielaborata della prima e seconda parte dei PECL. Esso si limita, dunque, diversamente dal DCFR, al diritto contrattuale generale.

Indipendentemente da ciò che, secondo le comunicazioni ufficiali, potrà svilupparsi dal DCFR — che conformemente all'intento della sua creazione può costituire una base per il QCR — e dal QCR che sarà adottato dalla Commissione, è indubbio che con il DCFR è stata presentata, per la prima volta, una proposta per una codificazione quasi esauriente del diritto delle obbligazioni. Il DCFR non si accontenta di formulare definizioni e principi generali, esso offre piuttosto una prima possibilità per occuparsi di questioni centrali del nuovo diritto delle obbligazioni proposto. Ciò è, oltretutto, d'importanza fondamentale: l'unificazione del diritto dei contratti su scala europea deve, infatti, dare prova di valore nella prassi giuridica. Chi si adopera a sostituire sistemi tradizionali funzionanti di codificazioni europee di diritto civile, deve tenere a mente che — a prescindere dalla perdita di cultura giuridica — sostituire sistemi giuridici è un'impresa pericolosa. La qualità ha qui importanza maggiore rispetto al tempo da impiegare. In caso contrario è opportuno attenersi al detto dei programmatori: « *never change a running system!* ». La presenza, adesso, di un modello con il quale la dottrina può confrontarsi *en detail* è quindi sicuramente da approvare. Soltanto in questo modo è possibile, oltretutto, rendere, sia per i critici che per i sostenitori, più obiettiva la discussione sulla fondatezza e la qualità di un codice civile europeo. Non si tratta di « salvare » il BGB o il codice civile, bensì semplicemente di continuare a trasmettere, evolvere e in tal modo custodire il bagaglio di esperienze delle culture giuridiche europee.

III. — 1. — Uno sguardo rapido alle varie discipline contrattuali europee e ai regolamenti internazionali, come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (CISG), rivela come una funzionante disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungenrecht* ») necessiti, non soltanto al fine di evitare incoerenze, di un sistema astratto e unitario. Esempio negativo è stato al riguardo il diritto tedesco sino alla modernizzazione del diritto delle obbligazioni, avvenuta nell'anno 2002. La compresenza di una disciplina generale dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungenrecht* ») — con le sue categorie dell'impossibilità, della mora e con gli istituti giuridici *praeter legem* della violazione positiva del contratto (« *positive Forderungsverletzung* ») e della *culpa in contraendo* — da un lato e delle norme speciali sulla garanzia dall'altro, ha portato ad una serie di incertezze e incoerenze che hanno costretto dottrina e giurisprudenza ad inventare artifici sempre più fantasiosi ⁽¹⁰⁾. L'introduzione di una disciplina unitaria dell'inadem-

⁽¹⁰⁾ V. al riguardo, per tutti, MEDICUS, *Dogmatische Verwerfungen im geltenden deut-*

pimento in generale (« *Leistungsstörungenrecht* »), applicabile in linea di principio sia ai rapporti obbligatori contrattuali che a quelli *ex lege*, era pertanto l'obiettivo principale di questa riforma, alla quale si lavorava già a partire dagli anni '70 del secolo scorso.

2. — Il diritto italiano si trovava qui più avanti rispetto al diritto tedesco. Elemento fondamentale dell'intera disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungenrecht* ») è secondo il diritto italiano, che segue il modello francese, la fattispecie unica dell'inadempimento. Questo termine, adoperato dall'art. 1218 del Codice Civile, ha un significato esaustivo: qualsiasi divergenza dal quadro delle prestazioni dovute costituisce inadempimento; tale concetto include, quindi, sia la mancata esecuzione della prestazione, sia il ritardo nell'adempimento che la prestazione non conforme al contratto, indipendentemente dalle cause che hanno portato a tale divergenza ⁽¹¹⁾. Questo accade, a partire dalla riforma del diritto delle obbligazioni, anche nel diritto tedesco. La nozione centrale è qui la « violazione di un obbligo » (§ 280, comma 1, BGB), il cui significato può essere equiparato a quello dell'inadempimento ⁽¹²⁾. Anche i PECL e, conformemente a questi ultimi, il DCFR presentano un'impostazione di tipo unitario. Il concetto di « inadempimento » (*non-performance*) è qui inteso nello stesso senso esaustivo come nel diritto tedesco e nel diritto italiano. L'art. III.-1:101, comma 3, DCFR definisce « *non-performance* » come « *any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation* ». Questa definizione segue evidentemente il modello della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci. Queste due nozioni sono state in un certo qual senso equiparate, laddove nel titolo « *Breach of contract* », terminologia che più si avvicina a quella della violazione di un obbligo, ci si riferisce alla situazione centrale in cui il venditore non adempie « uno » dei suoi obblighi. La scelta tra la nozione di inadempimento e quello di violazione di un obbligo si risolve, quindi, in una questione di tipo puramente terminologico: una disciplina moderna dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungenrecht* ») deve sostanzialmente ricondurre ogni divergenza della prestazione eseguita da quella dovuta ad un'unica fattispecie. Ciò non impedisce di fare delle

schen Schuldrecht, in SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE (a cura di), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Münster etc. 2001, p. 33 ss.

⁽¹¹⁾ KINDLER, *Einführung in das italienische Recht*, 2ª ed., 2008, § 15, n. 33, con ulteriori riferimenti.

⁽¹²⁾ Nel corso dei lavori della riforma, infatti, è stato discusso se il § 280, comma 1, BGB avrebbe dovuto adoperare preferibilmente il termine di inadempimento. Ciò avrebbe aiutato ad evitare, in particolare, problemi di tipo ermeneutico in relazione all'impossibilità della prestazione. Secondo le considerazioni del legislatore questo concetto è in ogni caso equivalente a quello di inadempimento, v. RegE (ddl) Bundestags-Drucksache 15/6040, p. 134 s.

distinzioni, in base al contenuto dei rispettivi obblighi, al momento dell'applicazione di queste norme. Come il diritto francese e il diritto italiano, anche il nuovo diritto tedesco distingue tra obblighi concernenti il risultato e obblighi concernenti il fare (obbligazioni di risultato, obbligazioni di mezzi). Nel caso in cui non sia dovuto un risultato specifico, bensì semplicemente lo svolgimento di un'azione, sarà decisamente più difficile provare l'avvenuta violazione di un obbligo: il venditore, infatti, viola un obbligo se non consegna la merce, il medico, però, non viola i suoi obblighi se semplicemente non riesce a guarire il suo paziente ⁽¹³⁾.

Un altro requisito fondamentale per una disciplina dell'inadempimento (« *Leistungsstörungsrecht* ») chiaramente strutturata è la netta distinzione tra la violazione di un obbligo e l'imputabilità. L'inadempimento ovvero la violazione di un obbligo devono essere considerati quali fattispecie meramente oggettive, che non possono includere alcun elemento di rimproverabilità soggettiva (= colpa). Soltanto così è possibile distinguere, successivamente, tra conseguenze giuridiche differenti ⁽¹⁴⁾. Questa è la situazione nel diritto tedesco; allo stesso modo operano il DCFR e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci. Questo sembra valere, quantomeno in linea di massima, anche per il diritto italiano.

3. — Una questione primaria nella disciplina dell'esecuzione difettosa dell'adempimento — di carattere sia giuspolitico che sistematico — è legata alla pretesa all'adempimento. Qui si presenta, sotto un duplice aspetto, uno dei temi fondamentali del diritto dei contratti: il principio « *pacta sunt servanda* ».

a) *Esistenza della pretesa all'adempimento: rapporto tra diritto primario (« primärer Anspruch ») e rimedi secondari (« sekundärer Anspruch »).*

Consideriamo, in primo luogo, il rapporto tra la violazione di un obbligo e la pretesa all'adempimento, ovvero tra il diritto primario e i rimedi secondari. Sia il diritto italiano che il diritto tedesco partono dal principio che la pretesa all'adempimento sia sostanzialmente esigibile. Il modello europeo sembra presentare qui dei problemi, se non altro nel suo approccio teorico, nella misura in cui considera la pretesa all'adempimento una sottospecie di inadempimento in generale (« *Leistungsstörung* »). Se la pretesa all'adempimento avesse, infatti, l'inadempimento quale presupposto — come stabilito dall'art. III.-3:101 DCFR — il creditore sarebbe tenuto, secondo le regole dell'onere della prova, a dar prova dell'inadempimento: situazione questa, quan-

⁽¹³⁾ V. al riguardo, per tutti, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 18ª ed., 2008, n. 121, p. 336 ss.

⁽¹⁴⁾ Il problema linguistico costituito dal pericolo che la nozione di « violazione di un obbligo » potesse essere intesa quale elemento soggettivo, era, tra l'altro, la ragione per cui in Germania è stato proposto di adoperare ugualmente il termine di inadempimento.

to meno nel caso dell'inadempimento totale, molto discutibile ⁽¹⁵⁾. Il DCFR, inoltre, esclude la pretesa all'adempimento nel caso in cui l'inadempimento sia giustificato, ovvero « *excused* ». Considerato il ridotto campo di applicazione delle cause di giustificazione indicate dall'art. III.-3:104 DCFR — che comprendono soltanto casi di *force majeure* e di impossibilità — sembra però difficile che in questo caso sussistano effettivamente differenze essenziali rispetto al diritto tedesco e al diritto italiano. Ad ogni modo, l'asserzione secondo cui nel DCFR la pretesa all'adempimento dipenda dall'imputabilità dell'inadempimento del debitore si spinge troppo lontano. Anche la valutazione secondo cui, al contrario, nel caso di un persistente e non giustificato impedimento della prestazione la pretesa all'adempimento continui a sussistere è errata. L'art. III.-3.302 DCFR esclude, infatti, l'adempimento specifico (*specific performance*) per le prestazioni non pecuniarie nel caso d'impossibilità, di sforzi o costi irragionevoli o d'insensatezza dell'esecuzione forzata di una prestazione a carattere personalissimo.

Ci siamo imbattuti così in un secondo problema: temi quali il venir meno della pretesa all'adempimento a causa di impedimenti persistenti e le conseguenti ripercussioni sull'efficacia del contratto dovrebbero essere oggetto di una disciplina trasparente. Nel diritto italiano manca, così come mancava nel vecchio diritto tedesco, una disciplina chiara dell'impossibilità. L'evoluzione del diritto tedesco consiste nel fatto che due cose sono chiaramente disciplinate nel caso dell'impossibilità: la validità del contratto è indipendente dalla possibilità di eseguire la prestazione; la pretesa all'adempimento è però, indipendentemente dall'imputabilità del debitore, esclusa nel caso dell'impossibilità (§ 275, comma 1, BGB). Tale contratto, pur sempre valido, costituisce poi la base dei rimedi giuridici secondari o di effetti giuridici quali il recesso dal contratto o il risarcimento dei danni, ovvero del venir meno *ipso iure* dell'obbligo di eseguire la controprestazione.

Anche il diritto italiano presuppone l'esistenza della pretesa all'adempimento. L'inadempimento lascia sussistere la pretesa alla prestazione del creditore senza che siano necessari altri requisiti, obbliga però il debitore al risarcimento dei danni (art. 1218 c.c.) ⁽¹⁶⁾. L'art. 1256 c.c. regola, d'altra parte, soltanto l'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, la quale fa venir meno l'obbligo all'esecuzione della controprestazione (art. 1463 c.c.) e vede nell'impossibilità originaria un caso di inefficacia del contratto a causa della mancanza dell'oggetto. Secondo l'art. 1256, comma 1, c.c. viene meno nel caso dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore l'obbligo di eseguire la prestazione; secondo l'art. 1463 c.c. viene egualmente meno l'obbligo di eseguire la controprestazione. L'impossibilità sopravvenuta imputabile al debitore è invece interamente lasciata nelle mani della dottrina e del-

⁽¹⁵⁾ V. al riguardo WELLER, in *JZ*, 2008, p. 764 ss.

⁽¹⁶⁾ KINDLER, *op. cit.*, § 10, n. 41.

la giurisprudenza ⁽¹⁷⁾. Il DCFR propone, al contrario, anche se codificato in modo velato, un rapporto altrettanto chiaro tra diritto primario (« *Primäranspruch* ») e rimedi secondari (« *Sekundäranspruch* »). L'impossibilità è codificata, quale causa per l'esclusione della pretesa all'adempimento indipendente dall'imputabilità, nel capitolo sui « *remedies for non-performance* » all'interno della sezione « *right to enforce performance* » (art. III.-3:302 DCFR). In questo modo è quindi posto in chiaro che il venir meno della pretesa all'adempimento non dipende dall'imputabilità, non esclude altri rimedi secondari (« *Sekundäransprüche* ») e, soprattutto, non mette in forse l'efficacia del contratto. Questo principio è pronunciato per l'impossibilità originaria in modo esplicito dall'art. II.-7:102 DCFR (altrettanto fa il § 311a, comma 1, BGB). Questa disciplina — che distingue nettamente tra diritto primario (« *Primäranspruch* ») e rimedi secondari (« *Sekundäransprüche* ») per le categorie inadempimento/violazione di un obbligo — è, a prescindere dalla sua struttura a volte un po' confusa, chiara e moderna.

b) *Priorità della pretesa all'adempimento: il sistema del termine supplementare.*

Un secondo aspetto legato al rapporto tra adempimento e inadempimento è costituito dal rapporto tra il diritto primario (« *Primäranspruch* ») e i rimedi secondari (« *Sekundäransprüche* »). Mi riferisco, in altre parole, alla questione se, secondo l'ottica del debitore, l'inadempimento/violazione di un obbligo permetta al creditore di far valere direttamente un rimedio secondario (« *Sekundäranspruch* ») — e quindi di sciogliere il contratto o di chiedere il risarcimento del danno in luogo della prestazione — oppure se al debitore debba essere concessa una « seconda *chance* » per l'adempimento dei suoi obblighi. Un sistema giuridico che si considera vincolato al principio dell'adempimento specifico e della lealtà contrattuale riterrà auspicabile, nel caso di inadempimento in generale (« *Leistungsstörungen* »), concedere priorità assoluta all'adempimento e attribuire importanza secondaria ai rimedi giuridici che risolvono il contratto o — come la riduzione del prezzo — modificano i suoi contenuti a scapito del contenuto convenuto autonomamente tra le parti. Questo principio — un'invenzione del diritto tedesco — che può anche essere definito come il principio della « conservazione del contratto », si è consolidato nel BGB del 1900 attraverso il sistema del termine supplementare (§ 326 BGB vecchia versione) ⁽¹⁸⁾: fino a quando l'esecuzione dell'adempimento rimane possibile il creditore, con riferimento al suo interesse all'adempimento, può servirsi dei rimedi giuridici secondari — quali la risoluzione del contratto, la riduzione della controprestazione e il risarcimento dei danni per inadempimento — soltanto dopo aver concesso al

⁽¹⁷⁾ V., per tutti, i riferimenti in KINDLER, *op. cit.*, § 10, n. 43.

⁽¹⁸⁾ V. al riguardo la dettagliata analisi di UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, 2007, p. 243 ss. *et passim* e S. LORENZ, *Vertragserhaltung im Kaufrecht, Studi in onore di Wolfsteiner*, 2007, p. 121 ss.

debitore una « seconda *chance* » per l'esecuzione del contratto, soltanto dopo aver fissato, cioè, un termine supplementare. Questo sistema si è dimostrato un « campione di *export* »: *Karl Llewellyn* lo ha introdotto nell'*Uniform Commercial Code* americano ⁽¹⁹⁾, la dottrina giuridica americana ne parla come « *the german Nachfrist* », anche in Francia si parla de « *le Nachfrist* » ⁽²⁰⁾. Nel diritto tedesco il termine supplementare è chiaramente disciplinato: se l'esecuzione della prestazione non è impossibile e il debitore non ha esercitato il suo diritto a rifiutare l'esecuzione della prestazione, il creditore deve fissare, in linea di principio, un termine supplementare per ogni rimedio giuridico che metta in forse l'esecuzione o il contenuto del contratto. Questo vale sia per il recesso (§ 323 BGB), sia per il risarcimento del danno in luogo della prestazione (§ 281 BGB) che, indirettamente, per la riduzione della controprestazione — che poggia sul diritto di recesso — in forma della riduzione del prezzo d'acquisto (*Minderung*, § 441, comma 1, BGB). Ovviamente vi sono diverse eccezioni a questa regola, le quali prendono in considerazione la singola situazione del creditore nel caso concreto e gli permettono, ad esempio nel caso del contratto a termine fisso o in altri casi di esigibilità della prestazione da parte del debitore, di esercitare direttamente i vari rimedi giuridici (v. § 281, comma 2, BGB, § 323, comma 2, BGB) ⁽²¹⁾. Il diritto italiano sembra essere qui meno chiaro: l'art. 1453 c.c. prevede una risoluzione giudiziale del contratto (risoluzione per inadempimento) in linea di principio anche senza che sia necessaria la fissazione di un termine, rende però possibile, con l'art. 1454 c.c. — dopo un'intimazione ad adempiere collegata alla fissazione di un termine (diffida ad adempiere) — una risoluzione del contratto senza una decisione costitutiva del giudice. Anche il diritto al risarcimento dei danni per inadempimento non ha quale presupposto la costituzione in mora del debitore attraverso una diffida formalizzata ⁽²²⁾. Il DCFR prevede esplicitamente la priorità della pretesa all'adempimento soltanto nel caso di una prestazione non conforme al contratto (art. III.-3:201 ss. DCFR). Secondo quest'ultima norma, sostanzial-

⁽¹⁹⁾ V. al riguardo, ad esempio, WHITMAN, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 *Yale Law Journal* 156, 1987.

⁽²⁰⁾ V. sul punto e anche a proposito dell'influenza del modello tedesco del termine supplementare sulla Legge uniforme dell'Aja del 1964 sulla formazione dei contratti (LUFC) e sulla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (CISG), ad esempio, SCHLECHTRIEM, *Fristsetzungen bei Leistungsstörungen im Einheitlichen UN-Kaufrecht und der Einfluß des § 326 BGB*, in *Studi in onore di Trinkner*, 1995, p. 321 ss.

⁽²¹⁾ Sulla superfluità della fissazione di un termine (e non della richiesta dell'eliminazione successiva dei vizi e del decorso di un termine) nel campo della vendita di beni di consumo v., per tutti, S. LORENZ, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5ª ed., 2008, Vor. § 474, n. 20.

⁽²²⁾ Cass. 6 febbraio 1989, n. 728, in *Rep. F. it.*, 1989, voce *Obbligazioni in generale*, n. 36; KINDLER, *op. cit.*, § 15, n. 32 ss.

mente conforme all'art. 8:104 PECL ma più dettagliata, il debitore ha diritto, nel caso in cui egli esegua una prestazione non conforme al contratto, ad offrire la prestazione una seconda volta. Egli può offrirla non soltanto entro il termine convenuto per la prestazione, ma anche dopo il suo decorso. Il creditore deve poi concedergli un lasso di tempo congruo per l'esecuzione dell'adempimento successivo durante il quale può semplicemente trattenere la sua controprestazione e pretendere il risarcimento dei danni dovuti al ritardo e di ulteriori danni accessori, ma non può fare valere altri rimedi giuridici (art. III.-3:202, comma 2; III.-3:204 DCFR = art. 8:105 PECL). Nel caso di un inadempimento totale il creditore *può* concedere un termine supplementare, non è però obbligato a farlo. Se l'inadempimento è essenziale (*fundamental*), il contratto non produce più effetti (*termination*) ai sensi dell'art. III.-3:502 DCFR, indipendentemente dalla fissazione di un termine. In caso contrario la risoluzione del contratto presuppone però ugualmente l'inutile decorso di un termine (art. III.-3:502 DCFR). Per quanto riguarda la riduzione della controprestazione, che l'art. III.-3:601 DCFR prevede solamente nel caso di una prestazione non conforme al contratto, e cioè di un inesatto adempimento («*Schlechtleistung*»), la priorità della pretesa all'adempimento risulta dal suddetto diritto del debitore alla seconda offerta ai sensi dell'art. III.3:202, comma 2, DCFR. Nella disciplina dei contratti di compravendita un consumatore (ma soltanto questi) può dichiarare direttamente — e quindi senza fissare un termine — la risoluzione del contratto nel caso di una violazione del contratto non irrilevante (art. IV.A.-4:202 DCFR). Il richiamo alla norme corrispondenti della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (art. 49 CISG) è evidente. In fin dei conti, però, deve dirsi che qui manca un sistema coerente, unitario e chiaro per la fissazione del termine supplementare. Questa disciplina è soltanto confusa.

4. — a) *Il presupposto della colpa.*

A prescindere dalla suddetta questione del termine supplementare, un sistema coerente di sanzioni per la violazione di un obbligo deve avere chiara cognizione dei presupposti per la risoluzione del contratto. Decisiva è la domanda se la risoluzione del contratto abbia quale presupposto semplicemente l'inadempimento di un obbligo, oppure se, oltre a ciò, sia necessario un criterio di imputabilità come la *colpa*. Bisogna qui considerare, in primo luogo, la funzione della risoluzione del contratto: il creditore, la cui pretesa non è adempiuta o non è adempiuta come dovuto, non riceve ciò che gli spetta. Tramite lo scioglimento del contratto egli non solo è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, pure non è più obbligato ad accettare la prestazione e può procurarsela altrove oppure rinunciare. La risoluzione del contratto serve soprattutto, quindi — diversamente dal semplice diritto del creditore a trattenere la prestazione dovuta — a recuperare la libertà di disposizione. Essa, pertanto, non costituisce una semplice sanzione per il debitore. È

pur vero che la risoluzione unilaterale del contratto viola, nel senso più lato, il principio « *pacta sunt servanda* »⁽²³⁾; tale violazione è tuttavia giustificata dal fatto che la causa dell'allontanamento dal contratto è costituita, in questo caso, dal mancato adempimento o dall'inesatto adempimento (« *Schlechterfüllung* ») dell'obbligo contrattuale (violazione oggettiva di un obbligo) dell'altra parte, vale a dire dallo stesso sinallagma funzionale. Per questo motivo è da considerarsi senz'altro un passo in avanti il fatto che il diritto tedesco, dopo la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, abbia deciso di rendere il recesso indipendente dall'imputabilità. La risoluzione del contratto nel caso in cui l'impedimento della prestazione non sia imputabile al debitore è compensata sia dal sistema del termine supplementare — che concede al debitore una « seconda *chance* » per l'adempimento — come pure dall'esclusione del recesso nel caso dell'avvenuta esecuzione di prestazioni parziali, nel cui caso il creditore, per ottenere il recesso totale, deve provare il venir meno dei suoi interessi. Nel diritto italiano è notoriamente controverso se la risoluzione per inadempimento abbia quale presupposto che l'inadempimento sia colposo; la colpa è tuttavia presunta ai sensi dell'art. 1218 c.c. A causa del carattere sanzionatorio della risoluzione del contratto, che toglie al debitore anche il diritto di pretendere la controprestazione, l'opinione predominante ritiene che la colpa sia presupposto per la risoluzione per inadempimento. Essa concede al creditore, nel caso di un impedimento temporaneo non imputabile al debitore, semplicemente l'eccezione d'inadempimento, ma non un diritto di risoluzione. La situazione è tuttavia diversa nella disciplina della compravendita: il venditore deve qui garantire la mancanza di vizi della cosa venduta, con la conseguenza che la risoluzione del contratto non dipende dall'imputabilità (v. art. 1492 c.c.).

Il DCFR, invece, prevede la risoluzione del contratto — come previsto dal diritto tedesco — indipendentemente dalla colpa del debitore. Ciò costituisce un'ulteriore prova del carattere essenziale della *non-performance* (v. art. III.-3:502, comma 2, lett. b, DCFR), il quale, evidentemente, può essere costituito anche da elementi soggettivi. Questi elementi soggettivi, però, possono essere presi in considerazione soltanto nella misura in cui essi siano realmente adatti a scuotere la fiducia del creditore nell'adempimento futuro.

b) *Il presupposto dell'importanza.*

Dato che la risoluzione del contratto costituisce un'eccezione al principio *pacta sunt servanda*, essa non deve dare la possibilità al creditore di risolvere — in base a considerazioni fittizie — il contratto della cui conclusione, in realtà, si è pentito per altri motivi. Il diritto italiano valuta questa situazione nell'art. 1455 c.c., nel quale è esclusa la risoluzione del contratto nel caso in cui l'inadempimento sia « di scarsa importanza ». Similmente procede il diritto tedesco, differenziando tuttavia in modo più preciso tra prestazione parziale e prestazione inesatta (« *Schlechtleistung* »): il recesso è qui infatti escluso

⁽²³⁾ Diversa qui l'ottica di UNBERATH, *op. cit.*, p. 245 s.

in caso di violazione di un obbligo irrilevante (§ 323, comma 5, secondo periodo, BGB). Il DCFR, invece, permette in generale la risoluzione del contratto soltanto nei casi in cui la violazione del contratto sia importante o vi sia un ritardo nell'adempimento. Il compratore pertanto, nel caso in cui l'oggetto comprato sia viziato, dovrà provare l'importanza del vizio; il diritto italiano e il diritto tedesco, al contrario, fanno ricadere sul venditore l'onere della prova. Soltanto nell'ambito della vendita di beni di consumo la disciplina del DCFR corrisponde a quella del diritto italiano e del diritto tedesco.

c) *La portata della risoluzione del contratto.*

Nel caso di un inadempimento *parziale* è altrettanto decisivo considerare la portata della risoluzione del contratto. La domanda è la seguente: qualora soltanto una parte della prestazione sia inesatta, dovrà risolversi l'intero contratto? Il diritto italiano, il diritto tedesco e il DCFR sono su questo punto sostanzialmente concordi: il diritto italiano, nel caso di prestazioni eseguite periodicamente nell'ambito di rapporti obbligatori di durata, non attribuisce efficacia retroattiva alla risoluzione del contratto; le prestazioni già scambiate tra le parti non saranno più oggetto, quindi, di un processo di ripetizione (art. 1458 c.c.). Per il resto, nel caso d'impossibilità parziale, l'obbligo di eseguire la prestazione sussiste solo parzialmente (art. 1258 c.c.); l'altra parte ha in ogni caso la possibilità, nel caso in cui l'interesse alla prestazione venga meno, di risolvere il contratto interamente (art. 1464 c.c.). Le norme del diritto tedesco operano — con una regolamentazione esplicita sia per il caso dell'impossibilità della prestazione che per il caso del ritardo nell'adempimento — in modo molto simile (§ 323, comma 5, periodo 1, BGB). Il DCFR presenta una regolamentazione, dal punto di vista funzionale, equivalente: l'art. III.-3:506 dispone che, nel caso di una prestazione parzialmente difettosa, il creditore possa recedere totalmente dal contratto soltanto qualora non si possa ragionevolmente pretendere l'accettazione di una prestazione parziale da parte sua.

d) *Diritti potestativi e azioni costitutive.*

Le discipline contrattuali europee presentano differenze sostanziali nella valutazione della questione se la risoluzione del contratto necessiti di una sentenza costitutiva oppure se essa possa semplicemente verificarsi tramite una dichiarazione da parte del creditore. Il diritto italiano segue qui la tradizione neolatina del *Code Civil* francese, che da sempre guarda con scetticismo alle dichiarazioni con efficacia costitutiva e richiede l'intervento di un giudice per la risoluzione del contratto (« *nul ne peut se faire justice soi-même* »). Nel caso della « diffida ad adempiere », tuttavia, è prevista una risoluzione del contratto *ipso iure* (art. 1454 c.c.), attraverso cui la diffida — almeno secondo modelli di pensiero tedeschi — assume un carattere costitutivo. Anche il venir meno dell'obbligo di eseguire la controprestazione nel caso dell'impossibilità si verifica *ope iuris*. Una risoluzione del contratto *ipso iure* è prevista, ancora, nel caso di un esplicito accordo per l'ipotesi di inadempimento (art. 1456 c.c. — clausola risolutiva espressa) e nel caso di un contratto a termine fisso (artt. 1457, 1517 c.c. — termine essenziale).

Il diritto tedesco, al contrario, è più favorevole alle dichiarazioni costitutive e permette la risoluzione del contratto tramite una dichiarazione recettizia. Un intervento del giudice non è necessario. Il DCFR segue questa linea (art. III.-3:507). In ogni caso questa soluzione sembra essere quella più efficiente. Al momento pure in Francia, inoltre — nell'ambito della riforma del diritto generale delle obbligazioni — si comincia a seguire prudentemente questa linea ⁽²⁴⁾. Un moderno diritto europeo dei contratti dovrà comunque prevedere l'esistenza dei diritti potestativi.

5. — a) *Il principio della colpa.*

Importanza cruciale ha la questione se nel diritto europeo dei contratti la responsabilità per il risarcimento dei danni dovrà avere carattere oggettivo o soggettivo: questione, questa, che deve essere valutata non solo in relazione ai presupposti per l'esistenza della responsabilità, ma anche in relazione alla possibilità di limitazioni contrattuali della responsabilità. Il diritto tedesco adotta il principio della colpa anche nella disciplina della responsabilità contrattuale per il risarcimento dei danni. La riforma del diritto delle obbligazioni ha accentuato ulteriormente questa situazione, eliminando, come nel caso delle obbligazioni generiche, le fattispecie della responsabilità per garanzia *ex lege*. Il diritto tedesco ammette, però, una responsabilità senza colpa in caso di assunzione di una garanzia o del rischio di procurarsi il bene dovuto (« *Beschaffungsrisiko* »); questa responsabilità dipende dalla volontà delle parti e deve essere stata oggetto della regolamentazione contrattuale. La colpa, in questo caso, è presunta: il debitore dovrà presentare le prove a suo discarico. Nel diritto italiano non si è ancora risolta la controversia tra la teoria oggettiva, che considera l'art. 1218 c.c. una norma fondamentale dalla quale evince una responsabilità oggettiva per l'inadempimento, e la teoria soggettiva. La giurisprudenza adotta una soluzione intermedia e ritiene che per le obbligazioni di dare la responsabilità sia oggettiva; per le obbligazioni di fare distingue invece, secondo la tradizione francese, tra obbligazioni di risultato (responsabilità oggettiva per un risultato) e obbligazioni di mezzi (responsabilità per colpa) ⁽²⁵⁾. Le differenze tra il diritto italiano e il diritto tedesco sono, dopo un'analisi attenta, meno considerevoli di come possono sembrare a prima vista. Non è però comprensibile il fatto che il recesso dal contratto, rimedio nei confronti del debitore notevolmente meno incisivo, dipenda dall'imputabilità.

Il DCFR, secondo la tradizione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (art. 79 CISG), adotta una responsabilità indipenden-

⁽²⁴⁾ V. al riguardo S. LORENZ, *La responsabilité contractuelle dans l'avant-projet — un point de vue allemand*, in *Revue des Contrats, (RDC)*, 1/2007, p. 57 ss. Riguardo al progetto di riforma v. per il resto SONNENBERGER, in *ZEuP*, 2007, p. 421 ss.

⁽²⁵⁾ V. al riguardo, per tutti, KINDLER, *op. cit.*, al § 15, n. 34 ss., con ulteriori riferimenti.

te da colpa. Secondo l'art. III.-3:701 DCFR il creditore può chiedere il risarcimento del danno nella misura in cui l'inadempimento non sia giustificato (« *excused* »). Come già detto, la *non-performance* non è però già *excused* qualora non vi sia colpa da parte del debitore; essa è giustificata, in linea di massima, soltanto nei casi di *force majeure* (art. III.-3:104 DCFR). Il risarcimento di interessi moratori, oltretutto, è previsto dal DCFR anche qualora l'inadempimento sia *excused* (art. III.-3:708 DCFR). Un sistema soggettivo, che adotti il principio della colpa ma lasci spazio ad una responsabilità oggettiva concordata autonomamente dalle parti, sembra sicuramente essere quello superiore da un punto di vista etico-giuridico ⁽²⁶⁾. Un sistema di responsabilità oggettiva deve però, per lo meno, lasciare un margine sufficiente per una limitazione contrattuale della responsabilità.

b) *Differenziazione dei presupposti della responsabilità — l'interesse del creditore.*

Alquanto rudimentale sembra essere il DCFR nella differenziazione dei vari presupposti della responsabilità. Il diritto tedesco si è spinto qui, nell'ambito della codificazione attuata dalla riforma del diritto delle obbligazioni, fino ad un livello di perfezione tipicamente tedesco, che facilmente provocherà il disappunto del giurista straniero circa la nostra mania di perfezionismo ⁽²⁷⁾. Ad un esame più attento, però, tale disciplina eccessivamente perfezionista risulterà in fin dei conti non complicata ma trasparente: nell'ambito della responsabilità per il risarcimento del danno distinguiamo — rigorosamente — tra i vari interessi del creditore. Nel caso in cui il creditore chieda il risarcimento dell'interesse all'adempimento — voglia ottenere, cioè, il risarcimento del valore dell'inadempimento rinunciando all'adempimento — il diritto di far valere il risarcimento del danno è vincolato, nel caso di ritardo nell'adempimento (che comprende la prestazione viziata ma riparabile), alla fissazione del termine supplementare: situazione questa, che segue ancora una volta il principio della conservazione del contratto. I presupposti del § 281 BGB sono pertanto corrispondenti a quelli della risoluzione del contratto tramite recesso. Qualsiasi altro danno che non si sostituisca alla prestazione — e non riguardi, quindi, l'interesse all'adempimento — è risarcibile, al contrario, senza la fissazione di un termine. Soltanto il danno per ritardo della prestazione è risarcibile — come nel diritto italiano — dopo che il debitore sia stato costituito in mora (di regola mediante la diffida). Questa chiara distinzione tra risarcimento del danno in luogo della prestazione, risarcimento del danno per ritardo della prestazione e semplice risarcimento del danno è stata chiaramente codificata dal legislatore in una sola norma all'inizio della disciplina

⁽²⁶⁾ *Idem* UNBERATH, *op. cit.*, p. 328 ss.; v. anche CANARIS, *Studi in onore di Wiegand*, 2005, p. 179 ss., e 253; S. LORENZ, *Karlsruher Forum*, 2005 (2006), p. 5 e 59.

⁽²⁷⁾ V., ad esempio, la critica di OLE LANDO, in *RabelsZ*, 67, 2003, p. 231 e 244 s. che accusa un « livello di astrazione troppo elevato » e un « labirinto di regole ». *A fortiori* dovrebbe certamente estendere questa critica anche al DCFR.

dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungsrecht* »), e cioè nel § 280 BGB; i vari presupposti sono poi regolati da una chiara struttura nelle poche norme susseguenti, nei §§ 281-283 BGB e nel § 286 BGB. Questo sistema è addirittura esemplare. Si tratta, in fin dei conti, della codificazione dell'essenza sistematica del BGB e dimostra come una regolamentazione chiara e strutturata possa essere la base dell'intera disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungsrecht* »).

La situazione del diritto italiano è paragonabile, invece, a quella del diritto tedesco antecedente alla riforma dell'anno 2002. Dal punto di vista funzionale la disciplina del risarcimento del danno del codice civile non porta però, in fin dei conti, ad un'altra differenziazione rispetto a quella del diritto tedesco: il diritto tedesco conosce due varianti del risarcimento del danno in luogo della prestazione. Nel caso del cosiddetto « piccolo » risarcimento del danno il creditore può continuare a pretendere la prestazione, ottiene, però, il risarcimento del danno costituito dalla differenza tra il valore della prestazione dovuta e quello della prestazione effettivamente eseguita; nel caso del risarcimento del danno « in luogo della prestazione » egli non accetta più la prestazione, ovvero restituisce la prestazione già ricevuta, e ottiene il risarcimento del danno costituito dal valore totale della prestazione dovuta, comprensivo del lucro cessante. Ciò, in fin dei conti, non è altro che la combinazione di risoluzione del contratto e risarcimento del danno, riconosciuta sia dal codice civile che dal DCFR (v. art. 1453, comma 1, c.c., art. III.-3:509, comma 3, DCFR). Il risarcimento del danno dovuto esclusivamente al ritardo della prestazione dipende, anche nel diritto italiano, dalla costituzione in mora. Una differenza fondamentale consiste, anche qui, nella mancanza del sistema del termine supplementare: diversamente anche dal diritto francese, il risarcimento del danno per inadempimento non presuppone una diffida formalizzata o la fissazione di altri termini. Il debitore non riceve, quindi, una « seconda *chance* » per l'adempimento del diritto primario del creditore. La disciplina del risarcimento del danno del DCFR è analoga. Essa, inoltre, non prevede nel caso del danno per ritardo il requisito della costituzione in mora e concede, per le obbligazioni pecuniarie, un diritto al risarcimento di interessi moratori anche qualora la « *non-performance* » sia « *excused* » (art. III.-3:708 DCFR).

c) *Danni risarcibili.*

Sia il diritto tedesco che il diritto italiano limitano il risarcimento del danno per la violazione di un obbligo o per inadempimento ai danni patrimoniali, comprensivi del lucro cessante (art. 1223 c.c.). Nel diritto tedesco il risarcimento dei danni non patrimoniali è previsto solo nel caso della lesione di precisi beni personalissimi, quali l'integrità fisica, la salute, la libertà e il diritto all'autodeterminazione sessuale (§ 253, comma 2, BGB); situazione questa, che per le violazioni contrattuali, in ogni caso per quanto riguarda l'interesse all'adempimento, dovrebbe costituire un'eccezione. Anche il DCFR adotta il principio « dell'ipotesi della differenza » (« *Differenzhypothese* »): il

creditore, dopo che il danno è stato risarcito, dovrà trovarsi nella stessa situazione patrimoniale nella quale si troverebbe se la prestazione fosse stata eseguita a dovere (art. III.-3:702 DCFR). È sorprendente, però, che il DCFR preveda nell'art. III.-3:701, comma 3, il risarcimento dei danni non patrimoniali, i quali comprenderebbero « dolori, sofferenze e il peggioramento della qualità della vita » (« *pain and suffering and impairment of the quality life* »), senza fare riferimento, però, alla lesione di precisi beni giuridici. Il pericolo è, anche in relazione alla disciplina prevista dal DCFR per la responsabilità da atto illecito, di una responsabilità di fatto senza limiti ⁽²⁸⁾. Nulla vieta che il risarcimento dei danni non patrimoniali sia previsto in precisi settori del diritto dei contratti, come accade in Germania, ad esempio, nel diritto del turismo per i danni da vacanza rovinata, (§ 651f, comma 2, BGB); di una regolamentazione così generale, però, bisogna diffidare.

Per il resto, anche il DCFR limita — come il diritto italiano (art. 1225 c.c.) — i danni risarcibili ai danni prevedibili al momento della conclusione del contratto (art. III.-3:703). Il diritto delle obbligazioni tedesco non conosce una disciplina di questo tipo; pur tuttavia, il dogma della causalità nella disciplina tedesca del risarcimento dei danni — ovvero la teoria della causalità adeguata — non dovrebbe portare a risultati, sempre da un punto di vista funzionale, molto divergenti. Qualora il criterio della prevedibilità sia effettivamente da intendere in senso più stretto, e cioè più favorevole al debitore, ciò è spiegato dal principio, vigente nel DCFR, secondo cui la responsabilità per il risarcimento dei danni è indipendente dalla colpa: la limitazione dei danni risarcibili ai danni prevedibili costituisce, in un certo senso, una compensazione per una responsabilità del debitore così estesa.

d) *Combinazioni e ius variandi.*

Il BGB tedesco ha deciso solamente molto tardi — e cioè con la riforma del diritto delle obbligazioni — di seguire il codice civile nella decisione di permettere la combinazione dei rimedi giuridici del debitore, quali l'adempimento, la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni. Anche il DCFR prevede questa possibilità. Entrambi i sistemi permettono la combinazione di adempimento e risarcimento dei danni. Nel diritto tedesco possono essere combinati, secondo il § 325 BGB, il recesso e il risarcimento dei danni in luogo della prestazione; a fianco dell'adempimento è possibile ottenere, secondo il § 280, comma 1, BGB, il risarcimento dei danni « *neben der Leistung* » (« accanto alla prestazione »), comprensivo del danno per ritardo. Altrettanto fa il diritto italiano: l'art. 1453, comma 1, c.c. ammette il risarcimento dei danni accanto alla risoluzione del contratto, l'art. 1218 c.c. ammette il risarcimento dei danni accanto all'adempimento. Che il recesso e la pretesa all'adempimento si escludano vicendevolmente è, sia per il diritto tedesco che per quello italiano, talmente ovvio che non si è sentita la necessità di una co-

⁽²⁸⁾ V., sul punto, anche EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/WAGNER/ZIMMERMANN, in *JZ*, 2008, p. 529 e 539 ss.

dificazione a ciò rivolta. Anche il DCFR permette le suddette combinazioni: l'art. III.-3:303 ammette il risarcimento dei danni a fianco dell'adempimento, l'art. III.-3:509, comma 3, il risarcimento dei danni a fianco della *termination*. Una regolamentazione generale si trova, inoltre, nell'art. III.-3:102 DCFR: i rimedi giuridici che non risultano incompatibili possono essere combinati tra di loro.

Una questione fondamentale di carattere sistematico, che non è stata sufficientemente considerata dal legislatore della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni, riguarda la situazione del debitore nei confronti di queste diverse possibilità. Il debitore si troverà infatti, in caso di inadempimento, in una situazione incerta: egli non potrà sapere quale rimedio giuridico sceglierà il creditore. Ulteriori sforzi volti all'adempimento possono rivelarsi inutili, sforzi omessi possono però causare danni ⁽²⁹⁾. Una disciplina generale dell'inadempimento (« *Leistungsstörungsrecht* ») dovrà prendere in considerazione, quindi, anche l'interesse del debitore ad una situazione giuridica certa. Nel diritto tedesco, come pure in quello italiano, il creditore può infatti decidere in ogni momento di recedere dal contratto, non facendo così più valere la sua pretesa all'adempimento (v. art. 1453, comma 2, c.c.). Secondo il diritto tedesco, ad ogni modo, il debitore non può decidere di porre fine autonomamente a questa situazione. Preferibile sarebbe qui una disciplina in base alla quale al debitore sia concessa la possibilità di fissare un termine entro cui il creditore debba decidere se continuare a volere lo scambio di prestazioni ovvero porre fine al contratto (eventualmente in combinazione col risarcimento dei danni). Il DCFR riconosce questo problema meglio del BGB nella sua nuova versione (art. III.-3:508 DCFR), escludendo la risoluzione del contratto nel caso in cui il creditore non si esprima entro un congruo intervallo di tempo (« *within a reasonable time* »). Incontriamo qui un motivo conduttore di tutto il DCFR, ovvero il frequente utilizzo di concetti giuridici indeterminati ⁽³⁰⁾. Preferibile sarebbe, piuttosto — al fine di creare situazioni giuridiche certe — l'introduzione della fissazione di un termine da parte del debitore. Qualora questi, nel caso di inadempimento, ricevesse la possibilità di costringere il creditore a prendere una decisione, potrebbe egli stesso produrre una situazione giuridica certa, senza che la situazione del creditore, a sua volta, diventi incerta.

IV. — Il diritto privato europeo dei contratti deve avere, anzitutto, una chiara cognizione delle strutture fondamentali di una disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungsrecht* »). Soltanto dopo aver stabilito queste strutture fondamentali, si potrà elaborare una disciplina dei singoli contratti che poggi con coerenza su queste basi.

⁽²⁹⁾ V. a riguardo S. LORENZ, *op. ult. cit.*, p. 86 ss.

⁽³⁰⁾ V. a riguardo la giusta critica di EIDENMÜLLER-FAUST-GRIGOLEIT-WAGNER-ZIMMERMANN, in *JZ*, 2008, p. 529 e 536 s.

Le strutture fondamentali di una disciplina dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungsrecht* ») sono relativamente semplici:

1. Da chiarire è la realizzabilità della pretesa all'adempimento e il rapporto tra la pretesa all'adempimento e i rimedi giuridici secondari. Sia il concetto di violazione di un obbligo che quello di inadempimento permettono una chiara distinzione tra diritto primario e rimedi secondari. La possibilità di eseguire la prestazione non deve avere alcuna influenza sull'efficacia del contratto.

2. Esistono due categorie fondamentali di adempimento inesatto: l'impossibilità della prestazione e l'adempimento in ritardo. Per quest'ultimo sono consigliabili — non solo da un punto di vista etico-giuridico in considerazione del principio *pacta sunt servanda*, ma anche da un punto di vista economico — un sistema unitario per la fissazione del termine supplementare, come pure l'introduzione di diritti potestativi, il cui esercizio deve essere regolato in modo tale che anche il debitore inadempiente possa produrre una situazione giuridica certa.

3. La risoluzione del contratto, dato che con essa il creditore riacquista la libertà di disposizione, dovrebbe essere indipendente dall'imputabilità; gli interessi del debitore sono sufficientemente valutati attraverso la fissazione di un termine supplementare e l'esclusione della risoluzione nel caso in cui l'inadempimento sia di scarsa importanza. La risoluzione del contratto non deve dare al creditore la possibilità di sciogliersi dal contratto in base a considerazioni fittizie. La risoluzione del contratto dovrebbe essere possibile tramite una dichiarazione con efficacia costitutiva, senza la necessità di decisioni giudiziali.

4. Nell'ambito del risarcimento dei danni bisogna chiaramente distinguere tra il risarcimento che sostituisce la prestazione e gli altri eventuali tipi di risarcimento. Il risarcimento in luogo della prestazione deve prevedere, per gli stessi motivi validi per il recesso, la fissazione del termine supplementare.

5. Il risarcimento dei danni deve continuare a dipendere dalla colpa, ma deve lasciare spazio ad una responsabilità per garanzia concordata autonomamente tra le parti. Le norme del DCFR sono state troppo modellate su quelle della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci e ignorano che questa costituisce una disciplina di diritto commerciale. I suoi principi devono essere analizzati con molta attenzione, qualora dovessero valere per una disciplina generale della compravendita.

6. Lo *ius variandi* del creditore deve infine concordare con il legittimo interesse del debitore ad una situazione giuridica certa.

Il DCFR, misurato a queste caratteristiche, lascia molto a desiderare. La sua disciplina sembra essere una soluzione di compromesso, lo stile è in parte ridondante, il sistema è complicato e di difficile comprensione. Da criticare è, inoltre, l'eccessivo utilizzo di concetti giuridici indeterminati.

Un confronto con la disciplina tedesca dell'inadempimento in generale (« *Leistungsstörungsrecht* ») e con quella italiana dimostra come questi due

sistemi siano, invece, articolati e funzionanti. Essi sono il frutto di un'evoluzione secolare dovuta a dottrina e giurisprudenza. In Germania, con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002 non si è fatto altro, in fin dei conti, che codificare nuovamente tale struttura, presentandola meglio. La riforma del diritto delle obbligazioni non ha costituito un inizio ma un bilancio intermedio.

Il diritto europeo dei contratti non può non soddisfare questi requisiti qualitativi. L'unificazione del diritto non è un valore a sé: non possiamo abbandonare una cultura giuridica affermata per il semplice desiderio di unità giuridica. Il diritto europeo dei contratti non deve accontentarsi di intersezioni comparatistiche, né di soluzioni di compromesso, bensì deve creare qualcosa di nuovo; l'elaborazione di una disciplina generale dell'inadempimento (« *Leistungsstörungsrecht* ») — che merita questo nome — presuppone un elevato grado di astrazione e un sistema trasparente, dal quale si può senz'altro differire, per motivi di merito, nella parte speciale del diritto delle obbligazioni. Il DCFR si è lasciato alle spalle questa *chance*: esso ripropone, in fin dei conti, le norme dei PECL con poche trascurabili modifiche, senza rielaborarle sostanzialmente. I PECL sono un'opera importante e, a 13 anni dalla loro realizzazione, avrebbero senz'altro meritato un tale rifacimento. La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni, che tra l'altro ha preso sufficientemente in considerazione i PECL ⁽³¹⁾ e costituisce, in un certo senso, una rielaborazione di questi ultimi, non è stata considerata in nessun modo, a sua volta, dal DCFR. Il DCFR aggiunge, inoltre, un diritto speciale delle obbligazioni per singoli rapporti obbligatori legali e contrattuali, il quale, però, non risulta coordinato al resto dell'opera. Ciò ha portato ad uno stile spesso ridondante, a numerose incoerenze e ad un sistema poco chiaro. L'impostazione del DCFR, basato sull'*Acquis* e le relative norme sulla tutela dei consumatori da un lato e sui PECL, strettamente legati alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci dall'altro, ignora — con un'espressione un po' accentuata — due elementi che costituiscono il suo difetto congenito: l'*Acquis* è una disciplina in materia di tutela dei consumatori, la Convenzione di Vienna è una regolamentazione di diritto commerciale; entrambi sono, quindi, diritti particolari. I principi di questi due diritti particolari non possono però essere applicati al diritto generale dei contratti senza essere stati prima attentamente esaminati.

Adesso non dovrà ripetersi l'errore che, all'epoca, ha bloccato in Germania la riforma del diritto delle obbligazioni: per premura e senza procedere ad un'analisi attenta si adottano lavori preparatori che non volevano essere perfetti e che oggi risultano in parte obsoleti. Si corre il pericolo di « incespicare verso un progetto ambizioso » ⁽³²⁾. Si spera che il DCFR attuale non conflui-

⁽³¹⁾ Diversamente qui PFEIFFER, *AcP* 208, 2008, p. 227 e 235, secondo cui la riforma ha preso in considerazione sia i PECL che i Principi UNIDROIT « solo poco ».

⁽³²⁾ Così l'ammonimento di ERNST, in *AcP*, 208, 2008, p. 248 e 280.

sca, senza essere stato attentamente esaminato, in un diritto europeo dei contratti ma che esso, piuttosto, sia il punto di partenza per una discussione, approfondita e non frettolosa, che consideri chiare strutture fondamentali quale base di un diritto dei contratti funzionante. A questo scopo ci occorre, come più volte proposto ⁽³³⁾, un « *European Law Institute* » secondo il modello americano, ma soprattutto del tempo. L'evoluzione verso un diritto europeo dei contratti può, infatti, realizzarsi unicamente attraverso un processo graduale di convergenza delle varie discipline contrattuali nazionali, al cui svolgimento il DCFR — quale progetto di ricerca da portare avanti — dà senz'altro impulsi preziosi. Ricordiamoci della famosa frase di PORTALIS, l'artefice del *Code Civil* francese: « *Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas* » ⁽³⁴⁾. Nonché della sua seguente raccomandazione: « *Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire* » ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ V., ad esempio, ERNST, in *AcP* 208, 2008, p. 248 e 278 ss.

⁽³⁴⁾ PORTALIS, *Discours préliminaire*, in FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, 1827, vol. 1°, p. 476.

⁽³⁵⁾ PORTALIS, *op. cit.*, p. 481.